



Membre de l'université Paris Lumières
École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de Droit Civil des Affaires et du Contentieux Économique

Riccardo Fornasari

**Cause et *meritevolezza* en droit
contractuel contemporain**

Thèse présentée et soutenue publiquement le 6 avril 2020

en vue de l'obtention du doctorat de Droit privé et sciences criminelles de l'Université Paris
Nanterre

sous la direction de Mme Manuella Bourassin (Université Paris Nanterre)

et de M. Massimo Franzoni (Université de Bologne)

.....*

Membre du jury :	Mme Manuella Bourassin	Professeure à l'Université Paris Nanterre
Membre du jury :	Mme Judith Rochfeld	Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Membre du jury :	M. Thomas Genicon	Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas
Membre du jury :	M. Enrico Gabrielli	Professeur à l'Université de Rome Tor Vergata
Membre du jury :	M. Massimo Franzoni	Professeur à l'Université de Bologne
Membre du jury :	Mme Rita Rolli	Professeur à l'Université de Bologne

Alma Mater Studiorum Université Paris Nanterre
Università di Bologna

Tesi in cotutela

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT ET SCIENCES POLITIQUES

Ciclo XXXII

Settore concorsuale: 12/A1

Settore scientifico-disciplinare: IUS/01

Unité de recherche: Centre de droit civil des affaires
et du contentieux économique

**CAUSA E MERITEVOLEZZA NEL DIRITTO CONTRATTUALE
CONTEMPORANEO**

Presentata da: Dott. Riccardo Fornasari

Relatori:

Chiar.mo Prof. Massimo Franzoni

Chiar.ma Prof.ssa Manuella Bourassin

Coordinatore Dottorato:

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Directions de l'École doctorale:

Chiar.ma Prof.ssa Véronique Champeil-Desplats

Chiar.mo Prof. Marc Pichard

Esame finale anno 2020

Ai miei genitori

*Egli ne ha il sospetto: quest'ordine non è saldo
come finge di essere; nessun oggetto, nessun Io,
nessuna forma, nessun principio è sicuro, tutto
subisce un'invisibile ma incessante
trasformazione, vi è nell'instabile una maggior
porzione d'avvenire che nello stabile, e il presente
altro non è che un'ipotesi non ancora superata.*

R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	13
1. LE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO CONTRATTUALE: DALLA CONCEZIONE CLASSICA AL DIRITTO CONTEMPORANEO	27
1.1 Causa, meritevolezza e razionalità economica	27
1.2 La concezione liberale classica	32
1.3 I riflessi della concezione economica classica sulla disciplina del contratto	38
1.4 Sviluppo economico e critica del modello classico.....	40
1.5 La «crisi» del paradigma e le nuove proposte dottrinali: il realismo francese	45
1.6 La costituzionalizzazione del diritto privato italiano	49
1.7 Prospettive antagoniste: gli anni Settanta del diritto privato.....	55
1.8 La moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto e la destrutturazione del sistema normativo.....	58
1.9 Lo sviluppo dell'Unione Europea: una nuova concezione dell'ordine concorrenziale.....	65
1.10 L'approccio funzionale al diritto e la regolazione secondo lo <i>status</i> dei contraenti	70
1.11 Le ulteriori ripercussioni sulla teoria del contratto: la governamentalità ordoliberal.....	84
1.12 Le conseguenze sul controllo del contratto ed il nuovo ruolo del giudice	91
1.13 Le tensioni immanenti ai diversi livelli di regolamentazione e gli effetti di <i>path dependence</i>	94
1.14 Le trasformazioni del diritto contemporaneo nel prisma della causa e della meritevolezza.....	98
2. IL RAPPORTO FRA CAUSA, MERITEVOLEZZA E CONCEZIONE DELLO SCAMBIO NELL'EVOLUZIONE STORICA	103
2.1 La <i>cause</i> nel <i>Code civil</i> del 1804.....	103
2.2. Il codice civile italiano del 1865	110
2.3 Il codice del 1942, il giudizio di meritevolezza e la funzionalizzazione della causa	112
2.4 La neutralizzazione del giudizio di meritevolezza nel primo dopoguerra	116
2.5 Gli anni '70: le proposte applicative di causa e meritevolezza	119
2.6 Il <i>renouveau de la cause</i> in Francia negli anni '90	123
2.6.1 La <i>clause de réclamation</i>	123
2.6.2 Le tensioni inerenti al giudizio causale ed il nuovo controllo giudiziale sul contratto	128
2.6.3 L' <i>arrêt Chronopost</i>	132
2.6.4 L' <i>arrêt Point club vidéo</i>	137

2.7 Le evoluzioni in Italia: dalla causa quale funzione economico-individuale alla causa concreta.....	142
2.8 Le funzioni della causa concreta e della meritevolezza	145
2.9 La funzione interpretativa della causa concreta	151
2.10 La causa ed i progetti europei e transnazionali di armonizzazione del diritto dei contratti.....	155
3. CAUSA E MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO NELLA GIURISPRUDENZA CONTEMPORANEA	159
3.1 Causa e meritevolezza del contratto <i>my way</i>	159
3.1.1 Il prodotto finanziario <i>my way</i>	159
3.1.2 La giurisprudenza in materia	162
3.1.3 Critica della giurisprudenza.....	169
3.1.4 Meritevolezza e causa concreta del <i>my way</i>	173
3.2 Causa e meritevolezza dei contratti derivati.....	177
3.2.1 I derivati: una breve premessa.....	177
3.2.2 Categorie di derivati e loro caratteristiche	181
3.2.3 Mark to market, derivati speculativi e di copertura.....	188
3.2.4 Il problema della causa e della meritevolezza dei derivati.....	191
3.2.5 Le decisioni della giurisprudenza di merito	198
3.2.6 Le decisioni della giurisprudenza di legittimità	205
3.2.7 Critica della giurisprudenza: per una differenziazione dei problemi ..	210
3.2.8 Una problematica più generale: sul rapporto fra causa e alea.....	218
3.2.9 Causa e meritevolezza dei derivati e teoria del contratto	225
3.3 La rendita vitalizia ed il vitalizio atipico	229
3.3.1 Il contratto di rendita vitalizia ed il problema della causa	229
3.3.2 Le decisioni della Corte di Cassazione.....	233
3.3.3 Analisi critica della giurisprudenza	235
3.4 Causa del contratto di vendita e prezzo vile.....	240
3.4.1 Il contratto di vendita ed il problema del rapporto fra prezzo e diritto trasferito.....	240
3.4.2 Congruità del prezzo e causa.....	244
3.5 La causa del preliminare di preliminare	248
3.5.1 Il preliminare di preliminare e le decisioni giurisprudenziali	248
3.5.2 Causa e formazione progressiva del contratto.....	253
3.6 Causa e meritevolezza dei patti parasociali.....	255
3.6.1 La causa associativa	255
3.6.2 Le recenti decisioni giurisprudenziali	257
4. CAUSA E MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA NELLA GIURISPRUDENZA CONTEMPORANEA	261
4.1 Causa e meritevolezza della clausola <i>claims made</i>	261
4.1.1 Il controllo di meritevolezza della singola clausola del contratto	261
4.1.2 Il contratto di assicurazione e la clausola <i>claims made</i>	262
4.1.3 Le statuizioni di Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140	266

4.1.4	Analisi critica della sentenza	270
4.1.5	Il ruolo della pronuncia nel diritto contrattuale in evoluzione	273
4.1.6	La giurisprudenza successiva	276
4.1.7	La questione ritorna alle Sezioni Unite: i problemi sollevati dalla nuova ordinanza di rimessione	278
4.1.8	La più recente sentenza delle Sezioni Unite.....	280
4.1.9	Il controllo giudiziale della clausola tramite la causa concreta.....	283
4.1.10	Le decisioni della Suprema Corte nel più ampio contesto del controllo sulle clausole del contratto	289
4.2	La meritevolezza della clausola di un contratto di concessione per l'utilizzo di acqua.....	293
4.3	La meritevolezza delle clausole dei patti parasociali	299
4.3.1	Applicazioni del giudizio di meritevolezza in relazione a clausole di patti parasociali.....	299
4.3.2	Causa e meritevolezza della clausola di russian roulette	301
4.3.3	Le opzioni put a prezzo fisso.....	303
5.	LA CAUSA NEL DIRITTO FRANCESE E LA RIFORMA DEL <i>CODE CIVIL</i>.....	308
5.1	La <i>cause de l'obligation</i> nell'ordinamento francese	308
5.2	Il metodo dell'indagine: la distinzione delle categorie di contratti	312
5.3	La causa nei contratti sinallagmatici	319
5.3.1	I contratti commutativi	319
5.3.2	(segue) Un caso di scuola.....	321
5.3.3	(segue) Un caso controverso: l'assenza di causa del contratto di intermediazione	323
5.3.4	(segue) Contratto di licenza di marchio e redditività	327
5.3.5	(segue) Causa e contratto di fornitura	334
5.3.6	(segue) Causa e patto parasociale.....	335
5.3.7	Causa e contratti aleatori: la rendita	344
5.4	Causa e contratti unilaterali.....	346
5.4.1	Una breve introduzione	346
5.4.2	La causa della fideiussione.....	348
5.4.3	(segue) Le sentenze più recenti ed i labili confini di tale controllo ...	350
5.4.4	(segue) Conclusione sulla causa della fideiussione.....	354
5.5	Causa e tipicità del contratto	356
5.6	Causa e interesse.....	358
5.7	La causa quale controprestazione e, specificamente, quale controprestazione convenuta.....	362
5.8	Le ragioni della riforma del <i>Code civil</i>	366
5.9	I nuovi artt. 1168, 1169 e 1170 <i>Code civil</i>	369
5.10	L'art. 1171 <i>Code civil</i>	376
5.11	Il nuovo controllo sul contenuto contratto e le sue razionalità.....	384
5.12	Sul rapporto tra diritto comune e diritti speciali.....	393
5.13	I primi orientamenti giurisprudenziali concernenti la riforma del <i>Code civil</i>	401

6. CAUSA E MERITEVOLEZZA NEL DIRITTO ITALIANO CONTEMPORANEO	407
6.1 La nuova concezione dell'ordine concorrenziale ed il ruolo di causa e meritevolezza.....	407
6.2 Sul rapporto tra causa e meritevolezza.....	410
6.3 Il giudizio sulle singole clausole del contratto	415
6.4 I criteri del giudizio causale e di meritevolezza, il rapporto con i diritti speciali.....	419
6.5 Gli insegnamenti da trarre dalla riforma francese e dalle più recenti applicazioni giurisprudenziali della <i>cause de l'obligation</i>	426
6.6 Sul rapporto tra causa e tipo	429
6.7 Omonimia e diversità dei giudizi: l'art. 1322 comma 2, l'art. 2645 ^{ter} , l'art. 2043 c.c.....	432
CONCLUSIONI.....	436
BIBLIOGRAFIA	441
Dottrina.....	441
Giurisprudenza	492
RINGRAZIAMENTI	508

ABSTRACT

Nella presente ricerca si argomenta che il contenuto e le funzioni del giudizio causale e di meritevolezza mutano a seconda della concezione socio-economica e della politica del diritto dominanti. Tramite l'analisi interdisciplinare e storica dell'evoluzione del giudizio causale, effettuata in relazione al mutamento della concezione economica e del ruolo del contratto, si dimostra come tale giudizio si trasformi e venga utilizzato in relazione alla funzione di allocazione e distribuzione delle risorse assegnata al contratto. Sosteniamo che l'utilizzo contemporaneo di detti giudizi, sempre più esteso ed applicato anche alla singola clausola, ha le proprie radici nelle trasformazioni del sistema giuridico e dell'approccio al diritto contrattuale introdotto dalla regolamentazione dell'Unione Europea, nonché nella concezione del mercato concorrenziale, considerato non più come naturalmente dato, ma come ordine da costruire ed implementare. Questa trasformazione fa sì che il contratto non sia più considerato come *a priori* il frutto della razionalità dei contraenti che trattano su un piano di uguaglianza, ma che possa anche essere, a seconda delle circostanze del caso concreto, il frutto dell'imposizione di una parte a danno dell'altra; in questi casi il dispositivo della concorrenza non può o non ha potuto disciplinare correttamente quel determinato accordo, che permette ad una parte di estrarre una rendita ingiustificata. La sfera della circolazione della ricchezza non è più ontologicamente caratterizzata dalla libertà: i legislatori e le corti prendono atto delle asimmetrie e degli squilibri che vi si manifestano e prevedono rimedi secondo le modalità ed i criteri con cui si prefigurano tali problemi. Ciò amplia l'ambito del giudizio causale e di meritevolezza, anche sulla base delle influenze delle razionalità dei diritti speciali che, pur avendo ruoli ed ambiti di applicazione completamente diversi, hanno permeato il sistema del diritto comune.

Nel primo capitolo si analizza l'evoluzione del sistema giuridico in relazione alla concezione socio-economica del mercato ed al ruolo del contratto. Tramite l'analisi dei vari livelli del sistema normativo e delle contraddizioni che da questi

emergono si mette in evidenza come al mutare di tali concezioni cambi la struttura del diritto contrattuale.

Nel secondo capitolo si esamina come il controllo causale e di meritevolezza si sia evoluto nel tempo e si dimostra come i criteri adottati nel suo espletamento rispondano alle concezioni del contratto esaminate nel primo capitolo. Tale analisi è condotta prendendo in considerazione l'ordinamento italiano e francese, presentando le evoluzioni secondo il loro avvicinarsi nel tempo e così sottolineando convergenze e discontinuità tra queste due esperienze giuridiche, dipendenti anche dalle specificità dei contesti nazionali.

Nel terzo capitolo si esamina la copiosa giurisprudenza formatasi negli ultimi anni in Italia in relazione al giudizio causale e di meritevolezza dell'intero contratto. Tale analisi non si limita alla descrizione delle decisioni assunte, ma ne approfondisce criticamente la razionalità ed il portato sistematico in relazione alla teoria del contratto.

Nel quarto capitolo si esamina la giurisprudenza concernente il giudizio causale e di meritevolezza sulla singola clausola dell'accordo, analizzandone razionalità, criteri e logica operativa.

Nel quinto capitolo si analizza il giudizio causale contemporaneo nell'ordinamento francese. Si studia quindi il contenuto delle disposizioni introdotte con la riforma che, secondo l'opinione pressoché unanime, sono deputate a svolgere il ruolo che era della causa. Si valutano altresì le sentenze più recenti che hanno fatto applicazione delle nuove disposizioni o che hanno interpretato ed applicato il giudizio causale prendendo in considerazione la riforma.

Nel sesto capitolo si esaminano, alla luce dell'analisi condotta, il ruolo sistemico del giudizio causale e di meritevolezza, la concezione del contratto che esso esprime e le funzioni che le corti perseguono tramite lo stesso. Si studia il rapporto tra questi due giudizi, le novità derivanti dal giudizio sulle singole clausole, nonché il rapporto fra causa e tipo. Si considerano inoltre similitudini e differenze tra ordinamento italiano e francese, nonché le indicazioni che si possono trarre dalla riforma del *Code civil* sul futuro del giudizio causale. Infine, si analizza

la diversità dei giudizi di «meritevolezza» (come quello previsto dall'art. 2645-*ter* c.c. e quello relativo al danno ingiusto) presenti nell'ordinamento.

ELENCO DELLE PRINCIPALI ABBREVIAZIONI

Banca, borsa e titoli di credito = Banca, borsa, tit. cred.
Bulletin Joly Sociétés = BJS
Bulletin civil de la Cour de cassation = Bull. civ.
Contrats Concurrence Consommation = CCC
Contratto e Impresa = Contr. e impr.
Contratto e impresa/Europa = Contr. e impr./Europa
Danno e responsabilità = Danno e resp.
Democrazia e diritto = Democr. e dir.
Diritto del commercio internazionale = Dir. comm. int.
Diritto ed economia dell'assicurazione = Dir. econ. ass.
Europa e diritto privato = Eur. dir. priv.
European Review of Contract Law = ERCL
European Review of Private Law = ERPL
Foro italiano = Foro it.
Gazette du Palais = Gaz. Pal.
Giurisprudenza commerciale = Giur. comm.
Giurisprudenza italiana = Giur. it.
Giustizia civile = Giust. civ.
I contratti = Contratti
Il corriere giuridico = Corr. giur.
Journal of European Consumer and Market Law = EuCML
Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique) = JCP
Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition entreprise = JCP E
Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition générale = JCP G
Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition notariale = JCP N
Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique), édition sociale = JCP S
La nuova giurisprudenza civile commentata = Nuova giur. civ. comm.
Le nuove leggi civili commentate = Nuove leggi civ. comm.
Le Società = Società
Les Petites Affiches = LPA
L'essentiel Droit des contrats = LEDC
Obbligazioni e contratti = Obbl. contr.
Osservatorio del diritto civile e commerciale = Oss. dir. civ. comm.
Politica del diritto = Pol. dir.
Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno = Quaderni fiorentini
Rassegna di diritto civile = Rass. dir. civ.

Recueil Dalloz = D.
Répertoire Defrénois = Defrénois
Responsabilità civile e previdenza = Resp. civ. prev.
Revue des contrats = RDC
Revue des sociétés = Rev. sociétés
Revue général des assurances terrestres = Rev. gén. ass. terr.
Revue général du droit des assurances = Rev. gén. dr. assur.
Revue générale du droit des assurances = Rev. gén. dr. ass.
Revue internationale de droit économique = RIDE
Revue trimestrielle de droit civil = RTD civ.
Revue trimestrielle de droit commercial = RTD com.
Rivista critica di diritto privato = Riv. crit. dir. priv.
Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni = Riv. dir. comm.
Rivista di diritto civile = Riv. dir. civ.
Rivista di diritto privato = Riv. dir. priv.
Rivista trimestrale di diritto e procedura civile = Riv. trim. dir. e proc. civ.
Vita notarile = Vita not.

INTRODUZIONE

Affermano i giuristi francesi che *la cause est le sujet qui a fait couler le plus d'encre du droit civil*¹. All'abbondanza ed all'ampiezza delle analisi si accompagna la percezione di non riuscire ad arrivare ad un punto fermo, al tempo stesso condiviso e soddisfacente, circa la natura e le funzioni di quest'istituto; ed infatti, sin dall'inizio del secolo scorso, in Italia si asseriva che la causa facesse parte delle dottrine più «spinose»² del diritto civile.

Le riflessioni di autorevole dottrina confermano che questa considerazione è rimasta pressoché immutata, dato che la causa continua ad essere terreno di contrasti dottrinali e vi è «perplexità sulla possibilità stessa di attribuire un qualsiasi significato utile ad un termine che continua a sembrare pericolosamente indeterminato, equivoco e polivalente – quasi destinato a rimanere “molto vago e misterioso”»³.

La produzione scientifica estremamente vasta e le applicazioni giurisprudenziali sempre più frequenti non sono quindi riuscite a chiarire i contorni e le funzioni del concetto, che rimane connotato da una permanente oscurità⁴.

Il numero di opere che si sono occupate del tema adottando prospettive differenti è impressionante: tale interesse deriva dalla centralità della causa nel diritto contrattuale, del quale costituisce vero e proprio fulcro. In ragione della sua funzione e del suo ruolo sistematico, occuparsi della causa significa interrogarsi sulla natura e le funzioni del contratto, sui rapporti intercorrenti tra lo stesso e le altre branche del diritto, oltre che, più in generale, sull'organizzazione sociale nella

¹ L'espressione è una parafrasi di affermazioni che si possono leggere in molti scritti, fra cui D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme*, in *Droit et patrimoine*, 1^{er} octobre 2014; si afferma altresì: «quant à la notion elle-même : à l'échelle de l'histoire, il n'est sans doute pas de concept juridique qui ait revêtu des significations aussi diverses», cfr. F. TERRÉ, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE e F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 12^a ed., 2019, p. 440. B. FAGES E AL., *Le Lamy Droit du contrat*, juin 2019, n° 1032, affermano circa la riforma: «l'un des changements apportés par la réforme qui aura fait couler le plus d'encre est sans doute la disparition annoncée, puis consacrée, de la cause».

² L. BARASSI, voce *Causa*, in *Enc. giur. it.*, III (parte II), Milano, 1905, p. 921.

³ M. BESSONE e E. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali. (Materiali per una discussione)*, in *Causa e consideration*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova, 1984, p. 3.

⁴ Le metafore, sul punto, sono numerosissime, cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. IX ss.

quale la produzione e circolazione della ricchezza (e quindi il contratto) rappresentano un elemento fondamentale. La causa costituisce pertanto un punto di osservazione privilegiato per studiare il sistema del diritto contrattuale e le sue evoluzioni da un punto di vista sia teorico sia pratico.

Inoltre, con l'emanazione del codice civile del 1942 il dibattito italiano si è arricchito di un ulteriore istituto cui è necessario attribuire significato e valenza operativa: la meritevolezza degli interessi.

Il controllo del contratto atipico effettuato tramite il giudizio di meritevolezza costituisce un filtro tramite il quale l'accordo è sottoposto allo scrutinio del giudice; inoltre, qualora l'immeritevolezza si riferisca solamente ad una o più clausole⁵ e non all'intero contratto, tale valutazione permette di intervenire sul contenuto dell'accordo, eliminando le pattuizioni giudicate immeritevoli. La collocazione sistematica dell'art. 1322, comma 2 c.c., che costituisce un vaglio generale da effettuare su tutti i contratti e le clausole atipici, impone che tale giudizio sia espletato in relazione agli elementi fondamentali del contratto; i criteri del controllo volto ad attribuire o negare validità ad un determinato accordo non può infatti basarsi su particolarità e contingenze del singolo caso. Al tempo stesso, l'art. 1322, comma 2, c.c. così come le disposizioni sulla causa, non forniscono elementi in base ai quali individuare quali siano gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento: di conseguenza tale valutazione, dalla quale dipende la vincolatività stessa del contratto, presenta notevoli elementi di incertezza.

Così come per la causa (alla quale, come noto, l'art. 1322, comma 2 c.c. è legato a doppio filo), mettere in relazione e studiare criticamente come la meritevolezza sia stata costruita ed applicata dagli interpreti e dalla giurisprudenza consente di analizzare gli elementi fondamentali del contratto, dei suoi effetti e della sua funzione sociale. Esaminare il concetto di meritevolezza significa analizzare le funzioni svolte dal contratto e la razionalità che esso implementa rispetto agli obiettivi posti dall'ordinamento.

⁵ Tale aspetto costituisce un'innovazione molto recente e di ampia portata sistemica, v. *infra* cap. 4 e 6.

La centralità del diritto contrattuale nel sistema del diritto privato, nell'epoca contemporanea, è comunemente riconosciuta, anche e soprattutto in relazione alla rilevanza che esso ha nella vita sociale: l'importanza del diritto contrattuale deriva dal ruolo fondamentale svolto dal contratto nell'attuale sistema economico. L'istituto del contratto, che si afferma come istituto di riferimento per la realizzazione e regolazione del mercato a partire dall'epoca moderna⁶, è strettamente connesso all'espansione dell'ordine sociale capitalistico ed all'avvento del capitalismo industriale. Inoltre, con la globalizzazione e lo sviluppo di catene del valore transnazionali il contratto non solo è definitivamente consacrato come istituto fondamentale del diritto privato, ma diviene altresì strumento di regolazione normativa. Il contratto non è più solo strumento di attuazione dello scambio e, quindi, di realizzazione del valore, ma anche strumento di regolamentazione sistemica⁷, di creazione di nuovi beni e di organizzazione della produzione. La globalizzazione e la transnazionalizzazione dei mercati hanno destrutturato il sistema delle fonti tradizionale, modificando i sistemi giuridici nazionali e creando forme nuove ed ibride di normatività, realizzate anche attraverso strumenti di diritto privato.

Nell'ambito delle operazioni transnazionali il contratto funge da dispositivo di contaminazione giuridica, importando nell'ordinamento interno strutture di operazioni economiche provenienti da contesti differenti, oltre a pretendere addirittura, a volte, di autoregolamentarsi e di non soggiacere a norma alcuna⁸. Questa normatività nuova si produce in spazi geograficamente inediti rispetto al modello westfaliano ed opera una rottura, anche epistemologica, rispetto al modo di concepire il diritto.

A fronte dell'importanza dell'istituto del contratto e del ruolo centrale che in relazione ad esso svolge la causa - costantemente al centro dell'attenzione della dottrina -, ci si può domandare quale sia l'interesse per un'ulteriore ricerca sul tema e se essa non debba necessariamente risolversi in una sintesi delle innumerevoli

⁶ P. GALLO, *Contratto e mercato*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2017, p. 2 ss.

⁷ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93 ss.

⁸ Il riferimento è, evidentemente, al «contratto alieno» di G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010.

teorie già formulate, oppure in una rassegna giurisprudenziale delle sempre più numerose applicazioni di tale istituto.

A nostro avviso tale interesse deriva da due ordini di motivi che rendono, in questa congiuntura storica, ancora una volta attuale e necessario l'approfondimento del dibattito su causa, meritevolezza e loro applicazioni. Se si volesse procedere per distinzioni stipulative - pur consci che esse distinguono aspetti collegati ed interdipendenti, che costituiscono in realtà facce di una stessa medaglia - potremmo dire che tali ordini di ragioni sono da un lato empiriche, dall'altro teoriche.

Per quanto concerne le prime, il dibattito su causa e meritevolezza presenta una notevole attualità in ragione di plurimi fattori che concernono sia l'ordinamento italiano, sia l'ordinamento francese, dal quale è stato ripreso il requisito causale e le cui modificazioni sono oggetto di grande attenzione nel contesto italiano.

Innanzitutto, l'applicazione rinnovata e sempre più estesa che ne hanno fatto le corti, sia di merito sia di legittimità, per giudicare la validità di numerosi contratti. Nel corso degli ultimi anni il numero di sentenze che, a torto o a ragione, hanno utilizzato causa e meritevolezza al fine di sindacare la validità dell'accordo è aumentato in maniera esponenziale. È un processo evidente, che può essere colto tramite semplici ricerche nelle banche dati giurisprudenziali e che ha ricevuto una notevole risonanza in dottrina, tramite numerosi contributi incentrati su tale problematica.

In secondo luogo, tramite la meritevolezza dell'interesse ed ora della causa si è esteso il controllo sulle singole clausole del contratto. È stato un fenomeno fondamentale, che ha riguardato soprattutto, ma non solo, le clausole *claims made*; esso ha suscitato un notevole interesse poiché la capitale importanza della questione per il settore assicurativo⁹ si intreccia con l'importanza di queste decisioni per il diritto dei contratti in generale. Inoltre, tale controllo sulle singole clausole dell'accordo costituisce una novità assoluta nel panorama italiano ed amplia notevolmente il controllo giudiziale del contratto.

⁹ Sull'importanza ed il carattere sistemico del fenomeno assicurativo cfr. M. FRANZONI, *Introduzione. L'operazione assicurativa*, in *Diritto delle assicurazioni*, a cura di M. Franzoni, Bologna, 2016, p. 1 ss.

In terzo luogo, nell'ordinamento francese, dopo gli sviluppi degli anni Novanta la causa è stata oggetto di numerose applicazioni giurisprudenziali. In tale contesto di grande fermento si è inserita la recente riforma del *Code civil*, che ha eliminato tale requisito come condizione di validità dell'accordo ed ha introdotto nuove disposizioni sul controllo del contratto. L'eliminazione della causa è senza dubbio l'aspetto della riforma che ha suscitato il maggiore interesse, sia in Francia sia all'estero e, in particolare, nel contesto italiano, che aveva tratto il requisito della causa proprio dal *Code napoléonien*. Peraltro, tale eliminazione non ha comportato una disapplicazione della causa in relazione alle controversie *ratione temporis* soggette alle disposizioni antecedenti alla riforma, ma ha stimolato un suo esteso utilizzo da parte delle corti, che hanno reinterpretato il requisito causale anche alla luce del linguaggio delle nuove norme. Inoltre, come sottolineato dalla dottrina pressoché unanime, il ruolo svolto dal requisito della causa non è stato eliminato, ma è stato sussunto in nuove disposizioni: un'indagine su tale requisito, sulle sue funzioni e sui suoi possibili sviluppi, anche alla luce delle nuove regole sul contenuto del contratto, è quindi ancora più necessario, anche per le ripercussioni che tale riforma può avere sul dibattito italiano.

Veniamo ora al secondo ordine di motivi, di carattere teorico. Sono numerose le riflessioni sulla destrutturazione dell'ordine sistematico del codice civile, sull'emergere di razionalità e funzioni nuove nel diritto privato, così come quelle sugli sviluppi di un sistema delle fonti stratificato e multilivello, nel quale agiscono, cooperano e si scontrano attori differenti. Ciò che si intende fare con la presente ricerca è analizzare le funzioni di causa e meritevolezza nel contesto di tale impianto teorico, così da comprenderne ruolo e criteri operativi. Questo non significa solamente analizzare come sia svolto il giudizio causale, oppure valutare se la causa, nonostante l'apparente esclusione, possa essere comunque rintracciata nelle raccolte di principi del diritto contrattuale europee e transnazionali, ma analizzare i contenuti e le funzioni di tali istituti adottando una prospettiva globale. Significa, da un lato, esaminare criticamente causa e meritevolezza in chiave sistemica, in relazione al mutare della concezione economica e politica del diritto

contrattuale e, dall'altro, esaminare come i giudizi sul contratto siano a loro volta centri di propulsione fondamentali di tali trasformazioni.

Adottare tale approccio e perseguire detti obiettivi porta necessariamente a considerare il sistema giuridico e le sue applicazioni non come neutre, ma legate ad una determinata visione e progettualità sociale¹⁰; in altri termini, porta a considerare la dimensione politica del diritto contrattuale, che permette a sua volta di meglio comprendere le applicazioni degli istituti giuridici. Autorevoli dottrine hanno già messo in guardia contro una pretesa autonomia del giuridico rispetto al politico, fondata su un'asserita neutralità della tecnica, evidenziando come non si possa studiare un istituto giuridico e, più in generale, il diritto, astraendolo dal contesto socio-politico al quale lo stesso è collegato¹¹, del quale esprime gli interessi¹² e che il diritto stesso contribuisce a conformare¹³. Tale valutazione deve essere fatta storicizzando l'evoluzione degli istituti¹⁴ e le loro funzioni¹⁵: ogni aspetto del

¹⁰ S. PIMONT, *Ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire*, in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry, 2012, p. 257 ss. sottolinea il potere che la dottrina ha di strutturare il sistema e modificare il diritto e ne mette in luce il carattere eminentemente politico. L'esempio che viene portato a sostegno della tesi concerne proprio la causa e come le sue differenti interpretazioni hanno cambiato la concezione del diritto contrattuale.

¹¹ Infatti, le operazioni giuridiche «non sono tecniche ma sono, in tutto o in parte, politiche e consistono non, o non solo, in accertamenti ma in scelte», cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, p. 16.

¹² Cfr., per tutti, F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1977 (1^a ed. 1974).

¹³ F. ENGELS, *Letter to J. Bloch, 21.9.1890*, in *Marx and Engels on Law*, a cura di M. Cain e A. Hunt, London-New York-San Francisco, 1979, p. 56.

¹⁴ «Il problema del diritto naturale è l'eterno problema di ciò che sta alle spalle del diritto positivo. E chi cerca una risposta non trova - temo - né la verità assoluta d'una metafisica né la giustizia assoluta di un diritto naturale: chi solleva il velo e non chiude gli occhi è abbagliato dalla Gorgone del potere». Cfr. H. KELSEN, *Gleichheit vor dem Gesetz*, in *Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, Berlin - Leipzig, p. 55; trad. it. in M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, II, *Il Novecento*, Milano, 2002, p. 100.

¹⁵ T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in Th. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England*, Milano, 1960; G.W. LEIBNIZ, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, Milano, 1960, p. 64 ss. Si è rilevato che: «la superstruttura (e pertanto anche il diritto) reagisce sempre, dialetticamente, sulla struttura che la determina, determinandola a sua volta, modificandola» cfr. T. GAZZOLO, *Antonio Gramsci e la teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, p. 334

giuridico implica, quindi, una valutazione politica¹⁶. Così come il diritto penale¹⁷, anche il diritto privato muta in relazione alle concezioni socio-economiche: il giuridico è in costante mutamento e si evolve insieme alla concezione della società¹⁸.

Occorre altresì considerare che le evoluzioni giuridiche, così come le interpretazioni ed applicazioni degli istituti, non sono né lineari né uniformi, ma manifestano i conflitti tra visioni del mondo differenti e tra gli interessi divergenti dei vari attori coinvolti¹⁹: è quindi necessario rifuggire da artificiosi tentativi di presentare come materia uniforme e rispondente alle medesime razionalità, come parte di un unico processo omogeneo, ciò che invece è discontinuo e risponde a razionalità differenti; al tempo stesso, non bisogna esimersi dal tentare di tracciare la *big picture* ed individuare le linee fondamentali di evoluzione ed innovazione del sistema.

Confrontarsi con causa e meritevolezza, come costantemente ri-costruite dalla giurisprudenza, significa abbandonare la staticità empirica del dogma per approcciare il terreno sconnesso e contraddittorio dei rapporti giuridici contemporanei, significa analizzare la governamentalità della società effettuata tramite il contratto.

¹⁶ M. GRONDONA, *Il problema dell'abuso tra tecnica e politica del diritto*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2016, p. 177-178. In relazione al codice si afferma: «ma, lungi dall'essere separato dalla politica, il codice affonderà le sue radici sulle idee politiche dell'epoca: il mito che il codice civile era un "composto tecnico di regole" proprio della Scuola dell'Esegesi è morto da tempo. Il codice riposa su principi di natura politica, come l'eguaglianza degli individui e l'esclusione dei privilegi, la difesa della proprietà, il libero gioco della concorrenza, anche nei rapporti di lavoro e l'organizzazione di una famiglia secondo il modello autoritario e patriarcale.» G. ALPA, *Diritto civile italiano*, Bologna, 2018, p. 93-94.

¹⁷ Ad esempio, si è sottolineato che la nascita del carcere e della pena, così come li conosciamo, è contemporanea alla nascita della società capitalista ed al processo di accumulazione primitiva, cfr. D. MELOSSI e M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica*, Bologna, 2018 (1^a ed. 1977); M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris, 1975.

¹⁸ «This is because economic activity can't be understood as something autonomous in relation to a set of passive institutional and legal conceptual constraints, as the terms framework and context suggest. Legal institutions and ideas have a dynamic, or dialectical, or constitutive relationship to economic activity». Cfr. DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2010, p. 19.

¹⁹ F. ENGELS, *Letter to Conrad Schmidt, 27.10.1890*, in *Marx and Engels on Law*, a cura di M. Cain e A. Hunt, London-New York-San Francisco, 1979, p. 56-58.

Nella presente ricerca argomentiamo che il contenuto e le funzioni del giudizio causale e di meritevolezza mutano a seconda della concezione socio-economica e della politica del diritto dominante. Tramite l'analisi interdisciplinare e storica dell'evoluzione del giudizio causale, effettuata in relazione al mutamento della concezione economica e del ruolo del contratto, si dimostra come il giudizio causale si trasformi e venga utilizzato in funzione di tali concezioni della società, alle quali corrispondono determinate concezioni del contratto²⁰. Così come «il presente altro non è che un'ipotesi non ancora superata»²¹, così occorre considerare che il ruolo ed i contenuti della causa non sono univocamente e staticamente dati, ma evolvono in relazione alle funzioni attribuite al diritto contrattuale rispetto alla regolamentazione dei rapporti sociali ed economici.

Attraverso la disamina dei criteri e delle razionalità del controllo causale sull'accordo, rapportato all'analisi della concezione economico-politica che lo stesso esprime, si possono comprendere più approfonditamente le ragioni dell'espansione del giudizio causale e le funzioni perseguite in relazione al sistema.

Sosteniamo che l'utilizzo contemporaneo di tali giudizi, sempre più esteso ed applicato anche alla singola clausola, rinviene le proprie radici nelle trasformazioni del sistema giuridico e dell'approccio al diritto contrattuale introdotto dall'Unione Europea, nonché nella concezione del mercato concorrenziale, considerato non più come naturalmente dato, ma come ordine da costruire ed implementare.

Questa trasformazione fa sì che il contratto non sia più considerato come *a priori* il frutto della razionalità dei contraenti che trattano su un piano di uguaglianza, ma che l'accordo possa anche essere, a seconda delle circostanze del caso concreto, il frutto dell'imposizione di una parte a danno dell'altra; in questi casi il dispositivo della concorrenza non può o non ha potuto disciplinare correttamente quel determinato accordo e permette quindi ad una parte di estrarre una rendita ingiustificata. La sfera della circolazione della ricchezza non è più

²⁰ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, Paris, 2004, p. 3-4 afferma che il diritto esprime ed implementa valori e che, quindi, la regola giuridica può e deve essere compresa attraverso quei valori.

²¹ R. MUSIL, *L'uomo senza qualità*, vol. I, Torino, 1957, p. 241.

ontologicamente caratterizzata dalla libertà²²: i legislatori e le corti prendono atto delle asimmetrie e degli squilibri che vi si manifestano e prevedono rimedi secondo le modalità ed i criteri con cui si prefigurano tali problemi. Ciò amplia l'ambito del giudizio causale, anche sulla base delle influenze delle razionalità dei diritti speciali che, pur avendo ruoli ed ambiti di applicazione completamente diversi, hanno permeato il sistema del diritto comune.

Tale razionalità si intreccia e si confronta con il controllo giudiziale sul contratto proposto ed effettuato in ragione della costituzionalizzazione del diritto privato, nonché con la differente logica redistributiva insita nella costituzione economica e con le esigenze di giustizia, non solo formale o procedimentale, ma anche sostanziale²³, espresse dagli artt. 2 e 3 cost. Sosteniamo che tale razionalità, attualmente, non sia dominante e funga sovente quale strumento argomentativo al fine di rafforzare la decisione presa più che come *ratio decidendi*.

La problematica²⁴ affrontata tramite questo programma di ricerca porta direttamente e preliminarmente a confrontarsi ed interrogarsi circa il metodo da seguire. Confronto tanto più arduo se si considera l'avvertimento secondo cui del metodo «non bisogna parlare, poiché l'unica cosa seria che vale la pena di fare è di applicarlo, per vedere se esso produce risultati significativi»²⁵. Analogamente, D. Harvey afferma²⁶ che per comprendere il metodo dialettico sia necessario leggere *Il Capitale*: non tanto, quindi, fornirne una descrizione, quanto piuttosto fruire direttamente dei risultati di quel metodo.

A fronte delle limitazioni ed all'utilità che le esposizioni sul metodo rivestono, sembra comunque opportuno fornire alcune linee guida, che

²² Diversamente dalla sfera della produzione, dove domina la costrizione, cfr. K. MARX, *Le Capital*, 1. II, cap. VI, Paris, 1985 (1° ed. fr. 1867), p. 201-202.

²³ Sulle diverse concezioni della giustizia contrattuale cfr. E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; M. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2014, p. 81 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.

²⁴ Il termine è utilizzato nell'accezione Althusseriana, cfr. L. ALTHUSSER, *Pour Marx*, Paris, 2005 (1ª ed. 1965), p. 47 ss.

²⁵ M. TARUFFO, *Introduzione all'edizione italiana*, in *I volti della giustizia e del potere*, di M.R. Damaška, Bologna, 1991, p. 10.

²⁶ D. HARVEY, *A Companion to Marx's Capital*, vol. I, London-New York, 2010, p. 12.

contribuiscono ad illustrare le ragioni di una struttura insolita per un'opera concernente causa e meritevolezza.

Dato che l'obiettivo della ricerca è comprendere l'evoluzione del giudizio causale e di meritevolezza ed il suo contenuto nel diritto contemporaneo, si ritiene che per fare ciò sia indispensabile comprendere che i controlli sul contratto sono collegati ad una determinata logica economica e socio-politica e, quindi, non sia possibile comprendere tali mutamenti senza analizzare la concezione economica e politica in relazione alla quale l'ordinamento si trasforma: con l'evoluzione della concezione del mercato concorrenziale e del ruolo del soggetto di diritto si trasforma la concezione del contratto e dunque della causa, che costituisce il nucleo di tale settore giuridico. Di conseguenza, tale rapporto e le modalità con cui si esplica, oltre che le sue conseguenze, non sono solamente affermati, ma sono effettivamente analizzati ed applicati nel corso della tesi: si adotta un metodo interdisciplinare, esaminando le evoluzioni della concezione economica che più hanno influenza in ambito giuridico²⁷.

Tale sviluppo viene esaminato in una prospettiva di *longue durée*, al fine di analizzare le applicazioni della causa in chiave storica, senza focalizzarsi su singoli eventi, ma adottando una prospettiva più ampia, che permetta di storicizzare e cogliere le evoluzioni di questi istituti. La prospettiva storica, arricchita tramite il metodo genealogico, tramite il quale si vanno ad individuare le origini e le razionalità delle disposizioni e le concezioni economiche e socio-politiche che esprimono, nonché tramite il metodo dialettico, con cui si analizzano gli sviluppi e le relazioni tra i vari istituti e tra i vari attori che contribuiscono a determinarne il contenuto, permette di avere una visione più ampia e più complessa del contenuto attuale del giudizio causale.

Sotto il profilo temporale, si inizia l'analisi dal contesto socio-economico e di pensiero che ha ispirato il codice civile francese sia perché esso coincide con la prima codificazione della causa, sia perché a partire dalla Rivoluzione francese e

²⁷ Chiaramente il rapporto di influenza tra diritto e sistema economico è biunivoco, tanto che il giuridico è condizione necessaria e strutturante dell'operazione economica A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere. Edizione critica*, Torino, 1977 (1^a ed. 1948-1951), Q. 4, § 38, p. 456 ss.

dall'emanazione del *Code civil*, oltre che in ragione dello sviluppo del capitalismo industriale²⁸, la visione moderna del contratto e del suo ruolo nell'economia capitalistica diviene egemonica non solo economicamente, ma anche culturalmente e giuridicamente.

Il sistema giuridico, secondo la prospettiva del *transnational law*, non è analizzato come chiuso, ma se ne tracciano le evoluzioni e se ne ricostruisce la struttura complessa, evidenziando il ruolo che svolgono diversi attori e come questi si relazionano ed agiscono, così da comprendere la molteplicità ed il pluralismo delle sue linee evolutive. Il contenuto del giudizio causale e di meritevolezza riflette infatti le razionalità di cui questo complesso sistema multistratificato è portatore²⁹.

Inoltre, si adotta un metodo casistico³⁰ al fine di comprendere la razionalità della *law in action*, anche perché le disposizioni analizzate, rimaste pressoché immutate nel corso del tempo, hanno invece assunto contenuti e funzioni differenti. Ciò permette altresì di esaminare quali siano le *rationes decidendi* che hanno determinato il contenuto delle sentenze e quali, invece, le tecniche argomentative volte a giustificare le decisioni assunte. Infine, nel contesto contemporaneo è evidente il primato della *iurisdictio*³¹ ed il ruolo imponente delle corti nella creazione del diritto, conseguentemente è fondamentale analizzare la giurisprudenza formatasi in materia.

Infine, per condurre tale analisi ha una notevole importanza anche il metodo comparatistico, in particolare con l'ordinamento francese. Da un lato l'ordinamento italiano ha tratto la causa quale requisito per la validità dell'obbligazione e poi del contratto proprio dal *Code civil*; dall'altro, analizzare similitudini e differenze con

²⁸ Per una storia delle origini del capitalismo preindustriale e delle modificazioni del capitalismo nel lungo periodo cfr. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV-XVIII siècle)*, Paris, 1979, t. 1, 2, 3.

²⁹ E. NAVARRETTA, Sub art. 1343, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 611 afferma che: «in realtà, è l'utilità sociale, né la giustizia sociale, bensì la razionalità economica a tutela delle parti è il principio ispiratore della causa, in quanto l'ordinamento richiede all'autonomia privata, nell'interesse delle stesse parti e dei loro Hintermannen, che il potere di determinare la produzione degli effetti giuridici sia giustificato da un minimo di razionalità economica».

³⁰ L'espressione, chiaramente, è tratta ed utilizzata nel significato di G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1950. Sui differenti significati che può assumere cfr. G. PASCUZZI, *Cosa intendiamo per metodo casistico*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 334 ss.

³¹ F. GALGANO, *La Globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 119 ss.

le evoluzioni³² d'oltralpe permette di meglio valutare come i sistemi rispondano ad influenze comuni e quali siano invece gli elementi di *path dependence*³³ legati ai contesti nazionali.

Per sviluppare l'analisi evidenziata seguendo il metodo di cui si sono presentati i tratti essenziali, la tesi è strutturata come segue.

Nel primo capitolo si analizza l'evoluzione del sistema giuridico in relazione alla concezione socio-economica del mercato e del ruolo del contratto. Si mette in evidenza come al mutare di tali concezioni cambi la struttura del diritto contrattuale, analizzando i vari livelli del sistema normativo, nonché esaminando le possibili contraddizioni che emergono da differenti concezioni del ruolo del diritto contrattuale. Tracciare detto quadro teorico è fondamentale al fine di comprendere le evoluzioni e le razionalità dei giudizi causale e meritevolezza nelle diverse fasi storiche³⁴ e nella giurisprudenza contemporanea.

Una volta tracciato il quadro teorico all'interno del quale svolgere lo studio, nel secondo capitolo si esamina come il controllo causale e di meritevolezza si sia evoluto nel tempo e si dimostra come i criteri adottati nel suo espletamento rispondano alla concezione del contratto che si è esaminata nel primo capitolo. Tale analisi è condotta prendendo in considerazione l'ordinamento italiano e francese non come blocchi separati; si segue invece una prospettiva storica, presentando le evoluzioni secondo il loro avvicinarsi nel tempo e così sottolineando convergenze e discontinuità tra queste due esperienze giuridiche, dipendenti anche dalle specificità dei contesti socio-politici nazionali.

Nel terzo capitolo si inizia l'analisi del controllo contemporaneo effettuato tramite causa e meritevolezza. Si esamina la copiosa giurisprudenza formatasi in materia negli ultimi anni in Italia in relazione all'intero contratto. Pur non prendendo in considerazione tutte le sentenze che hanno fatto utilizzo di tale

³² Sullo stretto legame tra storia del diritto e comparazione cfr. M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, p. 49 ss.

³³ Su cui vedi *ex multis* cfr. R. MARTIN, *(Re)Placing Path Dependence: A Response to the Debate*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2012, p. 179 ss.

³⁴ La storicità della concezione del contratto è evidenziata da G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, *passim*.

nozione (il compito risulterebbe pressoché impossibile in ragione della vastità del materiale), si analizzano le decisioni che hanno avuto maggiore risonanza in dottrina, nonché maggiore influenza sulla giurisprudenza successiva: si esaminano settori nei quali le applicazioni di causa e meritevolezza sono state più numerose ed in cui si è formata una giurisprudenza, anche di legittimità, consolidata. Tale analisi non si limita alla descrizione delle decisioni assunte, ma ne approfondisce criticamente la razionalità ed il portato sistematico in relazione alla teoria del contratto.

Nel quarto capitolo si esamina la giurisprudenza concernente il giudizio causale e di meritevolezza sulla singola clausola dell'accordo, analizzandone razionalità, criteri e logica operativa. Anche in questo caso, l'analisi delle sentenze non si limita ad una semplice presentazione delle decisioni, ma si procede ad uno studio critico delle soluzioni adottate. La distinzione tra giudizio sull'intero contratto e sulla singola clausola, pur stipulativa ed artificiosa anche in ragione del fatto che, come si argomenterà, le razionalità dei due giudizi sono le medesime, è volta da un lato a mettere in risalto la novità del giudizio causale sulla singola clausola e ciò che esso comporta; dall'altro, ad esaminare le diversità che intercorrono tra questi due giudizi.

Nel quinto capitolo si analizza il giudizio causale contemporaneo nell'ordinamento francese. Si esaminano le decisioni più recenti e gli orientamenti in relazione al controllo sul contratto e sulle singole clausole. Alla luce di tali decisioni, si studiano alcune delle teorie più influenti concernenti il ruolo della causa nell'ordinamento ed il suo significato per la teoria del contratto. Si analizza quindi il contenuto delle disposizioni introdotte con la riforma che, secondo l'opinione pressoché unanime, sono deputate a svolgere il ruolo della causa. Infine, si esaminano le sentenze più recenti che hanno fatto applicazione di tali nuove disposizioni o che hanno interpretato ed applicato il giudizio causale alla luce della riforma, traendone indicazioni sulle applicazioni delle nuove disposizioni, oltre che sulla loro razionalità.

Nel sesto capitolo, alla luce dell'analisi condotta nei capitoli precedenti, si esamina il ruolo sistemico del giudizio causale e di meritevolezza, la concezione

del contratto che esso esprime e le funzioni che le corti perseguono tramite lo stesso. Si esamina il rapporto tra questi due giudizi, le novità derivanti dal giudizio sulle singole clausole, nonché il rapporto fra causa e tipo. Si esaminano inoltre similitudini e differenze tra ordinamento italiano e francese, nonché le indicazioni che si possono trarre dalla riforma del *Code civil* sul futuro del giudizio causale. Infine, si analizza la diversità dei vari giudizi di «meritevolezza» presenti nell'ordinamento.

1. LE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO CONTRATTUALE: DALLA CONCEZIONE CLASSICA AL DIRITTO CONTEMPORANEO

SOMMARIO: 1.1 Causa, meritevolezza e razionalità economica. - 1.2 La concezione liberale classica. - 1.3 I riflessi della concezione economica classica sulla disciplina del contratto. - 1.4 Sviluppo economico e critica del modello classico. - 1.5 La «crisi» del paradigma e le nuove proposte dottrinali: il realismo francese. - 1.6 La costituzionalizzazione del diritto privato italiano. - 1.7 Prospettive antagoniste: gli anni Settanta del diritto privato. - 1.8 La moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto e la destrutturazione del sistema normativo. - 1.9 Lo sviluppo dell'Unione Europea: una nuova concezione dell'ordine concorrenziale. - 1.10 L'approccio funzionale al diritto e la regolazione secondo lo *status* dei contraenti. - 1.11 Le ulteriori ripercussioni sulla teoria del contratto: la governamentalità ordoliberal. - 1.12 Le conseguenze sul controllo del contratto ed il nuovo ruolo del giudice. - 1.13 Le tensioni immanenti ai diversi livelli di regolamentazione e gli effetti di *path dependence*. - 1.14 Le trasformazioni del diritto contemporaneo nel prisma della causa e della meritevolezza.

1.1 Causa, meritevolezza e razionalità economica

È usuale l'affermazione secondo cui la causa esprime il «perché» dell'accordo, la ragione giustificatrice dell'impegno dei contraenti³⁵: il giudizio causale, nonché quello di meritevolezza, costituiscono lo strumento tramite il quale si valuta la rispondenza dell'accordo ai principi ed alle regole dell'ordinamento, secondo un giudizio di compatibilità.

Indagare l'evoluzione delle teorie della causa e della meritevolezza significa esaminare le modalità tramite cui l'ordinamento esercita detto controllo, quali sono i parametri e le categorie utilizzate nonché, soprattutto, le finalità perseguite tramite lo stesso. Di converso, tramite tale analisi si ricerca quale sia la funzione del contratto nella società e che ruolo debbano svolgere i soggetti nello specifico momento nel quale essi contrattano e, più in generale, nel momento in cui essi entrano in relazione con la sfera contrattuale (compresa quindi la fase preparatoria, delle trattative e della sua esecuzione).

³⁵ M. BOURASSIN, *Les évolutions relatives au contenu du contrat*, in *La réforme du droit des obligations : quelles (r)évolutions pour la vente immobilière ?*, in *Annales des loyers*, 2016, n° 7-8, p. 154.

Per esaminare approfonditamente tali giudizi non è sufficiente limitarsi all'analisi delle disposizioni del codice - anche in ragione del fatto che, benché le stesse siano rimaste immutate, si è invece profondamente modificato il controllo realizzato tramite le stesse - ma è necessario collocare il giudizio causale e di meritevolezza nel più ampio contesto della funzione attribuita al diritto dei contratti nella realizzazione di un determinato modello di società.

Per comprendere le funzioni di tali giudizi, il loro evolversi nel tempo e nello spazio, ma anche le contraddizioni che si manifestano nel loro svolgimento, è opportuno dapprima procedere ad un'analisi degli sviluppi del diritto contrattuale moderno e contemporaneo, così da analizzare le evoluzioni di causa e meritevolezza non in maniera autonoma, ma integrata rispetto al contesto socio-economico.

Ciò permette altresì di analizzare le trasformazioni del diritto contrattuale e, in particolare, di uno dei suoi concetti cardine, ossia l'autonomia privata (che è legata a doppio filo con tali giudizi), abbandonando la logica dicotomica che oppone autonomia e legge.

Nelle elaborazioni dottrinali di diritto privato di *civil law* la regolamentazione del contratto è sovente trattata a partire dal principio dell'autonomia della volontà, che è innanzitutto analizzato in relazione al contesto che ne ha consentito lo sviluppo e, in seguito, in relazione alle limitazioni e dalle critiche, sempre più rilevanti, di cui è stato oggetto a partire dall'inizio del XX secolo. Tuttavia, esaminare le trasformazioni profonde che hanno coinvolto il diritto dei contratti attraverso il prisma dell'autonomia della volontà e, quindi, del rapporto tra la volontà e la legge³⁶, comporta usualmente alcune precomprensioni che ne strutturano l'analisi.

Infatti, tale approccio costringe il giurista (o, meglio, il giurista di *civil law* è portato) a concepire le nuove norme che apparentemente limitano l'autonomia dei

³⁶ Tale problematica si è posta a partire dall'affermazione del principio dell'autonomia della volontà, soprattutto circa il ruolo fondatore o derivato della legge rispetto alla forza creatrice della volontà, v. CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, in *D.*, 2002, doct. 901; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 555 ss.

contraenti in una prospettiva dicotomica rispetto alla volontà; inoltre, il presupposto, più o meno esplicito, di numerose analisi è che tali interventi tendano ad un'allocatione delle risorse differente da quella che sarebbe realizzata se la volontà dei contraenti non fosse stata limitata dalla legge. Tale approccio, nonostante sia fecondo di risultati e appropriato al fine di esaminare gli interventi del legislatore che hanno avuto luogo intorno alla metà del secolo scorso³⁷, è, a nostro avviso, limitato e limitante nel momento in cui si vogliono analizzare le radici e le ragioni profonde della «nouvelle crise du contrat»³⁸, poiché non permette di cogliere appieno le trasformazioni sociali, economiche e teoriche che ne sono alla base³⁹.

Inoltre, tale approccio soffre di un'aporia storica ed una logica. Da un lato, è opportuno constatare che, come oramai riconosciuto dalla dottrina maggioritaria⁴⁰, il principio dell'autonomia della volontà non è stato alla base della codificazione francese⁴¹, ma è stato affermato quasi un secolo dopo la codificazione stessa, sotto l'influenza della dottrina tedesca⁴². Nonostante la notevole capacità esplicativa di

³⁷ Per la chiarificazione delle norme a cui ci si riferisce, di cui il contenuto, il momento di approvazione ed il carattere unitario o molteplice dipendono dalle specificità nazionali, cfr. par. 1.10.

³⁸ Il riferimento è all'opera CH. JAMIN e D. MAZEAUD (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003. Cfr. anche R. ALESSI, *Crisi dei diritti nazionali, riposizionamento dei valori e ruolo della scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, p. 187 ss.

³⁹ Tale sconvolgimento è confermato dal fatto che la dottrina ha ricominciato ad occuparsi della nozione generale di contratto alla luce di dette trasformazioni, cfr. E. GABRIELLI, *La nozione di contratto*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2780 ss.; S. LEQUETTE, *La notion de contrat*, in *RTD civ.*, 2018, p. 541 ss.

⁴⁰ J. FLOUR, J.-L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, 14^e éd., 2010, p. 86 ss.; G. ROUHETTE, « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, p. 248-249.

⁴¹ X. MARTIN, *Nature humaine et Révolution française*, Poitiers, 3^e éd. 2015, p. 259 ss.; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2^e éd., 2012, p. 142 ss.; G. ROUHETTE, *La force obligatoire du contrat - Rapport français*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, a cura di D. Tallon e D. Harris, p. 27-55. V. anche le osservazioni di Portalis sulla predominanza della legge rispetto alla volontà: J.-E.-M. PORTALIS, *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, 1988), p. 77-78. La nozione di autonomia della volontà, invece, è stata per la prima volta utilizzata in diritto internazionale privato, v. J.-Ph. LÉVY e A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, 2^e éd., 2010, p. 826-827; PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 8^e éd., 2016, p. 251; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté*, Paris, 1980; A. NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 51 ss.

⁴² A partire dal XX secolo la dottrina afferma che il principio sarebbe oramai divenuto un pilastro del diritto dei contratti, v. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil français et allemand*, thèse Dijon, 1912; A. COLIN, H. CAPITANT e L. JULLIOT DE LA

tale principio, le regole concernenti il contratto presentavano già tutte le principali caratteristiche del diritto liberale classico, benché tale dogma non fosse stato elaborato dai codificatori.

Dall'altro, il principio di libertà contrattuale (espressione determinante della teoria dell'autonomia della volontà) rimane centrale nella teoria dei contratti contemporanea, soprattutto nel diritto privato europeo⁴³, che è tuttavia considerato come una delle fonti principali delle summenzionate limitazioni. Inoltre, l'art. 1102 del codice civile francese riformato⁴⁴, che per la prima volta consacra nel diritto francese in maniera esplicita ed affermativa tale principio, nonché il riconoscimento del rango costituzionale del principio della libertà contrattuale in alcuni paesi⁴⁵ testimoniano la persistente centralità di tale nozione.

Queste conclamate manifestazioni del principio non hanno tuttavia rimesso in discussione le mutazioni avvenute negli ultimi decenni. In ragione di tali elementi apparentemente contrastanti ci sembra opportuno cambiare prospettiva, al fine di analizzare queste evoluzioni attraverso nozioni differenti, che permettano altresì di esaminare le nuove caratteristiche dell'autonomia contrattuale e le sue implicazioni. Focalizzarsi sul giudizio espletato tramite causa e meritevolezza, anche in relazione al mercato, e quindi sulla tipologia di regolamentazione del contratto che ne consegue, consente di superare l'*impasse* determinata dalle

MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Paris, 10^e éd., 1948, p. 11-16; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, 3^e éd., 1938, p. 99-103; J.-F. NIORT, *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, in *RTD civ.* 2005, p. 273.

⁴³ S. GRUNDMANN, *The Structure of European Contract Law*, in *ERPL*, 2001, p. 505 ss.; ID., *On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law*, *ERPL* 2010, p. 1058 ss.

⁴⁴ PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 246, sottolineano il legame tra questo articolo e la filosofia dei *Lumières*. V. anche V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat ?*, in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, a cura di V. Larribau-Terneyre e S. Pellé, Pau, 2016, p. 34-36.

⁴⁵ In relazione al diritto francese v. J. GHESTIN, *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *JCP G*, 2013, p. 929. In relazione al diritto tedesco v. L. RAISER, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Die Aufgabe des Privatrechts*, trad. it. *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, ed. originale 1977, p. 171 ss.; J. MICHAEL RAINER, *Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania*, in *Jus civile*, 2018, p. 388; B. SCHÜTTE, *The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di L. Siliquini-Cinelli e A. Hutchison, Cham, 2017, p. 217 ss.

problematiche concernenti il rapporto tra la volontà e la legge e, allo stesso tempo, di analizzare tali trasformazioni attraverso due nozioni fondamentali del diritto privato.

Al fine di comprendere il giudizio espletato tramite causa e meritevolezza è quindi indispensabile esaminare l'evoluzione della concezione del contratto in relazione all'evoluzione socio-economica. Tale processo, articolato e complesso, non è peraltro privo di contraddizioni, sovrapposizioni e conflitti. Nel corso del presente capitolo si presenteranno le più rilevanti teorie del contratto e delle sue evoluzioni: occorre tuttavia avere ben presente che, come ogni percorso storico, ognuna di queste fasi presenta contraddizioni e specificità, oltre a costituire l'evoluzione delle fasi precedenti, in relazione alle quali deve necessariamente essere analizzata.

Il processo storico non si muove con linearità, ma implica un sovrapporsi di piani temporali, oltre che di livelli normativi: accade così che uno sviluppo di lungo periodo si sovrapponga ad un altro, a volte in contesti spaziali differenti, a volte nel medesimo contesto. L'analisi critica che segue procederà secondo il percorso che sembra il più utile a mettere in evidenza gli aspetti centrali della concezione del contratto, ai quali è direttamente legata la causa, come si dimostrerà nei capitoli seguenti. Proprio il riportare l'analisi del controllo sull'accordo tramite causa e meritevolezza alle diverse concezioni socio-economiche del contratto permetterà di comprenderne più profondamente la funzione, oltre che le evoluzioni alle quali è stato soggetto nel tempo, nonostante le disposizioni siano rimaste le medesime.

In primo luogo si analizzerà la concezione economica liberale classica ed i suoi riflessi sulla teoria del contratto, così come essa emerge dal *Code civil* e come è ripresa dal codice italiano del 1865 e anche dal codice civile tedesco. In seguito, se ne metteranno in evidenza gli elementi di crisi e di trasformazione, prestando particolare attenzione al giusrealismo francese, alla costituzionalizzazione del diritto privato italiano, nonché ai suoi «anni '70». Si metterà altresì in luce lo sviluppo della *lex mercatoria* su scala globale e la formazione di una *governance* economica multilivello e transnazionale, che riflette una diversa concezione del contratto e che influenza, sotto vari profili, gli ordinamenti nazionali. Dopodiché si

esamineranno le principali caratteristiche e portate innovative della costruzione dell'UE, mettendo in luce come la concezione economica di quest'ultima, con tratti originali rispetto al liberalismo classico, abbia influenzato la normativa successiva sul contratto a livello europeo e sia altresì penetrata nei sistemi nazionali. Si analizzeranno gli effetti di tali sviluppi sul controllo giudiziale sul contratto, nonché il ruolo che essi assegnano al giudice. Si metteranno infine in evidenza gli effetti di *path dependence* nell'interpretazione di norme sovranazionali, nonché le tensioni immanenti nei vari livelli di *governance* e le interpretazioni contraddittorie che rispondono a razionalità divergenti.

1.2 La concezione liberale classica

La concezione classica del diritto contrattuale è strettamente connessa alle teorie degli economisti e filosofi liberali classici⁴⁶ ed alla loro concezione del mercato⁴⁷. Nonostante gli approcci di tali autori presentino delle differenze, la libertà concepita come diritto fondamentale dell'individuo e come fondamento dell'azione del soggetto è ancorata alle concezioni economiche del «laissez faire,

⁴⁶ F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 17^a ed., 2017, p. 42 ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat ?*, cit., p. 31-32; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970, p. 107: «historiquement cependant l'acte d'échange précisément a fait murir l'idée de sujet, comme porteur de toutes les prétentions juridiques possibles. C'est seulement dans l'économie marchande que naît la forme juridique abstraite, autrement dit que la capacité générale d'avoir des droits se sépare des prétentions juridiques concrètes. Seul le transfert continu des droits qui a lieu sur le marché crée l'idée d'un porteur immuable de ces droits. Sur le marché celui qui oblige quelqu'un s'oblige simultanément. Il passe à tout instant de la situation de partie prétendante à la situation de partie obligée. Ainsi se crée la possibilité de faire abstraction des différences concrètes entre les sujets juridiques et de rassembler ceux-ci sous un seul concept juridique.»

⁴⁷ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 11^a ed., 2013, p. 32-33.

laisser passer»⁴⁸. In breve, solamente gli individui, lasciati liberi⁴⁹ di agire sul mercato e di determinarsi nelle loro scelte sulla base di un calcolo egoista, possono far aumentare il benessere della società nel suo insieme⁵⁰. La libera circolazione della ricchezza avrebbe come effetto quello di permettere la migliore allocazione possibile delle risorse.

Una delle premesse di tale teoria è una concezione che si potrebbe definire «naturalista»⁵¹ del mercato, concepito come ordine spontaneo⁵² preesistente alla legge e che, se lasciato libero di funzionare, permetterebbe la formazione del giusto prezzo, ossia del prezzo adeguato al valore del bene⁵³. Il meccanismo del giusto prezzo, che si forma grazie alla concorrenza, permetterebbe un arricchimento reciproco dei contraenti e, di conseguenza, della società in generale⁵⁴. Lo Stato deve quindi lasciare gli individui liberi di contrattare ed intervenire solamente al fine di

⁴⁸ J.-PH. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, cit., p. 826; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2° éd., 2011, p. 37-39. Sul rapporto tra autonomia della volontà e conflitti interni fra ceto debitorio e ceto creditorio, evidenziando come sia quest'ultimo ad essere favorevole ad un'estensione del principio dell'autonomia della volontà, cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 275; G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 36; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1982, p. 171.

⁴⁹ Le giustificazioni dei limiti dell'intervento dello Stato non sono le stesse per tutti i liberali. Schematicamente, si possono individuare due correnti: la prima, che mette al centro l'aspetto giuridico, fonda questi limiti sui diritti naturali dell'individuo. La seconda, che mette al centro l'aspetto scientifico, li basa sulla natura dell'individuo e il suo agire interessato. Occorre tuttavia sottolineare che queste correnti sovente si intrecciano; quella che in questa sede ci interessa maggiormente, dato che è alla base della codificazione francese, è la corrente giuridica, v. P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010, p. 26 ss., 71 ss., 101 ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004, p. 40 ss.

⁵⁰ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7, Chicago, 1977, p. 83 ss. La libertà contrattuale è quindi un corollario di tale teoria economica, v. M. WALINE, *L'individualisme*, Paris, 2° éd., 1949, p. 174. Per una critica della maniera dominante di comprendere il pensiero di A. Smith v. G. ARRIGHI, *Adam Smith in Beijing*, London-New York, 2007, p. 40 ss.; G. DOSTALER, *Les chemins sinueux de la pensée économique libérale*, in *L'Économie Politique*, 2009, 4, p. 49-50.

⁵¹ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 33 ss.; DARDOT et CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, cit., p. 6 ss.

⁵² G. DOSTALER, *Les chemins sinueux de la pensée économique libérale*, cit., p. 47 ss.

⁵³ Il tema del giusto prezzo è costante in tutte le correnti del liberalismo classico. Così i fisiocratici lo definiscono il «buon prezzo», v. E. DEPITRE, *Introduction à Dupont de Nemours, De l'exportation et de l'importation des grains*, Paris, 1911, p. XXIII-XXIV; Marshall il «prezzo normale», v. A. MARSHALL, *Principles of Economics*, London, 1890, anche se già a partire dalla fine del XIX secolo si cominciava a porre la problematica dell'alterazione della concorrenza e, quindi, del meccanismo di formazione del prezzo, v. L. PFISTER, *Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle*, in *RDC*, 2012, p. 349.

⁵⁴ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 55; v. A. SMITH, *The Wealth*, l. 4, ch. 2, p. 590 ss.

garantire l'esecuzione delle obbligazioni⁵⁵. Tale approccio si riflette sulla concezione del soggetto, nonché sulla concezione del contratto, che muteranno invece radicalmente con gli sviluppi del diritto contemporaneo.

Circa il primo aspetto, il *Code napoléonien*, basandosi sulla *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)* del 1789, consacra il ruolo dell'individuo nel sistema giuridico⁵⁶. Le influenze filosofiche che hanno contribuito a determinare i fondamenti di tale nozione sono numerose e, in questa sede, non è possibile tracciarne che le caratteristiche principali. Le basi teoriche sulle quali tale concezione si fonda sono il giusnaturalismo⁵⁷, secondo il quale l'individuo è titolare di diritti inalienabili, che precedono il sistema giuridico⁵⁸, nonché il razionalismo⁵⁹. Tali correnti filosofiche hanno influenzato la concezione universale dell'individuo propria della filosofia dei *Lumières*; inoltre, insieme alle preoccupazioni derivanti dalla morale del cristianesimo⁶⁰ e del giansenismo⁶¹, hanno costituito i fondamenti teorici del pensiero di Domat e Pothier, i due autori che hanno notevolmente influenzato le norme del *Code civil*⁶².

L'influenza effettiva del pensiero di Kant sugli autori del *Code napoléonien* è oggetto di controversia: mentre alcuni affermano che egli non abbia avuto

⁵⁵ M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 174-175.

⁵⁶ F. TERRÉ e D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes*, Paris, 8^a ed., 2012, p. 10-11; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law in Europe*, Cambridge, 2017, p. 474-475.

⁵⁷ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 2012, ed. originale 1625, circa il diritto naturale ed il ruolo della ragione v. *Prolégomènes*, par. XI ss., par. XI et XXI; sul contratto I. I, ch. XII, p. 332 ss. Sulle origini delle teorie del diritto naturale e le loro differenze v. N. ISRAËL e L. GRYN, *Généalogie du droit moderne*, Paris, 2006.

⁵⁸ M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 92, 104-105.

⁵⁹ R. DESCARTES, *Discours de la methode*, Paris, 2000 (ed. originale 1637).

⁶⁰ F. TERRÉ, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 39. Circa le influenze del pensiero cristiano sulle dottrine di Domat e Pothier v. J.-L. GAZZANIGA, *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime*, in *Droits*, 1990, p. 37 ss.; A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 199 ss. Circa le influenze dell'ideologia cristiana sulla Rivoluzione francese v. M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 43-44.

⁶¹ CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, 3^e éd., 2012, p. 97.

⁶² J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, cit.; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 473; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, 3^e éd., 2014; M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 376 ss.; CH. GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit : trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, Paris, 1989, p. 13 ss. Per una messa in discussione delle influenze del liberalismo, che avrebbero riguardato più gli interpreti del codice che i suoi redattori, v. A. BÜRGE, *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *RTD civ.*, 2000, p. 1 ss.; X. MARTIN, *Nature humaine*, cit.

un'influenza sui codificatori, ma sui giuristi del periodo successivo⁶³, occorre tuttavia sottolineare che Portalis era a conoscenza dell'opera di Kant, che egli critica, ma senza metterne in discussione i fondamenti relativi al soggetto⁶⁴. In ogni caso Kant ha sicuramente avuto un'influenza determinante sul pensiero giuridico successivo⁶⁵ e sui codificatori tedeschi. La filosofia kantiana comporta una rottura nel pensiero occidentale, ribaltando il rapporto tra il soggetto e l'oggetto e ponendo l'individuo al centro del sistema della conoscenza; inoltre, la teoria kantiana del diritto naturale postula un soggetto concepito come libero e razionale⁶⁶.

Sulla base di tali influenze, la concezione dell'individuo propria della *DDHC* e del *Code napoléonien*, attraverso la quale si volevano rendere effettive le conquiste della Rivoluzione francese⁶⁷, postula un soggetto concepito in maniera astratta ed universalista⁶⁸. L'obiettivo è quello di sopprimere le divisioni di ceto che caratterizzavano la società feudale e proporre un modello universale di essere umano: il diritto fa quindi astrazione dalle situazioni specifiche e concrete che caratterizzano la vita in società⁶⁹, al fine di instaurare i principi di uguaglianza formale e di libertà, che viene attribuita individualmente ed universalmente ad ogni persona⁷⁰.

⁶³ CH. ATIAS, *Philosophie du droit*, cit., p. 12.

⁶⁴ J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle*, Paris, 2007, ristampa 3^e éd., 1834, ch. XXII, p. 53 ss.

⁶⁵ Sull'importanza del pensiero kantiano per la concezione moderna del diritto v. J. DERRIDA, *Du droit à la philosophie*, Paris, 1990, p. 83 ss.

⁶⁶ I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma, 2005, ed. originale (1797). Sul pensiero giuridico di Kant v. A. BRIMO, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 3^e éd. 1978, p. 143 ss.

⁶⁷ Circa le origini politiche e teoriche del *Code napoléonien* v. J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français*, cit.; A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 473. Sui differenti momenti della Rivoluzione e le ideologie che li hanno contraddistinti v. A. FORREST, *The French Revolution*, Oxford, 1995.

⁶⁸ A. SUPPIOT, *Homo juridicus*, Paris, 2005, p. 46 ss., 53. Circa la *fiction* della persona giuridica e l'*homo juridicus* v. F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss.; CH. RADÉ, *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in *Mélanges Hauser*, Paris, 2012, p. 590 ss.; D. CANALE, *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, in *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, a cura di D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, E. Pattaro e alii, Dordrecht, 2009, p. 141 ss.

⁶⁹ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, cit., p. 103 ss. afferma che l'astrazione e l'impersonalità del soggetto di diritto derivano dai rapporti sociali mercantili della società capitalista.

⁷⁰ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 448 afferma che: «the text begins with the declaration that 'all men are born and remain free and equal in rights' (Art. 1): the theory of natural

Tale concezione del soggetto è adottata anche dalla dottrina tedesca. Le differenze filosofiche e teoriche tra la dottrina francese alla base del *Code civil* e la dottrina tedesca del XIX secolo⁷¹, le cui elaborazioni hanno influenzato il *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, sono notevoli⁷², anche in relazione al dogma della volontà (*Willensdogma*)⁷³, che porta agli estremi l'astrazione dei concetti giuridici⁷⁴ e la signoria della volontà⁷⁵. Tuttavia, anche in Germania è adottata una concezione astratta del soggetto, considerato come essere razionale⁷⁶, legata alla concezione economica liberale⁷⁷.

Lo stesso può dirsi del codice italiano del 1865 e di quello del 1942, soprattutto in relazione alle sue applicazioni posteriori alla fine della Seconda guerra mondiale, nonostante le peculiarità dipendenti dal regime politico che lo ha

law declaring the original freedom of man and the illicit nature of discrimination based on social status was in this way formally translated into a legal formula.» Tale libertà individuale ha fatto sì che il modello sia definito come «individualista» v. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, cit.; M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 376 ss.; CH. GRZEGORCZYK, *Le sujet de droit : trois hypostases*, cit., p. 13 ss.; V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Les résultats : une nouvelle conception du contrat ?*, cit., p. 32.

⁷¹ Sul pensiero di Puchta, di Windscheid, la *Begriffsjurisprudenz* et le Pandette v. A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit. p. 585 ss.

⁷² A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 526.

⁷³ M.F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. Guenoux, t. 1, Paris, 1840, p. 328, § 53 afferma che: «on peut définir le rapport de droit, le domaine de la volonté libre».

⁷⁴ V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Efficacia*, Milano, 1998.

⁷⁵ Sullo sviluppo della dottrina dell'autonomia della volontà in Germania v. J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 2009; J. MICHAEL RAINER, *Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania*, cit., p. 386 ss. Sull'autonomia della volontà e gli atti giuridici v. C. WITZ, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs - BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris, 1992, p. 87 ss.; M. FROMONT e J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, Paris, 2^e éd., 2017, p. 75 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2002, p. 17 ss.

⁷⁶ A. PADOA-SCHIOPPA, *A History of Law*, cit., p. 556; F. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 42 ss., 238 ss.; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 591-592; H.-W. MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di G. Helleringer e K. Purnhagen, München – Oxford – Baden-Baden, 2014, p. 95. Sulle peculiarità della concezione spagnola del ruolo del soggetto di diritto e dell'autonomia della volontà, influenzata dall'opera di K. Krause, v. S. MARTÍN, *La utopía Krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 481 ss.

⁷⁷ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2, Milano, 1980, ed. originale 1967, p. 196-198.

realizzato⁷⁸: la concezione del soggetto, così come quella del contratto, sono fondamentalmente liberali ed ancorate al principio della libertà contrattuale⁷⁹.

In relazione a ciò che più ci interessa in questa sede, è importante rimarcare che tale teoria postula un soggetto astratto dal contesto concreto nel quale lo stesso si trova, nonché uguale a tutti gli altri⁸⁰: è il trionfo dell'uguaglianza formale⁸¹, che determina altresì una regolamentazione unitaria del contratto. Tali concezioni giuridiche dipendevano anche dal contesto economico dell'epoca: al momento della redazione del *Code napoléonien*⁸², le attività produttive ed il commercio erano principalmente artigianali e familiari e, di conseguenza, le relazioni contrattuali erano personalizzate⁸³.

⁷⁸ Sul rapporto tra diritto privato e regime fascista v. A. SOMMA, *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, 2005, *passim*; P.G. MONATERI, *Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di L. Siliquini-Cinelli e A. Hutchison, Cham, 2017, p. 132-137. Sul rapporto tra fascismo e liberismo cfr. I. LANDA, *The Magic of the Extreme: On Fascism, Modernity, and Capitalism*, in *The Journal of Holocaust Research*, 2019, p. 43 ss. Sulla concezione di causa e meritevolezza nel codice del 1942 cfr. par. 2.3.

⁷⁹ Circa la concezione dell'autonomia della volontà del giurista che ha diretto i lavori di realizzazione del codice: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, dans *Tratt. Vassalli*, Torino, 2^a éd., 1950, p. 46 ss.

⁸⁰ E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi*, cit., p. 595.

⁸¹ Questa concezione non è scossa dalla persistente presenza, in Francia e in Germania, del codice del commercio a fianco del codice civile. Innanzitutto, sino alle più recenti riforme, questi codici erano arcaici e avevano un ambito di regolazione limitato: il diritto del commercio era costituito soprattutto da leggi speciali (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ e É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, Paris, 11^a éd., 2015, p. 20). Inoltre, tali codici si basavano comunque su alcune nozioni fondamentali tratte dal codice civile, tra cui quelle di soggetto e di obbligazione (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et É. BLARY-CLÉMENT, *Droit commercial*, cit., p. 35). Infine, questi codici non promuovevano una visione differente del soggetto e del contratto (P. DIDIER e PH. DIDIER, *Droit commercial*, t. 1, Paris, 2005, p. 3 ss.). Sull'unificazione, in Italia, del codice civile e del codice del commercio v. F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici. La costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, t. 1, Padova, 1977, p. 88 ss.; G. AULETTA, *L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *Scritti giuridici*, t. 8, Milano, 2001, p. 205 ss. Sul rapporto tra metodo del diritto commerciale e metodo del diritto civile cfr. M. LIBERTINI, *Diritto Civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. delle società*, 2013 p. 1 ss.; ID., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015, III, p. 1 ss. Sulle differenze tra diversi paradigmi di circolazione della ricchezza nel codice civile e codice del commercio cfr. M.R. MAUGERI, *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015, III, p. 5 ss.

⁸² In tale epoca in Francia lo sviluppo del capitalismo industriale non era che agli esordi, v. M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 177.

⁸³ F. TERRÉ, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 41.

1.3 I riflessi della concezione economica classica sulla disciplina del contratto

La concezione del mercato e del soggetto di cui abbiamo abbozzato i tratti fondamentali comporta altresì una visione specifica del contratto: la *reductio ad unum* del soggetto di diritto comporta la *reductio ad unum* del contratto. Invero, il fondamento del contratto risiede nell'accordo⁸⁴, frutto dell'incontro delle volontà di soggetti liberi e razionali⁸⁵. Se tale consenso non è viziato⁸⁶, l'accordo è considerato come razionale⁸⁷, poiché la volontà, come concepita a partire dai *Lumières* e dalle Pandette, è l'espressione diretta della ragione umana⁸⁸.

Ne consegue che, seguendo pedissequamente tale principio, nessun intervento esterno da parte di chicchessia⁸⁹, che non sia giustificato dalla necessità di sanzionare un accordo che non è, in realtà, il prodotto del consenso, o di proteggere determinati interessi pubblici, dovrebbe essere permesso.

⁸⁴ A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, cit., p. 132; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2^a ed., 2012, p. 173 ss.; J.-PH. LÉVY e A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, 2^a ed., 2010, p. 829 osservano che, nonostante la maggior parte della dottrina consideri la libertà contrattuale come espressione dell'autonomia della volontà, questo ragionamento è errato, poiché il principio del consenso ha radici ben più antiche del principio dell'autonomia.

⁸⁵ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2011, p. 428 ss.; M. M. SALAH, *Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois*, in *RIDE*, 2013, p. 475-476.

⁸⁶ Il problema dei vizi del consenso è infatti legato al consensualismo ed al ruolo della volontà nella creazione dell'impegno, v. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, p. 89.

⁸⁷ L'antagonismo tra gli interessi dei contraenti e la necessità del consenso degli stessi garantiscono che gli interessi di una parte non siano sacrificati, v. M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 177.

⁸⁸ D. TERRÉ-FORNACCIARI, *L'autonomie de la volonté*, in *Revue de sciences morales et politiques*, 1995, p. 264.

⁸⁹ M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 170 circa il contenuto del principio dell'autonomia della volontà afferma che: «toute obligation, pour être sanctionnée par le Droit, doit être librement consentie; mais, à l'inverse, toute obligation, du moment qu'elle est librement consentie, doit être sanctionnée par le Droit». V. anche M.-A. FRISON-ROCHE, *Volonté et obligation*, in *Archives de philosophie du droit*, «L'obligation», t. 44, Paris, 2000, p. 133; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, cit., p. 432.

Tale concezione è strettamente connessa a quella del mercato adottata dai liberali classici⁹⁰: i contratti sono il risultato della manifestazione della libertà umana in un contesto che è concepito come naturale⁹¹. Gli interventi giustificati sono quindi solamente quelli necessari a garantire l'effettività del consenso o la protezione dell'ordine pubblico.

Il principio dell'autonomia della volontà, che abbia un valore fondante o esplicativo⁹² del sistema del diritto delle obbligazioni, connette tale concezione del contratto a quella del soggetto e ne giustifica la forza vincolante. Secondo la celeberrima espressione di Alfred Fouillée: «qui dit contractuel dit juste»⁹³; il contratto è giusto perché costituisce il prodotto della volontà, che è l'espressione della libertà e della razionalità umana. In altri termini, in relazione allo scambio, non ci sono criteri che possano guidare l'interprete alternativi e differenti da quello della libera scelta sul mercato, reputato come il migliore perché determinato dalla decisione individuale ed egoista del soggetto.

L'autonomia della volontà si basa su una concezione dell'individuo come essere completamente razionale ed informato, che agisce su un mercato perfettamente concorrenziale⁹⁴. Tale concezione della volontà e del contratto è consustanziale all'approccio liberale classico⁹⁵ e all'affermazione della società borghese, per la quale i postulati della libertà e dell'uguaglianza dei soggetti sono fondamentali per l'atto di scambio⁹⁶. La circolazione della ricchezza ed il processo

⁹⁰ PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET e M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, 14^a ed., 2017, p. 80.

⁹¹ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 24 ss.

⁹² Sulle differenti concezioni dell'autonomia della volontà da un punto di vista politico e storico v. CH. JAMIN, *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, cit., doct. 901; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., p. 555 ss.; SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 35 ss.; J.-P. CHAZAL, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil*, in *RTD civ.*, 2001, p. 265 ss.; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi*, cit., p. 593 ss.

⁹³ Su cui cfr. J.-F. SPRITZ, « *Qui dit contractuel dit juste* » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, in *RTD civ.*, 2007, p. 281 ss.

⁹⁴ PH. JESTAZ, *Rapport de synthèse « Quel contrat pour demain ? »*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 253.

⁹⁵ M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 176.

⁹⁶ È «dans cet acte d'échange que l'homme réalise pratiquement la liberté formelle de l'auto-détermination», v. E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, cit., p. 106; K. MARX, *Le Capital*, I. I, ch. II, Paris, 1985, 1^a ed. fr. 1867, p. 112.

di produzione mercantile necessitano dello scambio⁹⁷, che non può essere realizzato che tramite il contratto, prodotto della volontà dell'individuo⁹⁸ e fonte di diritti ed obbligazioni⁹⁹.

In tale quadro teorico si comprende altresì l'unità del concetto di contratto: la nozione di contratto è unitaria perché non ci sono gradi di intensità differente del consenso o della sua forza vincolante. La volontà è il prodotto della razionalità naturale del soggetto; la regolamentazione dei contratti tipici si inserisce nel contesto della libertà contrattuale, che è il quadro fondamentale in relazione al quale tali norme hanno un valore suppletivo o integrativo¹⁰⁰, e non di microsistemi fondati su una logica alternativa.

1.4 Sviluppo economico e critica del modello classico

La concezione analizzata è entrata in uno stato di crisi, dovuto a plurimi fattori che ne hanno stravolto la struttura, anche da un punto di vista teorico e filosofico. In ragione dell'ampiezza, della profondità e la complessità di tali mutazioni, è opportuno limitarsi ad illustrare alcuni elementi che, a nostro avviso, hanno giocato un ruolo fondamentale in tale processo.

La stretta connessione tra la regolamentazione classica del soggetto e del contratto e il contesto economico e sociale è già stata messa in evidenza: i fattori principali della crisi di questo modello sono dunque le mutazioni profonde che

⁹⁷ K. MARX, *Le Capital*, I, I, ch. II, cit., p. 112.

⁹⁸ E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, cit., p. 102.

⁹⁹ «L'économie de marché ne fonctionne pas sans des sujets de droit, êtres humains ou entreprises que le droit revêt de cette aptitude à être titulaires de droits et obligations», v. M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit et économie*, in *Regards sur le droit*, a cura di F. Terré, Paris, 2010, p. 124. V. anche E.-B. PASUKANIS, *La théorie générale du droit*, cit., p. 88-89.

¹⁰⁰ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 25.

hanno riguardato tale contesto¹⁰¹. Le rivoluzioni industriali¹⁰², l'età della colonizzazione e gli sviluppi delle imprese multinazionali, con le conseguenti concentrazioni di capitale e la transnazionalizzazione dei mercati, hanno reso arcaico il modello contrattuale sul quale le regolamentazioni classiche erano fondate¹⁰³. È quindi divenuto completamente irrealistico concepire i contraenti come astrattamente uguali e l'accordo come il prodotto della loro volontà libera¹⁰⁴, dello scambio di equivalenti¹⁰⁵. Tali aspetti, come si evidenzierà nel prossimo paragrafo, erano già chiaramente percepiti nel pensiero dei «realisti» francesi, che proprio a fronte di queste problematiche hanno tentato di elaborare soluzioni innovative.

Le due guerre mondiali hanno ulteriormente approfondito questo processo, rendendo da un lato necessarie legislazioni emergenziali che limitavano notevolmente la libertà contrattuale¹⁰⁶ e, dall'altro, rimettendo in questione

¹⁰¹ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^e série, Paris, 3^a ed., 1964; CH. RADÉ, *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in *Mélanges Hauser*, Paris, 2012, p. 599-580. Sulla crisi del modello economico classico cfr. B. LAVERGNE, *Grandeur et déclin du capitalisme*, Paris, 1938; F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 59 ss.; A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 89 ss.

¹⁰² F. CARON, *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle*, Paris, 1997.

¹⁰³ P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, cit., p. 124 ss.; L. JOSSERAND, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in *RTD civ.*, 1937, p. 1 ss.; M. ARMAND-PREVOST e D. RICHARD, *Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, in *JCP G*, 1979, I, doc. 2952, n° 10; J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, cit., p. 438 ss.

¹⁰⁴ M. WALINE, *L'individualisme*, cit., p. 182 ss.; CH. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges Ghestin*, Paris, 2001, p. 441 ss., secondo il quale la filosofia dell'autonomia della volontà è «purement et simplement une tromperie lorsque les parties ne sont pas de force égale». D'un point de vue économique v. F. PERROUX, *Esquisse d'une théorie de l'économie dominante*, in *Économie appliquée*, 1948, p. 243 ss. Sulla crisi del pensiero liberale alla fine del XIX secolo e lo sviluppo del realismo francese, che mette in evidenza la necessità di riforme al fine di salvare la società borghese: CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, in *Droits*, 2010, p. 142 ss. Già A. COLIN, H. CAPITANT e L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire*, cit., p. 13-14 mettono in evidenza il carattere fittizio della presunzione di uguaglianza tra i contraenti, in ragione dello sviluppo del sistema capitalista.

¹⁰⁵ P. BARCELONA, *Stato e mercato*, in *Norma e impresa*, a cura di F. Fenghi, Milano, 1978, p. 136 afferma: «alla progressiva concentrazione del capitale in senso monopolistico fa riscontro non solo il fallimento del mercato concorrenziale, il che appare assolutamente ovvio, ma piuttosto dello stesso principio organizzativo dello scambio di equivalenti su cui quello si basava.»

¹⁰⁶ A. NEGRI, *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, cit., p. 70; W.H. VAN BOOM, *The Great War and Dutch Contract Law: Resistance, Responsiveness and Neutrality*, in *Comparative Legal History*, 2014, p. 303 ss., disponibile anche a ssrn.com/abstract=2544542.

l'assioma fideistico nella ragione umana. Tali eventi hanno rappresentato punti di svolta nella rappresentazione e nella costruzione dell'individuo, nonché nell'efficienza del sistema economico.

Inoltre, i fondamenti filosofici di tale concezione sono stati stravolti: la filosofia di Nietzsche segna una svolta decisiva, rimettendo in discussione la concezione razionalista del soggetto che era stata sostenuta dalla filosofia occidentale¹⁰⁷. A partire da qui, si sviluppano in tutti i settori delle scienze delle correnti di pensiero che analizzano la crisi della razionalità, la frammentazione del soggetto e della sua coscienza.

Il pensiero marxista ribalta la rappresentazione dei rapporti di produzione mercantili fornita dal liberalismo e mira a disvelare il carattere artificiale dell'astrazione fondante la libertà dei soggetti¹⁰⁸. Di conseguenza, l'unità fondamentale del soggetto, dalla quale derivava l'unità gnoseologica e epistemologica della filosofia dominante, è messa in discussione e, con essa, le certezze concernenti la razionalità e l'esistenza di una verità da scoprire grazie ad essa. Tale crisi si riflette anche in varie correnti dottrinali che affrontano i problemi sorti da differenti punti di vista: nei paragrafi che seguono si abbozzeranno i tratti del giusrealismo francese, della costituzionalizzazione del diritto privato italiano e delle elaborazioni teoriche dei cosiddetti «anni '70».

Un esempio paradigmatico della percezione di tale problema e delle contraddizioni che lo stesso pone rispetto alla teoria classica del diritto contrattuale è la regolamentazione del codice civile italiano delle clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali (art. 1341 c.c.) e nei contratti in serie¹⁰⁹ (art. 1342 c.c.).

Tale esempio è interessante perché queste norme sono state adottate in un contesto economico che si era molto evoluto - in ragione dello sviluppo delle

¹⁰⁷ Nietzsche ha messo a nudo il carattere artificiale e falso della razionalità umana, mostrando non solamente i limiti della conoscenza che si pretende di raggiungere tramite di essa, ma anche il carattere imposto, al tempo stesso limitante e strutturante, di valori che si pretendono invece universali.

¹⁰⁸ K. MARX, *Le Capital*, I, I, ch. II, cit., p. 112 ss.; ID., *La questione ebraica*, Roma, 6^a éd. 2^a ristampa 2000, p. 28 ss.; E.-B. PAŠUKANIS, *La théorie générale du droit*, cit, p. 103 ss.; M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, p. 128- 137.

¹⁰⁹ Sulle controversie concernenti tale nozione in Francia all'inizio del XX secolo v. J. ROCHFELD, *Les grandes notions*, cit., p. 441 ss.

strutture produttive e del commercio - rispetto al contesto precedentemente esaminato e, quindi, mette in evidenza la tensione endogena a tale approccio in relazione alle evoluzioni del mondo commerciale¹¹⁰. Inoltre, la regolamentazione delle clausole vessatorie è stata oggetto di plurimi interventi del diritto dell'UE e dei legislatori nazionali: è quindi utile esaminare i cambiamenti nelle modalità di valutazione delle problematiche che queste sollevano, nonché le soluzioni apportate.

Le due norme summenzionate rivestono carattere di novità e sono estremamente originali rispetto alle altre codificazioni. Il Rapporto di presentazione al Re del codice civile evidenzia il fatto che la loro introduzione sia stata motivata dal contesto economico dell'epoca¹¹¹. Gli sviluppi del sistema industriale e del commercio hanno modificato la struttura produttiva e commerciale, rendendo molto più evidente lo squilibrio dei contraenti nella negoziazione di massa¹¹². Le imprese, in ragione delle necessità del commercio e della standardizzazione degli scambi, avevano iniziato a strutturare i rapporti contrattuali utilizzando contratti in serie. In tali casi, il modello del contratto, concepito in ogni caso come un rapporto tra pari, non era adeguato rispetto alla realtà commerciale.

Sulla base di tali considerazioni, il legislatore ha introdotto nel codice civile gli articoli 1341 e 1342. L'art. 1341, concernente la validità e l'efficacia delle condizioni generali, prevede che queste sono valide se erano conosciute o conoscibili dall'altra parte al momento della conclusione del contratto. La norma costituisce una deroga al principio del consenso, poiché vi sostituisce la conoscibilità¹¹³; tuttavia, ciò che in questa sede ci interessa maggiormente sono le condizioni di validità ed efficacia delle clausole vessatorie, regolate dal secondo comma e applicabili anche ai contratti in serie (art. 1342, comma 2 c.c.). Si prevede che determinate clausole sono valide solamente se sono state specificamente

¹¹⁰ Su tale periodo nel pensiero giuridico italiano cfr. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Le culture giuridiche nel fascismo*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1105 ss.

¹¹¹ Su tali aspetti v. *Codice civile. Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul «valore giuridico della carta del lavoro»*, Roma, 1943, p. 391-392, n° 612.

¹¹² V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975, ristampa 2017, p. 9 ss.

¹¹³ V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 174 ss.

approvate per iscritto dall'altra parte. La giurisprudenza ha interpretato tale condizione nel senso di richiedere una specifica sottoscrizione delle clausole vessatorie inserite nelle condizioni generali o nel contratto in serie¹¹⁴: la sottoscrizione garantirebbe la piena conoscenza ed accettazione di queste clausole notevolmente penalizzanti¹¹⁵.

Il legislatore italiano si trovava di fronte ad un problema: il fatto che alcuni contratti sono pressoché imposti e che vi sono previste clausole molto squilibrate; questa situazione oggettiva avrebbe potuto sconvolgere il fondamento della teoria classica del contratto. Tuttavia, anche la soluzione apportata, ossia la sottoscrizione delle clausole vessatorie, si inserisce nel solco dell'approccio classico. Il problema delle condizioni generali e dei contratti in serie è affrontato come un problema di consenso e di volontà, non di asimmetria informativa o di potere contrattuale: il consenso, manifestato in modo «rinforzato», è infatti condizione necessaria e sufficiente per la validità di tali clausole.

I postulati della razionalità del soggetto e della libertà contrattuale come principi guida che conducono al miglior risultato – senza alcun intervento esterno sul contesto contrattuale (*a priori*) o il contratto (*a posteriori*) in ragione dello squilibrio della relazione contrattuale – non vengono messi in questione. Se si pensa alla regolamentazione consumeristica contemporanea di derivazione Europea, la distanza teorica è evidente¹¹⁶: mentre l'approccio di quest'ultima prende in considerazione un problema di squilibrio informativo dei contraenti e prevede la nullità delle clausole significativamente squilibrate, salva la prova della loro specifica negoziazione, il codice civile italiano pone il problema in relazione alla volontà: la garanzia della conoscenza delle clausole e, quindi, del consenso, è condizione necessaria e sufficiente per la loro validità ed efficacia.

¹¹⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 851-852.

¹¹⁵ Per la medesima ragione le clausole vessatorie devono essere specificamente indicate ed un generico riferimento a tutte le clausole del contratto non è sufficiente, v. *ex multis* Cass., 12 ottobre 2016, n. 20606, in *Banca dati Pluris*.

¹¹⁶ Cfr. par. 1.10.

1.5 La «crisi» del paradigma e le nuove proposte dottrinali: il realismo francese

I profondi mutamenti del contesto socio-economico e l'inadeguatezza del diritto privato classico a farvi fronte sono avvertiti in Francia già a cavallo tra il XIX ed il XX secolo¹¹⁷. In dottrina si sviluppa una corrente di pensiero, chiamata realismo francese, che affronta il problema proponendo un approccio metodologico innovativo, che si oppone al formalismo della scuola dell'esegesi. Peraltro, riprendendo alcune analisi e posizioni di tale movimento si svilupperà il neorealismo negli anni '90 del secolo scorso¹¹⁸.

Gli autori realisti, i cui esponenti di maggiore spicco sono F. Geny, R. Saleilles, R. Demogue e G. Ripert, criticano l'assetto giuridico esistente in quanto inadeguato rispetto alle necessità della comunità, nonché sostanzialmente inidoneo a mantenere la stabilità dei rapporti sociali¹¹⁹. Il sistema del *Code napoléonien* e le interpretazioni dottrinali, concentrate sull'esegesi del testo¹²⁰, risultano insufficienti al fine di comprendere e regolare le nuove relazioni economiche derivanti dallo sviluppo industriale e dalla nascita del consumo di massa.

F. Géný critica aspramente il metodo di interpretazione tradizionale del diritto che, avendo come obiettivo costruzioni astratte, trascura invece le realtà concrete e le esigenze di giustizia, nonché di utilità, che sono alla base del fenomeno

¹¹⁷ Su tale momento nella dottrina francese cfr. N. HAKIM e F. MELLERAY (a cura di), *Le renouveau de la doctrine française*, Paris, 2009; F. AUDREN, *Le « moment 1900 » dans l'histoire de la science juridique française*, in *Le « moment 1900 »*, a cura di O. Jouanjan e É. Zoller, Paris, 2015, p. 55 ss. Anche in Italia alcuni autori si erano interessati alle clausole generali (in particolare alla buona fede e all'equità) al fine di colmare alcuni vuoti dell'ordinamento e risolvere alcune rigidità normative. Per i riferimenti cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 185, n. 162; ID. *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1284-1287, nt. 196-199.

¹¹⁸ Su cui, in linea generale, cfr. D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *Mélanges en hommage a François Terré*, Paris, 1999, p. 603 ss.; ID., *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ...*, in *Mélanges Hauser*, 2012, p. 905 ss.

¹¹⁹ CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, cit., p. 137-138; D. BUREAU e N. MOLFESSIS, *L'asphyxie doctrinale*, in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, 2009, p. 45.

¹²⁰ PH. JESTAZ e CH. JAMIN, *La doctrine*, Paris, 2004, p. 133-134.

giuridico. In tale prospettiva, occorre invece considerare che il diritto trae la propria legittimità e le proprie fonti dalle necessità della vita sociale¹²¹. Inoltre, occorre rimettere in discussione il sistema delle fonti, dando rilevanza a quelle che erano considerate semplicemente come «autorités» e, in particolare, alla giurisprudenza¹²².

R. Saleilles¹²³ elabora in questo periodo un'acuta critica della teoria del contratto così come consacrata nel *Code civil*: lungi dall'essere un incontro di volontà piene e razionali, frutto dell'accordo delle parti in tutti i suoi aspetti, il contratto si presenterebbe sovente come contratto imposto dal contraente forte, che ne determina il contenuto, e l'altra parte si trova di fronte all'alternativa tra accettare il testo già predisposto oppure non concludere l'accordo. R. Saleilles elabora la categoria del *contrat d'adhésion*¹²⁴, con la quale descrive le situazioni e che, a suo avviso, hanno del contratto solamente il nome, essendo molto più similari ad una legge, elaborata dalla volontà di una parte ed imposta agli altri contraenti.

In tali casi l'interpretazione della volontà - la quale non può essere che quella della parte che ha predisposto il contratto - deve essere necessariamente effettuata secondo bona fede e prendendo in considerazione i rapporti economici «dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu»¹²⁵.

¹²¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 116 ss.

¹²² F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., p. 300 ss. Anche M. Planiol aveva criticato l'impianto classico delle fonti del diritto, aggiungendovi la *coutume* e la *jurisprudence*, cfr. G. RIPERT e J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, Paris, 1956, p. 99 ss.

¹²³ Sul pensiero di R. Saleilles cfr. J.-M. TRIGERAUD, *Raymond Saleilles (1855-1912)*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, p. 210 ss.; F. TELLIER, *Le droit à l'épreuve de la société, Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, p. 147 ss.; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 345 ss.

¹²⁴ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 229; su questa nozione in prospettiva storica v. F. CHÉNÉDÉ, *Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2012, 1^a parte, p. 241 ss.; 2^a parte p. 1017 ss.

¹²⁵ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., p. 230.

È importante sottolineare che i giusrealisti erano ben consci della non neutralità politica¹²⁶ di tali operazioni teoriche ed interpretative: la critica di quella che identificano come «scuola dell'esegesi»¹²⁷ deriva proprio dal fatto che essa trascura le istanze sociali e la necessità del compromesso fra opposti interessi al fine di preservare l'ordine e la coesione sociale¹²⁸.

Come hanno concluso le ricerche più recenti su tale periodo della dottrina francese, i realisti non erano mossi dalla volontà di superare l'ordine esistente ed il sottostante sistema economico capitalistico; al contrario, essi consideravano che l'ordine capitalistico fosse messo in pericolo dalle crescenti disuguaglianze e dalle contraddizioni generate da un sistema giuridico che non rispondeva alle esigenze della realtà socio-economica e ritenevano che, tramite un'interpretazione giurisprudenziale che partisse da queste esigenze e riconoscesse i limiti strutturali della semplice esegesi del testo, si potesse porre almeno parziale rimedio a tali problemi¹²⁹.

Il diritto dei contratti è al centro delle riflessioni di tali autori, essendo l'istituto tramite il quale si realizza lo scambio e tramite cui una parte impone all'altra condizioni inique. Con una diversa disciplina ed interpretazione del contratto, anche grazie ad un maggiore ruolo accordato al giudice¹³⁰, si ritiene di poter porre rimedio ad ingiuste distribuzioni delle risorse e poter così stemperare quei conflitti che gli autori considerano come fonte di instabilità sociale.

Da questo punto di vista, ad esempio, si propone di interpretare il contratto non procedendo alla ricerca della comune intenzione delle parti (come previsto dal precedente art. 1156 *Code civil*, così come interpretato dalla dottrina di quel

¹²⁶ Il tema della non neutralità del diritto e, quindi, anche del giurista, sarà un aspetto fondamentale degli anni Settanta del diritto privato italiano, su cui cfr. par. 2.5.

¹²⁷ PH. JESTAZ e CH. JAMIN, *La doctrine*, cit., p. 134.

¹²⁸ Circa tale prospettiva nel pensiero di L. Josserand, v. J.-P. CHAZAL, *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*, in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, a cura di W. Dross e Th. Favario, Paris, 2014, p. 227 ss.

¹²⁹ J. CHARMONT, *La socialisation du droit*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 404-405; CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, cit., p. 142 ss.; N. ARNAUD e A.-J. ARNAUD, *Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 21, 1976, p. 131 ss.

¹³⁰ CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, cit., p. 144 ss.

periodo), ma tramite una scelta mediana, basata sulla buona fede e la lealtà commerciale. Si afferma che: «le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisations des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part, que le contrat doit être interprété et appliqué»¹³¹. Approcciando un tema differente ma connesso, R. Demogue sviluppa una teoria dei contratti di durata e dei doveri di cooperazione che dovrebbero caratterizzarli¹³².

Come è stato sottolineato, tale corrente di pensiero, chiamata in seguito del «solidarisme contractuel», rompe i legami con una concezione del contratto basata sulla volontà¹³³, secondo lo schema liberale classico, e prospetta il contratto come strumento di solidarietà, opponendosi così ad una visione antagonistica degli interessi in gioco¹³⁴.

Ciò che più rileva ai fini della nostra analisi non sono tanto le singole posizioni e soluzioni suggerite dai vari autori che hanno fatto parte o si sono confrontati con questo orientamento dottrinale, quanto piuttosto sottolineare due aspetti fondamentali per l'analisi che si intende condurre circa la causa e la meritevolezza.

Da un lato, i realisti sottolineano che il diritto non è scienza sociale autonoma, ma esso si genera e si trasforma in relazione alle istituzioni sociali che contribuiscono a formarlo e che ne sono a sua volta modellate: in altri termini, le riflessioni circa il contratto e le norme a questo attinenti non sono slegate dalla realtà sociale; al contrario, il diritto si evolve in un costante dialogo con questa. Il diritto non è autonomo rispetto alle scelte politiche di *governance* che si vogliono attuare; ne è, invece, parte consustanziale, di modo che le norme e le decisioni in

¹³¹ R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, cit., p. 229.

¹³² Sul pensiero di R. Demogue v. I. DHAINAUT, *Les idées directrices de René Demogue en droit des contrats dans son traité des obligations en general*, in *Annales de l'École doctorale*, Université Lille II, vol. 6, 1999, p. 9 ss.

¹³³ CH. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, cit., Paris, 2001, p. 441 ss.

¹³⁴ CH. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat ?*, in *La nouvelle crise*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 12-14.

materia influiscono sull'ordine sociale e dipendono da scelte politiche. Dall'altro lato, l'elaborazione dei giusrealisti porta al centro del dibattito la storicità del diritto privato e la sua rispondenza ad un ordine economico-sociale. L'evoluzione di quest'ordine mette in tensione le categorie un tempo adeguate e rischia di renderle obsolete e inadeguate rispetto alla mutevole realtà.

Tali aspetti ritorneranno in maniera estremamente evidente nel diritto contemporaneo e, come si vedrà, sono uno degli elementi che hanno maggiormente influenzato la necessità della riforma del *Code civil*¹³⁵.

1.6 La costituzionalizzazione del diritto privato italiano

Nel contesto della crisi di lungo corso che ha attraversato la regolazione classica del diritto privato si inserisce altresì il fenomeno della cosiddetta costituzionalizzazione del diritto privato italiano. Tale fenomeno, che per ampiezza ed intensità costituisce pressoché un *unicum* rispetto agli ordinamenti più affini al nostro, si è sviluppato nei decenni¹³⁶ e si è di volta in volta intrecciato con altre tendenze presenti nei differenti momenti storici.

A partire dagli anni '60 inizia un processo di ricostruzione del sistema di diritto privato, che viene riletto attraverso le norme ed i principi costituzionali, *Grundnorm* del nuovo sistema multilivello delle fonti del diritto¹³⁷. Tale processo di rilettura del diritto civile, compiuto nel lungo periodo ed influenzato dalle evoluzioni dell'interpretazione delle norme costituzionali, ha scosso profondamente sia il precedente approccio formalistico¹³⁸ e dogmatico, sia l'interpretazione consolidata di numerose disposizioni.

¹³⁵ Cfr. par. 5.9.

¹³⁶ In linea generale, sulle evoluzioni e i conflitti nel diritto privato italiano nel periodo antecedente e successivo alla seconda guerra mondiale cfr. U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, in *Quaderni fiorentini*, 1999, p. 293 ss.

¹³⁷ P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Fonti del diritto*, in *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 34-35.

¹³⁸ Sul formalismo giuridico ed i diversi significati della categoria cfr. G. TARELLO, voce *Formalismo*, in *Nov. Digesto*, VII, Torino, 1981, p. 571 ss.

Tale percorso porta soprattutto ad un nuovo ed esteso utilizzo delle clausole generali¹³⁹, la cui interpretazione viene effettuata alla luce dei principi costituzionali¹⁴⁰ e, soprattutto, attraverso il principio di solidarietà sociale previsto dall'art. 2.

Inoltre, le disposizioni costituzionali sono proposte quali fonti di integrazione del contratto. A partire - soprattutto - dalla dirompente elaborazione di S. Rodotà, inizia un nuovo «utilizzo» delle norme costituzionali che, proprio in ragione del dato di diritto positivo, non possono essere più tralasciate nello studio e nell'interpretazione del sistema di diritto civile¹⁴¹. Le norme del codice traggono nuova linfa dai principi costituzionali e dalla concezione della persona e delle relazioni sociali di cui le stesse sono portatrici.

Le Costituzioni contemporanee diventano la legge fondamentale del diritto privato: esse non sono più solamente limitative del potere pubblico (come erano, invece, le Costituzioni liberali), poiché costituiscono il risultato di un compromesso politico che integra anche alcune istanze della classe proletaria e non solo l'espressione degli interessi della borghesia rispetto all'aristocrazia¹⁴².

¹³⁹ Lo osservava già A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 570 il quale evidenziava tuttavia che nelle operazioni di politica del diritto giudiziale si andava verso l'applicazione diretta dei principi costituzionali e che il richiamo alle clausole generali: «ha quasi sempre il sapore di *obiter dictum*».

¹⁴⁰ Per un'analisi, anche in chiave storica, di tale processo, cfr. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 199 ss.; A. TARTAGLIA POLCINI, *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, p. 215 ss.

¹⁴¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 151 ss., spec. p. 171, sul ruolo dei principi costituzionali nel determinare il contenuto delle norme civilistiche. In relazione al diritto di proprietà cfr. S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252 ss.; P. BARCELLONA, voce *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. priv.*, XV, IV ed., Torino, 1997, p. 459. In relazione all'elaborazione di S. Rodotà relativa alle fonti di integrazione del contratto cfr. C. SALVI, *Introduzione*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 39-40: «il più significativo tra gli elementi di novità è costituito dalla considerazione che le fonti di integrazione del regolamento contrattuale (norme di legge e decisioni giudiziarie) esprimono una logica e interessi diversi, e spesso antagonisti, rispetto a quelli privatistici. Il rapporto tra autonomia privata e interventi esterni non può allora risolversi considerando i secondi come 'limiti' naturalisticamente coessenziali alla nozione stessa di autonomia privata, perché in essi si traduce un nuovo modo di essere del rapporto tra posizione del privato e interessi generali, che – secondo del resto l'indicazione che proviene dalla disciplina costituzionale dei rapporti economici – è visto come rapporto tendenzialmente conflittuale.»

¹⁴² F. GALGANO, *Le fonti del diritto privato*, in *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, 1988, p. 58-58/2

Della specificità degli anni '70 del diritto privato italiano e della mobilitazione della Costituzione verso una trasformazione sociale si dirà nel prossimo paragrafo¹⁴³; qui è invece importante evidenziare che il processo di rilettura costituzionale del diritto privato ha notevolmente influenzato le categorie fondanti del diritto civile¹⁴⁴ e si è esteso a tutti i settori dello stesso¹⁴⁵. Esso è stato in seguito ravvivato, oltre che modificato, dagli sviluppi delle Carte dei diritti fondamentali e dalla costruzione dell'UE, ed ha portato i giuristi italiani (molto più che quelli stranieri) a leggere il processo di sviluppo dell'UE e delle sue norme in un'ottica particolare, centrata sui diritti fondamentali¹⁴⁶ non solo in chiave individual-liberale, ma anche sociale.

Per ciò che più interessa in questa sede occorre mettere in evidenza la razionalità e le applicazioni che il riferimento ai principi costituzionali hanno avuto nel campo del diritto privato, nonché analizzare in maniera dialettica come questi si siano evoluti nel corso del tempo, in un processo che ha mutato non solamente le regole del diritto civile, ma anche l'applicazione delle norme stesse della Costituzione¹⁴⁷.

Se, infatti, si pone generalmente l'attenzione su come le disposizioni del codice civile siano state rilette alla luce della Costituzione, si lascia a volte in secondo piano il fatto che anche l'interpretazione delle disposizioni costituzionali

¹⁴³ La connessione fra «uso alternativo del diritto» e teorie che sostengono l'applicabilità diretta dei principi costituzionali ai rapporti fra privati è evidenziata da G. IUDICA, *Il diritto civile nell'età delle contraddizioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 136-137.

¹⁴⁴ N. LIPARI, *Intorno ai « principi generali del diritto »*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 37 ss.

¹⁴⁵ Sui presupposti teorici che sono alla base della rilettura del diritto civile attraverso i principi costituzionali, cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, a cura di P. Perlingieri Napoli, 2012, p. 157 ss.

¹⁴⁶ Sul rapporto tra diritto contrattuale europeo e i diritti fondamentali cfr. G. ALPA, *CESL, Fundamental Rights, Genral Principles, Rules of Contract Law*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2012, p. 837 ss.

¹⁴⁷ M.R. FERRARESE, *L'intertemporalità e i tempi vari del mondo giuridico globale*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 340 ss.

si è evoluta nel corso del tempo¹⁴⁸ ed il loro contenuto precettivo si è modificato¹⁴⁹: come il passato del viggiatore cambia a seconda dei viaggi compiuti¹⁵⁰, come «ogni scrittore *crea* i suoi precursori»¹⁵¹, così l'evoluzione della società e dell'ordinamento modifica i principi affermati in precedenza e ridefinisce i contenuti delle disposizioni costituzionali. Questo è tanto più vero in relazione a quelle che interessano maggiormente il diritto dei contratti, ossia la «parte economica» della Costituzione¹⁵², nonché i diritti fondamentali, così come dinamicamente interpretati in relazione allo svolgersi della vita dei soggetti attraverso le loro attività economiche¹⁵³.

Gli effetti delle norme costituzionali, infatti, dipendono, dal contenuto che si attribuisce a tali diritti¹⁵⁴ e dalla concezione socio-economica adottata¹⁵⁵, nonché

¹⁴⁸ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come « atto » (puntuale nel tempo) alla Costituzione come « processo » storico. Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso giudizi di costituzionalità*, in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzelli, G. Teresi e G. Verde, Torino, 2000, p. 1 ss.

¹⁴⁹ M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione rispetto al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società*, 2009, p. 1 ss.; F. LANCHESTER, *La costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011, *passim*. Sull'influenza che ha invece avuto il diritto civile sulla Costituzione cfr. S. PATTI, *La cultura del diritto civile e la Costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 191 ss.

¹⁵⁰ I. CALVINO, *Le città invisibili*, Milano, 2018 (1ª ed. 1993), p. 26.

¹⁵¹ J.L. BORGES, *Altre inquisizioni*, Milano, 2019 (1ª ed. 1960), p. 108.

¹⁵² Su cui cfr. F. FENGHI, *Programmazione economica e modo di produzione capitalistico*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, p. 242 ss. Sull'evoluzione della concezione della concorrenza cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, p. 365 ss.

¹⁵³ Sul mutare dell'interpretazione dell'art. 41 alla luce dello sviluppo della normativa dell'UE cfr. G. ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 213-215; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2011, *passim*. Per un'ampia e approfondita analisi, anche in chiave storica, del rapporto tra diritto civile e diritto costituzionale, cfr. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 643 ss.

¹⁵⁴ Sull'ambivalenza dei diritti fondamentali cfr. M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 108-111. Per una loro critica del loro carattere formale ed indeterminato, che li rende idonei ad essere mobilitati a sostegno di progetti politici differenti e anche contrapposti si veda l'elaborazione dei *Critical Legal Studies*; per un'efficace sintesi cfr. DU. KENNEDY, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in *Left Legalism/Left Critique*, a cura di W. Brown e J. Halley, Durham-London, 2003, p. 178 ss.; R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, London-New York, 2015, *passim*.

¹⁵⁵ Sulla concezione economica nella Costituzione cfr. U. ROMAGNOLI, *Il sistema economico nella Costituzione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, p. 139 ss.; sulla contraddizione che vi è insita cfr. G. ROSSI, *Riforma dell'impresa o riforma dello Stato?*, in *Norma e impresa*, a cura di F. Fenghi, Milano, 1978, p. 207-208.

da quelli che si ritengono essere i comportamenti corretti dei soggetti secondo un modello che ci si prefigura come migliore. Tali aspetti coinvolgono necessariamente una scelta politica, che nell'applicazione di clausole generali si manifesta nelle decisioni delle corti¹⁵⁶.

Per quanto concerne il diritto contrattuale, l'art. 2 cost. (il principio di solidarietà sociale)¹⁵⁷, nonché l'art. 41 cost.¹⁵⁸ (la libertà dell'iniziativa economica privata, limitata tuttavia dalla non contrarietà all'utilità sociale ed al rispetto della libertà e dignità umana)¹⁵⁹, hanno svolto un ruolo centrale nell'interpretazione delle norme concernenti il comportamento dei contraenti, nonché quelle relative alla validità dell'accordo, oltre che, più in generale, del principio di autonomia contrattuale¹⁶⁰ e delle clausole generali¹⁶¹.

La dottrina ha sottolineato la centralità dei principi costituzionali, tra cui quello della dignità della persona umana, della solidarietà e dell'utilità sociale come pietre di volta del sistema del diritto contrattuale¹⁶², che orientano e limitano l'interpretazione delle norme particolari¹⁶³. I diritti fondamentali divengono

¹⁵⁶ Come sottolineava U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 697: «l'assetto costituzionale è al centro di due movimenti, che si sono intersecati e parzialmente sovrapposti: un movimento che comporta un adattamento del restante ordinamento agli enunciati del documento costituzionale; un movimento, ormai certamente prevalente per ragioni storiche, che comporta un adattamento degli enunciati costituzionali (a parte l'opportunità di una revisione parziale) al divenire della società e, per ciò stesso, del restante ordinamento.»

¹⁵⁷ Su tale principio cfr. M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 727 ss.

¹⁵⁸ A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, *passim*.

¹⁵⁹ Su cui cfr. F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, p. 511 ss.

¹⁶⁰ Sul rapporto tra norme costituzionali e autonomia privata cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, *passim*.

¹⁶¹ C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, p. 95 ss.

¹⁶² M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, p. 254 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977, p. 220 ss.

¹⁶³ N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 758 ss.; C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, p. 91 ss.

l'architave di tutto il sistema e si pone l'accento sulla loro applicazione diretta da parte della giurisprudenza¹⁶⁴.

L'analisi delle decisioni giurisprudenziali nelle quali viene effettuato un intervento giudiziale sul contratto non può tralasciare la rilevanza che l'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme di diritto privato ha avuto ed ha tuttora; inoltre, occorre indagare le *rationes* che hanno portato il giudice a prendere la decisione. Infatti, tale processo ha comportato una rilettura del diritto contrattuale che mette al centro il principio di equilibrio e di proporzionalità delle prestazioni alla luce dei principi costituzionali¹⁶⁵, legandoli ad una logica di giustizia e non di efficienza del mercato¹⁶⁶, come invece avviene con le norme dell'UE.

Rispetto a ciò occorre altresì tenere a mente la differenza tra giustizia contrattuale eminentemente procedurale, che tende a prevedere rimedi che ripristinino le condizioni di compatibilità del procedimento di formazione della volontà al paradigma di efficienza del mercato, e giustizia sociale, che presuppone invece una distribuzione delle risorse diversa e financo antagonista rispetto ai meccanismi distributivi generati dall'ordine concorrenziale¹⁶⁷.

D'altro lato, è altresì necessario valutare se il richiamo ai principi costituzionali sia centrale nella decisione assunta dal giudice oppure abbia una

¹⁶⁴ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss.; G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 147 ss.; E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 211 ss. In relazione all'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dai Trattati europei cfr. M. LIBERTINI, *Sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme sui diritti fondamentali dei Trattati europei*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 211 ss. Invece, per una critica del «neo-costituzionalismo» e dell'applicazione diretta dei principi costituzionali in materia contrattuale cfr. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 487 ss.; sulla differenza tra l'impianto teorico-ideologico della Costituzione e dei Trattati europei, e sulle ricadute che essa ha sui principi generali, cfr. C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, cit., p. 225 ss.

¹⁶⁵ N. LIPARI, *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 ss.

¹⁶⁶ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 443 ss.

¹⁶⁷ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 335-337. E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; M. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2014, p. 81 ss. Sugli equivoci presenti nell'approccio dei giuristi italiani al tema della concorrenza cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p.1429 ss.

valenza argomentativa e retorica della decisione presa, senza influire sul processo decisionale. Tale aspetto è stato messo in luce dalla dottrina, che ha rimarcato come «l'argomento costituzionale è spesso usato come un mero apparato ornamentale a sostegno di modelli autosufficienti, già elaborati dalla dogmatica dei privatisti senza bisogno di ricorrere ai valori fondamentali della carta»¹⁶⁸.

Concludendo, tale processo di costituzionalizzazione ha comportato la rilettura del diritto contrattuale alla luce del principio di solidarietà, riempiendo quindi le clausole generali anche di contenuti che sono alternativi rispetto alla logica del mercato, rispondendo invece a principi di equità con effetti distributivi differenti. Ciò ha altresì comportato divergenze e contrasti nell'interpretazione ed applicazione delle norme di origine comunitaria che, come noto, prevedono numerose clausole generali, ma rispondono invece ad una logica di efficienza del mercato¹⁶⁹.

Lo stesso può dirsi in relazione all'interpretazione ed applicazione dei diritti fondamentali stabiliti dai Trattati¹⁷⁰. Ne consegue che, nell'analisi della giurisprudenza che applica tali clausole o che si basa su detti principi non è sufficiente limitarsi a constatare il richiamo agli stessi, ma è necessario analizzare criticamente come esso si rifletta sulla decisione e, soprattutto, quale sia il contenuto giuridico e socio-politico che il giudice attribuisce al principio applicato.

1.7 Prospettive antagoniste: gli anni Settanta del diritto privato

Nel processo di costituzionalizzazione del diritto privato hanno inoltre svolto un ruolo particolarmente propulsivo ed innovativo quelli che sono stati definiti «gli

¹⁶⁸ U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 694-695:

¹⁶⁹ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., *passim*; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, cit., p. 137 ss.; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 967 ss.; L. NIVARRA, *Dalla « crisi » all'« eclissi »: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 808 ss.

¹⁷⁰ Per un'analisi comparata del rapporto fra diritti fondamentali e diritto contrattuale cfr. G. ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 5 ss.; ID., *L'applicazione dei diritti umani e dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati: note sul modello inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 141 ss.

anni '70 del diritto privato»¹⁷¹: la dottrina che ha partecipato a tale filone di pensiero si è cimentata da un lato in un'opera di decostruzione e demistificazione del sistema giuridico, analizzando criticamente gli interessi sottostanti alle disposizioni normative ed alla progettualità sociale che le caratterizza; dall'altro, ha sperimentato nuovi approcci che utilizzassero il diritto quale strumento di trasformazione sociale¹⁷².

In tale contesto, soprattutto in relazione al controllo del contratto ed alla funzionalizzazione della proprietà privata, hanno avuto un ruolo centrale le riflessioni degli autori appartenenti all'area marxista¹⁷³. Tale area, ampia e variegata quanto alle proposte interpretative, ha sviluppato numerosi orientamenti relativi al cosiddetto «uso alternativo del diritto» ed al «governo democratico dell'economia»¹⁷⁴. In particolare, F. Galgano, considerando la compenetrazione tra politica ed economia e l'incompatibilità tra liberismo ed alcuni principi costituzionali, ha prospettato una transizione democratica al socialismo che, ribaltando il percorso di transizione verificatosi in Oriente, passasse tramite la socializzazione della politica per giungere alla statalizzazione dei mezzi di produzione¹⁷⁵. La riflessione di P. Barcellona si è concentrata sull'intervento statale

¹⁷¹ Sui vari aspetti di tale e variegato orientamento cfr. i contributi in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

¹⁷² Il piano di trasformazione è emblematicamente rappresentato da questo passaggio tratto da F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978, p. 8: «al progetto politico si deve affiancare un piano culturale "positivo"; al programma di riforma si deve accompagnare un disegno di trasformazione dei "quadri fondamentali" esistenti, i quali non possono essere quelli elaborati dalla cultura borghese, ma debbono essere superstrutture rispondenti ad una società di transizione dal capitalismo al socialismo.»

¹⁷³ Sul marxismo giuridico v. R. GUASTINI, *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980; U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 1999, p. 376-379. Sulla forma giuridica del comando cfr. A. NEGRI, voce *Sein-Sollen*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Roma, 1980, p. 368 ss.

¹⁷⁴ S. D'ALBERGO, *Democrazia e capitalismo di Stato*, in *Democr. e dir.*, 1973, p. 185 ss.; P. BARCELLONA, *Appunti per una discussione sullo stato delle istituzioni e il ruolo della D.C.*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 59 ss.; ID., *Un nuovo rapporto fra istituzioni e popolo organizzato*, contributi alla "Tavola rotonda" su *Questione comunista e direzione dello Stato*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 653 ss.; S. RODOTÀ, *Un progetto strategico per le istituzioni*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 653 ss.

¹⁷⁵ F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, cit.; ID., *Le istituzioni dell'economia di transizione*, cit.

sull'autonomia privata al fine di funzionalizzare il contratto ad obiettivi di radicale trasformazione del sistema sociale capitalistico¹⁷⁶.

La norma centrale della riflessione dei giuristi di area diventa l'art. 3, comma 2 cost., considerato quale grimaldello per scardinare l'interpretazione formalistica del contratto ed anteporvi la necessità di realizzare l'uguaglianza sostanziale tra le parti, prospettando quindi un «diritto diseguale», in antitesi rispetto all'uguaglianza formale che, come detto, era uno dei capisaldi dei codici ottocenteschi.

Tale movimento propone una rilettura del diritto contrattuale secondo varie angolature¹⁷⁷, da quelle più riformiste, che sostengono un'interpretazione adeguatrice, ma comunque interna al quadro socio-economico liberale, a quelle più radicali, che considerano una lettura antagonista del diritto dei contratti come parte di un processo più ampio, volto alla trasformazione delle istituzioni dello Stato e, quindi, come momento della transizione¹⁷⁸.

Queste correnti dottrinali non sono andate esenti da critiche sia da parte della coeva dottrina di stampo liberale¹⁷⁹, sia da chi sostiene che l'«uso alternativo del diritto» non colga la compenetrazione tra forma di merce e forma giuridica, che rende illusoria ogni possibilità di utilizzo del diritto in maniera alternativa ed antagonista rispetto all'ordine costituito¹⁸⁰.

In particolare, sono state messe in evidenza le aporie e le contraddizioni che hanno portato a poter ravvisare nel diritto, in base alla sua pretesa neutralità (circa la quale ha avuto notevole influenza il pensiero di N. Bobbio), uno strumento di mutamento sociale¹⁸¹. Da questo punto di vista, il diritto borghese non si pone come

¹⁷⁶ P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, *passim*.

¹⁷⁷ Cfr. F. FENGLI, *Marxismo e critica del diritto privato*, in *Democr. e dir.*, 1975, p. 667 ss.; M. BARCELLONA, *L'«idea del sociale» nella teoria del diritto privato. Il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 717 ss.; F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, p. 138 ss.

¹⁷⁸ L. NIVARRA, *La grande illusione*, cit., p. 64-66.

¹⁷⁹ Per una sintesi cfr. F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, cit., p. 146-147.

¹⁸⁰ L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015.

¹⁸¹ In tal senso, si vedano le riflessioni di E. Pašukanis, che muovendo dal pensiero di K. Marx (in relazione al diritto ed alla forma giuridica, *ex multis*, cfr. K. MARX, *Critica al programma di Gotha*, Bolsena, 2008, p. 47 ss.; ID., *Il capitale*, Roma, 1974, libro III, sez. V, cap. 21, p. 403 ss.; ID., *Sulla questione ebraica*, Milano, 2010), afferma che la regolamentazione giuridica si pone come

classista solamente per il contenuto del comando, ma anche perché elimina la differenza tra forma e contenuto, sovrapponendo rapporto giuridico e rapporto economico¹⁸².

A prescindere dalle critiche e dagli esiti applicativi di tale corrente, occorre rilevare che il periodo ha profondamente segnato la cultura giuridica italiana e in particolare quella privatistica per plurimi motivi. Da un lato, ha messo in evidenza il carattere eminentemente politico delle norme, anche di diritto privato. In secondo luogo, ha messo in discussione il carattere naturale dell'uguaglianza formale posta alla base dei codici civili. In terzo luogo, ha consentito di destrutturare radicalmente l'approccio dogmatico-formalistico. Infine, ha aperto la discussione sulla possibilità di utilizzare le norme giuridiche in chiave antagonista rispetto all'ordine sociale dato.

Tutti tali aspetti saranno messi in evidenza nell'analisi delle utilizzazioni e delle proposte applicative del giudizio di meritevolezza, tramite il quale si pensava di poter riequilibrare un rapporto di forza che vedeva alcuni soggetti in posizione subordinata e, quindi, contribuire alla trasformazione della distribuzione della ricchezza e, più in generale, delle istituzioni economiche.

1.8 La moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto e la destrutturazione del sistema normativo

Un ulteriore passaggio del processo evolutivo del quadro giuridico è quello che ha portato alla destrutturazione del sistema normativo ed alla moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto. Tale fenomeno è strettamente connesso alla globalizzazione dei mercati ed alla produzione del diritto da parte di attori che, nei

forma storicamente determinata di una mediazione reale dei rapporti di produzione e che «tra le stesse categorie dell'economia mercantile-montaria e la forma giuridica esiste un nesso interno indissolubile». Da questo punto di vista, il diritto non si pone come classista per il contenuto del comando; il diritto borghese, al contrario, elimina la differenza tra forma e contenuto, mettendone in risalto la sovrapposizione tra rapporto giuridico e rapporto economico, cfr. E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975, p. 56 ss.

¹⁸² E. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975, p. 56 ss.

sistemi classici, non avevano attribuzioni normative. È rilevante sottolineare che tale processo non riveste solamente un'importanza teorica, ma anche pratica: non solo molte di queste norme hanno acquisito forza vincolante e sono applicate dalle corti, ma, anche quando non lo sono, esse sono adottate come *standards* cui fare riferimento per valutare gli esiti della decisione e, soprattutto, sono adottate dal legislatore come modello in sede di innovazione legislativa, come si vedrà nel caso della riforma del *Code civil*.

Per comprendere questo fenomeno è opportuno adottare l'approccio del *transnational law*, che fuoriesce dal modello tipico dell'analisi giuridica, che si basa sulla dicotomia diritto statale/diritto non statale, secondo il modello westfaliano.¹⁸³ Quest'ultimo non risulta infatti adeguato per comprendere i mutamenti che avvengono a livello globale sia nel campo giuridico, sia in quello economico e, in senso lato, sociologico e culturale. Non è infatti possibile comprendere lo sviluppo di tali forme ibride di normazione senza uscire dal rigido schematismo che vede la produzione normativa attraverso il filtro del potere statale.

Il paradigma classico vede nella globalizzazione un fattore di dismissione del diritto, in un'ottica di «vittimizzazione» dello Stato, che sarebbe schiacciato dalle pressioni transnazionali¹⁸⁴ e vedrebbe ritirarsi le proprie aree di competenza. Sovvertendo questo paradigma, la prospettiva del *transnational law*¹⁸⁵ cerca invece

¹⁸³ Per modello Westfaliano (il termine deriva chiaramente dalla costruzione politica degli stati-nazione in Europa dopo la pace di Westfalia del 1648) si intende quello che pone al centro della analisi del diritto lo Stato, che costituisce il centro di gravità per la regolazione del commercio, anche transfrontaliero, cfr. A.S. SWEET, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, p. 628. Secondo tale modello, lo stato rappresenta il punto di riferimento ultimo sia per il diritto nazionale, sia per quello internazionale, cfr. R. MICHAELS, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 451.

¹⁸⁴ È importante distinguere tra «spazio transnazionale» e «spazio supranazionale», di cui l'Unione Europea è un esempio. Quest'ultimo è uno spazio «pubblico», creato dagli Stati stessi, e le affermazioni di sovranità della *governance* supranazionale sono limitate dai confini nazionali. Il primo, invece, è uno spazio «privato» e, almeno formalmente, non ha pretese di sovranità. A.S. Sweet, *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, cit., p. 628.

¹⁸⁵ Si veda la riflessione di P. Zumbansen sul significato del termine *transnational*: «'Transnational' demarcates not a territorially defined and demarcated space, across the boundaries of which regulations are seen to be either successful or unsuccessful in governing or prescribing behaviour. Rather, the term depicts the space in which the legal pluralist analysis of legal and non-legal regulation occurs. It makes reference to the space that is left empty between conceptualizations

di decostruire le numerose associazioni tra Stato e norma e di comprendere l'evoluzione del diritto in relazione allo sviluppo di una società non limitata territorialmente, differenziata funzionalmente e costituita dallo sviluppo di logiche sociali conflittuali¹⁸⁶. La globalizzazione non implica infatti una diminuzione delle norme giuridiche, e ciò è confermato dallo sviluppo di norme transnazionali o dalla creazione di complessi sistemi di risoluzione delle controversie¹⁸⁷.

In questo contesto anche il ruolo dello Stato muta: sovente si è parlato di globalizzazione come di un fattore esterno, senza considerare il ruolo che gli Stati hanno avuto nella implementazione e nella modellazione della globalizzazione. Lo Stato non è stato agente passivo, ma ha invece svolto e svolge tuttora un ruolo attivo di regolamentazione ed implementazione delle norme necessarie per lo sviluppo delle relazioni economiche transfrontaliere e del processo di globalizzazione in generale.¹⁸⁸

Lo Stato si trasforma secondo una nuova logica organizzativa e diventa un sito chiave per lo sviluppo e l'istituzionalizzazione degli strumenti necessari per la globalizzazione economica; esso fornisce una struttura tecnica ed amministrativa per la realizzazione di tali processi¹⁸⁹.

Lo sviluppo del diritto transnazionale ha ridefinito il rapporto tra potere pubblico e privato, come si evince anche dal fatto che i sistemi di diritto nazionali si siano adattati e continuino ad adattarvisi, ma non ha comportato una semplice dismissione del potere statale¹⁹⁰. Ciò a cui stiamo assistendo è, più limitatamente, una crisi del giuspositivismo e, dunque, di un determinato modello di produzione

of a legal order from either a 'national' or 'international' perspective». P. ZUMBANSEN, *Transnational Legal Pluralism*, 2010, 6(1), CLPE Research Paper 01/2010, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1542907>. p. 12.

¹⁸⁶ P. ZUMBANSEN, *Transnational Legal Pluralism*, cit., p. 8.

¹⁸⁷ A.C. AMAN JR., *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1998, p. 783.

¹⁸⁸ S. SASSEN, *Globalization or Denationalization?*, in *Review of International Political Economy*, 2003, p. 8.

¹⁸⁹ S. SASSEN, *Territory, Authority Rights: from Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008, p. 235-236.

¹⁹⁰ La nozione di privatizzazione del potere normativo, che era precedentemente associato con lo Stato, comporta certamente l'indebolimento, se non l'eliminazione, della responsabilità pubblica in determinati campi di produzione di norme. Il problema, estremamente interessante, non viene qui affrontato poiché meriterebbe una completa trattazione a sé stante.

normativa, non di ogni modello di produzione normativa. La crisi, già in atto da tempo, si mostra chiaramente nei sistemi di *civil law*, poiché ne va a scardinare l'ordine sistematico di approccio al reale.

Ciò che viene messo in discussione è la logica organizzativa dell'approccio sistematico alle fondamenta dei codici ottocenteschi, per mantenere il quale gli interpreti del diritto si trovano costretti ad acrobazie ermeneutiche. È invece proprio l'approccio al diritto in quanto tale a mutare, poiché emerge una normatività nuova, che si muove secondo la logica operativa dei mercati globali, siano essi di beni di scambio o di capitali¹⁹¹.

Il giuspositivismo viene scosso alle fondamenta da produzioni di regole eterogenee e concorrenti. I nuovi ordini normativi sono composti da modelli di regolazione giuridica che comprendono una varietà di norme dirette ed indirette, pubbliche e private, *hard* e *soft*, nazionali e globali. In questo contesto la globalizzazione pone continue sfide al concetto ufficiale di diritto e l'interprete si trova a fronteggiare la distanza tra regole consolidate che si sono evolute localmente e spazi che vengono occupati da ordini normativi globali.¹⁹²

È opportuno sottolineare che tali sistemi non si relazionano solamente in maniera conflittuale, ma spesso, invece, si supportano l'un l'altro. È il caso, ad esempio, dei collegi arbitrali che applicano la *lex mercatoria*¹⁹³: se essi permettono di evitare che la controversia sia decisa dalle corti nazionali, tuttavia i sistemi nazionali supportano tale presunto antagonista riconoscendo e dando esecuzione ai lodi arbitrali.¹⁹⁴

La prospettiva del *transnational law* permette quindi di andare al cuore della

¹⁹¹ Comprendere le logiche operative alla base di tali fenomeni è fondamentale al fine di decostruire l'aura di inevitabilità con cui tali fenomeni, come la globalizzazione, vengono solitamente presentati. Tale idea è fuorviante per due motivi: *in primis*, poiché trascura tutte le altre possibili linee di sviluppo; *secundis* poiché si trascura il fatto che la globalizzazione non è una forza della natura, ma un prodotto dell'azione umana e, dunque, anche del diritto. R. MICHAELS, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, cit., p. 45 nt. 2.

¹⁹² P. ZUMBANSEN, *Transnational Legal Pluralism*, cit., p. 33.

¹⁹³ Anche se, come ricorda G. Teubner, la *lex mercatoria* è solo uno degli esempi di *transnational law*, ma non l'unico, cfr. G. TEUBNER, *Breaking Frames: economic globalisation and the emergence of lex mercatoria*, in *European Journal of Social Theory*, 2002, p. 199 ss.

¹⁹⁴ B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past To Present, Local To Global*, in *Sidney Law Review*, 2008, p. 407.

tematica del potere normativo e dell'autonomia privata e pubblica. In questa maniera, essa connette problematiche di diritto privato, generalmente nazionali, come l'autonomia contrattuale, la capacità delle parti, l'errore, e problematiche tipiche del diritto pubblico, come la deregolamentazione e la privatizzazione.¹⁹⁵

In questo contesto, il *transnational law* vede il diritto come parte della società (o, *rectius*, di una società) che non può essere colta pienamente facendo riferimento a confini nazionali. La lente giuridica può permettere una comprensione proficua del contesto sociale contemporaneo, proprio perché il diritto ne riflette la struttura mutevole¹⁹⁶. La prospettiva del *transnational law* permette di evidenziare i numerosi strati e livelli normativi che si sovrappongono nella regolazione del diritto contrattuale contemporaneo, senza rimanere intrappolati nel rigido schematismo di una prospettiva tradizionale, che vede il diritto solo attraverso la lente del potere statale¹⁹⁷. Si possono così analizzare più approfonditamente le interazioni tra diritto transnazionale, diritto internazionale e diritti statuali e comprendere meglio un quadro estremamente complesso ed in continuo mutamento.

Tali processi hanno una notevole influenza sui quadri giuridici nazionali, anche rispetto alla causa ed alla meritevolezza, come dimostra la rilevanza sia dei provvedimenti delle *authorities*¹⁹⁸ relativi alla regolazione del mercato, sia dei testi di *soft law*¹⁹⁹ sviluppati a livello europeo (DRAFT; PECL) e globale (PICC), ossia quelli che vengono definiti come «codificazioni» della *lex mercatoria*. Tali testi,

¹⁹⁵ P. ZUMBANSEN, *Transnational law, Evolving*, Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2014-29, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1975403>, p. 6.

¹⁹⁶ N. LUHMANN, *A Sociological Theory of Law*, London, 1985.

¹⁹⁷ La questione, ancora irrisolta dai teorici del diritto, diviene allora cosa sia il diritto. Circa la *lex mercatoria* riportiamo questo passaggio di G. Teubner: «On the one side, *lex mercatoria* clearly is non-law. As a bundle of commercial customs, it belongs to the “vaste ensemble de normes, 'conçues' et 'vecues' au sein du corps social, auxquelles les juges sont toujours susceptibles de conférer des effets juridiques”. On the other side, *lex mercatoria* clearly is law. As an expression of international general principles of law, it would be one of those «opérateur clandestins de juridicité». Consequently it is, of course, both at the same time: “inside and outside, juridical and meta-juridical”».

¹⁹⁸ Sulla pervasività dell'intervento conformativo sul contratto delle *authorities* cfr. M. ANGELONE, *Diritto privato "regolatorio", conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle "authorities"*, in *Nuove Autonomie*, 2017, p. 441 ss.

¹⁹⁹ Sul ruolo del *soft law* nel diritto contemporaneo, da una prospettiva interdisciplinare, cfr. i contributi in A. SOMMA (a cura di), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

oltre ad essere a volte menzionati nelle decisioni giurisprudenziali al fine di rafforzare la decisione del giudice, fungono anche da modelli per il legislatore²⁰⁰, come dimostra la riforma del *Code civil*²⁰¹.

Il tema della *lex mercatoria* è dibattuto sin dagli anni Sessanta del secolo passato²⁰². Se, almeno inizialmente, l'argomento aveva un interesse più accademico che pratico²⁰³, lo sviluppo del commercio transnazionale e dell'arbitrato internazionale ha fatto sì che esso acquistasse rilevanza anche nel campo dell'applicazione giurisdizionale. Da allora il dibattito si è sviluppato grazie al sempre maggiore interesse degli studiosi del diritto, dovuto anche all'esplicito riferimento ed all'applicazione della *lex mercatoria* da parte di numerosi collegi arbitrali. Non sono mancate le voci che negavano l'esistenza e la manifestazione di un ordine normativo altro, di un *tertium genus* rispetto ai singoli diritti nazionali ed al diritto internazionale pubblico²⁰⁴. Al giorno d'oggi, tuttavia, sembrano innegabili

²⁰⁰ Recentemente P. LERNER, *The Principles of International Commercial Contracts as model law: an Israeli perspective*, in *Uniform Law Review*, 2019, p. 121 ss.

²⁰¹ Cfr. par. 5.8.

²⁰² I due «padri fondatori» del concetto sono universalmente considerati C. M. Schmitthoff e B. Goldman, il primo di tradizione di *common law*, il secondo di *civil law*. Due saggi che riflettono il pensiero dei due autori sono C. SCHMITTHOFF, *The Unification of the Law of International Trade*, in *Journal of Business Law*, 1968, p. 105-109; B. GOLDMAN, *Lex Mercatoria*, in *Forum Internationale* 3, p. 3-7 (Nov. 1983). Sulle genealogie del concetto N. HATZIMIHAL, *The Many Lives — and Faces— of Lex Mercatoria: an Essay on the Genealogy of International Business Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2008, 71(3).

²⁰³ Sulle origini storiche della *lex mercatoria* da prospettive differenti cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; I. STRENGER, *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in *Recueil des cours*, 1991, 207; H.J. BERMAN, *The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)*, in *A lawyer's guide to international business transactions: the law of international commercial transactions (lex mercatoria)*, a cura di W. S. Surrey e D. Wallace, Philadelphia, 1983; F. DE LY, *International Business Law and Lex Mercatoria*, London, 1992; M.R. FERRARESE, *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Sociologia del diritto*, 2005, II, p. 157 ss.; J.H. BAKER, *The Law Merchant and the Common Law Before 1700*, in *Cambridge Law Journal*, 1979, p. 38 ss.; in una chiave critica, che mira a decostruire la *romance* della *lex mercatoria*: A. CORDES, *The search for a medieval lex mercatoria*, in *Oxford University Comparative Law Forum*, 2003, 5, disponibile a <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>; C. DONAHUE, *Benvenuto Stracca's de mercatura: was there a lex mercatoria in sixteenth-century Italy?*, in *From lex mercatoria to commercial law*, a cura di V. Piergiovanni, Berlin, 2005; ID., *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, in *Chicago Journal of International Law*, 2004, 5; S.E. SACHS, *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval "Law Merchant,"* in *American University International Law Review*, 2006, p. 685 ss.; O.A. VOLCKART e A. MANGELS, *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, in *Southern Economic Journal*, 1999, p. 427 ss.

²⁰⁴ J.D. BREDIN, *La loi du juge*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, XXXVI, a cura di P. Fouchard, P. Kahn, A. Lyon-Caen, Paris, 1984;

manifestazioni normative che si muovano al di fuori ed attraverso i due sistemi di diritto tradizionali.

La *lex mercatoria* viene creata e si sviluppa a partire dalla consapevolezza dell'inadeguatezza dei sistemi di diritto nazionali nella regolazione del commercio transnazionale. La *societas mercatorum* esprime la necessità di norme (e procedure che permettano di esercitare i diritti da queste garantiti) che siano idonee alla regolazione di operazioni commerciali che coinvolgono soggetti provenienti da culture giuridiche differenti. Tale esigenza trova espressione in diversi ambiti, dai trattati internazionali allo sviluppo di Commissioni, gruppi di studio, e organizzazioni che producono modelli normativi che possono essere presi come esempio dai legislatori nazionali o adottati dalle parti tramite una clausola contrattuale.

La *lex mercatoria*²⁰⁵ è un'altra espressione di questa esigenza di un insieme di norme che sia al tempo stesso flessibile e adeguato alle esigenze degli operatori del mercato internazionale. La *lex mercatoria* si sviluppa per fornire una soluzione a tali problemi, e non come un sistema di diritto completo, le cui relazioni con le altre sfere normative vengono definite *a priori*. La sua funzionalità fa sì che, pur sviluppandosi al di fuori della sfera statale e dei centri di produzione giuridica nazionali, essa interagisca con essi e si avvalga degli strumenti che questi le

G. DELAUME, *The myth of lex mercatoria and state contracts*, in *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, Thomas Carbonneau, 1990; P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, XXXVI, a cura di P. Fouchard, P. Kahn, A. Lyon-Caen Paris, Paris, 1984; L.J.M. MUSTILL, *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, in *Arbitration International*, 1988, 4; C. PAMBOUKIS, *Lex mercatoria: an international régime without state?*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1993, p. 46.

²⁰⁵ Essa è stata ad esempio definita come «a set of general principles and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of law» (B. GOLDMAN, *The applicable law: general principles of law. The lex mercatoria*, in *Contemporary problems in international arbitration*, a cura di J. Lew, 1986); «[the] phenomenon of uniform rules serving uniform needs of international business and economic co-operation» (N. HORN, *The use of transnational law in the contract law of international trade and finance*, in *The practice of transnational law*, a cura di K. P. Berger, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2001, p. 14.); «all law stemming from or under the influence of transnational sources of law and regulating acts or events that transcend national frontiers» (N. HORN, *ibidem*, p. 67); «a body of transnational commercial law that is almost entirely the product of private law making activities.» Cfr. B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, cit., p. 375).

forniscono. L'ordinamento giuridico si modifica e si adatta secondo le nuove logiche ordinanti, cosicché vi è una continua osmosi tra i differenti livelli di produzione normativa. Tale fattore deve essere tenuto a mente poiché rende questo apparato normativo finalisticamente orientato e, dunque, ne caratterizza le modalità di sviluppo e gli obiettivi²⁰⁶.

1.9 Lo sviluppo dell'Unione Europea: una nuova concezione dell'ordine concorrenziale

In parallelo a tale processo a livello globale, occorre analizzare le evoluzioni che hanno riguardato il contesto europeo dove, al fine di rispondere ai mutamenti ed alle crisi della seconda metà del XIX e dell'inizio del XX secolo, si sono sviluppate nuove correnti della scienza economica e giuridica: infatti, come argomenteremo, tali evoluzioni hanno avuto un ruolo fondamentale nel modificare la concezione del contratto e, quindi, nel determinare il rinnovamento dei giudizi causale e di meritevolezza.

Nel contesto di crisi sopra analizzato si sviluppa una corrente del pensiero liberale che si pone come obiettivo quello di rifondare il liberalismo, al fine di risolvere i problemi che si erano manifestati in maniera molto acuta; la conferenza Walter Lippmann²⁰⁷ è il primo passo nella costituzione di un gruppo di intellettuali, provenienti da diverse discipline, che perseguono tale progetto²⁰⁸. La storia di

²⁰⁶ Sul rapporto tra *lex mercatoria* e competizione fra ordinamenti cfr. P.G. MONATERI, *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, in *Sociologia del diritto*, 2005, II, p. 229 ss.

²⁰⁷ Conferenza che si è svolta a Parigi dal 26 al 30 agosto 1938. Gli atti del convegno sono stati pubblicati in L. ROUGIER, *Le colloque Walter Lippmann*, Lormont, 2012, p. 405 ss.

²⁰⁸ Sulla genesi dell'ordoliberalismo v. gli articoli contenuti nel numero monografico della rivista *Filosofia Politica*, 2019, n. 1 e, in particolare, v. W. EUCKEN, *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 23 ss. (ed. or. *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, vol. 36, pp. 297 ss.); O. MALATESTA, *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 67 ss.

²⁰⁸ Per una ricostruzione originale, che tende a mettere in evidenza i punti di contatto fra queste due correnti e che mette in luce l'influenza di F.V. Hayek sui pensatori tedeschi che hanno inciso nella formazione e strutturazione dell'UE v. Q. SLOBODIAN, *Globalists*, Harvard, 2018, p. 204 ss.

questo gruppo, la seguente divisione fra i teorici tedeschi (quelli che diverranno gli ordoliberali e che hanno influenzato i fondamenti economici e giuridici dell'UE) e gli austro-americani (che diverranno i capifila del neoliberalismo) e la loro influenza nella rifondazione dello stato tedesco, benché molto interessanti, vanno ben oltre l'ambito della presente trattazione²⁰⁹.

Ciò che occorre tuttavia mettere in evidenza è il ruolo determinante di questi pensatori nella costruzione dell'UE ed il fatto che la loro concezione del diritto che risuona nei Trattati, nei regolamenti, nelle direttive e negli altri atti normativi dell'UE²¹⁰. Le differenze teoriche in relazione al pensiero liberale classico sono molto numerose; tuttavia, se si devono identificare degli elementi di differenziazione determinanti che hanno notevolmente influenzato il diritto dei contratti, sarebbero probabilmente la concezione dell'ordine concorrenziale del mercato²¹¹ e la concezione del soggetto che ne deriva.

Gli ordoliberali non concepiscono l'ordine concorrenziale del mercato come un ordine naturale, ontologicamente dato e preesistente alla regolamentazione giuridica; al contrario, considerano che il mercato, nonché l'ordine concorrenziale che deve regnarvi, debbano essere costruiti²¹² tramite interventi attivi da parte del legislatore²¹³. Se tale ordine non è ontologicamente dato, ne consegue che gli interventi dei governanti non sono necessariamente considerati come ingerenze illegittime, ma sono invece necessari al fine di sviluppare pienamente questo ordine

²⁰⁹ P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, cit., p. 243 ss., 328 ss.; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 221 ss. Sulle differenze tra queste due correnti da un punto di vista giuridico v. TH. BIEBRICHER, *Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment*, in *German Law Journal*, 2016, p. 839-842.

²¹⁰ S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 2008, p. 553 ss.; M. LIBERTINI, *A «Highly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 491 ss.; D. J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, p. 25 ss.; G. DALE e N. EL-ENANY, *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in *German Law Journal* 2013, p. 620 ss.

²¹¹ W. LIPPMANN, *La cité libre*, Paris, 1938; P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, cit., p. 225 ss.; R. PTAK, *Neoliberalism in Germany*, in *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought*, a cura di P. Mirowski e D. Plehwe, Cambridge, 2009, p. 101-102.

²¹² W. RÖPKE, *Civitas humana*, Erlenbach-Zürich, 1944, p. 43 ss.; R. PTAK, *Neoliberalism in Germany*, cit., p. 105.

²¹³ P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, cit., p. 205 ss.; R. PTAK *Neoliberalism in Germany*, cit., p. 102.

e di correggere gli ostacoli che lo limitano. Il punto di partenza di tale concezione è, come nel liberalismo classico, che l'allocazione delle risorse realizzata attraverso il sistema del mercato concorrenziale sia la migliore al fine di garantire il benessere di tutta la società²¹⁴; tuttavia, visto che questo sistema non è naturale, ma deve essere costruito e preservato, occorre fare in modo che questi meccanismi possano funzionare correttamente e senza alcun ostacolo, se necessario anche tramite interventi attivi²¹⁵.

Il soggetto è ancora considerato come razionale. Tuttavia, è preso in considerazione nella situazione concreta nella quale si trova ad agire. Gli sviluppi del pensiero ordoliberalo portano a prendere in considerazione le asimmetrie informative o di potere contrattuale che possono impedire il dispiegamento della razionalità del soggetto e comportare che, a causa di queste distorsioni, il contratto concluso non sia efficiente. Occorre quindi intervenire al fine di correggere tali distorsioni; gli interventi sono modellati sulla base delle situazioni che il legislatore concepisce come problematiche²¹⁶. Di conseguenza, esse comportano una frammentazione della regolamentazione del contratto basata sulle categorie attraverso le quali il legislatore modella le tipologie di controllo.

In tale contesto, il diritto privato gioca un ruolo fondamentale: dato che il contratto è lo strumento giuridico attraverso il quale sono realizzati lo scambio e,

²¹⁴ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern, 1952, p. 254.

²¹⁵ L. ERHARD, *La Prosperité pour tous*, Paris, 1959; S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, cit., p. 568 ss.; F. RIEM, *Retour sur l'ordre concurrentiel*, in *RIDE*, 2013, p. 442-443; R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 865 ss.

²¹⁶ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 992-993 afferma: «la rilettura del quadro normativo qui proposta tende in definitiva a porre in luce la relativa *indifferenza* di tutto il diritto comunitario dei contratti verso la qualità dei contraenti se intesa come posizione socio-economica rivestita sul mercato e relativi bisogni. Siffatta indifferenza si proietta anche sull'oggetto della contrattazione, mantenendosi all'opposto centrale l'attenzione verso le caratteristiche e le modalità delle singole aree di contrattazione e i possibili effetti distorsivi o paralizzanti che da qui potrebbero derivarne al regolare svolgimento degli scambi». G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 496 argomenta: «quanto poi alla emersione di discipline metatipiche - delle quali la normativa in tema di tutela del subfornitore, e la clausola generale del divieto dell'abuso di dipendenza economica ivi prevista, è senza dubbio l'esempio più significativo -, mentre è condivisibile l'idea che il legislatore predisponga la norma di protezione avendo in mente un determinato fenomeno economico piuttosto che la disciplina di un singolo tipo, così che la norma di protezione è modellata e ritagliata sulla cosiddetta operazione economica e non sul tipo [...]».

dunque, l'allocazione delle risorse, esso diventa l'oggetto degli interventi miranti a fare sì che il dispositivo concorrenziale possa funzionare correttamente. Il diritto privato acquisisce allora una doppia funzione. Da un lato deve costruire e proteggere un quadro²¹⁷ all'interno del quale i soggetti possano agire e dispiegare la propria razionalità. Dall'altro, serve a controllare che i contratti rispettino la logica concorrenziale²¹⁸ e, quindi, a fare in modo che le condizioni nelle quali le persone si trovano ad agire siano ottimali²¹⁹ o, se tale dispositivo non può funzionare correttamente, a correggere *ex post*, con delle operazioni di *market-mimicking*, gli accordi che non possono rispettare tali condizioni²²⁰.

I controlli, pertanto, non si limitano alle pratiche restrittive della concorrenza su un mercato specifico attraverso le norme *antitrust*, ma prendono altresì in considerazione i singoli contratti. Viene realizzata una «police» dei contratti che concerne la microeconomia degli scambi, fondata sull'idea che ogni accordo che non rispetta la logica del dispositivo concorrenziale meriti di essere corretto²²¹.

Queste considerazioni si inscrivono nell'idea di una «società di diritto privato» (le cui radici, secondo F. Böhm, devono essere ricondotte alla Rivoluzione

²¹⁷ F. BÖHM, *Privatrechts-gesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)*, 1966, p. 138.

²¹⁸ La stretta connessione tra il diritto della concorrenza e il diritto contrattuale è stata evidenziata da A. PIROVANO, *Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles*, in *Les transformations de la régulation juridique*, a cura di G. J. Martin, Paris, 1998, p. 295 ss.

²¹⁹ Sull'importanza dei doveri di informazione per il diritto dei contratti v. S. GRUNDMANN, W. KERBER e S. WEATHERILL (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin - New York, 2001 ristampa 2012; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, 1992. Sull'evoluzione della disciplina europea in materia di doveri di informazione nella relazione professionista consumatore, anche in una prospettiva rimediatale, cfr. R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.

²²⁰ F. MARTY e P. REIS, *Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique*, in *RIDE*, 2013, p. 582. Sull'innovativo e più importante ruolo del potere giudiziario cfr. P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison*, cit. p. 265-266; M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, cit., p. 180.

²²¹ D'altronde, in una prospettiva completamente differente, si è osservato che: «la supposta cessione di equivalenti tra le parti nasconde la violenza di un rapporto di classe. Abbiamo qui a che vedere con ciò che ho chiamato altrove, con terminologia evidentemente 'anacronistica', una fondazione macroeconomica della microeconomia, e che andrebbe meglio definita come fondazione 'macrosociale' del comportamento individuale.» Cfr. R. BELLOFIORE, *Le avventure della socializzazione*, Milano-Udine, 2018, p. 36.

francese), che si fonda sul principio di concorrenza come principio costituzionale²²²: gli uomini non si confronterebbero direttamente con lo Stato, ma sarebbero sottoposti ad un ordine giuridico che limiterebbe il potere dello Stato ed i possibili abusi di potere dei soggetti privati²²³, inquadrando le azioni e gli *status* dei soggetti²²⁴, al fine di garantire il benessere della società.

Le implicazioni di tale nuova prospettiva e dei suoi effetti sugli ordini giuridici nazionali, anche dal punto di vista delle fonti del diritto e delle interazioni tra la sfera pubblica e la sfera privata, sono innumerevoli. Il metodo della regolamentazione cambia profondamente perché non si fonda più su un approccio sistematico e formale²²⁵, che traeva i propri fondamenti dalla dogmatica giuridica, ma su un approccio funzionale²²⁶. Le norme sono adottate e strutturate secondo le loro funzioni in relazione all'obiettivo divisato, ossia la costruzione ed il miglioramento del mercato unico e della concorrenza²²⁷. Le questioni giuridiche

²²² A. PIROVANO, *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne*, in *L'Algérie en mutation*, a cura di R. Charvin, A. Guesmi, Paris, 2001, p. 119 ss.; L. SIMONIN, *Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat*, in *L'ordolibéralisme allemand*, a cura di P. Commun, Cergy-Pontoise, 2003, p. 70 ss.

²²³ S. GRUNDMANN, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, cit., p. 553 ss.

²²⁴ F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, cit., p. 75 ss.

²²⁵ CH. JAMIN, *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, cit., p. 137-138 mette in evidenza come la corrente del realismo francese, che si è sviluppata tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, avesse già messo in discussione tale approccio. D. BUREAU e N. MOLFESSIS, *L'asphyxie doctrinale*, cit., p. 47 ss. sottolineano le problematiche che queste mutazioni comportano per la costruzione del sistema giuridico.

²²⁶ A. SUPLOT, *Homo juridicus*, cit., p. 270 ss.; R. MICHAELS, *The Two Rationalities of European Private Law*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia e S. Weatherill, Oregon, 2011, p. 154-155; M. HESSELINK, *The New European Culture*, Deventer, 2001; sul medesimo tema v. anche le riconsiderazioni dello stesso autore a dieci anni di distanza: M. W. HESSELINK, *The New European Culture -Ten Years On*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di G. Helleringer e K. Purnhagen, München – Oxford – Baden-Baden, 2014, p. 17 ss.; H.-W. MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, cit., p. 82 ss.

²²⁷ F. CAFAGGI, *Private Regulation in European Private Law*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di A. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak e E. du Perron, Alphen aan den Rijn, 4^a ed., 2011, p. 119; ID., *The Making of European Private Law: Governance Design*, in *Making European Private Law*, a cura di F. Cafaggi et H. Muir-Watt, Cheltenham-Noorthampton 2008, p. 292 ss.; H. COLLINS, *The Hybrid Quality of European Private Law*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia e S. Weatherill, Oregon, 2011, p. 453. In relazione al diritto del consumo cfr. M.W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *ERPL*, 2010, p. 65 ss.; A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie*, Paris, 2010, p. 59 ss.; H.-W. MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, cit., p.

sono analizzate e le soluzioni sono apportate seguendo questo quadro teorico: l'unità che precedentemente derivava dalla costruzione di un sistema coerente deve ormai essere trovata nell'obiettivo di tali norme.

Detto approccio si è inoltre reso necessario in ragione della competenza teleologica dell'UE in materia contrattuale: detta competenza non si fonda su alcuna norma che concerna esplicitamente tale settore; invece, è giustificata dall'art. 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)²²⁸, che prevede la competenza degli organi dell'UE quando il ravvicinamento delle legislazioni è necessario per la costruzione ed il funzionamento del mercato interno²²⁹. Di conseguenza, l'attribuzione normativa dell'UE è limitata e, soprattutto, funzionalmente orientata ad uno scopo specifico, che struttura gli interventi normativi.

1.10 L'approccio funzionale al diritto e la regolazione secondo lo status dei contraenti

A partire da tale quadro teorico si può comprendere la regolamentazione dell'UE e dei sistemi giuridici nazionali sulla tutela del consumatore e di altri soggetti specificamente identificati come meritevoli di una protezione speciale, che

85-88; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1274 ss.; F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 93.

²²⁸ R. MICHAELS, *The Foundations of European Private Law*, cit., p. 154; E. CLAUDEL, *Les perspectives du droit européen des contrats*, in *Réformes du droit civil et vie des affaires*, a cura di M. Bourassin e J. Revel, Paris, 2014, p. 221.

²²⁹ L'art. 114, al. 1 prevede che: «sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.» H.-W. MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, cit., p. (81) 85 afferma: «The 1985 White Paper on the Completion of the Internal Market provided the necessary legitimation for European legislators to instrumentalise law to open up and shape markets. This is where the birth of the EU as a market state can be located.»

hanno modificato i sistemi nazionali di diritto privato²³⁰; a partire da ciò, si possono altresì apprezzare le differenze tra queste norme e quelle della seconda metà del XX secolo concernente la regolazione di certi contratti specifici²³¹.

Gli interventi concernenti, per esempio, il contratto di lavoro²³² e di locazione di immobili urbani²³³ erano il risultato di una scelta politica che si poneva in antagonismo con l'approccio liberale classico. Tali leggi non miravano a far sì che il dispositivo concorrenziale potesse funzionare correttamente, ma a realizzare una distribuzione delle risorse differente rispetto a quella che sarebbe risultata dalla contrattazione.

Queste norme erano il risultato di un conflitto sociale, che aveva messo in discussione la concezione liberale e vi aveva opposto una concezione radicalmente diversa²³⁴. Al contrario, la regolamentazione europea si pone come obiettivo la realizzazione e la protezione del mercato concorrenziale²³⁵; mira ad eliminare gli ostacoli alla concorrenza e ad intervenire sui contratti che, a causa di *market failures*²³⁶, non permettono la migliore allocazione possibile delle risorse. Il concetto di *market failure*, che viene inventato e si sviluppa prevalentemente in ambito americano nel contesto dell'analisi economica del diritto, viene adottato nel contesto europeo soprattutto al fine di valutare le problematiche della contrattazione

²³⁰ Sull'influenza dell'UE sul diritto dei contratti cfr. A.L.M. KEIRSE, *European impact on contract law. A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law*, in *Utrecht Law Review*, 2011, p. 33 ss.

²³¹ La regolamentazione di specifici contratti tipici ha portato alcuni autori a parlare di crisi del contratto già a partire dalla metà del secolo scorso, cfr. H. BATIFFOL, *La « crise du contrat » et sa portée*, in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, 1968, p. 13 ss.; F. TERRÉ, PH. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., p. 43.

²³² Circa il diritto italiano v. M. BARBERA, *I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2006, p. 315 ss.

²³³ F. PADOVINI, *I locatari*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2006, p. 443 ss.

²³⁴ L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 26 ss.

²³⁵ J. ROCHFELD, *De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché*, in *Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance*, in *Les Petites affiches*, 16 février 2009, chron. 21.

²³⁶ Le norme europee sono anche debitrice dei fondamenti teorici dell'analisi economica del diritto, come si evince dal fatto che esse prendano in considerazione le *markets failures*. Sulle nozioni fondamentali dell'analisi economica del diritto v. R. COOTER e TH. ULEN, *Law and Economics*, Berkeley, 6^a ed., 2016; A.T. KRONMAN e R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979. Per una critica radicale a tale approccio cfr. DU. KENNEDY, *Law-and-economics from the perspective of critical legal studies*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, a cura di P. Newman, II, London-New York, 1998, p. 465 ss.

e scegliere le soluzioni ottimali al fine di risolverle. Di conseguenza, le *rationes* e le finalità di queste due tipologie di intervento sul contratto, benché entrambe si distacchino dalla concezione classica, sono differenti²³⁷. Tali evoluzioni non possono quindi essere considerate come un fenomeno unitario, che rimette in causa l'autonomia della volontà; al contrario, è necessario rimarcare la rottura che interviene tra di esse e ricostruirle secondo la loro razionalità.

Ritornando alle trasformazioni contemporanee, il punto di partenza della razionalità normativa delle istituzioni europee è differente da quello della teoria classica: il punto di partenza non è più il soggetto di diritto astratto²³⁸, considerato come individuo ontologicamente razionale, né la protezione dell'autonomia delle parti, ma la protezione e l'implementazione dell'ordine concorrenziale del mercato, per il corretto funzionamento del quale le norme devono essere strutturate. La necessità di produrre delle regole che si applichino ad una generalità di situazioni obbliga le autorità europee a trovare dei criteri generali²³⁹ tramite i quali affrontare i summenzionati problemi. Uno di questi criteri è lo statuto dei soggetti sul mercato e nella relazione contrattuale.

Il caso maggiormente rappresentativo di tale approccio è, chiaramente, la legislazione consumeristica²⁴⁰. La protezione del consumatore²⁴¹, strumento di costruzione e di istituzione del mercato unico²⁴², è stata da lungo tempo fissata

²³⁷ Distingue fra queste due tipologie di interventi M.R. MAUGERI, *Tutela dei soggetti "deboli" e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al Fiscal Compact*, in *Pers. e mercato*, 2014, p. 97-98.

²³⁸ Sull'abbandono della concezione astratta del soggetto, ma in un'ottica differente, cfr. S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, *passim*. Sulle trasformazioni del soggetto di diritto cfr. M.R. MARELLA, *Who Is the Contracting Party? A Trip around the Transformation of the Legal Subject*, in *Comparative Contract Law*, a cura di P.G. Monateri, Cheltenham, 2017, p. 205 ss.

²³⁹ F. DENOZZA, *In viaggio verso un mondo re-incidentato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *ODCC*, 2016, p. 442-443.

²⁴⁰ Sulle logiche differenti del *Code civil*, del diritto del consumo e del diritto della concorrenza v. Y. LEQUETTE, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *Livre du bicentenaire*, Paris, 2004, p. 177. Tuttavia, non bisogna pensare che la concezione della categoria del consumatore sia statica e non evolva nel tempo; sulle differenti nozioni di consumatore v. M. COESTER-WALTJEN, *Party Autonomy and Consumer Protection*, in *EuCML*, 2014, p. 172 ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms in European Law*, Oregon, 2007, p. 69 ss.

²⁴¹ Traccia i fondamenti ideologici e lo sviluppo della disciplina consumeristica, evidenziandone il collegamento anche con l'identità della persona A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, *passim*.

²⁴² M. W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, cit., p. 58 ss. Sulla

come una delle priorità dell'UE. La risoluzione del Consiglio del 14 aprile 1975²⁴³ stabilisce il programma preliminare della Comunità economica europea (CEE) sulla protezione ed informazione del consumatore, dopo la quale si sono succeduti numerosi interventi settoriali²⁴⁴. Tra questi, la direttiva concernente le clausole abusive nei contratti conclusi dai consumatori²⁴⁵ e la direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011²⁴⁶, oltre alle recentissime direttive sulla vendita di beni di consumo²⁴⁷ e sulla fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali²⁴⁸ ed il regolamento che

funzione del diritto del consumo che, come noto, è legata al corretto funzionamento del mercato v. M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, 2004, p. 25; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, cit., p. 10 ss.

²⁴³ Circa un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione dei consumatori v. eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=FR.

²⁴⁴ Per esempio, la dir. 85/577/CEE del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, data.europa.eu/eli/dir/1985/577/oj; la dir. 97/7/CE del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, data.europa.eu/eli/dir/1997/7/oj; la dir. 2002/65/CE del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, data.europa.eu/eli/dir/2002/65/oj; la dir. 2005/29/CE dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali, data.europa.eu/eli/dir/2005/29/oj; la dir. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE, data.europa.eu/eli/dir/2007/64/oj; la dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj.

²⁴⁵ Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori, data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj. Sugli sviluppi e le applicazioni che hanno riguardato tale direttiva v. H.W. MICKLITZ e N. REICH, *The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *CMLR*, 2014, p. 771 ss.

²⁴⁶ Sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, data.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj. Sulla proposta di direttiva che ne è alla base v. M. LOOS, *Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, in *ERPL*, 2010, p. 15 ss.; S. WHITTAKER, *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète »*, in *D.*, 2009, p. 1152 ss.

²⁴⁷ Direttiva 771/2019/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.

²⁴⁸ Direttiva 770/2019/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali, su cui cfr. K. SEIN e G. SPINDLER, *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, in *ERCL*, 2019, p. 257 ss.; ID., *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, in *ERCL*, 2019, p. 365 ss.

promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online²⁴⁹.

In alcuni stati, tale tendenza si era già manifestata a livello nazionale. Ad esempio, in Germania la legge del 9 dicembre 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGB-Gesetz*) prevedeva il controllo delle clausole abusive nei contratti *standard* e la presunzione di illiceità di alcune clausole inserite nei contratti conclusi con un consumatore. In Francia, le prime regolamentazioni in questo settore risalgono alla legge 10 gennaio 1978²⁵⁰, che aveva predisposto una Commissione incaricata di valutare la legittimità di determinate clausole dei contratti conclusi dai consumatori, che dovevano in seguito essere regolamentate dal governo, ma che non prevedeva un intervento diretto del giudice sull'accordo²⁵¹. Se la dottrina non ha tardato a rendersi conto delle novità che comportava un diritto particolare, modellato sulle qualità dei contraenti²⁵², è soprattutto²⁵³ grazie alle norme europee che questo nuovo approccio ha avuto effetti sconvolgenti sulla regolazione di diritto privato²⁵⁴.

Le summenzionate direttive prevedono numerose norme miranti a fare sì che il consumatore sia completamente informato²⁵⁵ e possa dispiegare la propria

²⁴⁹ Regolamento 2019/1150/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*, su cui cfr. P. IAMICELI, *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity*, in *ERCL*, 2019, p. 392 ss.

²⁵⁰ Relativa all'informazione e alla protezione dei consumatori nel settore di determinate operazioni creditizie.

²⁵¹ J. GHESTIN, *Le pouvoir du juge d'annuler une clause en la qualifiant d'abusives malgré l'absence d'un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l'information et la protection des consommateurs*, in *D.*, 1990, p. 289 ss. esamina gli sviluppi giurisprudenziali concernenti le clausole abusive.

²⁵² M. ARMAND-PREVOST e D. RICHARD, *Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, in *JCP G*, 1979, I, doct. 2952.

²⁵³ Sulla particolarità del caso tedesco, che è stato il modello della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, v. par. 1.11.

²⁵⁴ G. ALPA, *The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy*, in *EBLR*, 2018, p. 592 ss.; G. PAISANT, *À propos des vingt ans du Code de la consommation*, in *JCP G*, 2013, p. 1063, n° 4 sottolinea il ruolo determinante dell'UE nello sviluppo del diritto del consumo. V. anche P. SIRENA, *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 277 ss.

²⁵⁵ Sui doveri di informazione v. S. GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *CMLR*, 2002, p. 272 ss.; E. HALL, G. HOWELLS e J. WATSON, *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in *ERCL*, 2012, p. 139 ss.; M. COESTER-WALTJEN, *Party Autonomy and Consumer Protection*, cit., p. 174.

razionalità coscientemente ed efficacemente. Tra queste norme, la regola che prevede la nullità delle clausole che comportano, contro la buona fede, uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi delle parti (escluse quelle concernenti l'oggetto principale o il prezzo, se redatte in maniera chiara)²⁵⁶, a meno che esse non siano state specificamente negoziate dai contraenti, è estremamente rappresentativa di tale concezione²⁵⁷.

Questa norma mira a correggere le asimmetrie informative²⁵⁸ (una parte della dottrina ritiene che tenda altresì a rimediare alle asimmetrie di potere contrattuale)²⁵⁹, che caratterizzano la relazione fra professionisti e consumatori. L'obiettivo specifico della regola è controverso. Alcuni autori focalizzano l'attenzione sulla protezione della parte debole²⁶⁰; altri sostengono invece che la regola miri invece principalmente alla protezione della concorrenzialità del mercato²⁶¹; una parte della dottrina ha infine argomentato che, al fine di favorire la standardizzazione dei contratti, ritenuta efficiente, è necessario che le parti non siano obbligate a negoziare il contenuto di ogni accordo e, quindi, che le clausole

²⁵⁶ Su tale aspetto cfr. CJUE, 20 sept. 2018, C-51/17, in *D.*, 2018, p. 1861; CGUE, 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e.a. v. Banca Românească SA*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 745; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2019, n° 17-31.065; Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2019, n° 17-31.067, in *D. actualité*, 5 mars 2019, obs. J.-D. Pellier; Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2018, n° 17-13.593; in *D.*, 2018, p. 1355, note D. Mazeaud; in *D.*, 2019, p. 279, obs. M. Mekki.

M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 330 ss.

²⁵⁷ Art. 3 della dir. 93/13/CEE.

²⁵⁸ S. GRUNDMANN, *EC Consumer and EC Competition Law: How Related are They? Examining the Existing EC Contract Law Sources*, in *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, a cura di H. Collins, The Hague, 2004, p. 211 ss.

²⁵⁹ M. W. HESSELINK, *Unfair Terms in Contracts between Businesses*, in *Towards a European Contract Law*, a cura di J. Stuyck e R. Schulze, Munich, 2011, p. 132-134; M. WOLF, *Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* a cura di S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, Berlin-New York, 2001, ristampa 2012, p. 323. Sulle teorie relative alle finalità della protezione dei consumatori cfr. K. J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague, 2005, p. 170 ss.; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2^a ed., 2013; N. REICH, *Economic Law, Consumer Interests ad EU Integration*, in *Understanding EU Consumer Law*, a cura di H.-W. Micklitz, N. Reich et P. Rott, Portland, 2009, p. 6 ss.

²⁶⁰ M.W. HESSELINK, *Common Frame of Reference & Social Justice*, in *ERCL*, 2008, p. 262.

²⁶¹ M. SCHILLING, *Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 336 ss.

abusive siano eliminate di diritto²⁶². Tuttavia, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere che la regola sia finalizzata a garantire il buon funzionamento del mercato²⁶³, affinché la scelta del consumatore, normalmente determinata dal prezzo e dall'oggetto, possa essere razionale e, di conseguenza, il contratto sia efficiente²⁶⁴.

Occorre sottolineare l'originalità di questo approccio rispetto alla concezione classica del soggetto e del contratto. Il soggetto è preso in considerazione in relazione alla concreta situazione nella quale si trova²⁶⁵, all'effettiva possibilità di negoziare l'accordo e alle informazioni di cui dispone al fine di valutare le offerte concorrenti²⁶⁶.

Ne deriva che, benché la razionalità del soggetto sia sempre data per presupposta, la regolamentazione non è più unitaria: la categoria del soggetto si frammenta in relazione alla condizione dell'individuo sul mercato e ai problemi strutturali che si ritiene di dover risolvere, affinché il consumatore possa effettuare la migliore scelta possibile e, quindi, la più efficiente²⁶⁷. Il controllo sulle clausole vessatorie, invece, non è escluso che dalla effettiva negoziazione del contratto: in tale caso, si ritiene che l'asimmetria informativa non sussista e che il consumatore

²⁶² H. SCHULTE-NÖLKE, *No Market for 'Lemons': on the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, in *ERPL*, 2015, p. 210 ss.

²⁶³ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 967 ss.; R. ZIMMERMANN, *Contract Law Reform: The German Experience*, in *The Harmonisation of European Contract Law*, a cura di S. Vogenauer e S. Weatherill, Oxford-Portland, 2006, p. 83 ss.; H. SCHULTE-NÖLKE, *No Market for 'Lemons': on the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, cit., p. 209; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH e A. JOHNSTON, *The German Law of Contract*, Portland, 2^a ed., 2006, p. 167; M. SERIO, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 78.

²⁶⁴ T.M. WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 726-728; A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1489. M. COESTER-WALTJEN, *Party Autonomy and Consumer Protection*, cit., p. 172 afferma che «consumer protection law, thus, turned into “consumer law” as part of market oriented legislation.» La funzione della regolamentazione del mercato delle norme concernenti la protezione del consumatore è messa in evidenza da P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787 ss.

²⁶⁵ J. ROCHFELD, *Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in *Mélanges Viney*, Paris, 2008, p. 837-840; E. GABRIELLI, *I contraenti*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 113 ss.

²⁶⁶ M. COESTER-WALTJEN, *Party Autonomy and Consumer Protection*, cit., 173.

²⁶⁷ Sulle intersezioni fra diritto del consumo e diritto della concorrenza v. G. MONTI, *The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective*, in *ERCL*, 2007, p. 295 ss.; G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1337 ss.

abbia potuto effettuare una scelta pienamente razionale. La distanza teorica che separa tale norma e l'art. 1341, comma 2 c.c. è notevole: ciò che rende la clausola valida ed efficace non è più la prova del consenso, ma la negoziazione, considerata come garanzia dell'espressione di razionalità.

Tale approccio si è esteso a numerosi settori, in cui le situazioni potenzialmente squilibrate sono state regolate sulla base dello *status* dei contraenti. È il caso, ad esempio, dei contratti bancari e finanziari, dove la regolazione è differente in ragione della tipologia dei professionisti²⁶⁸, e dove viene introdotta la categoria del cliente²⁶⁹; delle pratiche commerciali scorrette dove viene introdotta la categoria della microimpresa²⁷⁰; dei contratti di viaggio il cui ambito di applicazione soggettiva è stato esteso ai viaggiatori²⁷¹.

Inoltre, questa logica non è rimasta confinata ad ambiti in cui la differenza fra le categorie dei contraenti è più evidente, ma è stata adottata anche nei rapporti fra imprese (*b2b*)²⁷². Nonostante le divisioni della dottrina sulla necessità di una protezione generalizzata dell'impresa debole e sull'opportunità di estendere anche a questa la protezione del consumatore o dispositivi analoghi²⁷³, sempre più norme

²⁶⁸ A. COURET e ALII, *Droit Financier*, Paris, 2^a ed. 2012, p. 94 ss.; F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *ODCC*, 2012, p. 10, 35 ss.; M. KRUIHOF e W. GERVEN, *A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID*, *Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07*, 8 giugno 2010, reperibile a ssrn.com/abstract=1622682.

²⁶⁹ V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *ERCL*, 2009, p. 314 ss.; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, Paris, 12^a ed., 2017, p. 343 ss.; S. PAGLIANTINI, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, p. 253 ss.

²⁷⁰ Cfr. l'art. 7 d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, su cui cfr. E. LABELLA, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 688 ss.; ID., *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 882 ss.

²⁷¹ Cfr. la direttiva 2015/2302/UE del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio, data.europa.eu/eli/dir/2015/2302/oj, attuata in Italia con il d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62. Sul tema cfr. A. FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1307 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1099 ss.

²⁷² V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, cit., p. 309 ss.

²⁷³ M. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, cit., p. 91 ss.; H.

mirano specificamente a correggere gli squilibri nei rapporti *b2b*²⁷⁴. Infatti, la realtà del commercio mostra che, anche in questi casi, degli squilibri fra i contraenti possono comportare delle distorsioni dell’allocazione che dovrebbe realizzarsi grazie al dispositivo concorrenziale e, quindi, giustificare l’intervento del giudice. Alcuni esempi testimoniano questa tendenza.

L’art. 4:109 dei Principi di diritto contrattuale europeo (PDEC) prevede la nullità di un accordo dal quale una parte tragga un profitto ingiusto o un vantaggio iniquo sfruttando una situazione di dipendenza, di bisogno o di necessità dell’altra parte. La situazione di dipendenza, di bisogno o di necessità integra l’asimmetria di potere tra i contraenti; il vantaggio eccessivo o l’abuso l’inefficienza del contratto.

Il Libro verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare fra imprese in Europa²⁷⁵ mette in evidenza la necessità di lottare contro le pratiche commerciali sleali nel mercato unico, in ragione della distorsione della concorrenza che queste potrebbero generare e della perdita di competitività nelle catene di fornitura alimentare. La debolezza di alcune parti rispetto alle altre ed i possibili abusi, realizzati attraverso alcune clausole contrattuali, fondano la necessità del controllo del contenuto contrattuale²⁷⁶. Questa intenzione è stata confermata da un recente comunicato stampa²⁷⁷, in cui la Commissione ha riaffermato di volere lottare contro le pratiche commerciali sleali

SCHULTE-NÖLKE, *No Market for ‘Lemons’: on the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, cit., p. 205 ss., che argomentano in favore di un controllo dello squilibrio anche nei contratti *b2b* e mettono in luce le differenti funzioni dell’intervento del giudice.

²⁷⁴ Questo conferma la tesi di di R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, p. 971, secondo cui le scelte normative europee guardano «più alla qualità della contrattazione che alla qualità del contraente».

²⁷⁵ Libro verde 31.1.2013 COM(2013) 37 final, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52013DC0037. Questo Libro verde era stato preceduto dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 5 luglio 2011 su un commercio al dettaglio più efficace e più equo [2010/2109(INI)], 5 luglio 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0307, e dall’Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia - «Insieme per una nuova crescita», COM(2011) 206 del 13 aprile 2011, eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52011DC0206.

²⁷⁶ La medesima preoccupazione circa lo squilibrio di potere contrattuale nella filiera agroalimentare e gli effetti negativi per la concorrenza che tale squilibrio può comportare è stata espressa dal *Conseil de la concurrence* francese (avis n° 08-A-07 du 7 mai 2008 relatif à l’organisation économique de la filière fruits et légumes, spéc. par. 43-44); R. TOMMASINI, *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, p. 96 ss.

²⁷⁷ Comunicato del 12 aprile 2018, reperibile a www.europa.eu/rapid/press-release_IP-18-2702_fr.htm.

al fine di proteggere i soggetti più deboli della catena, al quale ha fatto seguito l'approvazione della risoluzione del 12 marzo 2019²⁷⁸ e della direttiva in materia di pratiche commerciali sleali²⁷⁹.

La direttiva concernente la lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali²⁸⁰ può esserne considerata un ulteriore esempio. Anche se la direttiva non prevede esplicitamente una distinzione tra parti forti e deboli, mira a proteggere le piccole e medie imprese, alle quali dei contraenti economicamente più forti potrebbero imporre dei termini di pagamento eccessivamente dilazionati²⁸¹. In tale caso, si prevedono dei termini di pagamento fissi (art. 3) e un meccanismo volto a lottare contro le clausole ritenute abusive (art. 7).

Questo approccio della regolamentazione, imperniato sulle categorie di contraenti, non è rimasto confinato alle norme aventi una diretta origine comunitaria; al contrario, ha invece ispirato i legislatori nazionali e ha comportato l'adozione di norme che seguono, almeno parzialmente, la stessa razionalità a livello nazionale. In alcuni settori i legislatori hanno deciso di adottare dei dispositivi normativi volti ad inquadrare l'autonomia delle parti e a vietare determinate clausole, ritenute nocive. Due esempi, che concernono i contratti di distribuzione e subfornitura (e le situazioni di dipendenza economica che normalmente caratterizzano questi rapporti), possono aiutare a chiarire tali aspetti.

²⁷⁸ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 12 marzo 2019 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle pratiche commerciali sleali nelle relazioni fra imprese nella catena di fornitura alimentare (COM(2018)0173 – C8-0139/2018 – 2018/0082(COD)).

²⁷⁹ Direttiva 2019/633/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, su cui cfr. M. IMBRENDA, *Filiera agroalimentare e pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1133 ss.

²⁸⁰ Direttiva 2011/7/UE del 16 febbraio 2011 concernente la lotta contro il ritardo dei pagamenti nelle transazioni commerciali, data.europa.eu/eli/dir/2011/7/oj, che ha abrogato la direttiva 2000/35/CE du 29 juin 2000, data.europa.eu/eli/dir/2000/35/oj. L'art. 1, al. 1 di tale direttiva dichiara il proprio obiettivo: «le but de la présente directive est la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, en améliorant ainsi la compétitivité des entreprises et en particulier des PME.»

²⁸¹ V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, cit., p. 312-313.

In Francia la *loi de modernisation de l'économie* del 4 agosto 2008 ha modificato l'art. L. 442-6 c. comm.²⁸² ora ulteriormente modificato dall'art. 2, dell'*ordonnance*, 24 aprile 2019, n. 2019-359 (che ha approfondito e ulteriormente rinforzato il processo analizzato)²⁸³. Il comma 2 della versione antecedente all'ultima riforma di tale articolo disponeva la nullità di determinate clausole molto squilibrate²⁸⁴. Inoltre il comma 1, n. 2) prevedeva la responsabilità di colui che sottometta o tenti di sottomettere «un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties».²⁸⁵ Nonostante si disponesse espressamente, come sanzione, il risarcimento del danno causato, la giurisprudenza ha ritenuto che le clausole abusive potessero altresì essere dichiarate nulle o come non scritte²⁸⁶. La situazione di dipendenza e, quindi, di debolezza di un contraente rispetto all'altro era determinata attraverso la sottomissione o il tentativo di sottomissione²⁸⁷. Tale sottomissione, unita allo

²⁸² Sui rapporti di tale disposizione con il diritto del consumo v. R. SAINT-ESTEBEN, *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation*, in *RDC*, 2009, p. 1278 ss.

²⁸³ Su tali nuove regole cfr. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le nouveau déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2019, 4, p. 37 ss.

²⁸⁴ Tipizzazione oggi eliminata e sostituita con una clausola generale prevista all'art. dall'art. L. 442-1, comma 1, n. 1 *cod. comm.*, il quale dispone: «engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie».

²⁸⁵ Sanzione ora prevista dall'art. L. 442-1, comma 1, n. 2 *cod. comm.*

²⁸⁶ Tale sanzione è oggi esplicitamente prevista dal nuovo art. L. 442-4, comma 1 *cod. comm.* Antecedentemente all'ultima riforma tale soluzione era stata seguita da molte sentenze, fra cui: Cour d'appel de Paris 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2015/RC640EE8D60458E8A0AAC; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, in *RTD com.* 2013, p. 500, obs. M. Chagny; in *Contrats concurrence consommation* 2013, comm. 208, note N. Mathey; Cour d'appel de Paris 29 octobre 2014, n° 13/11059, in *D.* 2015, p. 943, obs. D. Ferrier; in *RTD com.* 2014, p. 785, chron. M. Chagny.

²⁸⁷ Circa i criteri per determinare la sottomissione v. Cass. com. 4 octobre 2016, n° 14-28013, *Carrefour c/ min. Éco*, *RDC* 2017, p. 81, comm. M. Behar-Touchais.

squilibrio²⁸⁸, comportava la possibilità di reputare come non scritta la clausola abusiva²⁸⁹.

Tale norma è stata oggetto di un'applicazione estensiva. È stata infatti applicata anche al di fuori del contesto per il quale era stata concepita: il suo campo di applicazione non è più limitato ai contratti della grande distribuzione²⁹⁰; inoltre, la nozione di «partenaire» adottata è ampia: la norma può essere applicata anche ad un singolo contratto, se la sua esecuzione è continuata nel tempo²⁹¹. Infine, accade in alcuni casi che i giudici presumano la sottomissione in ragione dello squilibrio, senza condurre un'analisi più approfondita²⁹².

²⁸⁸ Circa la definizione di squilibrio v. Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525, *Eurauchan c/ min. Éco*, in www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030324689; Cass. com., 29 septembre 2015, n° 13-25043; Cour d'Appel de Paris, 4 octobre 2017, n° 16/06674, in *RDC* 2017, 4, p. 53, comm. C. Grimaldi; Cour de cassation com. 25 janvier 2017, n° 15-23547, in *RDC* 2017, p. 470, comm. C. Grimaldi.

²⁸⁹ Sulle sanzioni previste dalla legge e le loro applicazioni v. D. FERRIER e N. FERRIER, *Droit de la distribution*, Paris, 8^a ed. 2017, p. 183 ss.

²⁹⁰ Trib. comm. Paris, 12 décembre 2013, n° 11/18274, in *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais.

²⁹¹ Oggi la nozione di *partenaire* è stata eliminata e le summenzionate sanzioni si applicano in relazione al contesto ed alla tipologia di contratto, così delimitata dall'art. L. 442-1, comma 1 *cod. comm.*: «... dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services...». Per la soluzione antecedente alla riforma cfr. avis CEPC, n° 15-01 du 22 janvier 2015. Per l'applicazione di tale disposizione a contratti che non coinvolgono dei *partenaires commerciaux stricto sensu*, v. Cour d'appel de Paris, 21 septembre 2016, n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10 mars 2016, n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04; Cour d'appel de Grenoble, 10 mai 2016, n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0; Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324 Cour d'appel de Nancy, 14 février 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7. *Contra*: Cour d'appel de Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800; Cour d'appel d'Orléans, 25 février 2016, n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5; Cour d'appel de Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2.

²⁹² *Contra* Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030653730, dove si afferma che occorre in concreto verificare l'assenza di potere di negoziazione del *partenaire* debole.

La *ratio* della norma consiste nel correggere un contratto che non costituisca il frutto di una negoziazione efficiente²⁹³: la protezione della parte debole²⁹⁴ è strettamente connessa a quella della concorrenzialità del mercato²⁹⁵. La regola è infatti situata in un capitolo intitolato «*pratiques restrictives de concurrence*». Inoltre, la dottrina ha affermato che lo squilibrio del contratto, derivante da un'asimmetria informativa o di potere contrattuale²⁹⁶, da un lato è causa di inefficienza; dall'altro, il moltiplicarsi di contratti squilibrati potrebbe intaccare la concorrenzialità del mercato²⁹⁷.

Una concezione analoga è espressa dall'art. 9 della legge italiana 18 giugno 1998, n. 192, che proibisce l'abuso di dipendenza economica e prevede la nullità dei patti tramite i quali si realizza tale abuso²⁹⁸. Tale regola, originariamente

²⁹³ I giudici prendono sovente in considerazione l'assenza di negoziazione al fine di infliggere la sanzione, v. per esempio Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, in *D.*, 2015, p. 1204, p. 2530, obs. N. Dorandeu.

²⁹⁴ D. BOSCO, *Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives : observations sur la question des « clauses abusives »*, in *L'influence e la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, a cura di C. Bloch, A. Cerati-Gauthier e V. Perruchot-Triboulet, Paris, 2018, p. 17. Sulla differenza tra l'approccio francese e tedesco v. S. GRUNDMANN e S.M. SCHÄFER, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *ERCL*, 2017, p. 467-468 n. 21.

²⁹⁵ Il legame intercorrente tra la protezione della parte debole e della concorrenza è stato messo in evidenza da tempo: A. PIROVANO, *Logique concurrentielle et logique contractuelle*, in *Les transformations de la régulation juridique*, a cura di J. Clam e G. Martin, Paris, 1998, p. 295; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 315; N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, p. 82-83; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Padova, 2018, p. 138 ss.; A. BIENAYMÉ, *L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence*, in *RIDE*, 1995, p. 378 ss. Risulta con chiarezza anche dall'analisi condotta in Trib. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017/050625, in *D. actualité*, 12 sept. 2019, note C.-S. Pinat.

²⁹⁶ Il fatto che si prenda in considerazione anche lo squilibrio di potere contrattuale è reso evidente dal fatto che si possano sanzionare anche le clausole relative al prezzo, v. Cass. com. 25 janvier 2017, n° 15-23.547, in *JCP G* 2017, p 255, obs. M. Behar-Touchais.

²⁹⁷ Trib. Com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, in *RTD com.* 2015, p 483 note M. Chagny, dove si afferma che l'art. 442-6 *code comm.* che vieta le clausole che creino uno squilibrio significativo è una *loi de police* «nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays». Cfr. anche O. DESHAYES, TH. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article* Paris, 2016, p. 300 ss.

²⁹⁸ S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Equilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 455 ss.; PH. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2007; G. AGRIFOGLIO, *Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)*, cit., p. 1347 ss.; R. CASO, *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale*, Trento, 2012, disponibile a eprints.biblio.unin.it/4171/1/Caso_Abuso.pdf; R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004; C. ALVISI, *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002, p. 69-77; A. BARBA, *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018, p. 16 ss.; G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 68 ss. *Contra* M.R. MAUGERI,

limitata ai contratti di subfornitura, è stata in seguito applicata dalla giurisprudenza in altri settori, in virtù del fatto che essa sarebbe espressione del principio generale di buona fede e di divieto di abuso del diritto²⁹⁹.

Tali norme introducono un controllo del contratto e delle sue clausole che, in ragione della relazione di dipendenza di un contraente rispetto all'altro (e dunque dell'asimmetria informativa e di potere contrattuale), non costituiscono un equilibrio efficiente fra i diritti e le obbligazioni delle parti³⁰⁰.

Infine, occorre sottolineare che queste norme non si riducono a dei microsistemi autonomi³⁰¹ e chiaramente distinti dal sistema principale³⁰². Dato che esse concernono direttamente le categorie fondanti del diritto dei contratti e i rapporti tra di esse, queste regole mettono in discussione le basi del sistema e la loro razionalità. Ne è prova la loro *vis* espansiva: pur essendo originariamente applicabili solamente ad alcuni contraenti e ad alcuni settori, hanno una tendenza ad essere impiegate in casi, teoricamente esterni al loro campo di utilizzazione, che presentano tuttavia problematiche simili. Tale applicazione estensiva viene fatta in relazione ad un problema generale che si considera strutturalmente analogo - una situazione di squilibrio fra le parti dalla quale deriva un contratto inefficiente - e ad uno scopo unitario: la repressione di contratti o clausole che si ritiene siano nocive per l'ordine sociale ed economico.

Un criterio determinante sulla base del quale è effettuata tale categorizzazione è la qualità dei contraenti³⁰³: di conseguenza, l'unità del soggetto di diritto si frantuma, lasciando posto alle considerazioni dettate dalla realtà dei

Abuso di dipendenza economica e autonomia privata, Milano, 2003, p. 141-145, che ritiene che la matrice della norma in questione sia di stampo protezionistico e dirigistico.

²⁹⁹ Cass., sez. un., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 298 ss., con nota di V.C. Romano; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88; R. CATERINA, *Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2017, p. 202.

³⁰⁰ M. BARCELONA, *Della causa*, Padova, 2015, p. 578-580.

³⁰¹ R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 968 argomenta sulla «unicità dei modelli» di diritto europeo.

³⁰² Come nel caso delle norme concernenti il contratto di lavoro o di locazione. V. anche N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence, 2002, p. 538-540.

³⁰³ Sul tema v. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, Paris, 2002.

rapporti mercantili e degli obiettivi che la regolazione persegue. Tuttavia, visto che l'approccio alla regolazione del contratto che era il fondamento della *reductio ad unum* del soggetto, era altresì il presupposto dell'unità del consenso e del contratto, il cambiamento di tale approccio e la frammentazione del soggetto comportano ugualmente la frammentazione della concezione unitaria del contratto.

1.11 Le ulteriori ripercussioni sulla teoria del contratto: la governamentalità ordoliberal

Una volta abbandonati i postulati della naturalità del mercato e dell'uguaglianza astratta del soggetto viene altresì messo in discussione il concetto unitario del contratto, nonché il presupposto per cui questo è sempre il frutto dell'autonomia delle parti e quindi espressione di razionalità.

Ne sono un esempio le specifiche regolamentazioni in relazione alla categoria dei contraenti: le distinzioni relative allo statuto del soggetto implicano altrettante frammentazioni in relazione alla disciplina del contratto. Tale frammentazione emerge anche dal linguaggio giuridico, nel quale penetrano le nozioni di contratto del consumatore e contratti conclusi da un'impresa debole. La dottrina ha creato numerose definizioni, che si basano sull'idea che il contratto non sia più uno solo e, quindi, che la categoria unitaria del contratto non esista più³⁰⁴. Ad esempio, le nozioni di «secondo contratto», «terzo contratto»³⁰⁵ e «contratto asimmetrico»³⁰⁶, volte a comprendere queste trasformazioni, sono divenute comuni

³⁰⁴ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 151; R. SAVATIER, *Le droit et l'accélération de l'histoire*, in *D.*, 1951, p. 16 ss. ha parlato de «l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat».

³⁰⁵ V. G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato*, Milano, 2006; R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2015; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

³⁰⁶ V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, cit., p. 304 ss.; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; ID., *Il contratto del duemila*, cit., p. 65 ss.; A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 370 ss.

ed ha avuto luogo un vivace dibattito concernente gli elementi e le *rationes* di queste distinzioni³⁰⁷. Si inseriscono nello stesso solco le regolamentazioni di contratti specifici, che stabiliscono numerosi limiti circa il contenuto dell'accordo e mirano ad eliminare i possibili abusi derivanti da situazioni strutturalmente squilibrate³⁰⁸.

Inoltre, tale razionalità conduce ad una regolamentazione del contratto frammentata non solamente sulla base dello *status* delle parti, ma anche sulla base della categoria del contratto. In tali casi non sono le qualità dei contraenti che rilevano, ma le condizioni in cui è stato concluso l'accordo e, più specificamente, la negoziazione³⁰⁹: facciamo riferimento alle norme che prevedono una regolazione dei contratti in serie o delle condizioni generali. Ne sono degli esempi i testi di *soft law*, che prevedono delle regole specifiche volte a lottare contro le clausole vessatorie nei contratti in serie. È il caso, come noto, dell'art. 4:110 PDEC o degli articoli II. – 9:404 e 9:405 *Draft Common Frame of Reference*.

Tuttavia, in questa sede si vuole attirare l'attenzione sul fatto che questa razionalità non è rimasta confinata al diritto comunitario ed ai cosiddetti «diritti

³⁰⁷ G. VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *ERCL*, 2013, p. 221 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.; S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 414 ss.; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 986 ss.

³⁰⁸ Si potrebbe menzionare il regolamento (CEE) n° 4087/88 del 30 novembre 1988, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, data.europa.eu/eli/reg/1988/4087/oj, ora abrogato, e la direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, data.europa.eu/eli/dir/1986/653/oj. Queste disposizioni non sono una semplice regolamentazione di alcuni contratti speciali, ma tendono all'autonomia, alla creazione di sistemi indipendenti che prendono in considerazione le caratteristiche di tali rapporti economici e vi apportano delle soluzioni. V. anche V. ROPPO, *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, cit., p. 329 ss.

³⁰⁹ L'importanza della negoziazione è messa in evidenza dalle definizioni e le conseguenti differenze di regolamentazione che derivano dall'art. 7 della proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (DCEV). Sui problemi di inefficienza relative ai *contrats d'adhésions* v. J. KLICK, *The Microfoundations of Standard Form Contracts: Price Discrimination vs. Behavioural Bias*, in *Florida State University Law Review*, 2005, p. 555 ss.; A.N. HATZIS, *An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts*, in *Standard Contract Terms in Europe*, a cura di H. Collins, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 43 ss.

settoriali», ma che essa penetra nel diritto comune dei contratti³¹⁰, stravolgendo la struttura unitaria sulla quale esso si fondava. Menzioniamo qui due esempi che testimoniano tale processo. Il primo, che segue un criterio misto (allo stesso tempo soggettivo e oggettivo), si pone a monte degli sviluppi europei: concerne la regolamentazione delle clausole abusive nel contratto d'adesione in Germania, che ha in seguito influenzato la direttiva 93/13/CEE³¹¹. Il secondo concerne la recente introduzione dell'art. 1171 nel codice civile francese.

Alla base delle riflessioni che hanno portato all'adozione della regolamentazione tedesca vi è l'aver preso in considerazione la trasformazione della realtà delle relazioni commerciali e la diffusione dei contratti non negoziati³¹². La legge 9 dicembre 1976 (*AGB-Gesetz*), infatti, si inserisce in un solco giurisprudenziale che aveva utilizzato il § 138 *BGB* (nullità per violazione del buon costume), il § 242 *BGB* (clausola generale di buona fede) e il § 315 (carattere necessariamente equo di un termine essenziale determinato unilateralmente da una delle parti e, in caso di violazione, determinazione equitativa del giudice) al fine di sanzionare clausole estremamente squilibrate³¹³. Questa legge approfondisce tale processo e conferisce uno statuto autonomo e generale al controllo delle clausole abusive. I dubbi concernenti i criteri da adottare al fine di delimitare il campo della regolamentazione hanno portato ad un compromesso che prende in considerazione un criterio oggettivo (le condizioni generali) ed un criterio soggettivo (fondato sulle qualità dei contraenti). In particolare, il controllo concernente le clausole abusive è

³¹⁰ Si è affermato che il diritto interno deve essere interpretato alla luce del diritto europeo, v. M. FRANZONI, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 886 ss. Circa l'influenza del diritto del consumo e della concorrenza sul diritto generale v. M. CHAGNY, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, in *RDC*, 2004, p. 861 ss.; J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, 1994, p. 239 ss.; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, 2000.

³¹¹ C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 20.

³¹² SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH e A. JOHNSTON, *The German Law*, cit., p. 164 ss.; D. VON BREITENSTEIN, *Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales*, in *Gaz. Pal.*, 1978, 1, p. 110.

³¹³ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, cit., p. 164; D. VON BREITENSTEIN, *Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales*, p. 110; E. VON CAEMMERER, *Standard Contract Provisions and Standard Form Contracts in German Law*, in *Victoria University Wellington Law Review*, 1975, p. 240 ss.

previsto per tutti i contratti in serie (quindi, anche per quelli conclusi da professionisti); al contrario, le norme che stabiliscono presunzioni di invalidità sono limitate ai consumatori.

Al momento della riforma del *BGB* (entrata in vigore nel 2002), tale regolamentazione è stata introdotta nel codice ai §§ 305-310³¹⁴. La disposizione fondamentale, concernente le clausole abusive, è prevista dal § 307, che prevede l'inefficacia delle clausole inserite nelle condizioni generali che, contrariamente alla buona fede, comportano uno svantaggio eccessivo per il contraente che non le ha predisposte. Tale protezione non è quindi limitata ai consumatori, ma si applica a tutti i contratti: le condizioni di applicazione sono la mancanza di negoziazione dei termini dell'accordo e il fatto che il contratto sia destinato ad essere utilizzato in più di un rapporto (almeno tre)³¹⁵.

La dottrina è divisa circa la razionalità della norma: in un primo momento, si attirava l'attenzione soprattutto sullo squilibrio che caratterizza le relazioni governate tramite condizioni generali. In seguito, è stata invece soprattutto messa in evidenza l'efficienza dell'utilizzazione delle condizioni generali, che si ritiene eliminino i *transaction costs* connessi nella negoziazione; di conseguenza si rende necessario espungere le clausole più nocive per la parte che le ha accettate al fine di proteggere il mercato³¹⁶. In generale, l'obiettivo è correggere le clausole che non sono solamente dannose per la parte più debole, ma anche inefficienti e che potrebbero falsare la concorrenzialità del mercato³¹⁷.

³¹⁴ Sulle applicazioni di queste norme v. T. NAUDE e CH. KOEP, *Factors Relevant to the Assessment of the Unfairness or Unreasonableness of Contract Terms: Some Guidance from the German Law on Standard Contract Terms*, in *Stellenbosch Law Review*, 2015, p. 87 ss.; M.R. MAUGERI, *Il controllo delle clausole abusive nei contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 ss. Sul contratto di massa in Germania cfr. A. SOMMA, *L'impiego della espressione « contratto di massa » nell'esperienza giuridica tedesca con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza meno recenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 147 ss., spec. p. 155 ss.

³¹⁵ SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, cit., p. 171. Sull'evoluzione della disciplina delle clausole abusive in Germania cfr. G. MÄSCH, *Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand*, in *RDC*, 2019, 2, p. 119 ss.

³¹⁶ Su queste argomentazioni teoriche cfr. SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH et A. JOHNSTON, *The German Law*, cit., p. 165-166.

³¹⁷ D. COESTER-WALTJEN, *Consumer Protection and General Business Terms*, cit., p. 161; W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, cit., p. 281. Sull'inefficienza delle clausole squilibrate e la necessità di eliminarle v. PH. H. CLARKE, *Curbing the Abuse of a Dominant Position*

Il secondo esempio proposto è, invece, il prodotto di una riforma molto recente e mostra la crescente influenza del diritto del consumo e del diritto della concorrenza sul diritto comune dei contratti. Queste influenze si sono in un primo momento espresse nelle applicazioni giurisprudenziali di alcune regole³¹⁸; in seguito, sono direttamente penetrate nella legislazione: è questo il caso del nuovo art. 1171 c.c. francese (di cui si dirà ampiamente in seguito³¹⁹, analizzando più approfonditamente il contenuto della norma e la sua funzione nel contesto della riforma).

La riforma del *Code napoléonien* ha introdotto la categoria del *contrat d'adhésion*. Questa nozione, dapprima elaborata dalla dottrina³²⁰, non aveva trovato riconoscimento fino all'*Ordonnance* del 2016³²¹. L'importanza di tale innovazione è stata chiaramente percepita dalla dottrina che, prima della riforma, si chiedeva se ci fosse ancora, in Francia, un diritto comune dei contratti³²² e, dopo la riforma, ha affermato che essa è portatrice di una «philosophie générale»³²³ e che, oramai, non c'è più un solo contratto, ma due³²⁴.

Il *contrat d'adhésion* è definito come : «celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties»³²⁵. Ai *contrats d'adhésion* si applica l'art. 1171 *Code civil*, che stabilisce che: «dans un

Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparison, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di L. Siliquini-Cinelli e A. Hutchison, Cham, 2017, p. 191 ss.

³¹⁸ CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, 2009, p. 317 ss.

³¹⁹ Cfr. par. 5.10.

³²⁰ L'espressione è stata inventata da R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901; su tale nozione in una prospettiva storica cfr. F. CHENEDE, *Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion*, in *RDC* 2012, 1^{re} partie p. 241 ss.; 2^e partie p. 1017 ss.

³²¹ La nozione di *contrat d'adhésion* deriva dalle trasformazioni economiche e sociali dovute alla società industrializzata ed alla consumazione di massa, v. PH. MALAURIE, L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 224.

³²² Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?*, in *RDC*, 2015, p. 616 ss.

³²³ T. REVET, *Une philosophie générale ?*, in *RDC*, 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 5 ss.

³²⁴ Ossia il *contrat de gré à gré* e il *contrat d'adhésion*.

³²⁵ Quella presentata nel testo è la versione applicabile ai contratti conclusi a partire dall'1 ottobre 2018. La versione in vigore per i contratti conclusi dall'1 ottobre 2016 all'1 ottobre 2018 è la seguente: «le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.».

contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation».

Queste regole sono state oggetto di un vivo dibattito concernente la loro opportunità, il loro campo di applicazione, la loro finalità e il loro rapporto³²⁶. Per quanto ci interessa in questa sede, occorre segnalare alcuni aspetti: in primo luogo, la loro fonte di ispirazione; in seguito, la razionalità di cui sono portatrici; infine, i loro effetti sulla regolamentazione del contratto.

Circa le fonti di ispirazione, esse possono essere ricondotte agli artt. L. 212-1 *code cons.* e L. 442-6 *code comm.*³²⁷. In ragione della sanzione prevista e del campo di applicazione, che esclude le clausole concernenti il prezzo e l'oggetto principale, è ragionevole affermare che l'influenza del *Code de la consommation* abbia prevalso³²⁸. Tuttavia, a prescindere dalla fonte principale, occorre sottolineare che le due regole hanno come finalità (diretta o indiretta) la protezione della concorrenzialità del mercato. In altri termini, il contenuto del contratto è controllato

³²⁶ M. CHAGNY, *La généralisation des clauses abusives*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, a cura di Ph. Stoffel-Munck, Paris, 2015, p. 47 ss.; PH. STOFFEL-MUNCK, *Clauses abusives : on attendait Grouchy...*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, p. 56; N. DISSAUX, *Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, p. 53; J. JÉRÔME, *Une source d'échec : les clauses abusives entre droit de la consommation et droit commun des contrats*, in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, a cura di G. Lardeux, A. Sériaux e V. Égéa, Aix-en-Provence, 2017, p. 95 ss.; T. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *D.* 2018, p. 124 ss.; N. BLANC, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *RDC*, 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, p. 20 ss.

³²⁷ D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, in *RDC*, 2016, p. 359 ss. Sul rapporto fra l'art. 1171 *Code civil* e i «diritti settoriali» cfr. M. CHAGNY, *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats*, in *RTD com.*, 2016, p. 451 ss.; X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du Code civil*, in *D.*, 2016, p. 2174 ss.

³²⁸ Come afferma anche il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016*, sous-section 3: «les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives»; M. CHAGNY, *La généralisation des clauses abusives*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, cit., p. 49 ss.; X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du Code civil*, cit., p. 2174.

tramite una «*police des clauses*»³²⁹, volta a eliminare dall'accordo quelle clausole che creano uno squilibrio significativo.

Il legislatore ha preso coscienza dell'inadeguatezza, rispetto alla pratica concreta, del modello regolamentare classico, secondo cui il contenuto del contratto sarebbe il prodotto del consenso libero e informato, dunque espressione di razionalità: questo presupposto non può operare allorché il contratto è imposto da una delle parti. Oramai, è la negoziazione l'elemento che garantisce che il soggetto abbia non solamente preso conoscenza, ma anche determinato attivamente il contenuto del contratto. Allorché ciò non è accaduto, l'intervento del giudice è giustificato, al fine di correggere le distorsioni dell'accordo dovute alle asimmetrie che caratterizzano la relazione tra le parti.

La razionalità e gli obiettivi perseguiti tramite i «diritti settoriali» si riverberano e penetrano nel diritto generale, trasmettendogli (almeno parzialmente) la propria logica. Se i «diritti settoriali» continuano, evidentemente, ad innestarsi sul diritto generale dei contratti, quest'ultimo ne è a sua volta influenzato. Ne deriva che le influenze di questa nuova modalità di concepire la regolamentazione e le sue finalità penetrano non solamente tramite regole provenienti dall'Ue, ma anche tramite l'incidenza che queste regole hanno sui sistemi giuridici nazionali e sulla loro applicazione. Tale influenza, come si dirà, è stata determinante nelle applicazioni contemporanee di causa e meritevolezza³³⁰.

Ormai, la fine della concezione del mercato come ordine spontaneo e del consenso come espressione di razionalità si riflette anche nella regolamentazione dei contratti di diritto generale. Il criterio di categorizzazione adottato è differente: non è più la qualità di un contraente, ma l'effettiva negoziazione del contratto che prevale. Il fondamento teorico, invece, è, lo stesso: in alcuni casi, nonostante il consenso non viziato e il rispetto dell'ordine pubblico, il contenuto del contratto

³²⁹ M. MEKKI, *Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle* (C. civ., art. 1170), in *JCP – Notariale et Immobilière*, 18 novembre 2016, p. 5 ss.; inoltre l'art. 442-6 *code de commerce* è stato definito una «*police des marchés*», v. X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du Code civil*, cit., p. 2174 ss.

³³⁰ Cfr. par. 5.13, 6.4.

deve essere sottoposto al controllo del giudice, affinché questi possa verificarne l'equilibrio e la razionalità dell'impegno³³¹.

1.12 Le conseguenze sul controllo del contratto ed il nuovo ruolo del giudice

La nuova concezione del soggetto e del mercato implica un approccio differente alla regolamentazione. L'analisi effettuata permette di inquadrare le trasformazioni che hanno radicalmente modificato il diritto contemporaneo dei contratti in una nuova prospettiva, grazie alla quale le radici e le razionalità di queste mutazioni sono evidenziate. L'esame delle mutazioni nella concezione del mercato, del soggetto e del contratto consente di mettere in luce le logiche che danno forma a questa evoluzione e di sottolineare le discontinuità nei processi di trasformazione del diritto europeo dei contratti, evitando le incomprensioni che caratterizzano sovente le analisi del rapporto tra legge e volontà.

L'esame delle radici profonde e delle logiche che determinano questa crisi è tanto più necessario al fine di cogliere i punti focali di una legislazione che diventa sempre più disordinata e di una giurisprudenza variegata e stratificata³³², la cui importanza è sempre più rilevante³³³, ed è fondamentale per comprendere l'evoluzione delle applicazioni della causa e della meritevolezza e della funzione del controllo. Esaminare queste mutazioni attraverso la prospettiva di nozioni fondamentali permette da un lato di cogliere il processo generale, dall'altro di sviluppare una griglia d'analisi che può essere applicata a regole specifiche. Questa analisi critica è altresì fondamentale al fine di discernere le caratteristiche connesse alla *path dependence* che contraddistinguono l'implementazione e l'applicazione

³³¹ F. ROUVIÈRE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 600; U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 16-17; R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1378 ss.

³³² N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

³³³ TH. REVET, *La légisprudence*, in *Mélanges Ph. Malaurie*, Paris, 2005, p. 377 ss.; L. AYNÈS, *Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?*, in *RDC*, 2016, *hors-série Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 14 ss.

di queste norme al livello nazionale³³⁴, che aggiunge un'ulteriore complessità a questo quadro multilivello.

La «crisi» del diritto dei contratti classico è stata ed è talmente profonda che ha implicato che fossero rimesse in discussione le categorie centrali del diritto delle obbligazioni moderno, la cui elaborazione era stata fondamentale per l'affermazione e la consacrazione della società borghese e di un'economia incentrata sulla produzione e lo scambio. Queste due nozioni (che si riflettevano su tutta la disciplina del contratto e dunque anche sulla causa), così come consacrate nell'elaborazione teorica erano divenute dogmi, espressioni della nuova concezione dell'essere umano portata dalla Rivoluzione francese e dal liberismo, e sono rimaste saldamente alla base del diritto dei contratti anche quando il loro carattere astratto diveniva sempre più evidente. Resistenza e permanenza dimostrate dalla regolazione delle clausole vessatorie nel codice civile italiano, che per ragioni temporali si confronta con un contesto economico differente da quello del XIX secolo: la risposta giuridica, nonostante la coscienza delle nuove esigenze, si iscrive nella tradizione, limitandosi a pretendere una prova rinforzata della volontà.

Tale prospettiva è cambiata quando una nuova razionalità ha scosso il quadro teorico sul quale esse erano stati costruite. Una nuova concezione del mercato e delle interazioni contrattuali fra i soggetti, così come le esigenze concernenti la costruzione e lo sviluppo del mercato unico e le limitazioni alla competenza normativa dell'UE nel settore sono portatori di una nuova concezione della regolazione, non più volta alla costruzione di un sistema, ma fondata sull'obiettivo da raggiungere. L'unità del sistema, che derivava da un approccio formale e

³³⁴ G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or how Unifying Law Ends up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 1998, p. 11 ss.; K. O' REILLY, *Achieving the Uniform Application of European Private Law*, in *ERPL* 2015, p. 1035 ss.; SIR B. MARKESINIS, H. UNBERATH e A. JOHNSTON, *The German Law*, cit., p. 168; G. DE CRISTOFARO, *After Implementing Directive 2011/83/EU in the Member States: Are the National Provisions on Consumer Contracts Really Harmonised? Some Critical Remarks*, in *EuCML*, 2014, p. 217 ss.; P. NEBBIA, *Unfair Contract Terms*, cit., p. 165 ss.; B. VAN LEEUWEN, *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law*, Oxford, 2017, p. 12-15; H.-W. MICKLITZ, H.-W. MICKLITZ, *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, cit., p. 100-109; E. HONDIUS, *Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law*, in *ERPL*, 2016, p. 457 ss.

dogmatico, basato su categorie fondanti, deve oggi essere invece ricercata nell'identità dell'obiettivo perseguito.

Questo approccio funzionale, limitato in un primo momento alle norme di «diritto settoriale», ha una tendenza espansiva. Innanzitutto, attraverso l'allargamento del campo di applicazione di queste regole, grazie ad una loro applicazione estensiva; in seguito, tramite l'influenza che queste norme hanno sull'interpretazione del diritto generale; infine, attraverso l'ispirazione che supporta le riforme dei sistemi giuridici nazionali. Questa espansione continua è dovuta al fatto che queste norme non costituiscono dei microsistemi; al contrario, rimettono in questione il rapporto tra la legge, il soggetto di diritto e l'autonomia delle parti, ossia il cuore del diritto dei contratti, e si riflettono anche nelle applicazioni del giudizio sulla causa e sulla meritevolezza. Questo nuovo approccio potrebbe estendersi ad innumerevoli situazioni; teoricamente, ad ogni relazione contrattuale che appaia affetta da *market failures* che non permettono ai contraenti di concludere il contratto più efficiente.

È stato sostenuto che queste norme proteggono l'autonomia della volontà, perché proteggono un consenso veramente libero ed informato³³⁵: la formula, nonostante sia corretta, ci pare riduttiva rispetto all'intensità ed alla *ratio* di questi interventi. Infatti, non si tratta solamente, tramite il dovere di informazione, di rendere informate le parti; si tratta invece di effettuare, nei casi identificati come patologici, un intervento che modelli il contenuto del contratto³³⁶ secondo il paradigma che il legislatore si prefigura come corretto.

Si evidenzia infine che queste trasformazioni necessitano di un notevole sistema di rimedi e sanzioni, il che implica un ruolo sempre più importante del giudice³³⁷: è da molto tempo ormai che il giudice non è più - sempre che lo sia mai

³³⁵ PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET e M. MEKKI, *Droit des obligations*, cit., p. 89-90; sull'importanza della lucidità del consenso v. N. RZEPECKI, *Droit de la consommation*, cit., p. 569.

³³⁶ M. COESTER-WALTJEN, *Consumer Protection and General Business Terms*, cit., p. 173 afferma: «we should not forget that the EU provides us with normative expectations and guidelines as to how we have to play this role – namely as individuals who make use of available information and who responsibly care for and protect their own interests.» V. anche G. ROUHETTE, dans *Études offertes à René Rodière*, p. 257-258.

³³⁷ U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, cit., p. 23.

stato - soltanto la *bouche de la loi*; tuttavia, questo approccio comporta un interventismo giudiziario senza precedenti, che porta a riconsiderare la teoria delle fonti del diritto e il rapporto tra i contraenti e l'autorità giudiziaria³³⁸.

In quest'ottica muta anche la funzione delle corti: il giudice assume una sempre maggiore rilevanza, proprio perché questi si trova ad applicare a situazioni concrete, che presentano specificità individuali, regole finalizzate a mantenere l'ordine concorrenziale. In questa maniera è possibile spiegare il ricorso sempre più frequente, specie nelle produzioni di regole transnazionali, a clausole aperte, che facciano riferimento alla buona fede, alla correttezza, e che lascino sempre più spazio alle corti per individuare le regole da applicare alla lite. Alcune di queste corti, come i tribunali arbitrali (esemplare è il caso della *Chambre de Commerce Internationale*), sono composte da pratici del diritto, che hanno lavorato a stretto contatto con l'ambiente dei traffici economici e del quale sanno interpretare la razionalità e le necessità, e quindi dare contenuto ed interpretazione *business-minded* alle clausole generali. Letti in quest'ottica le clausole generali, nonché i controlli sul contenuto del contratto, non costituiscono elementi soggettivi riconducibili alla sfera etico-morale, ma permettono di mantenere la necessaria elasticità di giudizio, in un'ottica commercial-impresoriale.

1.13 Le tensioni immanenti ai diversi livelli di regolamentazione e gli effetti di *path dependence*

Come si è visto dall'inquadramento teorico qui proposto delle trasformazioni del diritto contrattuale contemporaneo, il percorso evolutivo non è certo univoco e lineare, ma procede in maniera frastagliata, facendo emergere contraddizioni e contrasti tra i vari livelli di *governance* ed anche all'interno degli stessi, laddove diverse concezioni di politica del diritto si fronteggiano. Al tempo stesso, a volte razionalità differenti vengono mobilitate al fine di giungere ad una medesima

³³⁸ In relazione alla riforma del *Code napoléonien* v. F. ROUVIERE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 601.

decisione ed operano quindi non in contraddizione, ma in maniera complementare. A volte una di queste razionalità funge semplicemente quale ragione giustificatrice, altre invece influiscono tutte sul merito della decisione, così modificando la concezione stessa delle norme e innervandole di nuove funzioni.

La ricchezza di tali percorsi emerge pienamente non solo tramite un'analisi storica, ma anche tramite l'analisi della giurisprudenza formatasi in una determinata materia, come nel caso della causa e della meritevolezza. Evidenziare tali contrasti è necessario affinché un'interpretazione monolitica ed unificante delle disposizioni e delle loro applicazioni non ne falsi l'analisi, occultandone le specificità. Ciò permette altresì di evidenziare le discontinuità e le applicazioni di norme la cui funzione di politica del diritto viene implementata in maniera differente a seconda del contesto e dell'autorità che le applica.

È noto che l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni non sia univoca e universalmente data, ma che dipenda da innumerevoli fattori, tra cui anche il contesto culturale e socio-politico e la formazione di colui che deve effettivamente interpretare ed applicare quelle disposizioni: in tale chiave, si possono meglio interpretare le divergenti interpretazioni ed applicazioni delle norme europee, o di clausole generali ricorrenti in vari ordinamenti e che hanno ricevuto una notevole attenzione da parte della dottrina, sia a livello europeo, sia transnazionale. Come ha dimostrato R. Sacco l'applicazione di disposizioni diverse può condurre a regole analoghe, mentre l'applicazione di disposizioni analoghe può condurre a regole differenti³³⁹.

Tale aspetto è ancor più decisivo se si riflette sull'interpretazione delle regole europee nei singoli Stati e quale chiave di lettura sia stata data alla politica del diritto di cui esse sono portatrici. Nell'interpretazione del diritto UE, infatti, si può chiaramente notare che i giuristi utilizzano il proprio *background* culturale, così portando a divergenze nell'interpretazione di regole aventi la medesima matrice. Ad esempio, è evidente l'influenza della costituzionalizzazione del diritto

³³⁹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I)*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1991, p. 21 ss.

privato sull'interpretazione dei contenuti e delle modalità applicative dei diritti fondamentali stabiliti dai Trattati³⁴⁰.

Le disposizioni provenienti da plurimi livelli normativi, tra cui anche le norme di matrice europea, non si inseriscono come un monolite nei sistemi nazionali, ma la loro ricezione ed implementazione dipende dalla cultura giuridica, dalle istituzioni e dai sistemi economici su cui si innestano. Inoltre, sono gli ordinamenti stessi a modificarsi sulla base di questi processi integrati, anche in ragione di quel processo indicato come competizione fra ordinamenti³⁴¹. Ne consegue che l'analisi del quadro giuridico attuale, complesso e multilivello, non può prescindere dall'analizzare i fenomeni anche nell'ottica della *path dependence*³⁴² che caratterizza i processi di ricezione ed integrazione delle norme sovranazionali e transnazionali.

Per questa ragione si è ritenuto opportuno dare conto dei percorsi dello sviluppo del sistema italiano e di quello francese, oltre che di quello europeo e transnazionale, al fine di comprendere attraverso quali filtri la normativa europea e transnazionale sia stata letta ed implementata. Da questo punto di vista, e lo si vedrà più specificamente nell'analisi della causa e delle decisioni giurisprudenziali che la hanno applicata, la costituzionalizzazione del diritto privato italiano gioca

³⁴⁰ Ad esempio, N. LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 759 ss. interpreta lo sviluppo dell'Ue e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nel senso di tutelare i valori fondamentali della persona umana ben oltre i limiti del diritto della concorrenza, abbandonando quindi un'interpretazione di stampo economicistico. Sul punto v. anche P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 247; F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 287 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, p. 1636.

³⁴¹ Sul tema della competizione fra ordinamenti la bibliografia è estremamente vasta, per un inquadramento del tema cfr. G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 345 ss.; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, cit., p. 220 ss.; ID., *Problemi e questioni sull'armonizzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 385 ss.; A. NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione fra ordinamenti giuridici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 83; F. MEZZANOTTE, *Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione*, in *Pers. e mercato*, 2019, p. 31 ss.

³⁴² Per un inquadramento del tema, sul quale si è formata una bibliografia ricchissima, si vedano P.A. HALL e D. SOSKICE (a cura di), *Varieties of Capitalism*, Oxford, 2001; R. WESTRA, D. BADEEN e R. ALBRITTON (a cura di), *The Future of Capitalism after the Financial Crisis*, London-New York, 2015; M.P. ARSENAULT, *The Effects of Political Institutions on Varieties of Capitalism*, Cham, 2017, *passim.*; S.E. PAGE, *Path Dependence*, in *Quarterly Journal of Political Science*, 2006, p. 87 ss.

sicuramente un ruolo importante, non solo in quanto fonte di legittimazione dell'intervento giudiziale sul contratto, ma anche e soprattutto quale fonte di valori e criteri direttivi che si pongono in maniera almeno parzialmente antagonista rispetto a quelli del mercato concorrenziale dell'UE³⁴³.

Ne consegue che, nell'applicazione delle clausole generali, che consentono una grande libertà all'interprete, tali sistemi di valori possano portare a decisioni confliggenti: sono infatti teleologicamente orientati al raggiungimento di fini differenti. Si è messo in evidenza quali sono le ragioni che hanno portato entrambi i fenomeni - la costituzionalizzazione del diritto privato italiano e lo sviluppo del diritto europeo - a conferire una sempre crescente importanza all'intervento giudiziale sul contratto ed alle clausole generali, a quali *rationes* rispondesse la loro adozione ed il loro utilizzo.

Si è altresì messo in evidenza come queste *rationes* possano essere confliggenti e quindi come, anche attraverso tali norme, si possa giungere a decisioni differenti, anche in ragione del fatto che la lettura del sistema dipende dal *background* del giurista che lo esamina³⁴⁴. In tale senso, è chiara l'influenza della costituzionalizzazione del diritto privato nel modo che il giurista italiano ha nell'interpretare il diritto UE, specie in ragione della grande rilevanza che lo stesso pone sui diritti fondamentali³⁴⁵, piuttosto che sulla logica della costruzione del mercato concorrenziale³⁴⁶, così da tingere con una prospettiva social-solidaristica istituti che, in altri contesti ed ordinamenti, sono invece letti nella loro natura neoliberista³⁴⁷.

³⁴³ Su rapporto tra *welfare* e Trattati Ue cfr. L. AMMANNATI, *Il rapporto tra concorrenza e welfare di fronte alla crisi e dopo il "Fiscal Compact"*, in *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli, 2013, p. 5 ss.

³⁴⁴ R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 426 afferma: «la linguistica e l'ermeneutica, parlando con l'autorità incontestata che compete loro sui temi della lingua e della umana reciproca comprensione, ammoniscono il giurista e gli dicono che il significato del testo legale non abita nel testo, ma abita nella mente dell'interprete.»

³⁴⁵ Si veda, con specifico riferimento alla codificazione del diritto privato a livello europeo ed alle possibilità di «ricostituzionalizzazione» del diritto privato S. RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21 ss.

³⁴⁶ Indicano invece questa direzione i contributi raccolti in P. SIRENA (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile*, Napoli, 2019, *passim*.

³⁴⁷ P. MENGOZZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 6-10 mette in evidenza che nella disamina del riequilibrio delle

Di conseguenza, quando si analizza la giurisprudenza relativa a tali istituti, nonché l'influenza che essi hanno sul diritto contrattuale contemporaneo, e quindi anche sulla causa e sulla meritevolezza, occorre «dare rilevanza a ciò che “i tribunali fanno, e non a ciò che dicono di fare”»³⁴⁸, per analizzare quali razionalità sono alla base della decisione e quali i fini perseguiti tramite il giudizio causale e di meritevolezza. Ciò anche al fine di valutare i contenuti che vengono attribuiti a concetti che, in tale settore, occupano un posto sempre più importante, come quello della giustizia contrattuale³⁴⁹.

1.14 Le trasformazioni del diritto contemporaneo nel prisma della causa e della meritevolezza

Come si è evidenziato, il contesto caratterizzato dalla limitazione dell'intervento giudiziale sul contratto muta progressivamente con il manifestarsi di fenomeni che investono le fondamenta del diritto contrattuale contemporaneo³⁵⁰ e ne modificano struttura e razionalità³⁵¹, sino a riconsiderare la funzione dell'autonomia privata. In tale prospettiva, svolgono un ruolo fondamentale le norme prodotte nel contesto dell'Unione Europea, che rispondono a logiche

posizioni contrattuali non è sufficiente limitare la disamina alle norme comunitarie, ma è altresì necessario prendere in considerazione l'influenza che i principi costituzionali hanno sulla loro interpretazione.

³⁴⁸ R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, cit., p. 430.

³⁴⁹ Sulle differenti concezioni della giustizia contrattuale E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; M. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2014, p. 81 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; G. SMORTO, *La giustizia contrattuale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 219 ss.; ID., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 325 ss.

³⁵⁰ Tale analisi si rivela ancor più importante in considerazione del ruolo sempre maggiore assunto dal contratto nella regolazione non solo dei negozi tra privati, ma anche nella regolamentazione della sfera pubblica, cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, cit., p. 93 ss.

³⁵¹ Un'autorevole dottrina ha addirittura parlato, facendo riferimento agli anni novanta del secolo scorso, dei «dieci anni che sconvolsero il contratto»: V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 7.

differenti da quelle dei codici liberali³⁵². Le fonti dell'Unione Europea³⁵³, funzionalizzando il diritto privato rispetto alla costruzione del mercato interno, tramite l'imposizione di principi generali, linee guida ed interventi settoriali, incidono profondamente sulla struttura sistematica e sulle finalità dei codici civili degli Stati membri. Il diritto privato diviene lo strumento principale per delineare il campo di azione dei soggetti, le cui operazioni devono aderire alla logica funzionale della concorrenza³⁵⁴. A ciò si devono aggiungere i mutamenti determinati dalla globalizzazione dei mercati e dalla moltiplicazione dei centri di produzione

³⁵² L'estrema rilevanza della produzione del diritto privato derivante dalle fonti dell'Unione Europea e la sua estrema incidenza sugli ordinamenti nazionali sono stati analizzati, in prospettive differenti, da numerosi autori. Tra i molteplici studi che sono stati dedicati al tema si vedano: G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016; N. LIPARI, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997; ID., *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7 ss.; *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006; S. GRUNDMANN, *The Structure of European Contract law*, in *ERPL*, 2011, p. 505 ss; M. FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, p. 350 ss.; *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007; C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., p. 961 ss.; C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, IV, p. 905 ss.; H. BEALE, *The "Europeanisation" of Contract Law*, in *Exploring the Boundaries of contract*, a cura di Halson, Aldershot, 1996; L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.; A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *La formazione del «civilista» europeo*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 463 ss.; A. LUMINOSO, *Sul diritto europeo dei contratti: strumenti, metodi, tendenze*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova. Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, a cura di G. Gitti, F. Delfini e D. Maffei, Milano, 2015, p. 1877 ss.; L. MILLER, *The Emergence of EU Contract Law. Exploring Europeanization*, Oxford, 2011; D. MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: sul recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 50 ss.; R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *ERPL*, 2019, p. 785 ss.

³⁵³ Sul mutamento del rapporto tra legge ed autonomia contrattuale e, di conseguenza, del ruolo del legislatore e del giudice, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 626 ss.

³⁵⁴ V. RICCIUTO, *La disciplina del contatto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contr. e imp.*, 2016, VI, p. 1332; F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, cit., p. 52 ss; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 77 ss. In relazione alla funzionalizzazione del diritto privato si è affermato che: «il rimedio contrattuale mira, quindi, a supplire ad una sorta di abdicazione parziale del legislatore alla propria funzione regolatrice dall'alto di determinati settori di mercato, con ciò ispirandosi all'idea dell'autoregolazione dal basso del singolo contratto ancorché per il tramite di una *congerie* di rimedi minutamente disciplinati: il consumatore ovvero l'impresa c.d. debole rappresentano ormai gli attori in concreto della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario ed il rimedio la chiave di accensione dell'intero sistema.» Cfr. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., p. 380.

normativa³⁵⁵ (come evidenza il fenomeno del *transnational law*)³⁵⁶, i quali operano secondo logiche differenti³⁵⁷ da quelle proprie dell'impianto sistematico del codice civile, nonché la costituzionalizzazione del diritto privato. Uno dei numerosi fenomeni derivanti da tali innovazioni consiste nel controllo sempre più penetrante da parte degli organi giudicanti sul contenuto del contratto, volto alla correzione di accordi o specifiche pattuizioni che non siano conformi agli interessi generali dell'ordinamento ed alla logica dello scambio mercantile.

Tale controllo viene usualmente esercitato tramite disposizioni inerenti sia alla validità del contratto, sia al comportamento delle parti. La profondità e l'ampiezza di tali trasformazioni non si riflettono solamente ai margini del sistema del diritto civile, ma ne penetrano i confini sino a giungere al centro del sistema, sconvolgendone la razionalità e modificando i paradigmi prestabiliti. Tale evoluzione si manifesta in maniera chiara nelle applicazioni contemporanee di causa e meritevolezza.

Come affermano costantemente la dottrina e la giurisprudenza, sia italiane sia straniere, la causa permette di rispondere alla domanda «perché» del contratto e, quindi, di indagare le ragioni degli spostamenti di ricchezza e i criteri normativi

³⁵⁵ Si è evidenziata l'emersione di una normatività nuova, che combina norme dirette ed indirette, pubbliche e private, nazionali, internazionali e globali, ridefinisce i confini del diritto privato, e con esso dell'autonomia privata e della funzione del contratto; cfr. G. TEUBNER, *Constitutional fragments, societal constitutionalism and globalization*, Oxford, 2012; ID., "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law Without a State. Studies in Modern Law and Policy*, a cura di G. Teubner, Aldershot, 1997; ID., *Breaking Frames: economic globalisation and the emergence of lex mercatoria*, in *European Journal of Social Theory*, 2002, p. 199 ss.; S. SASSEN, *Territory, Authority Rights: from medieval to global assemblages*, Princeton, 2008; P. ZUMBANSEN, *The Next 'Great Transformation' of Markets and States in the Transnational Space: Global Assemblages of Corporate Governance & Financial Market Regulation*, 2009, 5, CLPE Research Paper No. 2; ID., *Lochner disembedded: the anxieties of law in a global context*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, 20, p. 29 ss.; M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012; R. MICHAELS, *The true lex mercatoria: private law beyond the state*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 447 ss.; ID., *The re-statement of non-state law: the state, choice of law, and the challenge from global legal pluralism*, in *The Wayne Law Review*, 2005, p. 1209 ss.; B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, cit., p. 375 ss.

³⁵⁶ P. ZUMBANSEN, *The Next 'Great Transformation' of Markets and States in the Transnational Space: Global Assemblages of Corporate Governance & Financial Market Regulation*, cit.; G. TEUBNER, "Global Bukowina": *legal pluralism in the world society*, cit.; B.Z. TAMANAHA, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, cit., p. 375 ss.

³⁵⁷ ZUMBANSEN, *The Law of Society: Governance through Contract*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 2007, p. 220 ss.

adottati per vagliarli e controllarli. In altri termini, l'evoluzione dell'applicazione del giudizio su causa e meritevolezza comporta un'evoluzione dei criteri adottati al fine di valutare il contratto³⁵⁸. Proprio tramite l'analisi di tali criteri e dei parametri adottati, che riflettono - necessariamente - scelte di politica del diritto, si può esaminare quale siano le finalità perseguite tramite detto controllo.

Occuparsi dell'evoluzione di causa e meritevolezza significa quindi esaminare come si sia evoluta la concezione del contratto e della governamentalità realizzata tramite tale istituto fondamentale non solo per il diritto contemporaneo, ma per il capitalismo *tout court*. Un'analisi che abbia tali, obiettivi, quindi, deve necessariamente misurarsi non solamente con la sfera nazionale, ma anche con la dimensione europea e transnazionale, poiché l'interconnessione generata dalla globalizzazione si riflette necessariamente sui sistemi giuridici, che evolvono e si adeguano anche con modalità relazionali. Per le medesime ragioni non può essere trascurata la dimensione comparata, specie di quella francese: l'ordinamento italiano si è evoluto in costante dialogo con quello d'oltralpe ed il codice civile, sia del 1865 sia quello del 1942, ne hanno ripreso nozioni fondamentali, tra le quali proprio la causa.

Tra gli aspetti cruciali della recente riforma del *Code civil*, quello che ha probabilmente attirato maggiormente l'attenzione degli studiosi è stata l'eliminazione della causa e l'introduzione di una serie di disposizioni concernenti il contenuto del contratto. La riforma e gli sviluppi saranno analizzati in seguito, in questa sede basti invece evidenziare che le ragioni che hanno portato a questa scelta legislativa e la razionalità che si esprime nelle nuove norme sul controllo concernente il contenuto del contratto hanno una notevole influenza anche sugli altri sistemi, tra cui il diritto italiano, come dimostra l'attenzione riservata dalla dottrina italiana alla riforma francese.

³⁵⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 17, afferma: «il diritto italiano, e teorico e pratico, conosce ormai la « causa concreta » del contratto, e la « operazione economica », in cui l'accordo si iscrive. La « causa » individuale permette all'interprete di penetrare al di là del testo linguistico, di raggiungere e valutare il « merito » dell'accordo, di correggere o integrarne il contenuto. Non più la causa come oggettiva e impersonale funzione, destinata a ripetersi in indefinite ipotesi, sempre la stessa e sempre controllabile; ma la causa di queste parti, in questo dato accordo, la quale perciò si esaurisce e consuma in esso.»

Questa ricerca relativa alle funzioni³⁵⁹ ed agli obiettivi perseguiti³⁶⁰ tramite il giudizio causale e di meritevolezza, in relazione all'evolversi delle condizioni economico giuridiche del contratto, che sarà effettuata nel corso della tesi.

³⁵⁹ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2017, p. 323, evidenzia come l'attenzione dell'ordinamento per la causa sia caratterizzato da una prospettiva «dinamica». E. RUSSO, G. DORIA e G. LENER, *Istituzioni delle leggi civili*, 2014, Padova, p. 504 ss. hanno messo in evidenza la difficoltà di definire il concetto di causa e la necessità di concentrarsi, piuttosto, sulle funzioni dello stesso. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 45-46 sottolinea la polisemia della nozione di causa anche nel codice civile, rilevando come in alcuni casi esso consideri la causa quale elemento, in altri quale ragione che giustifica la forza vincolante dell'accordo.

³⁶⁰ Evidenzia molto bene il trasformarsi della funzione del controllo giudiziale del contratto e della concezione dell'autonomia privata, rispetto ad interessi generali, una sentenza della Suprema Corte (Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186, con nota di E. Filograna) in materia di nullità, che mette in evidenza come l'evoluzione teorica della concezione dell'invalidità sia legata all'evoluzione della concezione socio-politica del diritto. Vi si afferma: «la nullità, pertanto, diventa - come osservato in dottrina - uno strumento di controllo normativo utile, insieme ad altri, a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema e si differenzia dalla annullabilità, non solo perché l'atto è difforme dallo schema legale e pregiudica gli interessi del suo autore, ma perché mette a rischio i valori preminenti della comunità, il cui contrasto costituisce la ragione dell'impedimento che l'ordinamento oppone alla efficacia giuridica tipica degli atti.

Superata la concezione individualistica, fondata esclusivamente sul valore della autonomia privata, la valutazione della nullità del negozio si è così giovata del criterio del riscontro della utilità sociale, influenzato da scelte sociopolitiche, che è divenuto indice del giudizio di meritevolezza degli interessi delle parti, rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, al punto che l'ordinamento, ove quel riscontro sia negativo, non assegna ad essi alcuna tutela ed anzi assoggetta alla sanzione della nullità l'atto compiuto per realizzarli. In sostanza elemento qualificante della validità non è più la tutela dell'interesse del contraente, ma quella degli interessi generali, che vengono preservati anche dalle iniziative individuali, al punto da prescindere dalle posizioni che in riferimento all'atto assume la parte - che pure la norma intende proteggere - in nome della equità, correttezza e stabilità dei rapporti sociali. E la circostanza che siano sempre maggiori le sollecitazioni in tal senso della collettività finisce per accrescere le ipotesi della nullità dei negozi, progressivamente riducendo lo spazio della autonomia privata».

2. IL RAPPORTO FRA CAUSA, MERITEVOLEZZA E CONCEZIONE DELLO SCAMBIO NELL'EVOLUZIONE STORICA

SOMMARIO: 2.1 La *cause* nel *Code civil* del 1804. - 2.2. Il codice civile italiano del 1865. - 2.3 Il codice del 1942, il giudizio di meritevolezza e la funzionalizzazione della causa. - 2.4 La neutralizzazione del giudizio di meritevolezza nel primo dopoguerra. - 2.5 Gli anni '70: le proposte applicative di causa e meritevolezza. - 2.6 Il *renouveau de la cause* in Francia negli anni '90. - 2.6.1 La *clause de réclamation*. - 2.6.2 Le tensioni inerenti al giudizio causale ed il nuovo controllo giudiziale sul contratto. - 2.6.3 L'*arrêt Chronopost*. - 2.6.4 L'*arrêt Point club vidéo*. - 2.7 Le evoluzioni in Italia: dalla causa quale funzione economico-individuale alla causa concreta. - 2.8 Le funzioni della causa concreta e della meritevolezza. 2.9 La funzione interpretativa della causa concreta - 2.10 La causa ed i progetti europei e transnazionali di armonizzazione del diritto dei contratti.

2.1 La *cause* nel *Code civil* del 1804

Come noto, il *Code civil* del 1804 prevede espressamente come condizione di validità della *convention* la sussistenza della causa. Il codice civile italiano ha introdotto la causa quale requisito del contratto sulla base del modello del *Code civil*: dapprima, nel codice del 1865, quale causa dell'obbligazione, tramite alcuni articoli che riproducevano pressoché letteralmente le disposizioni del *Code napoléonien*; in seguito, nel 1942, quale causa del contratto. Come si vedrà nel prosieguo³⁶¹, proprio l'ordinamento che aveva per primo codificato la causa, la ha recentemente abolita: in Francia è stata recentemente effettuata una riforma generale del diritto dei contratti, delle obbligazioni e delle prove che ha profondamente innovato la disciplina di tali aree del diritto privato; tra le modifiche più rilevanti e più dibattute, vi è stata l'abolizione della causa quale elemento necessario dell'obbligazione, che è stata tuttavia sostituita da alcune disposizioni che ne riprendono, almeno in parte, i contenuti.

In ragione dell'influenza esercitata dall'ordinamento francese, per comprendere i contenuti e le applicazioni della causa, è necessario iniziare la

³⁶¹ Cfr. par. 5.9-5.11.

disamina quantomeno dalla codificazione di tale istituto. La causa è da sin prima dell'emanazione del *Code napoléonien* al centro del dibattito dottrinale francese: concepita quale elemento ulteriore rispetto al consenso dei contraenti e necessario affinché l'accordo sia giuridicamente coercibile, le riflessioni hanno riguardato sia la sua natura sia le sue funzioni.

La *cause de l'obligation*, le cui radici storiche sono state oggetto di un ampio dibattito³⁶², viene prevista quale requisito essenziale dal *Code civil*, con una serie di disposizioni che sono innovative rispetto al diritto contrattuale precedente³⁶³. L'ordinamento francese - diversamente da quella che sarà la decisione del legislatore tedesco quasi un secolo dopo³⁶⁴ - effettua una scelta innovativa da un punto di vista sistematico e prevede la causa come requisito per la validità dell'obbligazione.

Circa il significato, anche socio-economico, dell'introduzione di tale requisito, occorre sin da ora sottolineare che, in ragione della struttura dell'economia dell'epoca, il contratto archetipico sul quale era modellato il diritto contrattuale era quello di vendita: prevedere la causa come requisito necessario per la validità dell'obbligazione e quindi del contratto significava dunque prevedere la stessa come requisito necessario ed ulteriore rispetto al consenso per il passaggio della proprietà del bene (mentre non era invece prevista come necessaria, in generale, la consegna della *res*).

³⁶² L'origine della causa è stata al centro di numerose analisi, che non possono essere in questa sede integralmente richiamate. Per tutti si vedano J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006, p. 10 ss.; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, p. 114 ss.; M. PLANIOL, *revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, 1949, p. 103 ss.; H.L. MAZEAUD et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. XII, v. 1, Paris, 1965, p. 239; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 1 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, v. I, cit., p. 48 ss.; And. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo. I. Profilo storico e comparatistico*, Torino, 1992, p. 141 ss. Sulla causa nel diritto romano v. E. BETTI, voce *Causa (Diritto romano)*, in *Nov. Dig.*, III, Torino, 1959, p. 30-32.

³⁶³ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 114 ss.

³⁶⁴ Sul tema occorre però considerare le opportune precisazioni effettuate dalla dottrina, cfr. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 26 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 28 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 553 ss.; E. NAVARRETTA, *Sub art. 1343*, in *Comm. Gabrielli*, cit., p. 580-583.

Gli studi storici sulla genesi della nozione di causa sottolineano come l'introduzione della stessa sia il frutto delle elaborazioni di Domat e Pothier³⁶⁵, che hanno sistematizzato regole giuridiche sino a quel momento settoriali³⁶⁶. Dapprima Domat e in seguito Pothier, che riprende le elaborazioni del primo e la cui opera costituisce il punto di riferimento per il codice del 1804, hanno elaborato la nozione di causa in una maniera oggettiva: essi intendevano come causa dell'obbligazione l'*engagement* dell'altro contraente e, nei contratti reali, la consegna della cosa.

Hanno sviluppato tale istituto in un'ottica antiformalista, ma al tempo stesso non integralmente volontarista³⁶⁷: da un lato intendevano eliminare le formalità previste per la conclusione dei contratti, al fine di rendere possibile il trasferimento della proprietà tramite il consenso, senza che fosse necessaria la *traditio*; dall'altro la soluzione elaborata si discostava da un volontarismo estremo, che permettesse alla sola volontà di creare vincoli giuridici: la previsione della causa postula che ogni contratto debba avere una ragione che lo giustifichi³⁶⁸ e che sia espressione di un calcolo razionale ed utilitarista³⁶⁹. In tal senso si è affermato che: «la cause doit répondre aux postulats utilitariste et rationaliste de la poursuite d'un intérêt raisonnable que le droit pose à toute intelligibilité sociale des actes»³⁷⁰.

La causa era disciplinata da quattro disposizioni del *Code civil*: l'art. 1108 prevedeva la causa quale condizione essenziale per la validità del contratto³⁷¹; l'art.

³⁶⁵ Sulle similitudini e differenze nell'opera di Domat e Pothier, cfr. G. GORLA, *Il contratto*, v. I, cit., p. 63 ss.; M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano, 1980, p. 122 ss., 141 ss.

³⁶⁶ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. XII; G.B. FERRI, *La causa e il tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 83 ss.; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Il Cinquecento*, Torino, 1997, p. 21.

³⁶⁷ Sull'autonomia della volontà in relazione al diritto francese cfr. par. 1.1.

³⁶⁸ F. TERRÉ, P. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Les obligations*, p. 27.

³⁶⁹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999, p. 113.

³⁷⁰ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, cit., p. 71.

³⁷¹ Prima della riforma del 2016 l'art. 1108 *Code civil* prevedeva: «quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation.»

1131 prevedeva la nullità dell'obbligazione senza causa o con *fausse cause*³⁷²; l'art. 1132 disponeva che la causa non dovesse essere obbligatoriamente espressa³⁷³; l'art. 1133 prevedeva la nullità dell'obbligazione con causa illecita³⁷⁴.

Tali disposizioni presentavano una contraddizione: l'art. 1108 si riferiva alla causa quale condizione di validità della *convention*, mentre l'art. 1131, la norma fondamentale circa il controllo dell'esistenza della causa, la riferiva all'obbligazione. Nell'elaborazione successiva è prevalso l'orientamento che ha legato il controllo circa l'esistenza della causa all'obbligazione (mentre la *cause du contrat*, nell'interpretazione maggioritaria, concerne il controllo di liceità³⁷⁵): di conseguenza, ogni contratto presenta almeno due cause, tra di loro intrecciate e, generalmente, corrispondenti all'oggetto dell'obbligazione dell'altra parte. Nel caso del contratto di vendita, l'obbligazione di pagare il prezzo trova la propria causa nella consegna della cosa e nel trasferimento della proprietà, oltre che nelle relative garanzie da parte del venditore; l'obbligazione di trasferire la proprietà trova la propria causa nel pagamento del prezzo³⁷⁶.

La causa viene presentata quale elemento dell'obbligazione, al pari dell'oggetto. Ciò deriva dalla concezione della causa come elemento - che sarà ripresa dal codice italiano del 1865 e da quello del 1942 - la cui presenza è necessaria per la validità dell'obbligazione. Nonostante l'espressione reificante, tuttavia, sia dalle applicazioni giurisprudenziali, sia dalle analisi dottrinali, emerge che il controllo concernente la causa non costituisce la disamina di un elemento, come tale oggetto di una valutazione, quanto piuttosto un giudizio sul contratto, concernente la conformità dello stesso all'ordinamento³⁷⁷.

³⁷² Prima della riforma del 2016 l'art. 1131 *Code civil* prevedeva: «l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet».

³⁷³ Prima della riforma del 2016 l'art. 1132 *Code civil* prevedeva: «la convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée».

³⁷⁴ Prima della riforma del 2016 l'art. 1133 *Code civil* prevedeva: «la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public».

³⁷⁵ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 96 ss.

³⁷⁶ In astratto tale schema è del tutto banale, tanto che una trattazione di autorevole dottrina ha potuto affermare, M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, cit., p. 727-728: «les éléments du contrat sont donc les parties, la chose et le prix. Il n'y a rien de spécial à dire sur la cause.»

³⁷⁷ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 143-147.

Le elaborazioni relative alla causa successive all'emanazione del *Code civil* si inseriscono nel solco giuridico e socio-politico che abbiamo analizzato³⁷⁸, come si evince dalla prospettiva adottata dalla dottrina in relazione al contratto e ai controlli da realizzare sullo stesso. In particolare, le riflessioni teoriche, che vedono impegnati sul tema molti dei più illustri giuristi del tempo, tendono a limitare l'ambito del controllo effettuato tramite la causa e lo spazio di apprezzamento lasciato al giudice. Ciò sia in relazione alla limitazione dell'intensità del controllo circa l'esistenza di un *engagement*, sia circa la rilevanza che viene assegnata ai motivi dei contraenti.

In relazione al primo aspetto, si favorisce un controllo superficiale, volto a verificare l'esistenza dell'impegno, che esclude un esame della proporzionalità delle rispettive obbligazioni³⁷⁹. Sotto il secondo profilo domina una concezione strettamente oggettiva della causa, secondo cui non possono essere presi in considerazione i motivi e le finalità che ciascun contraente persegue tramite il contratto³⁸⁰.

Le analisi tendono ad esaminare i contratti alla luce della distinzione fra contratti sinallagmatici, contratti unilaterali, contratti reali e contratti a titolo gratuito. Nei primi, la causa dell'obbligazione di ogni contraente risiede nell'obbligazione dell'altra parte³⁸¹; nei secondi la causa dell'obbligazione è generalmente esterna al contratto³⁸²; nei terzi la causa dell'obbligazione è costituita

³⁷⁸ Cfr. cap. 1.

³⁷⁹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 183 ss., analizza la disciplina dell'assenza di causa nelle varie categorie di contratti e le relative applicazioni giurisprudenziali: come osserva l'Autore, l'utilizzo della causa da parte dei giudici è estremamente ridotto, sia nel caso di assenza totale di causa, sia di assenza parziale.

³⁸⁰ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 11 afferma: «tout ce qui a été convenu entre les intéressés, c'est-à-dire ce sur quoi ils se sont mis d'accord, devient élément constitutif du contrat. Au contraire, reste en dehors du champ contractuel, et par conséquent ne peut exercer aucune influence sur la validité des engagements, ce qui n'a pas été connu et voulu par les deux contractants. Or, le motif psychologique qui détermine chacun à s'obliger ne fait pas partie de leur accord de volontés». Cfr. altresì M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, cit., p. 106 ss. Ma vedi, sul punto, la tesi contraria di L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, p. 140 ss.

³⁸¹ La dottrina ha giustamente evidenziato come una tale impostazione non possa essere seguita laddove si adotti il concetto di causa del contratto e non di causa dell'obbligazione, cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 323.

³⁸² H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 21-22, 52 ss.; cfr. le riflessioni sulla causa della fideiussione sviluppate nel par. 5.4.

dalla prestazione già eseguita, necessaria per la conclusione del contratto³⁸³; negli ultimi da uno scopo di liberalità (sia esso l'*animus donandi* oppure un altro scopo perseguito)³⁸⁴.

Nel corso del XIX secolo le applicazioni giurisprudenziali della causa sono rare e, tendenzialmente, limitate a casi di scuola, nei quali l'*engagement* dell'altra parte è completamente assente, oppure vi è un errore circa l'esistenza della causa³⁸⁵ (*fausse cause*). Mentre da una prospettiva dottrinale la causa rappresenta un architrave della riflessione civilistica, quale punto centrale attorno al quale ruota tutta la disciplina e la teoria del contratto³⁸⁶, da un punto di vista pratico tali norme rivestono un ruolo non determinante.

Le disposizioni sulla causa sono finalizzate a strutturare e modellare le relazioni contrattuali secondo la logica mercantile dello scambio intesa quale scambio di utilità³⁸⁷. La considerazione circa l'adeguatezza di tali utilità ed il loro rapporto è lasciata ai contraenti, che sono considerati come i soggetti più adeguati per svolgere questa valutazione.

La presenza e liceità della causa conferisce forza giuridica e rende giuridicamente vincolante l'incontro delle volontà delle parti. La molteplicità degli interessi personali, le valutazioni della consistenza del beneficio che le parti danno e ricevono, le funzioni che esse si prefiggono di realizzare tramite le utilità ricevute non rientrano nella possibilità di valutazione, se non tramite il *medium* del contratto.

La disciplina ottocentesca della causa da un lato richiede che l'atto di volontà sia socialmente intellegibile e comprensibile rispetto al sistema, dato che la

³⁸³ M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, cit., p. 106

³⁸⁴ V. Sul punto la classificazione fatta da H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 426 ss.

³⁸⁵ M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, cit., p. 111 ss.

³⁸⁶ Tanto che si è affermato che le ambiguità ed oscurità del concetto di causa lo hanno reso un «champ de bataille traditionnel», cfr. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, cit., p. 253.

³⁸⁷ M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, cit., p. 113-114 afferma: «en déniant à la volonté le pouvoir de s'obliger sans cause, le Code met en œuvre cette idée que les activités juridiques s'assignent des fins égoïstes : on n'a droit à une prestation qu'à la condition de consentir un sacrifice. *Donnant, donnant* : telle est la loi qui domine le contrat. Elle ne souffre d'exception qu'en matière de libéralités, mais on verra que le Code tient les libéralités en défiance et les soumet à une réglementation restrictive.»

sola volontà non è considerata idonea a produrre accordi giuridicamente vincolanti e coercibili³⁸⁸; dall'altro postula un sistema socio-economico nel quale l'intelligibilità è data dall'adesione al meccanismo mercantile dello scambio. L'intelligibilità con la quale si confronta il diritto liberale classico è formale ed astratta. Essa non si cura né delle qualità personali dei contraenti, né del contesto nel quale il contratto viene concluso, né di un'eventuale esigenza di proporzionalità dello scambio.

Il postulato razionalista si concentra sul *medium* del contratto inteso quale strumento per la realizzazione di un utile individuale e, quindi, come scambio di impegni reciproci; non si focalizza invece sul contenuto dell'accordo e sulla sua rispondenza a canoni di proporzionalità³⁸⁹. Questo perché, secondo l'economia classica, non vi sono canoni di proporzionalità sui quali basarsi che non siano quelli dell'accordo delle parti e della valutazione di queste circa il valore di ciò che scambiano. L'unico criterio guida che possa determinare la giustizia dello scambio risiede nel giudizio dei contraenti, astrattamente considerati come liberi ed uguali.

L'intelligibilità dello scambio, posto che esso deve poter essere considerato come tale e non quindi inesistente o meramente simbolico, deriva dall'accordo delle parti. Il consenso delle stesse, espressione della razionalità del soggetto, è il criterio che guida l'interprete nella valutazione del contratto concluso. Infine, il presupposto teorico è che il mercato sul quale i contraenti agiscano sia concorrenziale e, quindi, non siano necessari interventi al fine di correggerne eventuali fallimenti, né che vi siano disparità di potere fra le parti che rendano necessario analizzare il contenuto del consenso.

³⁸⁸ J. ROCHFELD, v. *Cause*, in *Rép. Dalloz*, 2012 (act. 2016), n° 52: «c'est pourquoi, derrière l'exigence de rationalité, affleure la nécessité que pour être socialement admise, la volonté doit être socialement comprise. La cause est alors marquée par le rôle qu'elle revêt, de vecteur entre une volonté subjective et une compréhension objective, d'intermédiaire qui imprime un minimum de rationalité à l'acte et permet aux tiers de le comprendre : canal social de l'intention, elle permet à la volonté individuelle d'entrer dans le champ social, parce qu'elle opère la traduction d'un élément purement individuel en un élément compréhensible par la communauté sociale».

³⁸⁹ M. PLANIOL, revu et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, cit., p. 114 afferma: «certains auteurs ont fait appel à la notion d'*équivalence* (MAURY, *op. cit.*). Cette notion est source de confusion, car elle implique une égalité de valeur entre les prestations corrélatives. Or, la lésion n'est pas, en principe, une cause de rescision des conventions. »

2.2. Il codice civile italiano del 1865

Il codice civile italiano del 1865 è modellato sul *Code napoléonien*, del quale riprende la struttura e la maggior parte delle disposizioni³⁹⁰, pur presentando alcuni tratti di originalità. Si tratta della trasposizione di un modello, che ne ricalca l'assetto sistematico, i principi ispiratori e la razionalità³⁹¹. È stato evidenziato il contesto storico-politico in ragione del quale, in seguito all'unificazione territoriale italiana, era necessaria l'emanazione del codice civile e come ciò rispondesse alle necessità ed al progetto politico della borghesia³⁹².

Per ciò che interessa maggiormente in questa sede occorre rimarcare che il codice del 1865 riprende in maniera pressoché letterale le disposizioni del *Code civil* relative alla causa³⁹³. L'art. 1104 *Code civil* prevede la causa quale requisito essenziale del contratto, l'art. 1119 *Code civil* riferisce l'esistenza della causa all'obbligazione e non al contratto; l'art. 1120 *Code civil* prevede che il contratto sia valido, benché non ne sia espressa la causa; l'art. 1121 *Code civil* dispone che la causa si presume fino a prova contraria³⁹⁴.

Tali norme e la loro razionalità riproducono sostanzialmente quanto si è argomentato circa la concezione dello scambio che permeava il codice francese³⁹⁵, sia in relazione alla concezione del soggetto, sia circa il controllo da effettuare sul contratto. D'altronde il contesto italiano non presentava originalità rispetto a quello francese ed anzi, nonostante fosse trascorso più di mezzo secolo, il processo di

³⁹⁰ G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 130; M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, cit., p. 548.

³⁹¹ D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo – Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1977, p. 55 ss.

³⁹² A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, *passim*; G. ALPA, *Diritto civile italiano*, cit., p. 164 ss.

³⁹³ G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, cit., p. 130.

³⁹⁴ Circa l'ambiguità del riferimento alla causa dell'obbligazione ed alla causa del contratto L. BARASSI, voce *Causa*, cit., p. 928.

³⁹⁵ R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna, 1996, p. 18-19.

sviluppo delle forze produttive era più arretrato in Italia rispetto alla Francia³⁹⁶. Il codice era quindi anche un documento politico di affermazione di un ordine dei rapporti sociali e di produzione borghesi rispetto ai quali, come si è detto, l'astrazione del soggetto e il postulato della logica dello scambio di equivalenti è elemento necessario e fondamentale³⁹⁷.

In tale momento storico, il dibattito che ha occupato la dottrina italiana³⁹⁸ concerneva l'interpretazione soggettiva o oggettiva della causa³⁹⁹, dal quale dipendeva il perimetro del giudizio causale ed il ruolo riservato ai motivi delle parti. Tuttavia, come ha sottolineato la dottrina successiva, tali distinzioni concernevano più la terminologia che l'effettivo controllo realizzato sul contratto, dato che anche le ricostruzioni soggettive tendevano a sfociare in un controllo di stampo oggettivo ed astratto⁴⁰⁰.

Le applicazioni giurisprudenziali, così come nel contesto francese, sono invece piuttosto rare e si limitano a casi di scuola: il postulato della razionalità del contraente, astrattamente considerato su un piano di uguaglianza formale e libero nelle proprie decisioni, fa sì che la causa non abbia rilevanti ricadute operazionali in relazione al controllo del contenuto dell'accordo.

Le ampie riflessioni dottrinali non generano diversi orientamenti giurisprudenziali, che valutano l'accordo tramite la prospettiva della causa in maniera differente, implementando razionalità in contrasto fra loro. Il dibattito relativo alla considerazione dei motivi delle parti non implica una effettiva estensione del giudizio causale, né una diversa concezione del contratto, della negoziazione e del ruolo dei contraenti.

³⁹⁶ Cfr. G. MORI (a cura di), *L'industrializzazione in Italia (1861-1900)*, Bologna, 1977.

³⁹⁷ Cfr. par. 1.2-1.3.

³⁹⁸ Cfr. ad esempio V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1938, p. 89 ss.; L. BARASSI, voce *Causa*, cit., p. 922 ss.

³⁹⁹ Sul punto v. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 2 ss., il quale ricostruisce approfonditamente le varie posizioni della dottrina.

⁴⁰⁰ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*. Saffi, Milano, 1951, p. 111 ss.; cfr. anche G. DEIANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 35 ss.

2.3 Il codice del 1942, il giudizio di meritevolezza e la funzionalizzazione della causa

Un punto di svolta è costituito dall'emanazione del codice civile italiano del 1942, in ragione della concezione che il legislatore fascista aveva dei rapporti economici e della loro regolamentazione, che era parzialmente differente da quella liberale.

La causa - che, con una rottura rispetto al codice del 1865, nel codice del 1942 diviene causa del contratto⁴⁰¹ - viene intesa quale funzione economico-sociale⁴⁰² e doveva servire a controllare che il contratto svolgesse una funzione compatibile con quelle tutelate dall'ordinamento⁴⁰³. Sulla base di questo presupposto e della distinzione tra contratti tipici e atipici (che viene esplicitamente codificata), si asserisce che, qualora il contratto appartenga ad uno di quelli previsti dal codice civile, non è necessario alcun controllo della corrispondenza tra le finalità perseguite con l'accordo e quelle protette dall'ordinamento giuridico⁴⁰⁴, mentre tale controllo è necessario qualora il contratto concluso sia atipico.

Tale orientamento⁴⁰⁵, che è stato seguito dalla giurisprudenza successiva e che ha permeato le riflessioni della dottrina nei decenni successivi è, in realtà, parzialmente divergente dalla originaria impostazione teorica trasfusa nel codice civile⁴⁰⁶. D'altronde, lo stesso E. Betti aveva messo in evidenza la necessità di una «specificazione concreta»⁴⁰⁷ della funzione del contratto, ossia del fatto che lo

⁴⁰¹ Anche se le differenze con il giudizio causale, concepito in maniera unitaria, non sono così determinanti come possono inizialmente apparire, in quanto in ogni caso il giudizio concerne le rispettive obbligazioni delle parti, cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 41-42.

⁴⁰² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960 (3^a ed.), p. 171 ss.; su tale concezione cfr. F. MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569 ss.

⁴⁰³ G.B. FERRI, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, cit., p. 140-141.

⁴⁰⁴ Relazione al codice civile, cit., n. 603.

⁴⁰⁵ Derivante dal legame che E. Betti vede tra la funzione economico-sociale del contratto e la rispondenza dello stesso ad un modello socialmente tipico dell'azione dei privati, cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 183-184.

⁴⁰⁶ Lo evidenzia M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 85-88.

⁴⁰⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 189.

scopo socialmente tipico fosse concretamente raggiungibile tramite il contratto concluso⁴⁰⁸. Di conseguenza, nel pensiero dell'Autore vi è una parziale contraddizione tra la supposta omogeneità della causa dei contratti tipici ed il possibile sviamento dalla finalità tipica di tali contratti, in ragione dell'utilizzo che ne è fatto.

Tuttavia, anche in ragione del contenuto che si è attribuito alla formula che identifica la causa con la funzione economico-sociale del contratto, è prevalsa l'interpretazione che ha limitato - in relazione ai contratti tipici - il controllo sull'esistenza della causa a quello circa la corrispondenza al tipo⁴⁰⁹.

L'interpretazione della causa quale funzione economico-sociale è volta a funzionalizzare l'autonomia privata rispetto agli obiettivi economici del corporativismo: l'accordo è valido nella misura in cui presenta un'utilità non solo per i contraenti, ma per l'ordine socio-economico nel suo complesso. Essa costituisce un diretto portato della concezione del rapporto fra autonomia privata, ordinamento giuridico ed ordinamento sociale: il contratto è valido e giuridicamente coercibile se contribuisce a realizzare la circolazione delle risorse volta a soddisfare gli interessi della società. Tale teoria della causa è quindi, da un lato, una teoria astratta; dall'altro, una teoria dirigistica⁴¹⁰.

Inoltre, oltre alle norme sulla causa, con il codice del 1942 si introduce una clausola generale nuova: l'art. 1322, comma 2, c.c. dispone che «le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Qualora le parti concludano un contratto atipico, quindi,

⁴⁰⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 399.

⁴⁰⁹ La divergenza tra tale interpretazione e gli intenti di E. Betti è ancor più evidente considerando che S. Pugliatti, contestando che la causa del contratto dovesse essere valutata rispetto ad un paradigma extragiuridico come quello dell'ordine sociale, sosteneva invece che essa dovesse essere valutata in relazione all'ordine giuridico, effettuando così un'equiparazione fra causa e tipo, cfr. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 83 ss.; ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 109 ss.

⁴¹⁰ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 324; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 345.

la giuridicità⁴¹¹ dello stesso dipende dall'esito positivo del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti tramite tale contratto.

L'art 1322, comma 2, c.c. è una disposizione originale sia rispetto ai principali ordinamenti di *civil law* e *common law*⁴¹², sia rispetto al codice del 1865, che non prevedeva nessuna norma analoga. La *ratio* di tale originale inserimento deve rinvenirsi nei principi corporativi di matrice fascista⁴¹³ trasfusi nel codice⁴¹⁴; nell'originario impianto sistematico del codice la disposizione non è isolata, ma è collegata ad una serie di altre clausole generali, di cui alcune, come il principio di correttezza e solidarietà corporativa (art. 1175 c.c.) e quello dell'ordine corporativo (art. 811 c.c., art. 1371, comma 2, c.c., art. 31, comma 2, disp. gen.), derivavano chiaramente dall'ideologia del regime⁴¹⁵.

L'introduzione di numerose clausole generali e l'ampliamento del loro ambito di operatività (anche in relazione a quelle già conosciute, come la buona fede) rappresenta una novità rispetto al codice previgente e comporta altresì una differente concezione dell'organo giudicante e, più in generale, dell'attività ermeneutica⁴¹⁶: l'interprete non è più considerato quale soggetto che deve compiere mere operazioni logiche; deve invece effettuare un giudizio etico-politico (legato ai valori fascisti) sul contratto e sulla sua rispondenza alla funzione sociale che

⁴¹¹ La meritevolezza degli interessi perseguiti tramite il contratto è condizione preliminare affinché lo stesso possa essere giuridicamente coercibile ed avere efficacia vincolante.

⁴¹² Non vi è una disposizione analoga negli ordinamenti francese, tedesco, inglese e statunitense.

⁴¹³ F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, p. 121 ss. Tuttavia, per una relativizzazione dell'ideologia del legislatore e per la rilevanza dell'ideologia dei giuristi che hanno redatto il testo del codice cfr. A. GAMBARO, *L'ambiguo destino del libro della proprietà*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, 1994, p. 99.

⁴¹⁴ A. GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento XI, Torino, 2018, p. 342 ss. Più in generale, sul rapporto tra l'ideologia fascista e le disposizioni del codice civile, cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 25-30; L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 21; N. IRTI, voce *Diritto civile*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, VI, Torino, 1990, p. 138 ss.

⁴¹⁵ Oltre alle quali vi erano quelle già previste dal codice del 1865 e da altri ordinamenti, come la buona fede e la correttezza.

⁴¹⁶ E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 222; ID., *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, p. 200-202; ID., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1941, p. 324 ss.

l'esercizio dell'autonomia contrattuale deve comunque realizzare. Secondo la concezione del legislatore originario il giudice deve controllare che gli atti dei privati siano conformi agli interessi corporativi⁴¹⁷, tutelati anche tramite il giudizio di meritevolezza.

La Relazione al Re chiarisce la funzione e la logica operativa della disposizione nel piano sistematico del codice: «l'autonomia privata non è limitata ai tipi di contratto regolati dal codice, ma può spaziare in una più vasta orbita, se il risultato pratico che i soggetti si propongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 152, 2° co.). Ciò vuol dire che l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte»⁴¹⁸.

Secondo il volere del legislatore del 1942, quindi, il giudizio di meritevolezza deve essere volto ad accertare che gli scambi realizzati dalle parti tramite uno schema contrattuale atipico abbiano una funzione sociale e, di conseguenza, siano corrispondenti agli interessi dell'ordinamento. Infatti, mentre per i contratti tipizzati la corrispondenza tra tipo e funzione sociale è già stata apprezzata *a priori* dal

⁴¹⁷ E. BETTI, voce *Negoziio giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, XXIV, Roma, 1949, p. 506-508.

⁴¹⁸ Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «Delle Obbligazioni», Torino, 1941, n. 8, VI-VII. La Relazione al re prosegue così: «un controllo della corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificatamente disciplinati, perché in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto: si tratterà allora, come dirò più avanti (n. 80), soltanto di indagare se per avventura la causa considerata non esiste in concreto o sia venuta meno. In ogni altro caso, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, deve rimanere fermo che il rapporto è suscettibile di valutazione da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico».

legislatore (salvo distorsioni del singolo negozio), nel caso di contratti atipici tale controllo deve essere effettuato dal giudice. La valutazione di meritevolezza si pone quindi non solo come limite negativo all'autonomia contrattuale, destinato a segnare i confini del lecito, ma anche come limite positivo⁴¹⁹, volto a sindacare gli interessi perseguiti tramite il contratto in rapporto alla funzione sociale che questo deve necessariamente espletare, dalla quale dipende la giuridicità del vincolo.

È agevole notare che il giudizio di meritevolezza così concepito svolge un ruolo complementare a quello della causa del contratto, intesa quale funzione economico-sociale⁴²⁰, dato che tramite lo stesso si valuta la corrispondenza degli interessi perseguiti dalle parti agli interessi generali dell'ordinamento. Tuttavia, nell'opinione dei codificatori, il giudizio di meritevolezza deve essere separato e distinto rispetto a quello relativo alla liceità della causa, poiché esso ha una portata più ampia; tuttavia, valutando gli esempi proposti al fine di chiarirne l'ambito⁴²¹, tale distinzione appare in realtà più teorica che reale, poiché la casistica riportata, come sottolineato dalla dottrina successiva, potrebbe essere affrontata anche tramite il giudizio di liceità della causa⁴²².

2.4 La neutralizzazione del giudizio di meritevolezza nel primo dopoguerra

Sia la causa quale funzione economico-sociale, sia il giudizio di meritevolezza hanno ricevuto scarsissima applicazione giurisprudenziale. L'art. 1322, comma 2 c.c. è risultato pressoché abrogato *de facto*, in ragione sia della *ratio* che ne è alla base, sia della difficoltà di delinearne una funzione differente ed ulteriore rispetto a quella già svolta da altre disposizioni dell'ordinamento⁴²³.

⁴¹⁹ E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222.

⁴²⁰ Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «Delle Obbligazioni», cit., n. 79, L.

⁴²¹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, cit., p. 247 ss.

⁴²² Per un esame di detta casistica cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 199 ss.

⁴²³ R. SACCO, voce *Interesse meritevole di tutela*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento V, Torino, 2010, p. 782-783; A. GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, cit.,

L'interpretazione dell'art. 1322, comma 2, c.c. muta con la fine del periodo fascista: con il d.lgs. luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 287 sono abrogate le disposizioni e le clausole più evidentemente legate all'ordine corporativo; in linea generale si verifica una reazione all'antiformalismo giuridico propugnato da E. Betti e torna a prevalere un approccio metodologico formalista⁴²⁴, nell'ambito del quale il giudizio di meritevolezza del contratto è destinato ad occupare un ruolo marginale e certamente meno incisivo.

Nei decenni successivi l'interpretazione maggioritaria della norma tende a privare la stessa di contenuto precettivo o a considerarla come una ripetizione dell'art. 1343 c.c. In particolare, si sottolinea che il conferire un'autonoma valenza al giudizio di meritevolezza comporterebbe un pervasivo controllo giudiziale del contratto e, di conseguenza, una soggezione dell'autonomia privata alla discrezionalità dell'organo giudicante⁴²⁵. Si evidenzia come anche i casi che, astrattamente, ci si propone di risolvere tramite l'applicazione dell'art. 1322, comma 2 c.c., siano in realtà riconducibili ad ipotesi in cui il contratto ha una causa illecita; utilizzando una prospettiva comparatistica, tale conclusione è rafforzata dal fatto che anche altri ordinamenti sia di *civil law*, sia di *common law*, pur non prevedendo una disposizione analoga, considerano invalidi accordi con il medesimo contenuto⁴²⁶. Numerosi autori sostengono quindi l'identità del giudizio

p. 346 ss.

⁴²⁴ A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 407 ss.

⁴²⁵ G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 324 ss. Inoltre, vi è chi ha prospettato che il concedere un'autonoma valenza al giudizio di meritevolezza provocherebbe un'ingiusta disparità di trattamento tra il contratto concluso tra cittadini italiani e quello stipulato da uno straniero, la cui validità dipende solamente dal rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume (in base all'art. 31 disp. prel. c.c.), cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 210. La problematica relativa all'incostituzionalità di tale disposizione è stata respinta in quanto manifestamente infondata da Cass., 2 luglio 1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 263: la Suprema Corte ha sottolineato che l'art. 31 disp. prel. c.c. si riferisce a casi in cui, in Italia, sia applicabile una legge straniera: qualora si applichi un diritto straniero, chiaramente, non può essere applicata una disposizione italiana, quale l'art. 1322, comma 2, c.c.; al contrario, qualora il diritto applicabile sia quello italiano, l'art. 1322, comma 2, c.c. è applicabile anche a contratti conclusi da cittadini stranieri.

⁴²⁶ G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 199 ss.

di meritevolezza e di liceità⁴²⁷, e considerano l'art. 1322, comma 2, c.c. una superfetazione⁴²⁸.

Nella medesima maniera sono interpretate le disposizioni concernenti la causa e, soprattutto, il controllo relativo alla sua esistenza. Dato che la causa, a prescindere dagli effettivi riflessi applicativi, era stato uno dei campi fondamentali della funzionalizzazione dell'autonomia privata rispetto a finalità *lato sensu* sociali, ossia alla rispondenza degli interessi dell'ordinamento che, nella concezione fascista, si presentavano come organici, la civilistica attribuisce a tali disposizioni un contenuto minimo⁴²⁹ e prevalentemente formale.

Il controllo relativo all'esistenza della causa viene sostanzialmente equiparato al controllo sull'appartenenza dell'accordo al tipo⁴³⁰, sulla base di un accostamento che era tracciato già prima del codice del 1942; esso rimane quindi astratto, senza prendere in considerazione l'obiettivo perseguito dai contraenti e le specificità del singolo contratto⁴³¹.

⁴²⁷ F. MESSINEO, *Dottrina Generale del contratto*, Milano, 1946, p. 181; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 814; in seguito anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 402-403; Vi è chi ha invece asserito che «l'interesse (non) meritevole sta fra il difetto di causa e l'illiceità» cfr. U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. III, a cura di G. Alpa, U. Breccia e A. Lisserre, Torino, 1999, p. 111.

⁴²⁸ R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da F. Vassalli, VI, Torino, 1975, p. 571-573. Così come precisato anche nelle opere successive, l'autore considera il giudizio di meritevolezza quale strumento volto ad evitare che i contraenti utilizzino un contratto atipico al fine di eludere l'applicazione di una disciplina proibitiva dettata per uno specifico contratto tipico, cfr. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004, p. 848 ss.; R. SACCO, voce *Interesse meritevole di tutela*, cit., par. 3.

⁴²⁹ G. GORLA, *Il contratto*, I, cit., p. 57 ss. L'Autore riduce il ruolo della causa a casi specifici: ad esempio, si asserisce che il contratto avrebbe causa illecita qualora alteri le condizioni del mercato o limiti la concorrenza, cfr. G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, p. 213 ss. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950 (ried. 2008), p. 244 ss., considera la causa una superfetazione, poiché i problemi che afferiscono alla presenza della stessa concernono in realtà la giuridicità del negozio: l'assenza di causa concernerebbe in realtà un'assenza di giuridicità del vincolo. È interessante notare che quest'ultima prospettiva, che pure priva di un effettivo ambito operativo la causa, non ne abbandona tuttavia il profilo funzionale, tramite il quale si afferma la necessità che il negozio presenti un'utilità rispetto all'ordine mercantile.

⁴³⁰ Cass. 14 marzo 1961, n. 565, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 991; Cass. 7 aprile 1971, n. 1025, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1796. Su tali orientamenti G. TAMBURRINO, *Osservazioni su un nuovo orientamento della Corte di Cassazione in tema di causa del negozio giuridico*, in *Scritti giuridici in memoria di Barberio Corsetti*, Milano, 1965, p. 724 ss.

⁴³¹ Anche se in alcune sentenze si registra qualche timida apertura, che rimane però più sul piano terminologico che sul piano delle modalità del controllo, cfr. Cass. 28 agosto 1952, n. 2781, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 178; Cass. 13 giugno 1957, n. 2213, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 147; Cass. 29 aprile 1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962,

Viene ripreso l'orientamento, già sviluppato prima dell'emanazione del codice fascista, che attribuisce alla causa un controllo oggettivo e soprattutto astratto. Da un lato, l'astrattezza del controllo segue la teoria della causa quale nozione legata al tipo contrattuale; dall'altro, volendo discostarsi dalla teoria della funzione economico-sociale e riaffermando i principi ed i valori dell'ordinamento liberale, del quale la libertà contrattuale e l'autonomia della volontà costituiscono due pilastri fondamentali, la causa viene interpretata come giudizio della rispondenza dell'accordo ad una logica mercantile, senza però che il controllo sia più approfondito⁴³².

La causa permane quale elemento di connessione fra la logica della volontà ed il sistema di circolazione della ricchezza; tuttavia, il controllo concernente l'assenza di causa è sostanzialmente limitato a casi in cui tale mancanza è totale, che corrispondono a casi di scuola, oppure ai casi di illiceità.

Tale concezione inizia ad essere messa in discussione da una parte della dottrina, che sostiene che il giudizio causale debba avere un proprio spazio autonomo⁴³³: esse, tuttavia, non sono accolte in giurisprudenza. Un controllo in concreto della causa da parte della giurisprudenza si avrà solamente all'inizio degli anni '2000, con lo sviluppo della teoria della causa concreta ed una nuova applicazione del giudizio di meritevolezza, di cui si dirà in seguito⁴³⁴.

2.5 Gli anni '70: le proposte applicative di causa e meritevolezza

Nel corso degli anni '70, in un mutato contesto economico e socio-politico⁴³⁵, l'adozione di approcci lontani dal formalismo giuridico comporta un maggiore

I, c. 765, con nota di G. Cevolotto. In dottrina cfr. G. TAMBURRINO, *Osservazioni su un nuovo orientamento della Corte di Cassazione in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 723 ss.; M. DI PAOLO, *Nuovi orientamenti in tema di causa del negozio giuridico*, in *Foro it.*, 1974, I, c. 228.

⁴³² M. GIORGIANNI, voce *Causa (diritto privato)*, cit., p. 564 ss.

⁴³³ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249 ss.; G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, p. 199 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 215; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, p. 574 ss.

⁴³⁴ Cfr. cap. 2.7-2.8.

⁴³⁵ Per una considerazione generale sui fenomeni e gli orientamenti che hanno influenzato il

interesse per le clausole generali⁴³⁶ e, tra queste, anche per la meritevolezza dell'interesse. In particolare, la dottrina considera l'art. 1322, comma 2 c.c. quale strumento per rendere funzionale il contratto e quindi l'esercizio dell'autonomia contrattuale alle superiori esigenze dell'ordinamento⁴³⁷. In tale ottica sono proposte numerose interpretazioni del giudizio di meritevolezza e delle funzioni che esso è deputato a svolgere⁴³⁸.

Ad esempio, si prospetta un'interpretazione in un'ottica dirigistica, volta ad un impiego produttivo delle risorse⁴³⁹, anche con finalità solidaristiche. Nel

diritto privato negli anni '70 si vedano i contributi in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

⁴³⁶ Il rinnovato interesse della dottrina per il giudizio di meritevolezza si inserisce in un generale movimento che tende a riconsiderare la funzione ed estendere l'ambito di operatività delle clausole generali. In tale contesto, vi è una generale rivalutazione della portata precettiva delle clausole generali previste dal codice civile, come la buona fede, l'ordine pubblico, il buon costume, il danno ingiusto, etc. Tale mutata prospettiva, che si inserisce all'interno di un ripensamento più generale, anche in ambito extragiuridico, di alcune delle categorie del pensiero Occidentale, presenta stretti collegamenti con un rinnovato antiformalismo giuridico, con l'evidenziata insufficienza della tradizionale teoria delle fonti e con una rinnovata concezione del giurista, che non viene più visto come asettico interprete che attua operazioni neutrali, ma come soggetto portatore di valori e principi che si riflettono nell'interpretazione della disposizione. La letteratura scientifica sull'argomento è vastissima; *ex multis*, si vedano: S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 79 ss.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 128 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 217 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, sub art. 1375, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013, p. 171 ss.; ID., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 51 ss.; ID., *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, I, Milano, 2010, p. 881 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.; M. BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico «tecnologico»*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 326-329; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo della meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, II, Milano, 1971, p. 173-181; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1974, p. 29 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, p. 21 ss.; A. GUARNERI, voce *Clausole generali*, cit., p. 407 ss.

⁴³⁷ È la stagione dell'intervento pubblico in campo economico, che trova riconoscimento anche nell'art. 41, comma 2, cost.: cfr. F. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Comm. della costituzione*, a cura di Branca, art. 41, Bologna-Roma, 1982 p. 1 ss.; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur dir. priv.*, 2011, p. 371 ss.

⁴³⁸ Alcuni di questi autori hanno di conseguenza sottolineato la necessità di distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220-225; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 175 ss.

⁴³⁹ F. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92 ss., 178-181; G. COTTURRI, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, II, Milano, 1971, p. 98-99.

contesto dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice civile, il giudizio di meritevolezza è proposto quale strumento per allineare la funzione del contratto ai principi costituzionali ed alle direttive di programmazione economica⁴⁴⁰. Viene altresì prospettato un utilizzo della disposizione orientato al pieno sviluppo della persona umana ed alla tutela dell'ambiente⁴⁴¹. Si suggerisce di considerare la meritevolezza del contratto in relazione all'effettiva capacità dell'accordo di realizzare gli interessi delle parti e, quindi, di conferire risalto ai motivi del contratto⁴⁴².

Secondo un'altra prospettiva, si considera il giudizio di meritevolezza quale strumento volto a tutelare la corrispettività delle prestazioni e, dunque, l'equità dello scambio⁴⁴³. In un'ottica differente, si propone invece di espletare il giudizio di meritevolezza in relazione al tipo astrattamente configurato dalle parti: devono ritenersi immeritevoli i contratti il cui schema astratto non abbia alcun significato economico-sociale e sia quindi futile⁴⁴⁴.

In contrasto rispetto a tali interpretazioni, alcuni autori evidenziano invece i problemi derivanti dall'estensione dell'ambito dello scrutinio *ex art. 1322*, comma 2, c.c. e sostengono che esso debba coincidere con il giudizio di liceità della causa⁴⁴⁵. In particolare, si sottolinea come un ampliamento di tale giudizio, peraltro

⁴⁴⁰ N. LIPARI, *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, in *Riv. not.*, 1977, p. 938; P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole – Atti della tavola rotonda tenuta presso l'istituto di diritto privato dell'Università di Catania (17-18 maggio 1969)*, Milano, 1969, p. 25-26; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 98; M. LIBERTINI, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica (Atti della tavola rotonda, Macerata, 22-24 maggio 1970)*, vol. II, Milano, 1971, p. 103 ss.

⁴⁴¹ A. LENER, *Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974, p. 339-345.

⁴⁴² M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., p. 262 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 431 ss.

⁴⁴³ R. LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309 ss., 333 ss.; O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 84 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra economia e mercato*, Napoli, 2004. Peraltro, alcuni autori che hanno sostenuto tale interpretazione, hanno altresì proposto di estendere tale giudizio anche ai contratti tipici, cfr. M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.*, 1978, p. 1327; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni del contratto di «leasing»*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.

⁴⁴⁴ F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 67 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 816-818.

⁴⁴⁵ G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1040 ss.; A. GUARNERI,

non limitato da precisi parametri fissati dal legislatore, comporti un'eccessiva soggezione dell'autonomia contrattuale al libero apprezzamento ed alla sensibilità sociale e politica del giudice⁴⁴⁶.

Nelle riflessioni che hanno sostenuto l'uso alternativo del diritto al fine di conformare il contratto rispetto ad interessi sociali, si proponeva di utilizzare il giudizio causale, del quale era messa integralmente in discussione l'impostazione bettiana⁴⁴⁷, quale strumento al fine di controllare l'operazione realizzata tramite il contratto e la sua rispondenza agli interessi della collettività⁴⁴⁸.

Alle correnti dottrinali che sostenevano un'interpretazione più ampia ed un'applicazione più incisiva del giudizio di meritevolezza non ha però corrisposto un altrettanto consistente utilizzo giurisprudenziale: l'art. 1322, comma 2, c.c. ha ricevuto scarse applicazioni e, anche quando le corti vi hanno fatto riferimento, questo risulta essere più nominale che sostanziale.

L'elaborazione dottrinale sul tema, strettamente collegata al controllo pubblico del contratto e, quindi, del processo economico, non è stata accolta dalla giurisprudenza, che nelle proprie decisioni ha continuato ad aderire al dogma della signoria della volontà, rifiutando di effettuare un pervasivo controllo dell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Sono infatti estremamente rare le sentenze che hanno deciso circa la validità del contratto in base all'art. 1322, comma 2, c.c.⁴⁴⁹ e, nella maggior parte di tali casi, il giudizio di meritevolezza è considerato quale equivalente del giudizio di liceità⁴⁵⁰.

Questioni sull'art. 1322 cod. civ., in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 283.

⁴⁴⁶ G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 324 ss.; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 223 ss.; U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, 161 ss.

⁴⁴⁷ F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, p. 160.

⁴⁴⁸ F. LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, cit., p. 92 ss.

⁴⁴⁹ G. DE NOVA, *Leasing*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 466; per una rassegna dei casi in cui il giudice ha applicato l'art. 1322, comma 2 c.c. cfr. M.A. URCIOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss.

⁴⁵⁰ Ad esempio, si vedano Cass., 10 febbraio 1970, n. 325, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 264; Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 56.

2.6 Il *renouveau de la cause* in Francia negli anni '90

2.6.1 *La clause de réclamation*

Il punto di rottura nella concezione della causa e del controllo realizzabile tramite la stessa, dovuto alle trasformazioni socio-economiche analizzate, si verifica in Francia a partire dagli anni '90 ed ha le prime ricadute giurisprudenziali in relazione alla validità della clausola *claims made* (o *clause de réclamation de la victime*).

In Francia la clausola *claims made* è stata oggetto di un vivo dibattito dottrinale a partire dagli anni '80 del secolo scorso, nonché di numerosi interventi della giurisprudenza e, in seguito, del legislatore⁴⁵¹.

Le sentenze più risalenti avevano considerato tale clausola valida in quanto non contrastante con l'ordine pubblico⁴⁵². Tale orientamento veniva parzialmente modificato già nelle pronunce successive, poiché la Suprema Corte affermava che dette clausole, pur essendo valide, non fossero opponibili al terzo danneggiato⁴⁵³.

In seguito, tuttavia, la *Cour de cassation* effettuava un completo *revirement* delle proprie posizioni: esaminando la validità della clausola attraverso gli strumenti del diritto comune, ed in particolare tramite la causa del contratto, si affermava che la *clause de réclamation* privasse di causa l'obbligazione dell'assicurato di pagare il premio e fosse, quindi, invalida⁴⁵⁴.

Sulla base del combinato disposto dell'art. 1131 (nella versione precedente alla riforma⁴⁵⁵) e dell'art. L. 124-1 *code des assurances*, la Suprema Corte statuiva

⁴⁵¹ In generale cfr. M. CHAGNY e L. PERDRIX, *Droit des assurances*, Paris, 2014, p. 208 ss.; Y. LAMBERT-FAIVRE e L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Paris, 2017, p. 507 ss.; B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, Paris, 2015, p. 554 ss.; J. BONNARD, *Droit des assurances*, Paris, 2016, p. 157 ss.

⁴⁵² Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1978, in *Bull. civ.*, I, n. 366.

⁴⁵³ Ad esempio, cfr. Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1985, in *Rev. gén. ass. terr.*, 1985, p. 410 ss., con nota di G. Viney; Cass. 3^e civ., 8 avril 1987, *ivi*, 1988, p. 103. Su tale orientamento v. Y. LAMBERT-FAIVRE e L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, cit., p. 511-512.

⁴⁵⁴ Y. LAMBERT-FAIVRE e L. LEVENEUR, *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, in *D.*, 1993, p. 13.

⁴⁵⁵ Le disposizioni del *Code civil* concernenti i contratti, le obbligazioni e le prove sono state integralmente riformate tramite l'*ordonnance* 10 février 2017, n. 2016-131.

che tale clausola deve reputarsi come non scritta in quanto: «il versamento dei premi per il periodo intercorrente tra l’inizio dell’efficacia del contratto di assicurazione ed il suo termine ha come controprestazione necessaria la garanzia dei danni causati da un fatto verificatosi in tale periodo», e: «la clausola della polizza secondo cui il danno è garantito solo qualora la richiesta risarcitoria della vittima sia stata formulata nel corso della vigenza del contratto, in ogni caso necessaria per l’operatività dell’assicurazione della responsabilità, priva l’assicurato del beneficio dell’assicurazione in ragione di un fatto che non è a lui addebitabile e crea un vantaggio illecito in quanto privo di causa a favore del solo assicuratore, che in tale caso percepirebbe dei premi senza controprestazione»⁴⁵⁶.

Occorre sottolineare che, tramite la nozione di causa dell’obbligazione propria del codice francese risulta più agevole sottoporre al vaglio del giudizio causale le clausole che incidono significativamente sull’obbligazione di una parte⁴⁵⁷; tale impostazione permette infatti di valutare in maniera analitica le obbligazioni dei contraenti ed intervenire anche sulle singole clausole che modificano la struttura dell’operazione economica⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 1990, (7 arrêts), in *Bull. civ.*, I, n. 303.

⁴⁵⁷ La Suprema Corte italiana ha superato le possibili problematiche derivanti dall’unitarietà della nozione di causa, legata al binomio esistenza/assenza della stessa, facendo riferimento al giudizio di meritevolezza. Nell’analisi effettuata, tuttavia, si fa esplicitamente ricorso al giudizio causale: la clausola *claims made*, infatti, modifica significativamente lo scambio tra il pagamento del premio e la copertura del rischio e, quindi, incide significativamente sulla causa del contratto, poiché riduce notevolmente la garanzia (benché la causa rimanga comunque la stessa e quindi l’atipicità non si estenda all’intero contratto, cfr. L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 833 ss.). Su tali aspetti cfr. par. 5.1.

⁴⁵⁸ Tale approccio ha portato una parte della dottrina a sostenere che la *Cour de cassation* dovrebbe verificare l’esistenza della causa per ogni obbligazione ed addirittura per ogni singola clausola del contratto: tale dibattito si è sviluppato, inizialmente, circa sentenze che concernevano la clausola penale. La giurisprudenza ha tuttavia rigettato questa ipotesi, affermando che la causa deve essere valutata in relazione alle obbligazioni del contratto nel loro complesso: Cass. com., 3 février 1975, in *Bull. civ.*, IV, n. 32; Cass. com., 4 juillet 1972, *ivi*, IV, n. 32; Cass. com., 21 octobre 1974, *ivi*, IV, n. 255; Cass. com., 12 mai 1976, *ivi*, IV, n. 163; Cass. com., 22 février 1977, *ivi*, IV, n. 58; Cass. 3^e civ., 16 mai 1974, *ivi*, III, n. 207; Cass. com., 11 mai 1976, *ivi*, IV, n. 157; Cass. com., 5 mars 1974, *ivi*, IV, n. 78; Cass. com., 22 mai 1978, *ivi*, IV, n. 141. In dottrina cfr.: J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La Formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, diretto da Ghestin, t. 2, Paris, 2013, p. 542-543. Hanno sostenuto che la causa dovesse essere valutata in relazione alle singole clausole B. BOCCARA, comm. Trib. com. Grenoble, 12 mai 1969, in *JCP*, 1970, II, 16155. In giurisprudenza Paris, 27 juin 1970, *ibidem*, II, 16756, con nota di Boubli.

La posizione adottata dalla *Cour de cassation* è ancora più drastica di quella che sarà in seguito assunta dalle Sezioni Unite italiane⁴⁵⁹, dato che si è affermato che la clausola deve sempre e comunque reputarsi come non scritta, a prescindere dallo specifico contratto, dalla concreta modalità di redazione della *claims made* e dal contesto in cui la polizza è stata stipulata.

Tale orientamento non è stato esente da critiche: esso equipara lo squilibrio delle prestazioni alla completa assenza di causa⁴⁶⁰, senza valutare l'entità di tale squilibrio nel caso concreto. Infatti, come sottolineato dalla dottrina, la giurisprudenza non ha preso in considerazione il fatto che il premio è normalmente calcolato in rapporto alla minor estensione della copertura⁴⁶¹.

Nelle sentenze successive la *Cour de cassation* ha confermato la propria posizione, sanzionando una clausola di una polizza che, al fine di aggirare il divieto posto dalla giurisprudenza, basava la garanzia sul sistema *loss occurrence*, ma limitava la copertura alle richieste formulate nei due anni successivi alla conclusione del contratto⁴⁶². Il medesimo giudizio di nullità per assenza di causa ha inoltre colpito le *clauses de garantie subséquente*, che limitano la garanzia ai sinistri verificatisi nel corso di vigenza della polizza e la cui richiesta risarcitoria sia effettuata entro lo scadere della stessa o entro un determinato lasso di tempo⁴⁶³.

Tale principio aveva inizialmente trovato una parziale eccezione solamente in relazione a specifiche normative di origine regolamentare, che prevedevano esplicitamente la possibilità di far dipendere la copertura dal momento in cui fosse effettuata la richiesta risarcitoria⁴⁶⁴: la Suprema Corte francese affermava infatti che, in tale caso, era l'ordinamento stesso a prevedere un'eccezione⁴⁶⁵. Detto orientamento è stato peraltro contraddetto dalla giurisprudenza del *Conseil*

⁴⁵⁹ Cfr. par. 5.1.

⁴⁶⁰ Si sottolinea che per il contratto di assicurazione non è prevista la fattispecie della *lésion*, la quale permette, in relazione a specifici contratti, di sanzionare l'eccessivo squilibrio delle obbligazioni delle parti.

⁴⁶¹ J. BIGOT, J. KULLMANN e L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 605 ss.

⁴⁶² Cass. civ. 1^{re}, 16 décembre 1997, in *Rev. gén. dr. ass.*, 1998, p. 124, con nota di L. Mayaux; J. BIGOT, J. KULLMANN e L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 602.

⁴⁶³ Y. LAMBERT-FAIVRE e L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, cit., p. 511.

⁴⁶⁴ Era il caso, ad esempio, della responsabilità degli agenti immobiliari, delle agenzie di viaggio, degli esperti contabili, dei contratti di assicurazione conclusi dai centri di emotrasfusione.

⁴⁶⁵ Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1999, in *Bull. civ.*, I, n. 82.

*d'État*⁴⁶⁶, nonché dalle successive sentenze della *Cour de cassation*⁴⁶⁷, che hanno escluso *tout court* la validità delle *clauses de réclamation*⁴⁶⁸.

Infine, anche in seguito alla legge che ha regolato la materia⁴⁶⁹, la Suprema Corte francese ha riaffermato tale principio (applicabile qualora la polizza non sia soggetta alla nuova normativa⁴⁷⁰), statuendo che: «la corresponsione dei premi per il periodo che va dall'inizio della copertura del contratto di assicurazione al suo termine, qualora non sia diversamente autorizzato dalla legge applicabile al caso di specie, ha come controprestazione necessaria la garanzia dei danni generati da un fatto che si è prodotto in tale periodo; ogni clausola che mira a ridurre la garanzia dell'assicuratore ad un lasso di tempo inferiore alla durata della responsabilità dell'assicurato genera un'obbligazione senza causa, pertanto illecita e da considerare come non scritta»⁴⁷¹.

Sul tema è intervenuto il legislatore, il quale ha invece parzialmente ammesso la validità delle clausole *claims made*⁴⁷². Dapprima, con la l. 4 marzo 2002, n. 2002-303, è stata consentita l'introduzione di tali clausole nelle polizze concernenti la responsabilità medica⁴⁷³; in seguito, l'art. 80 della l. 1° agosto 2003, n. 2003-706 (*loi de sécurité financière*) ha regolato la disciplina delle *claims made* in relazione

⁴⁶⁶ Conseil d'État, 29 décembre 2000, in *D.*, 2001, 1265, con nota di Y. Lambert-Faivre, in *Rev. gén. dr. ass.*, 2001, p. 97, con nota di Vincent. Su tale pronuncia cfr. altresì C. DELPOUX, *Durée de la garantie dans les assurances de responsabilité civile réglementée: un nouveau cas d'insécurité juridique*, *ibidem*, 33 ss.

⁴⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 2004, n° 01-00574.

⁴⁶⁸ J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., 603 s.

⁴⁶⁹ V. *infra*.

⁴⁷⁰ Cass. 3^e civ., 26 novembre 2015, in *Bull. civ.*, III, n. 1332; Cass. civ. 1^{re}, 12 avril 2005, in *Bull. civ.*, I, n. 185; Cass. 2^e civ., 17 février 2005, *ivi*, II, n. 35. Circa le problematiche attinenti alla successione delle leggi nel tempo ed alla normativa applicabile cfr. M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, cit., p. 212 ss.; J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 636 ss.; in giurisprudenza Cass. com., 14 décembre 2010, in *Bull. civ.*, 2010, IV, n. 115; Cass. 2^e civ., 25 juin 2009, in *Bull. civ.*, 2009, II, n. 171.

⁴⁷¹ Cass. com., 14 décembre 2010, n° 08-21606, in *Bull. civ.*, IV, n. 200. Si consideri infine che, con la riforma del *Code civil* del 2016, la causa non è più prevista quale condizione di validità del contratto; tuttavia il legislatore ha introdotto due nuove norme (artt. 1169 e 1170) relative al contenuto del contratto, che potrebbero essere utilizzate al fine di svolgere il medesimo tipo di controllo (anche se, sia in ragione dell'applicazione delle leggi nel tempo, ci pare che il numero di polizze a cui potrebbe applicarsi tale normativa sia del tutto residuale).

⁴⁷² Sulla disciplina attuale cfr. J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 608 ss.; M. CHAGNY et L. PERDRIX, *Droit des assurances*, cit., p. 211 ss.; B. BEIGNIER et S. BEN HADJ YAHIA, *Droit des assurances*, cit., p. 557 ss.; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, cit., p. 516 ss.

⁴⁷³ J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 608 ss.

a tutti contratti di assicurazione della responsabilità civile⁴⁷⁴. Attualmente la legge prevede che le parti possano scegliere come modulare l'operatività della copertura; tale libertà è però sottoposta a limiti ben definiti: la loro breve disamina è interessante poiché costituiscono il modello su cui si devono basare le polizze assicurative e, dunque, rappresentano l'imposizione di un modo di essere dell'accordo affinché esso possa considerarsi dotato di causa (e le analogie con la recente giurisprudenza italiana, come vedremo⁴⁷⁵, sono molteplici).

Le clausole *claims made* sono, in generale, considerate valide⁴⁷⁶; tuttavia, esse devono coprire sia gli eventuali fatti dannosi sconosciuti all'assicurato antecedenti alla conclusione della polizza (senza alcuna limitazione temporale)⁴⁷⁷, sia prevedere una garanzia postuma di almeno cinque anni⁴⁷⁸.

L'ultrattività per le richieste risarcitorie concernenti sinistri avvenuti nel corso di vigenza della polizza non può invece essere inferiore a dieci anni per alcune professioni ed attività specificamente indicate (ad esempio per gli avvocati, i notai, gli assicuratori, i periti giudiziari, gli esperti contabili)⁴⁷⁹. La garanzia postuma deve

⁴⁷⁴ L. MAYAUX, *La durée de la garantie en assurances de responsabilité depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003, les rayons et les ombres*, in *Rec. gén. droit ass.*, 2003, p. 647 ss. Circa l'evoluzione della disciplina concernente la clausola *claims made* cfr. AA.VV., *La validité des clauses "de réclamation" dans les contrats d'assurances de responsabilité en droit français*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2005, juillet-août, p. 57 ss.; G. COURTIEU, *Assurance de responsabilité, durée de la garantie: la nouvelle donne*, in *Resp. civ. ass.*, 2003, XII, chronique 30.

⁴⁷⁵ Cfr. par. 4.1.

⁴⁷⁶ L'art. L. 124-5, comma 1, *cod. ass.*, dispone che: «*La garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait dommageable, soit par la réclamation*».

⁴⁷⁷ L'art. L. 124-5, comma 3, *cod. ass.*, prevede che: «*La garantie déclenchée par le fait dommageable couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre*».

⁴⁷⁸ L'art. L. 124-5, comma 4, *cod. ass.*, prevede che: «*La garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait dommageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie, et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionné par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs des sinistres*». L'art. L. 124-5, comma 5, *cod. ass.*, dispone che: «*Le délai subséquent des garanties déclenchées par la réclamation ne peut être inférieur à cinq ans. Le plafond de la garantie déclenchée pendant le délai subséquent ne peut être inférieur à celui de la garantie déclenchée pendant l'année précédant la date de la résiliation du contrat. Un délai plus long et un niveau plus élevé de garantie subséquente peuvent être fixés dans les conditions définies par décret*».

⁴⁷⁹ Cfr. l'art. R124-2 *cod. ass.* e il décret 26 novembre 2004, n. 2004-1284.

essere altresì di dieci anni per l'ultima polizza sottoscritta da una persona fisica prima della cessazione dell'attività o del decesso⁴⁸⁰.

Infine, l'art. L. 124-5, comma 6 e 7, *cod. ass.*⁴⁸¹, regola il rapporto di successione tra le polizze concluse con assicuratori diversi o con un sistema di copertura diverso⁴⁸²; sono fatte salve le disposizioni speciali che prevedano discipline differenti (come, ad esempio, l'art. L. 241-1 *cod. ass.*).

Di conseguenza tale normativa, pur ponendosi parzialmente in contrasto con la giurisprudenza della Suprema Corte, impone modalità di strutturazione della *clause de réclamation* che garantiscano all'assicurato e, quindi, ai terzi danneggiati, un ampio periodo di copertura.

Rimane invece fermo il divieto di basare la garanzia sul sistema *claims made* per le polizze che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale legge (sia perché antecedenti alla sua entrata in vigore, sia perché non concernenti i settori ivi regolati). Per quanto riguarda invece l'assicurazione della responsabilità delle persone fisiche al di fuori della propria attività professionale, la legge impone, con norma imperativa, che la garanzia dipenda dal momento in cui avviene il fatto dannoso⁴⁸³.

2.6.2 Le tensioni inerenti al giudizio causale ed il nuovo controllo giudiziale sul contratto

Le riflessioni dei giusprivatisti, con il progressivo abbandono di una concezione dogmatica e formalistica del contratto, di cui la giurisprudenza sulla

⁴⁸⁰ L'art. R124-4, comma 1, *cod. ass.*, dispone che: «*Lorsque la garantie souscrite par une personne physique pour son activité professionnelle est la dernière garantie avant sa cessation d'activité professionnelle ou son décès, le délai prévu aux quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 124-5 ne peut être inférieur à dix ans*».

⁴⁸¹ L'art. L. 124-5, comma 6, *cod. ass.*, prevede che: «*Lorsqu'un même sinistre est susceptible de mettre en jeu les garanties apportées par plusieurs contrats successifs, la garantie déclenchée par le fait dommageable ayant pris effet postérieurement à la prise d'effet de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière est appelée en priorité, sans qu'il soit fait application des quatrième et cinquième alinéas de l'article L. 121-4*». L'art. L. 124-5, comma 7, *cod. ass.*, dispone che: «*Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux garanties d'assurance pour lesquelles la loi dispose d'autres conditions d'application de la garantie dans le temps*».

⁴⁸² J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 632 ss.

⁴⁸³ Art. L. 124-5, comma 1, *cod. ass.*

clause de réclamation costituisce un primo passo, sono sempre più influenzate da elementi e preoccupazioni volte a prendere in considerazione l'accordo nel concreto contesto nel cui lo stesso è concluso e la sua specifica funzione. Si prendono le distanze dal detto liberale ottocentesco secondo cui «qui dit contractuel dit juste», che si traduceva in un controllo dell'accordo volto solamente ad accertare il rispetto delle norme imperative e che la volontà delle parti fosse presente e non viziata.

Come evidenziato, in tale contesto la causa dell'obbligazione, quale requisito ulteriore rispetto al solo consenso, era comunque volta a controllare che la volontà rispettasse il modello utilitaristico dello scambio proprio di ogni economia di mercato; tuttavia, il controllo si limitava alla liceità della causa ed all'esistenza di una controprestazione. Il giudice, presentato come «bouche de la loi», svolgeva un controllo limitato al rispetto di tali requisiti, rimanendo esterno rispetto al carattere economico di quanto pattuito, all'utilità dell'accordo per i contraenti ed allo squilibrio sussistente tra le obbligazioni.

Come detto, tuttavia, la concezione del contratto, della sua funzione e, conseguentemente, dei controlli che devono essere effettuati sullo stesso, dipende dall'idea che si ha del mercato, della razionalità dei soggetti che vi partecipano e della loro capacità di effettuare scelte consapevoli ed efficienti. Prendendo le distanze dal modello secondo cui i contraenti, fatta astrazione del contesto economico nel quale gli stessi sono inseriti e delle asimmetrie informative e di potere negoziale, sono posti sul medesimo piano ed il loro consenso, salvo errori nella formazione della volontà, è libero e quindi vincolante, si inizia ad esercitare un controllo più penetrante sul contratto, volto a sindacare il rapporto tra le obbligazioni delle parti e la sua razionalità.

La causa assume un ruolo sempre maggiore e si sviluppa un movimento, plurale portatore di soluzioni innovative, definito *renouveau de la cause*. In tale contesto si distinguono sentenze che continuano ad adottare un approccio che, pur modificando alcuni aspetti essenziali del giudizio causale, mantengono una concezione oggettiva della *cause de l'obligation* (come l'*arrêt Chronopost*⁴⁸⁴), da

⁴⁸⁴ Cfr. par. 2.6.3.

decisioni che promuovono la *subjectivation de la cause*, che ha avuto ad oggetto la rivalutazione dell'ambito di rilevanza dei motivi dei contraenti. Secondo la teoria classica, infatti, i motivi devono essere esaminati sotto il profilo della liceità: una volta passato tale vaglio, essi non sono rilevanti al fine di esaminare l'esistenza della causa. Numerosi autori hanno invece iniziato ad interrogarsi circa la rilevanza dei motivi, nell'ottica di ampliare gli elementi da considerare nella valutazione della causa dell'obbligazione dell'accordo. Secondo tale teoria, al fine di valutare l'esistenza della causa, dovrebbero essere considerati anche i motivi di ciascuna parte che siano conosciuti dall'altro contraente.

L'esistenza della causa dipenderebbe, quindi, anche dalla effettiva possibilità di realizzare tali obiettivi, cosicché il contratto sarebbe nullo qualora, in ragione delle circostanze relative alla formazione dell'accordo, questi non siano effettivamente raggiungibili. Il dibattito relativo a questo movimento è stato estremamente ampio ed ha avuto notevoli ripercussioni in giurisprudenza. L'*arrêt Point club vidéo*⁴⁸⁵, di cui si dirà in seguito, è almeno parzialmente espressione di questa teoria. Si propone quindi un allargamento del controllo giudiziale tramite una presa in considerazione di aspetti giudicati tradizionalmente irrilevanti rispetto all'esistenza della causa dell'obbligazione.

A prescindere dalla condivisibilità delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza che si è resa protagonista del *renouveau de la cause*, occorre evidenziare alcuni aspetti che tale orientamento fa emergere e che sono rilevanti per comprendere il campo nel quale si è mossa la recente riforma del *Code civil* e le ipotesi teoriche della valutazione dell'accordo.

Una prima caratteristica di questo movimento è quella di analizzare il contratto nella sua dinamica concreta. Si superano i limiti di un controllo presentato come oggettivo ed astratto, concernente l'esistenza della controprestazione, e si effettua un'indagine dello specifico contratto relativa alle prestazioni pattuite ed alla loro idoneità a soddisfare i motivi personali dei contraenti. È infatti chiaro che l'analisi dei motivi dei contraenti presupponga una valutazione del contratto, del

⁴⁸⁵ Cfr. par. 2.6.4.

contesto nel quale lo stesso è stato concluso e degli obiettivi dei contraenti che non può che essere determinato caso per caso; in relazione a tali aspetti un'analisi astratta e standardizzata non apporterebbe alcun elemento utile.

In secondo luogo, tale approccio ammette come possibilità che il contratto, pur non sussistendo vizi della volontà, possa essere completamente inadeguato a realizzare gli obiettivi di un contraente: tale aspetto rileva poiché presuppone un modello di contraente differente da quello ottocentesco e conferisca importanza ad elementi - quali la proporzione tra le prestazioni e l'utilità del contratto per la parte - che precedentemente erano considerati come impliciti e garantiti dall'espressione del consenso.

Le motivazioni e finalità di tale approccio sono molteplici, dato che esso può (alternativamente o cumulativamente) fondarsi sul paternalismo legato all'incapacità del contraente, sulla considerazione della «giustizia» insita nell'effettiva realizzabilità degli obiettivi perseguiti dalle parti tramite il contratto, sull'ampliamento degli elementi da valutare nel giudizio della razionalità dello scambio. In linea generale, non ci si limita più a valutare l'esistenza di una controprestazione che sia seria: questo requisito è necessario, ma non sufficiente affinché il contratto sia automaticamente ritenuto utile per i contraenti.

Data l'importanza della *subjectivation de la cause* e le possibili ambiguità terminologiche che possono sorgere nella comparazione con il diritto italiano, occorre fare una precisazione linguistica e concettuale: quando si fa riferimento agli obiettivi in diritto francese si considerano gli obiettivi personali dei contraenti; quando in Italia si fa riferimento allo scopo del contratto si considera invece l'obiettivo dell'operazione economica concepita unitariamente: lo scopo si determina quindi sulla funzione economica del contratto e non in relazione agli scopi personali dei contraenti. Tale differenza, che deriva in parte dalla concezione della causa quale causa del contratto e non come causa dell'obbligazione (che porta a scomporre l'analisi in relazione ai singoli contraenti), è rilevante al fine di non operare sovrapposizioni tra ciò che rientra all'interno del giudizio causale e ciò che, invece, ne rimane fuori, oltre che per non tracciare avventati legami tra l'orientamento della causa in concreto italiana ed il movimento di soggettivazione

francese. Se il primo, infatti, è tutto volto al superamento di un controllo astratto legato al tipo, ma tende a rimanere oggettivo, il secondo favorisce un controllo in concreto, ma porta altresì, in alcune sue espressioni, a soggettivizzare il controllo.

2.6.3 L'arrêt Chronopost

Se la giurisprudenza concernente le *clauses de réclamation* ha costituito il primo passo del movimento del *renouveau de la cause*⁴⁸⁶, lo snodo fondamentale che ha ampliato in maniera dirompente l'ambito del controllo effettuato tramite il giudizio causale è unanimemente riconosciuto nella sentenza *Chronopost*⁴⁸⁷. Tale notissima vicenda giudiziaria è stata oggetto di un dibattito estremamente ampio⁴⁸⁸ ed ha costituito lo snodo fondamentale degli sviluppi delle teorie sulla causa, nonché delle applicazioni giurisprudenziali successivi.

Ai fini della nostra indagine non è opportuno ripercorrere nel dettaglio le vicende alla base della sentenza, né riesaminare criticamente tutte le tesi della dottrina che si è cimentata sul tema. L'oggetto della disputa e le conseguenze di tale arresto sono stati infatti non solo analizzati da innumerevoli prospettive, ma gli sviluppi della giurisprudenza successiva hanno permesso di valutare gli effetti di tale decisione sull'ampiezza del controllo giudiziale sul contratto.

Ai fini della prospettiva e della tesi qui sostenuta è invece opportuno analizzare tale sentenza come passaggio fondamentale nel controllo esercitato sul contratto tramite la causa, esaminandone la razionalità, l'approccio e le

⁴⁸⁶ V. par. 2.6.1. Un'applicazione della causa al fine di sanzionare la clausola vi era stata anche in relazione alle clausole *dates de valeur* (cfr. Cass. com. 6 avr. 1993, n° 90-21.198, in *Bull. civ.*, IV, n° 138; in *D.* 1993, p. 310, note Gavaldà; in *JCP*, 1993, II, p. 22062, note Stoufflet; in *RTD com.* 1993, p. 549, obs. Cabrillac et Teyssié), anche se la soluzione adottata in quest'ultimo caso sembra censurare una pratica più che una clausola, cfr. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement validité du contrat*, cit., p. 252-253.

⁴⁸⁷ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, in *Bull. civ.*, IV, n° 261; in *D.*, 1997, somm. 175, obs. Delebecque; in *RTD civ.*, 1997, p. 418, obs. J. Mestre; in *D.*, 1997, p. 121, note A. Sériaux; in *JCP* 1997, I, p. 4002, obs. M. Fabre-Magnan; in *CCC*, 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur; in *Defrénois*, 1997, art. 36516, p. 333, obs. D. Mazeaud; in *D. Affaire*, 1997, chron. 235 comm. D. Delebecque; in *D.*, 1997, chron. 145, comm. D. Larroumet.

⁴⁸⁸ Parla di «abondance exceptionnelle des commentaires» J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 191.

implicazioni nel contesto di quel mutamento che era allora appena iniziato in Francia e che interesserà il contesto italiano in un momento successivo⁴⁸⁹.

I fatti della vicenda sono i seguenti: la Société Bancherau concludeva due contratti di trasporto rapido con la società Chronopost, specialista nelle consegne entro brevi termini. Chronopost, società molto nota e affermata nel settore, garantiva la consegna del plico entro un giorno. I due plichi spediti contenevano offerte per la partecipazione a gare di appalto, che dovevano necessariamente essere consegnati entro la data prestabilita. In entrambi i casi Chronopost era inadempiente, poiché il pacco veniva consegnato in ritardo; di conseguenza, la Société Bancherau era esclusa da entrambe le gare. Essa agiva dunque contro Chronopost per ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti; la convenuta eccepiva la limitazione della responsabilità prevista da una clausola del contratto, che stabiliva che, in caso di mancato rispetto dei termini di consegna, il risarcimento del danno non avrebbe potuto essere maggiore del prezzo pagato per il trasporto.

La società Bancherau sosteneva che la clausola fosse nulla in quanto, rendendo pressoché privo di conseguenze l'inadempimento rispetto alla consegna nel termine (in ragione della limitazione della responsabilità), aveva come effetto quello di privare di contenuto l'obbligazione di celere consegna, che invece costituiva l'elemento essenziale dell'obbligazione assunta da Chronopost e la ragione per la quale il committente pagava il prezzo del trasporto.

La *Cour de cassation* censura la decisione della *Cour d'Appel*, che aveva rigettato le domande della società Bancherau. Tuttavia, non lo fa affermando che l'inadempimento di un'obbligazione essenziale costituisca una colpa grave (il che avrebbe comportato la non operatività della clausola di limitazione della responsabilità); applica invece la dottrina della causa.

In particolare, sulla base dell'art. 1131 *Code civil* (nella sua versione antecedente alla riforma) statuisce che: «attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancherau dans

⁴⁸⁹ Cfr. cap. 3, 4 e 5.

un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé.»

La sentenza costituisce un passo ulteriore e decisivo verso l'ampliamento del controllo effettuato tramite il giudizio causale: ciò viene fatto tramite una innovativa impostazione nell'analisi del contratto e del rapporto tra le sue clausole.

Innanzitutto, il controllo è esteso alla clausola, che viene tuttavia esaminata non singolarmente, ma in relazione a tutto il contenuto dell'accordo. In secondo luogo, l'analisi viene effettuata in concreto: non si prende in considerazione il modello contrattuale e la sua eventuale tipizzazione, tramite un giudizio di conformità del contratto rispetto ad esso, ma lo specifico accordo e gli obiettivi divisati dai contraenti. Tale modalità di ragionamento ha permesso di considerare come obbligazione fondamentale del vettore, controprestazione del pagamento del prezzo, non solo la consegna del plico - che è effettivamente avvenuta⁴⁹⁰ - ma la sua consegna entro il termine previsto⁴⁹¹.

Ciò è stato fatto non accedendo ad una interpretazione soggettiva ed integrando la valutazione dei motivi personali dei contraenti all'interno del giudizio causale, ma tramite un'analisi oggettiva del contratto⁴⁹² come operazione economica e dell'obiettivo che con esso si vuole realizzare⁴⁹³, come scambio valutato in relazione all'economia pattuita dai contraenti, come realizzazione della ragione dell'impegno. È in tal senso che la consegna nel termine prestabilito viene considerata quale obbligazione essenziale.

Come già evidenziato in relazione al controllo effettuato sulla *clause de réclamation*, il valutare come la clausola incida sulla causa dell'accordo comporta

⁴⁹⁰ Infatti una parte della dottrina, criticando la decisione, ha asserito che l'obbligazione del vettore consisteva nella consegna del plico, che non era intaccata dalla clausola limitativa della responsabilità, e quindi non poteva dirsi che il contratto fosse privo di causa.

⁴⁹¹ Ed è di conseguenza *ab initio* che il contratto è privo di causa, e non solo in ragione dell'inadempimento, cfr. J.-M. GUÉGUEN, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de la justice contractuelle*, in *D.*, 1999, chron. 352, n° 12.

⁴⁹² Sulla causa come fattispecie che permette l'oggettivazione del contratto cfr. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, cit., p. 148.

⁴⁹³ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 195-196.

un passaggio nel livello di incisione della causa stessa. La sanzione conseguente al giudizio causale non colpisce l'ipotesi di assenza totale di causa, ma di sua grave incisione. Ciò significa, in altri termini, che viene valutata non la completa assenza della controprestazione, ma lo squilibrio notevole tra le obbligazioni delle parti⁴⁹⁴. D'altro lato, benché la causa venga valutata in relazione all'obbligazione (e non in relazione alla clausola⁴⁹⁵), la sanzione della nullità colpisce solamente la clausola, mentre il contratto, così modificato, rimane valido⁴⁹⁶. Si adotta quindi un approccio funzionalista, volto a conservare il contratto e, al tempo stesso, ad espungere dallo stesso un elemento che ne vizierebbe la razionalità intrinseca⁴⁹⁷.

Inoltre, è opportuno sottolineare che l'analisi della Suprema Corte è chiaramente influenzata dal fatto che il contratto sia un contratto *standard*, imposto dalla società di trasporto e non negoziato dai contraenti⁴⁹⁸. La mancata negoziazione della clausola implica che la stessa sia imposta dal contraente più forte, senza che l'altra parte abbia potuto valutarne la portata od ottenere alcunché come controprestazione. La clausola limitativa priva di contenuto l'obbligazione essenziale poiché ne rende sostanzialmente privo di conseguenze l'inadempimento⁴⁹⁹: la previsione è dunque irragionevole ed incide sul valore stesso della prestazione, rendendolo squilibrato rispetto al prezzo pagato. Proprio per questa nuova considerazione della razionalità del contratto una parte della dottrina

⁴⁹⁴ Si è affermato che la sussistenza, nel contratto, di contraddizione tra l'obbligazione essenziale e altre clausole è prova dello squilibrio, cfr. R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, th. Paris, 1997, p. 330.

⁴⁹⁵ Come invece aveva proposto una parte della dottrina, cfr. A. SÉRIAUX, *L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle*; in *D.*, 1997, p. 121 ss.; G. ARBANT-MICHEL, *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. Multycop. Montpellier, 2001, n° 533 ss.; e già, on relazione alla clausola penale, B. BOCCARA, note sous Trib. com. Grenoble, 12 mai 1969, in *JCP* 1970, II, p. 16155.

⁴⁹⁶ L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002, p. 312-313.

⁴⁹⁷ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 184-186. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, t. 1, p. 463-464 aveva già messo in evidenza che sono sanzionate tramite l'inefficacia clausole apparentemente secondarie, ma che privano sostanzialmente di contenuto l'obbligazione essenziale.

⁴⁹⁸ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 186.

⁴⁹⁹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 190. Si è giunti ad affermare che essa sia incompatibile con l'obbligazione di consegna nei tempi prestabiliti, cfr. D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, in *Défrenois*, 1997, art. 36516, p. 333. Un altro autore ha letto la sentenza come applicazione del principio di coerenza, cfr. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, I, Aix-Marseille, 2001, p. 384 ss.

ha asserito che tale sentenza instaurerebbe una *police des contrats*⁵⁰⁰ e che limiterebbe la libertà delle parti⁵⁰¹.

Infine, è evidente l'influenza che il diritto del consumo e, in particolare, l'approccio veicolato dalla direttiva sulle clausole abusive⁵⁰² (di tre anni precedente) e dalla legge francese del 1 febbraio 1995, che trasponeva nel diritto interno tale direttiva, hanno esercitato sulla decisione del caso. Questa «contaminazione» dimostra come la razionalità di un diritto speciale, che pure si fonda sulla disciplina generale del contratto, possa influenzare e modificare l'applicazione di norme fondamentali del diritto comune, come quelle sulla causa. Inoltre dimostra come, da un lato, gli elementi che incidono sulla causa possano essere anche clausole che non concernono direttamente l'oggetto, dall'altro, come la frontiera che esclude che tramite le disposizioni consumeristiche⁵⁰³ possano essere controllati l'oggetto e il prezzo sia mobile.

La clausola limitativa di responsabilità non concerne direttamente l'oggetto e non dovrebbe incidere direttamente sulla causa (ed infatti essa è un esempio tipico di clausola abusiva secondo il codice del consumo). Al tempo stesso, tuttavia, la Corte di Cassazione afferma che incide sulla causa in modo tale da eliminarla e, quindi, deve essere dichiarata nulla.

La centralità della valutazione dell'incisione della clausola sul rapporto tra le obbligazioni ed il suo carattere, imposto o meno, è evidenziata dalla giurisprudenza successiva. Con la nota sentenza *Faurecia IF*⁵⁰⁴ la *Cour de cassation* ha ribadito,

⁵⁰⁰ Espressione che viene solitamente utilizzata dalla dottrina francese in relazione al diritto del consumo ed al diritto della concorrenza.

⁵⁰¹ H. CAPITANT, F. TERRÉ e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris, 2000, p. 155.

⁵⁰² J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 180, 186, 195. In chiave critica H. CAPITANT, F. TERRÉ e Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, cit., p. 155 ss.

⁵⁰³ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 69 rileva come il contenzioso concernente la validità delle clausole limitative della responsabilità si sia progressivamente incentrato sull'applicabilità delle leggi di settore e, in particolare, sulla disciplina consumeristica.

⁵⁰⁴ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, in *Bull. civ. IV*, n° 115; in *D.*, 2010, p. 1832, note D. Mazeaud; in *JCP G*, 2010, n° 8, p. 787, note D. Houtcieff; in *JCP E*, 2010, p. 1790, note Ph. Stoffel-Munck; in *RDC*, 2010, p. 1220, obs. Y.-M. Laithier; in *RTD civ.*, 2010, p. 555, obs. B. Fages. Cfr. anche Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10.350, in *RDC*, 2009, p. 1359, obs. D. Mazeaud; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, *Chronopost 5*, *Bull. civ. IV*, n° 132; in *D.*, 2006, p. 2288, note D. Mazeaud; in *AJ*, 2006, p. 1599, obs. Delpech; in *D.*, 2006, pan. 2638, obs. S. Amrani-Mekki et

sulla falsariga dell'arresto *Faurecia I*, che non tutte le clausole limitative della responsabilità sono nulle perché privano di causa il contratto. Al contrario, occorre valutare se la limitazione della responsabilità renda derisoria l'obbligazione della debitrice (e così non era nel caso di specie); come emerge dal ragionamento della Suprema Corte, per tale valutazione è determinante il fatto che il contratto sia stato liberamente negoziato dalle parti e, quindi, che la clausola non sia imposta⁵⁰⁵.

2.6.4 L'arrêt Point club vidéo

Un altro arresto della *Cour de cassation* ha segnato il dibattito sulla causa sul finire degli anni '90: si tratta del caso *Point club vidéo*⁵⁰⁶. Anch'esso oggetto di numerosi commenti e snodo fondamentale delle riflessioni della dottrina, esprime una visione della causa parzialmente differente da quella consacrata in *Chronopost*.

Anche in questo caso è opportuno ripercorrere solo brevemente i fatti della vicenda e mettere in luce quale concezione del contratto emerge dalla soluzione adottata dalla Suprema Corte. Occorre altresì sottolineare che, mentre la soluzione di *Chronopost* è stata seguita dalla giurisprudenza successiva ed è stata consacrata dalla riforma del 2016⁵⁰⁷, il *dictum* di *Point club vidéo* è invece stato messo in discussione dalla giurisprudenza successiva e non è stato codificato con la riforma.

Una coppia di privati concludeva un contratto di locazione di cassette video al fine di realizzare un'attività commerciale di locazione di cassette al pubblico. In ragione delle dimensioni estremamente ridotte del paese nel quale tale impresa doveva essere esercitata (ed anche dell'elevato canone pagato per il noleggio), il contratto risultava del tutto non redditizio. La *Cour de cassation*, giungendo alla medesima soluzione della *Cour d'appel*, conferma la nullità del contratto. In

Fauvarque-Cosson; in *D.*, 2007, par. 111, obs. Kenfack; in *RDC*, 2006, p. 1075, obs. Y.-M. Laithier; in *RDC*, 2006, p. 1224, obs. Carval.

⁵⁰⁵ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 54 afferma che la standardizzazione dei contratti rende più probabile che essi contengano clausole che contraddicono l'obbligazione essenziale.

⁵⁰⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, in *Bull. civ.* I, n° 286; in *D.*, 1997, p. 500 note Reigné; in *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. Mestre; in *RTD com.*, 1997, p. 308, obs. B. Bouloc; in *Defrénois*, 1997, p. 336, obs. D. Mazeaud.

⁵⁰⁷ Cfr. par. 5.9-5.11.

particolare si è affermato che: «l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes».

La *Cour de cassation*, pur senza riprendere i motivi sviluppati dalla sentenza di merito, che aveva esplicitamente menzionato l'irrealizzabilità dei motivi di una parte come fondamento dell'assenza di causa, ne riprende almeno implicitamente il ragionamento. Infatti, l'esecuzione del contratto secondo l'economia voluta dalle parti è espressione ellittica⁵⁰⁸, poiché non chiarisce a cosa si riferisca l'impossibilità, che può invece concernere due aspetti distinti. Sembra scorretto affermare che l'esecuzione del contratto fosse impossibile: non vi era infatti alcun ostacolo all'affitto delle cassette contro il pagamento del prezzo. Quello che era invece impossibile era lo svolgimento redditizio di un'attività di sublocazione di dette cassette, e ciò in ragione delle caratteristiche del paese nel quale l'attività di impresa doveva essere svolta.

In tale decisione la *Cour de cassation* adotta un'interpretazione della causa concreta, andando ad analizzare lo specifico contratto concluso delle parti, senza arrestarsi al tipo, ma vi aggiunge altresì una connotazione soggettiva⁵⁰⁹, esaminando i motivi che hanno spinto i contraenti a concludere quel determinato accordo. La (ovvia) valutazione del fatto che i contraenti hanno concluso il contratto per trarne un profitto entra a far parte, con un approccio nuovo, del giudizio causale: l'obbligazione degli affittuari delle cassette viene considerata priva di causa perché, in ragione delle dimensioni estremamente ridotte del paese e

⁵⁰⁸ Sulla base del fatto che il contratto doveva essere valutato nel quadro della creazione di un *point club vidéo* una parte della dottrina ha concluso che si trattava di un contratto complesso e che la *Cour de cassation* non ha valutato i motivi delle parti, quanto piuttosto l'impossibilità della creazione di tale impresa (che renderebbe il contratto in questione un ibrido tra l'affitto ed il *franchising*), cfr. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 261 ss. L'impostazione non convince pienamente, anche perché l'impossibilità non riguardava la creazione dell'impresa, ma il suo esercizio redditizio.

⁵⁰⁹ D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risqué-t-on pas d'aller trop loin ?*, cit., p. 143, legge le due sentenze in continuità, come manifestazioni della *subjectivation de la cause*.

quindi del carattere necessariamente limitato della clientela, il contratto non avrebbe potuto *ab origine* generare alcun arricchimento per gli affittuari.

Tale sentenza è la prima di quel filone di arresti giurisprudenziali che valuteranno, attraverso la lente della causa, la profittabilità del contratto per una parte e, a seconda dei casi, negheranno che tale elemento debba essere preso in considerazione dal giudice oppure riterranno che esso abbia la propria incidenza sulla causa dell'obbligazione⁵¹⁰. Tale ultimo orientamento viene in seguito abbandonato dalla giurisprudenza maggioritaria (benché permangano decisioni che fanno applicazione di detto principio)⁵¹¹ ed il controllo dei motivi viene espunto dal controllo circa l'esistenza della causa.

La sentenza costituisce un passaggio ulteriore nel controllo del contratto, nonché circa i limiti che incontra il giudice. Anche in questo caso, così come nell'*arrêt Chronopost*, l'analisi della causa dell'obbligazione è effettuata prendendo in considerazione lo specifico contratto ed il contesto nel quale lo stesso è stato concluso. Inoltre, come rilevato dai commentatori, è chiaro che la *Cour de cassation* abbia preso in considerazione la notevole disparità, informativa e di potere negoziale, intercorrente tra le parti, che ha fatto sì che l'affittuario non fosse in grado di valutare correttamente quella che si configurava invece *ab initio* come un'impossibilità di successo del progetto imprenditoriale. Tuttavia, la Suprema corte ha fatto un ulteriore passo, giungendo a dichiarare nullo il contratto per l'impossibilità di realizzare detto progetto: ha infatti valutato che essa rendesse nullo il contratto per assenza di causa dell'impegno del venditore. Tale soluzione, criticabile da molteplici punti di vista, merita di essere esaminata analiticamente.

Riteniamo che, così come in relazione all'*affaire Chronopost*, costituisca uno degli elementi di maggiore novità, nonché una delle manifestazioni della trasformazione della concezione del contratto, il fatto che nell'espletamento del giudizio causale le circostanze del caso concreto, fra cui anche la qualità delle parti,

⁵¹⁰ Sugli orientamenti ondivaghi della giurisprudenza successiva cfr. J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 79.

⁵¹¹ Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.452, in *JCP G*, 2007, II, n° 10119, obs. Y.-M. Serinet, in *RDC*, 2008, p. 231, obs. D. Mazeaud; Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, in *RJDA*, 2009, n° 805.

siano presi in considerazione. Al tempo stesso, l'approccio adottato nella sentenza presenta notevoli problematicità, che hanno portato a criticarlo una parte consistente della dottrina ed al fatto che esso non sia stato seguito dalla giurisprudenza maggioritaria successiva.

In primo luogo, genera una notevole incertezza per i contraenti: non vi sono infatti criteri determinati e prevedibili a priori per sapere quali siano i motivi da prendere in considerazione nella valutazione della causa. L'affermare che essi debbano essere entrati all'interno del campo contrattuale comporta solamente uno «spostamento» del problema e porta a domandarsi quali siano i criteri per determinare tale «entrata» (ad esempio, nel caso di specie non pare che tali motivi potessero ritenersi oggetto di alcuna pattuizione, nemmeno implicita). Il criterio della conoscibilità, inoltre, non risulta decisivo: se esso permette di escludere circostanze del tutto avulse dal contesto negoziale e non conoscibili dall'altro contraente, esso stesso non aiuta a risolvere i casi più complessi, che sono anche i più controversi; d'altro canto, il concetto stesso di conoscibilità ed i criteri da prendere in considerazione per valutarla sono privi di solide fondamenta.

In secondo luogo, tale teoria sovrappone piani ed elementi differenti: alcune delle questioni prese in considerazione dovrebbero essere affrontate tramite la disciplina dei vizi del consenso, che permettono di prendere in considerazione gli errori circa ciò che è pattuito. La causa, invece, è un elemento che permette di controllare altro: non il corretto formarsi della volontà del contraente, ma il fatto che quella volontà e, quindi, l'accordo, siano socialmente intellegibili in quanto rispondono alla logica mercantile dello scambio. Il controllo della razionalità deve essere effettuato non in relazione allo scopo di una sola delle parti, ma in relazione a ciò che viene scambiato tramite il contratto.

In questo caso tale logica – che si sostanzia nell'affitto delle cassette contro il pagamento del prezzo – risulta presente. Non sembra invece che debba altresì sussistere la profittabilità dell'attività alla realizzazione della quale l'affitto è preordinato, che attiene invece al diverso profilo del rischio di impresa di ogni commerciante. La soluzione adottata dalla *Cour de cassation* realizza quindi un

indebito spostamento del rischio di impresa, senza che esso sia giustificato da alcun corrispettivo, oltre a risultare contrario alla stessa logica capitalistica.

Il determinare la causa in relazione ai motivi di un solo contraente implica lo spostare l'attenzione da ciò che tramite l'accordo si dà, ossia dalla reciprocità delle prestazioni, alle ragioni per cui una parte conclude l'accordo; dunque dal rapporto oggettivo di mercato alle valutazioni sul valore d'uso che quella prestazione assume per colui che la riceve. Significa spostare l'analisi dal rapporto unitariamente inteso al singolo contraente e far dipendere la validità del contratto dalla soddisfazione dei motivi per cui ciascuna parte si impegna. Questo spostamento, tuttavia, non è condivisibile poiché porta il controllo causale al di fuori di quello che è il suo ambito di riferimento, lo rende estremamente incerto e conduce ad una sovrapposizione con altre fattispecie, che hanno una regolamentazione autonoma.

In terzo luogo, tale interpretazione del giudizio causale non considera lo scambio nella sua realtà di mercato, conoscibile a tutti i contraenti ed oggettivamente valutabile, ma il valore della prestazione in relazione alle aspettative del contraente. Tuttavia, la teoria della contrattazione insegna che una delle ragioni che spingono le parti a contrattare è proprio la differente utilità che esse ricevono dalle rispettive prestazioni, tali per cui è vantaggioso concludere l'accordo⁵¹²: ne consegue che far dipendere la validità dell'accordo rispetto all'utilità che si aspetta di trarne una parte rende tale valutazione imprevedibile per l'altro contraente.

Infine, occorre ribadire che la teoria del contratto e, nello specifico, della *cause de l'obligation*, si è fondata sull'irrelevanza dei motivi, in contrapposizione rispetto alla rilevanza di quanto pattuito, proprio perché ciò che obbliga le parti è l'accordo e non ulteriori elementi dipendenti dalla sfera psicologica dei soggetti coinvolti. L'esistenza di una causa è quindi da ricercare nelle specifiche obbligazioni delle parti, non nei motivi per cui si sono determinate a concludere il contratto.

⁵¹² H.E. JACKSON, L. KAPLOW, S.M. SHAVELL, W.K. VISCUSI E D. COPE, *Analytical Methods for Lawyers*, New York, 2003, p. 65 ss.

La giurisprudenza maggioritaria, in seguito alle sentenze sopra menzionate, ha modificato il proprio orientamento ed ha considerato la causa dell'obbligazione in maniera oggettiva, prendendo in considerazione le obbligazioni dei contraenti e non i loro motivi, affermando che la redditività del contratto non è elemento necessario affinché sussista la causa⁵¹³. La stessa scelta, come si vedrà in seguito, è stata fatta dal legislatore, che nelle norme che riprendono il giudizio causale ha menzionato i motivi dei contraenti solamente in relazione alla liceità del contenuto del contratto, ma non in relazione all'esistenza della controprestazione o allo squilibrio eccessivo generato da una clausola⁵¹⁴.

2.7 Le evoluzioni in Italia: dalla causa quale funzione economico-individuale alla causa concreta

Dopo la caduta del regime fascista e la Liberazione, le nozioni di causa e meritevolezza sono rimaste pressoché inutilizzate in Italia: da un lato l'equiparazione della causa al tipo ha ridotto la problematica della causa alla sua definizione, tanto sfuggente quanto priva di dirette ricadute operazionali; dall'altro, l'identificazione della causa con la sua funzione economico-sociale ha fatto sì che la nozione, in ragione del suo contenuto dirigistico e delle inevitabili contaminazioni con l'ordinamento corporativo ed il suo contenuto ideologico, rimanesse priva di applicazioni.

Delle proposte degli anni '70, legate a quel contesto socio-politico e ad una concezione del diritto quale strumento di trasformazione della realtà sociale, si è già detto⁵¹⁵; qui occorre invece tracciare il percorso che ha liberato la causa dall'impostazione dirigistica, identificandola dapprima con la funzione economico-individuale⁵¹⁶ e, in seguito, ha portato al successo della nozione di causa concreta (ed alla conseguente «riscoperta» del giudizio di meritevolezza). I capitoli

⁵¹³ Cfr. par. 5.3.4.

⁵¹⁴ Cfr. par. 5.9-5.11.

⁵¹⁵ Cfr. par. 1.7, 2.5.

⁵¹⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, cit.

successivi saranno invece dedicati all'analisi delle applicazioni contemporanee di meritevolezza e causa concreta, al fine di individuarne razionalità e regole operazionali nelle pronunce delle corti.

Già dal primo dopoguerra la dottrina aveva iniziato a rimeditare la teoria della causa, al fine di sorpassare il carattere funzionalizzante rispetto all'ordine sociale⁵¹⁷; tuttavia, è con l'elaborazione di G.B. Ferri che tale riflessione assume il carattere più profondo ed organico e le nozioni di causa e meritevolezza sono integralmente ripensate. L'Autore legge la causa nel perimetro del negozio giuridico, utilizzando quindi una categorizzazione che è stata respinta dal codice del 1942 e che perderà definitivamente la sua rilevanza dottrinarica alla fine del millennio. Ciò tuttavia non ne inficia l'analisi, dato che anche gli autori che hanno esaminato la causa in relazione al negozio giuridico prendevano le mosse ed adottano quale paradigma di riflessione il contratto⁵¹⁸.

L'analisi di G.B. Ferri, al quale si deve la fortunata formula della causa quale «funzione economico-individuale», mira a superare l'interpretazione della causa come strumento di controllo del contratto rispetto ad un paradigma socializzante, esterno all'operazione economica e ulteriore rispetto al controllo di liceità.

L'Autore afferma che la causa esprime la dimensione funzionale del contratto, ma deve essere valutata in relazione agli interessi dei contraenti. Il controllo sulla funzione economico-individuale prescinde dalle implicazioni dirigistiche ed è volto verificare la conformità dello scopo unitariamente perseguito tramite l'accordo rispetto ai fini dell'ordinamento. Il controllo di causa e meritevolezza deve essere quindi svolto in relazione agli obiettivi divisati dalle parti

⁵¹⁷ Criticano il portato funzionalizzante dell'autonomia privata G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, cit., p. 254; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 53 ss.; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da E. Gabrielli e P. Rescigno, *I contratti in generale*, I, Torino, 2006, p. 538 ss.

⁵¹⁸ A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 1, critica la possibilità di estendere il requisito della causa a tutti i negozi giuridici. V. altresì R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 49-51.

e non deve funzionalizzare l'autonomia privata rispetto a finalità in senso lato «sociali».

In questa prospettiva la causa, concepita quale funzione economico-individuale, reindirizza l'attenzione degli interpreti verso la specifica operazione realizzata tramite il contratto, valutando come la stessa si ponga in relazione ai principi liberali promossi dal sistema. È in tale chiave che la causa viene utilizzata, ad esempio, al fine di giudicare della validità del contratto autonomo di garanzia che, affermatosi in altri ordinamenti e sul mercato transnazionale⁵¹⁹, non rispettava il principio di accessorietà, ossia un elemento essenziale della causa e quindi la validità delle garanzie tipiche⁵²⁰.

La nozione di causa quale funzione economico-individuale, se da un lato ha permesso di eliminarne la funzione dirigistica, dall'altro connette la dinamica del controllo agli interessi delle parti stesse. Tuttavia, come ha rilevato la dottrina, benché tale trasformazione sia stata fondamentale per gli sviluppi successivi, presenta tuttavia una valenza operativa limitata: infatti, il controllo effettuato sulla base di tale nozione di causa tende ad essere nella pratica limitato a quello di liceità⁵²¹.

Un ulteriore passo in avanti nello sviluppo della teoria della causa, che ne amplia la valenza operativa, è costituito dall'elaborazione della nozione di causa concreta⁵²² o in concreto (espressioni sovente utilizzate come intercambiabili, a volte invece distinte)⁵²³. Con tale nozione, muovendo dall'oggetto del controllo così come individuato dalla teoria della causa quale funzione economico-individuale, si rielabora la funzione della causa all'interno delle evoluzioni del diritto contrattuale, conferendo autonoma ed effettiva valenza al controllo relativo alla sua esistenza.

⁵¹⁹ Già P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 45-46 sottolineava l'importanza della diffusione sociale di un contratto affinché le corti lo ritengano meritevole di tutela.

⁵²⁰ Sul tema cfr. E. NAVARRETTA, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 560 ss.; M. MARTINO, *L'«expressio causae». Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011, p. 201 ss. Per una distinzione del problema della causa delle garanzie autonome in relazione all'autonomia di impresa cfr. M. RENNA, *Profili tipologici delle garanzie personali*, Roma, 2018, p. 260 ss.

⁵²¹ E. NAVARRETTA, *Sub art. 1343*, in *Comm. Gabrielli*, cit., p. 596-599.

⁵²² Elaborata da C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 452 ss.

⁵²³ Per una distinzione cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 82-83.

La causa concreta permette di superare la logica tipizzante, affrancando il giudizio causale dall'assimilazione al tipo e conferendogli uno statuto autonomo. Inoltre, consente di esaminare il contratto nella sua concretezza e nell'effettivo contesto materiale, così come suggerisce la definizione stessa. Inoltre, si indaga l'effettivo accordo concluso, senza limitarsi alla presenza degli elementi normativamente definiti (nel caso dei contratti tipici) ed andando oltre il mero controllo di liceità.

Superando la causa astratta quale orizzonte e limite del controllo, il giudizio sulla causa concreta prende in esame le pattuizioni e l'effettivo scambio realizzato dai contraenti, rapportandolo alla razionalità dell'ordinamento. Inoltre, la causa in concreto è nozione idonea ad assumere quella valenza operativa che non aveva invece assunto la causa quale funzione economico-individuale, che era sostanzialmente equiparata ad un controllo di liceità. Le elaborazioni dottrinali portano con sé le ambivalenze dovute alla concezione della causa ora quale elemento, ora come funzione; tuttavia, nelle proposte applicative prevale una concezione del giudizio causale come funzione, ed è quindi questo aspetto che sarà al centro dell'analisi che segue.

2.8 Le funzioni della causa concreta e della meritevolezza

La causa concreta viene consacrata dalla giurisprudenza in un celebre arresto del 2006, nel quale se ne fornisce la definizione, riprodotta in innumerevoli sentenze sia di merito, sia di legittimità, secondo cui tale concetto: «sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti.

Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale»⁵²⁴.

La dottrina della causa concreta proietta la causa nella dimensione dinamica⁵²⁵, poiché induce il giudice ad interpretare tali disposizioni alla luce dei risultati perseguiti tramite l'operazione economica⁵²⁶. Questa definizione conferma il carattere funzionale della causa, intesa quale elemento valutativo del contratto da parte del giudice. Inoltre, rompe il binomio causa-tipo, scardinando l'automatismo secondo cui la causa deve essere ricondotta al tipo; l'attenzione del giudice deve, invece, concentrarsi sullo specifico assetto di interessi convenuto dai contraenti nel caso concreto, effettuando quindi un'analisi particolare, legata allo specifico contesto. È allora sulle funzioni di tale controllo, nonché sui parametri da adottare (che sono necessariamente collegati ed interdipendenti rispetto agli obiettivi perseguiti tramite detto giudizio) che occorre concentrarsi.

La causa concreta non viene concepita quale strumento volto a controllare l'autonomia dei privati rispetto all'utilità sociale del contratto, ma come strumento che tutela le scelte e gli interessi delle parti⁵²⁷, volto a verificare che tramite il

⁵²⁴ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.

⁵²⁵ Secondo la definizione che ne dà A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 21, che distingue tra profilo statico e profilo dinamico.

⁵²⁶ Come dimostra la giurisprudenza in materia di causa concreta del concordato preventivo, cfr. Cass., ord., 8 febbraio 2019, n. 3863, in *Banca dati Pluris*; Cass., ord., 9 marzo 2018, n. 5825; Cass., ord., 4 maggio 2018, n. 10752, entrambe in *Fallimento*, 2018, p. 972, con nota di L.A. Bottai; Cass., ord., 9 giugno 2017, n. 14444, in *Fallimento*, 2018, p. 62, con nota di I.L. Nocera; Cass., 17 ottobre 2014, n. 22045, in *Fallimento*, 2015, p. 435, con nota di P. Vella; Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, p. 149, con nota di Fabiani. In dottrina cfr. G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1203 ss.; L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.

⁵²⁷ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 236 ss.; C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 129.

contratto siano perseguiti interessi compatibili con l'ordinamento⁵²⁸. Tale considerazione, tuttavia, merita di essere problematizzata, anche in ragione delle interpretazioni «riduzionistiche» che, a volte, ne vengono tratte, secondo cui il controllo causale è del tutto interno alla tutela degli interessi specifici dei contraenti; infatti, tale interpretazione non corrisponde all'utilizzo giurisprudenziale dell'istituto.

Se viene abbandonata una concezione della causa volta a controllare che il contratto risponda a funzioni «sociali», non è altrettanto vero che le funzioni tutelate siano da ritrovare e si esauriscano solamente negli interessi perseguiti dalle parti⁵²⁹. Da un lato, se così fosse, si conferirebbe agli interpreti il potere/dovere di effettuare il giudizio causale solamente in relazione agli interessi di ciascuna parte, conferendo un carattere soggettivo al controllo, difficilmente riconducibile a parametri determinabili. Dall'altro occorre sottolineare che la causa, espressione di intelligibilità sociale dell'atto, calata nella sua dimensione operativa quale giudizio sulla validità del contratto, indaga la razionalità dell'accordo proprio in relazione al sistema economico e non si esaurisce nel rapporto fra privati.

La differenza principale tra una concezione dirigistica dell'autonomia privata, funzionalizzata rispetto alle necessità della *societas*, e la concezione liberale attuale non sta tanto nell'esistenza di un paradigma esterno in relazione al quale l'accordo viene controllato, quanto invece nel rapporto che tale paradigma intrattiene con l'ordine del mercato ed il ruolo dell'iniziativa privata rispetto alle finalità perseguite dall'ordinamento.

La causa in concreto pone in relazione gli interessi dei contraenti rispetto al paradigma dello scambio prefigurato dal sistema; l'aspetto fondamentale è che tale paradigma è differente rispetto a quello dei codificatori, poiché si muove all'interno

⁵²⁸ Sebbene si riferissero prevalentemente al controllo di liceità esprimono bene questo concetto le parole di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 192: «il rispetto da parte dei privati dei limiti posti dall'ordinamento alle loro posizioni individuali, non è dettato dall'esigenza che essi realizzino un interesse sociale; ma è dettato dal fatto che nell'ordine giuridico essi possono realizzare un loro interesse, in quanto rispettino quei limiti.»

⁵²⁹ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 93 sottolinea l'importante risultato conseguito dalla teoria della causa come funzione economico-sociale, anche dopo il suo abbandono: il fatto che essa coinvolga nel giudizio sul contratto l'ordinamento giuridico.

della logica liberale e non di quella corporativa. Inoltre, esso subisce un'evoluzione del tempo ed è profondamente influenzato sia dallo sviluppo del diritto europeo, sia dalla costituzionalizzazione del diritto privato.

L'ordinamento giuridico concepisce l'accordo delle parti e lo scambio quale mezzo più idoneo al fine di realizzare l'interesse generale, seguendo la logica liberale che vede nel mercato e nella libera contrattazione lo strumento per la migliore allocazione delle risorse. Di conseguenza, affermare che la causa è strumento per tutelare gli interessi delle parti è espressione ambigua, che si presta da un lato a letture riduzionistiche, dall'altro a letture paternalistiche, che non rispecchiano correttamente l'utilizzo contemporaneo della causa concreta.

Non lo è l'interpretazione paternalistica, in quanto tramite la causa concreta non si cerca di valutare gli interessi delle parti e di conformare il contratto rispetto ad una loro proiezione; non lo è l'interpretazione riduzionistica, che sostanzialmente limita il controllo causale a quello di liceità.

Ciò che tali argomentazioni non esplicitano è la premessa maggiore del ragionamento inerente al giudizio causale - così come concepito nella teoria liberale del mercato e del comportamento del soggetto - ossia che si ritiene che il contratto rispecchi gli interessi perseguiti dalle parti solo nella misura in cui esso sia socialmente intellegibile, ed esso è tale solo se ed in quanto rispetta la logica dello scambio⁵³⁰ (che muta nel tempo e deve quindi essere storicizzata).

È su questa considerazione che si innesta la problematica concernente la storicità del paradigma del giudizio causale, nonché gli elementi da prendere in considerazione nel suo espletamento. Ed è altresì sotto questo profilo che acquista centralità l'evoluzione della concezione dell'ordine concorrenziale e del rispetto della sua logica da parte del contratto, nonché delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali e di uguaglianza promosse dalla Costituzione. Sotto tale profilo, questi due paradigmi possono portare a decisioni contrastanti, perseguendo obiettivi divergenti e seguendo criteri valutativi diversi. Tuttavia, possono essere altresì

⁵³⁰ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 143 ss.

complementari, qualora uno funga da *ratio decidendi* e l'altro sia utilizzato come tecnica argomentativa, al fine di conferire ulteriore legittimità alla decisione presa.

L'ordinamento europeo concepisce la scelta libera dell'individuo sul mercato come strumento centrale per raggiungere i risultati ritenuti più idonei al miglioramento del benessere della società nella misura in cui l'accordo sia stato concluso in un contesto che permetta l'effettivo esplicarsi della libertà e della razionalità⁵³¹. Il rapporto tra l'atto di autonomia e l'ordinamento non è, quindi, un rapporto di limitazione (funzionalizzazione dell'autonomia rispetto ad un obiettivo altro), ma un rapporto di implementazione (permettere all'autonomia di esplicarsi pienamente). Tuttavia, si considera che l'autonomia possa esplicarsi autonomamente e che il risultato del suo esplicarsi (il contratto) debba essere tutelato solo se ed in quanto essa sia stata esercitata in un contesto concorrenziale, che garantisca l'efficienza del risultato tramite progressivi aggiustamenti.

Parzialmente diverso, invece, il controllo che viene effettuato secondo i principi della Costituzione, laddove il controllo viene svolto rispetto ad un paradigma parzialmente altro rispetto a quello liberale, che mira a tutelare diverse forme di distribuzione della ricchezza, prendendo in considerazione il principio solidaristico di cui all'art. 2 cost.⁵³². Esaminando la giurisprudenza che applica il giudizio causale occorre quindi valutare quale sia la *ratio* effettiva che fonda la decisione e conduce all'adozione di una determinata soluzione.

La teoria della causa concreta approda ad alcuni capisaldi rispetto ai dibattiti dottrinari ed alle applicazioni giurisprudenziali precedenti: la causa del contratto, da un punto di vista statico, esprime la ragione del contratto; da un punto di vista dinamico esprime un giudizio di compatibilità e di meritevolezza di tale ragione rispetto all'ordinamento.

La dimensione della causa e della meritevolezza che occorre indagare, dunque, non è tanto quella definitoria, ma quella della funzione svolta nel contesto economico e socio-giuridico contemporaneo. L'aspetto fondamentale è quello che

⁵³¹ R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *ERPL*, 2019, p. 801 ss.

⁵³² C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 459-460.

attiene a causa e meritevolezza come giudizi⁵³³: ciò implica analizzare tali nozioni nel contesto multilivello della regolazione contemporanea ed esaminare le contraddizioni che emergono fra i ed all'interno dei vari livelli normativi, studiandone le intersezioni ed i risultati.

L'affermarsi della causa in concreto permette altresì di chiarire definitivamente l'oggetto del controllo, che non attiene al tipo, ma al contratto così come specificamente concluso dalle parti⁵³⁴. È tale sintesi di interessi che deve essere valutata e sulla quale devono essere espletati questi giudizi.

Anche il rapporto fra causa e motivi è ridefinito dalle elaborazioni sulla causa concreta. L'individualizzazione del controllo in relazione allo specifico contratto comporta infatti il rischio che siano presi in considerazione anche i motivi soggettivi dei contraenti e che, qualora il contratto sia *ex ante* o si riveli *ex post* inadeguato alla loro realizzazione, esso sia considerato nullo. Ciò comporterebbe una soggettivazione del giudizio causale, ponendo l'attenzione non sulla dinamica del contratto quale operazione unitaria, ma sugli specifici obiettivi di ciascuna parte. Significherebbe, in altri termini, valutare la validità del contratto in relazione alle aspettative di uno solo dei contraenti, prendendo come metro di misura un parametro non condiviso dalle parti al momento della conclusione del contratto.

Tale rischio è stato affrontato dalla dottrina, che ha chiaramente affermato che la causa in concreto non deve implicare la valutazione dei motivi⁵³⁵ dei contraenti, ma del contratto nella sua unitarietà. In tal senso, la *vexata questio* della rilevanza dei motivi che sono entrati a far parte del contratto⁵³⁶ è forse sopravvalutata: il punto è, invece, che le pattuizioni del contratto devono essere esaminate in relazione all'assetto delle obbligazioni convenute, in quanto fanno

⁵³³ C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 164 n. 60; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 1988; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 143 ss.; M. MARTINO, *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, cit., p. 176 ss.

⁵³⁴ Aspetto che la dottrina della causa concreta condivide con la causa come funzione economico-individuale, cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 129.

⁵³⁵ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 325. Per una distinzione tra motivi individuali e motivi comuni e sulla *ratio* dell'art. 1345 c.c. cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 288 ss.

⁵³⁶ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 461-462; G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 203 ss.

parte dell'operazione realizzata tramite l'accordo. Di per sé ogni impegno assunto può essere visto come un motivo che diviene parte di un accordo: l'attenzione non deve essere quindi posta sull'ontologia di ciò che entra a far parte dell'accordo (ossia se si tratti di un motivo «contrattualizzato» tramite una specifica pattuizione oppure no), quanto piuttosto sull'effettivo assetto di impegni e concessioni realizzato tramite il contratto⁵³⁷.

Ciò che muta notevolmente con il successo della causa in concreto, in ragione degli sviluppi sopra analizzati⁵³⁸, nonché con la nuova centralità della nozione di meritevolezza, sono l'oggetto del controllo (che viene esteso anche alle singole clausole del contratto), i criteri del controllo ed il livello di incisione della causa necessario affinché essa sia considerata assente. Inoltre, diviene sempre più frequente rispetto alla precedente elaborazione giurisprudenziale il ricorso al giudizio di meritevolezza, considerato quale scrutinio che presenta una propria autonomia e che può determinare l'agiuridicità del vincolo.

Come si vedrà nei prossimi capitoli, il giudizio sulla causa concreta e sulla meritevolezza porta a prendere in considerazione anche le caratteristiche della situazione nel quale è stato concluso il contratto, in relazione ad eventuali asimmetrie informative e di potere negoziale, nonché a valutare più specificamente la proporzionalità degli impegni dei contraenti.

2.9 La funzione interpretativa della causa concreta

L'utilizzo della causa per controllare il contenuto del contratto sarà ampiamente analizzato nei capitoli successivi⁵³⁹; in questa sede occorre richiamare l'attenzione su una rilevante funzione «preliminare» della causa concreta, che è quella di strumento per l'interpretazione⁵⁴⁰ e la qualificazione del contratto. Se,

⁵³⁷ Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, p. 1133, con nota di B. Izzi, parla di interesse che «viene ad (anche tacitamente) obiettivarsi».

⁵³⁸ Cfr. cap. 1.

⁵³⁹ Cfr. cap. 3 e 4.

⁵⁴⁰ Su cui cfr. D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 44 ss.

infatti, le parti sono libere di concludere negozi atipici e se il *nomen iuris* non vincola il giudice nell'interpretazione del contratto, la causa permette di categorizzarlo e stabilire se specifiche normative, anche di settore o legate al tipo, siano applicabili. Inoltre, più in generale, è in relazione a tale interpretazione che viene svolto il giudizio di compatibilità tra la funzione economico-individuale realizzata dall'accordo e l'ordinamento. Gli esempi delle applicazioni in tal senso della causa concreta sono innumerevoli, in questa sede basterà menzionarne alcuni.

La disamina della funzione perseguita tramite il contratto autonomo di garanzia ha consentito di dichiararne la validità e compatibilità con l'ordinamento, nonostante lo stesso non rispetti il principio di accessorietà proprio della fideiussione e, quindi, presenti problemi rispetto alla disciplina codicistica delle garanzie.

La sentenza del 2006⁵⁴¹, nella quale la Suprema Corte ha elaborato la nota definizione di causa concreta, ha fatto uso di detta nozione al fine di determinare l'effettiva portata del contratto e, in secondo luogo, giudicarne la validità. L'accordo contestato era un contratto per prestazioni di consulenza concluso da una società con uno dei propri amministratori⁵⁴². La Corte, confermando le decisioni di merito, afferma che il contratto di consulenza era privo di causa, in quanto esso prevedeva che la parte effettuasse prestazioni e servizi identici a quelli da svolgere in ragione del ruolo amministrativo occupato nella società.

Altro caso di notevole rilievo, che dimostra come la causa sia strumento imprescindibile nell'interpretazione e categorizzazione del contratto, riguarda le controverse polizze *unit-linked* e la loro qualificazione come polizze assicurative sulla vita o contratti di investimento, da effettuare alla luce della normativa europea e nazionale di settore⁵⁴³. La Corte di Cassazione ha affermato che al fine di determinare la natura di dette polizze occorre esaminare la funzione concretamente perseguita tramite le stesse⁵⁴⁴, ossia la causa concreta; tale disamina ha consentito

⁵⁴¹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.

⁵⁴² Il contratto di consulenza era apparentemente concluso con società terze, ma le corti hanno valutato che esso dovesse considerarsi concluso direttamente con l'amministratore.

⁵⁴³ Su cui cfr. L. BRIZI, *Le nuove categorie normative in materia di prodotti assicurativi finanziari*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 24 ss.

⁵⁴⁴ Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Corr. giur.*, 2013, p. 767 ss., con nota di V. Sangiovanni.

di definire tali polizze come strumenti finanziari qualora non sia prevista la garanzia della conservazione del capitale investito, dato che in questi casi non può ritenersi che la polizza abbia causa previdenziale⁵⁴⁵: ciò ha rilevanti conseguenze circa la disciplina applicabile (del settore finanziario o assicurativo)⁵⁴⁶.

La causa concreta viene in rilievo anche nella determinazione della natura della polizza assicurativa contro gli infortuni non mortali. A fronte della originaria qualificazione come polizza sulla vita, è oramai consolidato l'orientamento secondo cui essa è una polizza contro i danni⁵⁴⁷. Ciò pone tuttavia rilevanti problemi interpretativi e di compatibilità tra il principio indennitario ed alcune specifiche polizze che contengono clausole che possono incidere sulla causa.

In primo luogo, sussiste la possibilità che le parti determinino contrattualmente quanto dovuto dall'assicuratore in caso il sinistro e che tale ammontare sia superiore al danno effettivamente subito dall'assicurato⁵⁴⁸. Inoltre, anche alla luce delle recenti sentenze delle Sezioni Unite⁵⁴⁹ sulla *compensatio lucri cum damno*, problemi analoghi si pongono in relazione alla causa indennitaria dell'assicurazione contro gli infortuni nel caso in cui la polizza preveda una clausola di rinuncia al diritto di surroga e, quindi, l'assicurato possa cumulare l'indennizzo ed il risarcimento⁵⁵⁰. Autorevole dottrina si è interrogata circa gli effetti di tale clausola sulla causa⁵⁵¹: si è infatti evidenziato che essa tende a modificare la causa del

⁵⁴⁵ Cass., ord., 30 aprile 2018, n. 10333, in *Danno e resp.*, 2018, p. 701 ss., con nota di A. Candian.

⁵⁴⁶ Come afferma la sentenza Cass., ord., 30 aprile 2018, n. 10333, cit.

⁵⁴⁷ Ricostruisce l'evoluzione L. LOCATELLI, *La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 339 ss. Per una ricostruzione unitaria della causa del contratto di assicurazione come causa indennitaria cfr. T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in *Saggi giuridici*, 1949, p. 408 ss.

⁵⁴⁸ Circa la possibilità o meno di applicare l'art. 1908 c.c. anche alla polizza contro gli infortuni non mortali cfr. L. LOCATELLI, *La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile?*, cit., p. 345.

⁵⁴⁹ Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1160 ss., con nota di L. Nivarra.

⁵⁵⁰ Per un'ampia ricostruzione di tali problemi cfr. F. SARTORI, *Appunti sulle assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 813 ss.

⁵⁵¹ M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1101 ss.; v. altresì ricostruzione del dibattito dottrinale e gli opportuni riferimenti in L. LORENZANI, *Clausola di rinuncia all'azione di rivalsa ex art. 1916 c.c.*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017, p. 652 ss.

contratto e ad incidere sulla qualificazione della polizza, spostandola dal ramo danni al ramo previdenziale⁵⁵².

Riconducendo ad unità i due problemi summenzionati, si è proposto di qualificare l'assicurazione contro i danni come contratto con «causa variabile»: essa sarebbe causa indennitaria se e nella misura in cui l'indennizzo costituisce risarcimento del danno, causa previdenziale per quanto invece eccede tale misura⁵⁵³.

Se, alla luce della giurisprudenza sulle clausole *claims made*, non può dubitarsi che una clausola possa incidere sulla causa del contratto⁵⁵⁴, ci sembra che la summenzionata ricostruzione dottrinale sia convincente. Infatti, sia la causa indennitaria, sia quella previdenziale presentano uno scambio tra pagamento del premio e traslazione di un rischio (ed in questo risiede l'elemento unitario della causa dell'assicurazione); nel primo caso il premio viene versato contro la traslazione del rischio di dover indennizzare il danno subito: l'operazione ha come scopo quello di garantire la copertura contro i danni subiti; nel secondo si scambia il premio contro il rischio del pagamento di una somma non dipendente dall'ammontare del danno: l'operazione ha come scopo quello di garantire al beneficiario una somma se e quando l'evento si verifichi.

Il fatto che la rinuncia alla surroga possa incidere sulla causa del contratto è d'altronde dimostrato anche dal fatto che, usualmente, tale clausola faccia aumentare l'importo del premio della polizza e, quindi, che incida sul *quid* scambiato; né modifica tale considerazione il fatto che, a volte, la clausola non modifichi il premio (ma sia proposta al fine di rendere più attrattiva e competitiva la polizza): anche in tale caso, infatti, incide sul *quid* scambiato (dato che rende la polizza maggiormente vantaggiosa rispetto ad altre).

La causa concreta, quindi, svolge una prima e rilevante funzione in relazione all'interpretazione del contratto ed alla determinazione della disciplina applicabile. L'indagine sulla funzione in concreto perseguita dalle parti prescinde dal tipo del

⁵⁵² M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, cit., p. 1104.

⁵⁵³ L. LOCATELLI, *La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile?*, cit., p. 346 ss.

⁵⁵⁴ Cfr. par. 4.1.

contratto e porta ad interrogarsi sulla realtà dell'operazione al momento della sua creazione giuridica. Tale analisi permette di comprendere l'effettivo assetto delle obbligazioni delle parti e su di esso si concentra il giudizio causale come controllo sul contratto o su una singola clausola, che è stato lo strumento del recente protagonismo giurisprudenziale e sul quale si ritornerà ampiamente in seguito.

2.10 La causa ed i progetti europei e transnazionali di armonizzazione del diritto dei contratti

Tracciato il percorso che ha portato dalla promulgazione dei codici ottocenteschi sino alle soglie del controllo contemporaneo effettuato tramite causa e meritevolezza negli ordinamenti francese ed italiano, occorre altresì prendere brevemente in esame le innovazioni portate dai progetti transnazionali di codificazione e dalle raccolte di principi di diritto contrattuale che hanno avuto maggiore influenza. Gli *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (PICC), i *Principles of European Contract Law* (PECL) e il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), infatti, hanno avuto ed hanno tutt'ora un'influenza non solo sul formante dottrinale, ma anche sulla giurisprudenza (ordinaria ed arbitrale), oltre che sulle riforme dei codici civili nazionali. Ne è un esempio eclatante la riforma del *Code civil*, che ha esplicitamente tratto ispirazione da questi progetti⁵⁵⁵.

In questa sede non si vuole ripercorrere la genesi, gli sviluppi ed i possibili sbocchi di tali progetti, quanto piuttosto analizzare la visione del contratto e dei contraenti che emerge da tali progetti e, conseguentemente, dei controlli giudiziali che sullo stesso sono ammessi. Infatti, come si è giustamente affermato: «il problema della causa non può prescindere, nella misura in cui ovviamente esse incidono sull'evoluzione del diritto interno, dalla sua trattazione nell'attuale complessità delle fonti del diritto privato, la cui articolazione dà luogo a fenomeni

⁵⁵⁵ Cfr. par. 5.9.

di reciproca influenza proprio nella puntualizzazione e determinazione dei confini delle nuove categorie giuridiche»⁵⁵⁶.

Questi progetti non menzionano la causa tra i requisiti essenziali del contratto⁵⁵⁷ (a prescindere dal fatto che le parti possano invece consensualmente accordarsi sulla sua necessità): è nota l'affermazione dei PICC circa gli elementi del contratto secondo cui vi è «no need for cause, no need for consideration». Tale disposizione, che ha suscitato numerose riflessioni dottrinali ed ha contrapposto coloro che la interpretano come «morte della causa»⁵⁵⁸ a coloro che ne vedono invece «l'invisibile presenza»⁵⁵⁹, in un intenso dibattito dottrinale⁵⁶⁰, non esaurisce tuttavia la problematica oggetto della presente indagine, né è l'unico aspetto sul quale concentrarsi al fine di analizzare la concezione del contratto che emerge dai progetti.

Infatti, benché la causa, quale elemento cardinale attorno al quale ruota la disciplina del contratto rappresenti un punto assolutamente privilegiato per esaminarne l'evoluzione, oltre che per analizzare l'emergere di nuove razionalità, essa non esaurisce le norme in cui si manifestano tali mutamenti e, quindi, tramite cui studiare gli stessi; inoltre, occorre altresì considerare che l'eliminazione del requisito causale non implica automaticamente che siano eliminate le problematiche che tramite lo stesso erano affrontate e risolte⁵⁶¹.

Infatti, già ad una prima disamina di tali progetti si può notare che all'eliminazione del requisito causale - che dipende da numerose ragioni di carattere

⁵⁵⁶ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 110.

⁵⁵⁷ G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 103 ss.

⁵⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, I-II, p. XXVI ss.

⁵⁵⁹ G.B. FERRI, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 901 ss.

⁵⁶⁰ Si è così parlato di «tramonto della causa», cfr. G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 100 ss., così come di «morte e resurrezione», cfr. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 241 ss. Per un'indagine critica e approfondita del dibattito sul tema cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 123 ss.; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 184 ss.

⁵⁶¹ E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 983 ss.

storico, economico e culturale⁵⁶² - non corrisponde una visione del contratto ancora più classicamente liberale di quella dei codici ottocenteschi; non vi è un rafforzamento ulteriore della *sanctity of contract* e del principio *pacta sunt servanda*.

Al contrario, da un'analisi complessiva di tali testi emerge una rafforzata necessità di valutazione del contesto nel quale il contratto è stato concluso, nonché dell'equilibrio delle prestazioni⁵⁶³. Ciò esprime una necessità di razionalità dell'accordo rispetto al contesto di mercato nel quale lo stesso viene concluso⁵⁶⁴.

I presupposti di tale controllo variano: in alcuni casi, esso è permesso solamente qualora il contratto sia per condizioni generali, quindi non negoziato⁵⁶⁵. È il caso di 4:110 PDEC, degli articoli II. – 9:404 e 9:405 DCFR; degli articoli 2.1.19 e 2.1.20 PICC, circa cui si è già detto nella prospettiva della trasformazione della concezione del contratto contemporanea⁵⁶⁶. In altri casi, invece, esso prescinde sia dalla qualità dei contraenti, sia dalla negoziazione del contratto. È il caso della *gross disparity* di cui all'art. 3.2.7 PICC e dell'abuso di dipendenza, di debolezza o dello stato di bisogno di cui all'art. 4:109 PDEC.

Da questi spunti ricostruttivi emerge che tali progetti si inseriscono nella nuova concezione del contratto e del relativo controllo attribuito al giudice. L'eliminazione della causa non implica una maggiore espansione dell'autonomia della volontà ed un'intangibilità delle pattuizioni, a prescindere dal loro contenuto. Emerge invece una notevole attenzione ai profili attinenti al contesto nel quale è concluso, nonché al comportamento dei contraenti: se la visione antagonistica e

⁵⁶² Circa le differenti motivazioni dell'eliminazione della causa nei summenzionati progetti cfr. G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 559 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XXIV; C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 12, p. 335.

⁵⁶³ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 139 ss.

⁵⁶⁴ G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, cit., p. 114 ss., il quale evidenzia i numerosi indizi che portano a ritenere che detti principi non abbiano consacrato un volontarismo assoluto, ma che invece regolino il contratto (e, quindi, l'operazione economica) ai «valori del mercato». Cfr. altresì A. GENTILI, *L'equilibrio del contratto nei principi di diritto contrattuale europeo*, in AA.VV. *La riforma dei codici in Europa*, p. 204; G. ALPA, *I «Principles of European Contract Law» predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 496-497.

⁵⁶⁵ Sull'importanza della negoziazione cfr. quanto analizzato nel par. 1.11.

⁵⁶⁶ Cfr. cap. 1.

cooperativa del contratto convivono, non domina il dogma dell'intangibilità dell'accordo, ma la necessità della sua intelligibilità per la comunità del commercio, oltre che una tutela di equilibrio minimo tra le prestazioni, espressione della razionalità dell'accordo⁵⁶⁷. Anche quando si prevede la possibilità di adattamento giudiziale del contratto, infatti, esso deve essere ricondotto a quello che sarebbe stato il risultato secondo il «reasonable commercial standards of fair dealing»⁵⁶⁸.

Si può quindi notare che, a prescindere dalla ragione per la quale il contratto sia così concepito, ciò a cui si vuole rimediare è la non rispondenza dello stesso rispetto a ciò che risulta razionale secondo la prospettiva del mercato, qualora questa sia tanto marcata da non poter essere considerata come il risultato di una diversa valutazione delle parti⁵⁶⁹. Non sono invece interventi volti a promuovere una differente distribuzione della ricchezza secondo la prospettiva solidaristica propria della Costituzione italiana o del *solidarisme* francese.

Occorre infine considerare che tali progetti sono il risultato dell'elaborazione di autorevoli giuristi provenienti da paesi con culture giuridiche tra loro anche molto differenti: ciò significa che, da un lato, vi è un sostanziale accordo sul fatto che la concezione del contratto (e, conseguentemente, anche del ruolo del giudice) non sia più quella classica; dall'altro, occorre altresì considerare che tali norme, che si strutturano secondo clausole generali e *standard*, possono essere interpretate in maniera anche molto differente e che esse possano avere portata e finalità differenti, secondo la prospettiva di ogni giurista ed in relazione ad ogni ordinamento. La loro influenza si esercita quindi in molteplici direzioni ed aspetti, come risulterà dall'analisi normativa e giurisprudenziale condotta nei capitoli successivi.

⁵⁶⁷ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 139 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo*, cit., p. 333; A. D'ANGELO, *Principi Unidroit e regole causalistiche*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1999, p. (235) 236-237.

⁵⁶⁸ Sono le parole dell'art. 3.2.7, comma 2 PICC, su cui cfr. M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, p. 141 ss.

⁵⁶⁹ G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto*, cit., p. 128-130; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XXX ss.

3. CAUSA E MERITEVOLEZZA DEL CONTRATTO NELLA GIURISPRUDENZA CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 3.1 Causa e meritevolezza del contratto *my way*. - 3.1.1 Il prodotto finanziario *my way*. - 3.1.2 La giurisprudenza in materia. - 3.1.3 Critica della giurisprudenza. - 3.1.4 Meritevolezza e causa concreta del *my way*. - 3.2 Causa e meritevolezza dei contratti derivati. - 3.2.1 I derivati: una breve premessa. - 3.2.2 Categorie di derivati e loro caratteristiche. - 3.2.3 *Mark to market*, derivati speculativi e di copertura. - 3.2.4 Il problema della causa e della meritevolezza dei derivati. - 3.2.5 Le decisioni della giurisprudenza di merito. - 3.2.6 Le decisioni della giurisprudenza di legittimità. - 3.2.7 Critica della giurisprudenza: per una differenziazione dei problemi. - 3.2.8 Una problematica più generale: sul rapporto fra causa e alea. - 3.2.9 Causa e meritevolezza dei derivati e teoria del contratto. - 3.3 La rendita vitalizia ed il vitalizio atipico. - 3.3.1 Il contratto di rendita vitalizia ed il problema della causa. - 3.3.2 Le decisioni della Corte di Cassazione. - 3.3.3 Analisi critica della giurisprudenza. - 3.4 Causa del contratto di vendita e prezzo vile. - 3.4.1 Il contratto di vendita ed il problema del rapporto fra prezzo e diritto trasferito. - 3.4.2 Congruità del prezzo e causa. - 3.5 La causa del preliminare di preliminare. - 3.5.1 Il preliminare di preliminare e le decisioni giurisprudenziali. - 3.5.2 Causa e formazione progressiva del contratto. - 3.6 Causa e meritevolezza dei patti parasociali. - 3.6.1 La causa associativa. - 3.6.2 Le recenti decisioni giurisprudenziali.

3.1 Causa e meritevolezza del contratto *my way**

3.1.1 Il prodotto finanziario *my way*

I casi di seguito esaminati hanno ad oggetto un prodotto finanziario, comunemente denominato *my way*, *4you* o *for you*⁵⁷⁰, normalmente sottoscritto da investitori non professionali e, teoricamente, destinato a svolgere una funzione previdenziale. La struttura di tale prodotto combina più tipi contrattuali profondamente intrecciati tra loro. L'operazione economica⁵⁷¹ realizzata tramite il

* I paragrafi 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4 riprendono e sviluppano, con modificazioni ed aggiornamenti, alcune delle argomentazioni sostenute nell'articolo R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1281 ss.

⁵⁷⁰ Tale prodotto finanziario presenta una struttura simile a quella dei prodotti «Visione Europa» e «121 soluzione futuro».

⁵⁷¹ Sulla categoria concettuale di operazione economica e sulla sua capacità esplicativa della funzione unitaria dell'autoregolamento degli interessi privati cfr. E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss. dove si afferma: «l'operazione economica, quale schema strutturalmente unitario, è infatti espressiva anche sul piano

contratto si presenta nella seguente maniera: l'investitore intende garantirsi un piano previdenziale per la realizzazione del quale, tuttavia, non dispone dei fondi o per il quale non intende utilizzare proprie risorse; una banca presta, a titolo di mutuo, una somma di denaro all'investitore, la quale, tuttavia, non entra nella libera disponibilità dell'investitore, ma viene investita in prodotti finanziari. Il contratto quadro di intermediazione viene stipulato con la banca stessa che ha concesso il mutuo all'investitore: data la funzione asseritamente previdenziale del piano, in ragione della quale l'investitore ha interesse a ricevere somme di denaro nel futuro, l'investimento dovrebbe essere a lungo termine e a basso profilo di rischio. Infine, sui titoli così acquistati viene costituito un pegno destinato a garantire il pagamento delle rate del mutuo erogato dalla banca. In alcuni casi⁵⁷² è altresì stipulato un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore a cui è esposta la banca mutuante.

Il prodotto finanziario *my way* dovrebbe operare secondo la seguente logica: l'investitore non professionale riceve il mutuo e, tramite l'investimento finanziario, ottiene rendimenti che sono teoricamente maggiori degli interessi versati al mutuante; tali rendimenti permettono di realizzare la funzione previdenziale in ragione della quale l'investitore conclude il contratto. L'intermediario, invece, riceve gli interessi sulle somme mutate, il pagamento dell'intermediazione dei singoli ordini e la garanzia della restituzione del finanziamento tramite il pegno sui

nominalistico di un assetto globale di interessi e rappresenta uno strumento concettuale metodologicamente utile, sia per indicare ed indagare fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse; sia per scomporre il dato fenomenico e funzionale attraverso la considerazione dei suoi piani di rilevanza; sia per individuare, ed applicare, un piano di disciplina più articolato e più ricco di quello dettato dal singolo tipo legale»; cfr. anche E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Roppo, II, Milano, 2006, p. 119; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 181. Sull'operazione economica quale categoria rilevante in ogni vicenda che riguardi la formazione, l'esecuzione e l'interpretazione del contratto cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 1; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 39 ss., 163 ss.; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2001, p. 51; A. ORESTANO, *Accordo normativo ed autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 97 ss.

⁵⁷² Ad esempio, nel caso deciso da Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di A. Tucci, si menziona la stipulazione di una polizza assicurativa a garanzia della restituzione del prestito. La presenza di tale contratto, tuttavia, non altera, né incide in maniera determinante, sulla struttura dell'operazione economica.

titoli. Inoltre, qualora i titoli acquistati siano di società controllate o collegate, questi beneficerà altresì, in via indiretta, del finanziamento di tali società⁵⁷³.

Tuttavia, le concrete modalità secondo cui il *my way* è stato strutturato hanno generato numerose problematiche, che sono alle base dell'ampio contenzioso avente ad oggetto i prodotti in questione. Infatti, analizzando il regolamento contrattuale nella sua complessità, e quindi valutando le relazioni tra le diverse obbligazioni dei contraenti, si coglie che lo scambio che il contratto è teoricamente diretto a realizzare risulta sostanzialmente alterato nella pratica. Infatti, da un lato vengono posti a carico dell'investitore tutti i rischi legati all'operazione di investimento, dall'altro i rendimenti garantiti dai titoli acquistati risultano inferiori rispetto ai costi sostenuti dal risparmiatore, cosicché l'operazione comporta per l'investitore stesso una perdita e non un rendimento⁵⁷⁴.

Le questioni giuridiche relative al *my way* sono molteplici e, a seconda delle soluzioni apportate, ne derivano diverse conseguenze sulla validità e l'efficacia del contratto. Innanzitutto, vi è un problema di qualificazione dell'accordo: si può infatti considerare il *my way* come una combinazione di più contratti collegati, che presentano ciascuno una propria causa⁵⁷⁵, oppure lo si può considerare come un unico contratto atipico. La decisione in ordine a tale aspetto, chiaramente, determina sia le modalità secondo cui deve essere analizzata l'operazione, sia le conseguenze relative a singoli profili di invalidità o inadempimento.

Qualora si ritenga il *my way* un contratto atipico, esso è sottoposto al giudizio di meritevolezza. Tale giudizio ha un'importanza fondamentale, dato che dalla sua decisione dipende l'efficacia vincolante del contratto stesso. Inoltre, occorre considerare l'eventuale violazione della normativa sull'intermediazione finanziaria: in particolare, gli aspetti relativi alla violazione dei doveri di informazione⁵⁷⁶, all'intermediazione in conflitto di interessi ed alla previsione del

⁵⁷³ Tale struttura è evidenziata in Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 179, con nota di G. Liace.

⁵⁷⁴ Cfr. la giurisprudenza analizzata nel par. 3.1.2.

⁵⁷⁵ Qualora si accedesse a tale interpretazione, i contratti dovrebbero chiaramente considerarsi collegati. Sul collegamento negoziale cfr. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, cit., p. 250 ss.

⁵⁷⁶ Previsti dall'art. 21 TUF.

diritto di recesso. Infatti, nella maggior parte dei casi decisi dalla giurisprudenza, i prodotti finanziari acquistati in base al contratto quadro sono titoli di fondi di investimento controllati o comunque partecipati dall'intermediario: da ciò consegue che si applichi la disciplina relativa all'intermediazione in conflitto di interessi di cui agli artt. 21 TUF e 27 Regolamento Consob di attuazione n. 11522 del 1998⁵⁷⁷. Inoltre, sovente nel contratto quadro non è previsto il diritto di recesso, o lo stesso è sottoposto a condizioni che ne rendono estremamente oneroso l'esercizio⁵⁷⁸. Infine, occorre considerare la possibile annullabilità del contratto, dipendente da un errore dell'investitore o dal dolo dell'intermediario.

3.1.2 La giurisprudenza in materia

I prodotti finanziari *my way* hanno costituito l'oggetto di un ampio contenzioso, sia in sede di merito, sia di legittimità, nel corso del quale la giurisprudenza ha esaminato le problematiche sopra delineate. Ad una prima giurisprudenza di merito che aveva fornito soluzioni tra loro contrastanti⁵⁷⁹, erano seguite alcune pronunce della Corte di Cassazione, che tuttavia non avevano analizzato in maniera dettagliata gli aspetti caratteristici della struttura contrattuale, ma avevano invece deciso la controversia in base ad alcune questioni legate al singolo caso specifico⁵⁸⁰. La Corte di Cassazione ha in seguito emesso la sentenza

⁵⁷⁷ Nella versione *ratione temporis* applicabile nei casi decisi dalla giurisprudenza. Tali disposizioni impongono all'intermediario di comunicare al cliente non solo l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi, ma anche la natura e l'estensione di tale conflitto.

⁵⁷⁸ La pattuizione è quindi in contrasto con gli artt. 24 TUF e 37 Regolamento Consob, concernenti la libertà di investimento.

⁵⁷⁹ Hanno giudicato immeritevole di tutela il prodotto finanziario *4you* oggetto delle controversie le seguenti sentenze: cfr. Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, cit.; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 353, con nota di E. Sabatelli; App. Salerno, 30 settembre 2009, in *Contratti*, 2009, p. 1015; App. Napoli, 3 marzo 2010, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 7 novembre 2011, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, in *Banca borsa tit. cred.*, p. 368, con nota di A. Tucci. Hanno invece ritenuto meritevole di tutela il contratto: Trib. Parma, 22 settembre 2004, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Bari, 8 giugno 2006, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Roma, 15 giugno 2006, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Prato, 5 marzo 2009, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Parma, 1 aprile 2009, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Vicenza, 14 aprile 2009, disponibile su *ilcaso.it*; App. Salerno, 25 gennaio 2010, reperibile in *Banca dati DeJure*; Trib. Roma, 23 maggio 2011, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Pisa, 15 marzo 2012, in *Contratti*, 2012, p. 1013; Trib. Massa, 31 dicembre 2012, disponibile su *ilcaso.it*.

⁵⁸⁰ Cfr. Cass., 16 dicembre 2013, n. 28013, reperibile in *Banca dati DeJure*; Cass., ord., 21

15 febbraio 2016, n. 2900⁵⁸¹, che ha esaminato in maniera approfondita il contratto *4you* e la struttura dello scambio che esso implementa, rapportandolo alle disposizioni ed ai principi fondamentali dell'ordinamento. Con tale sentenza la Suprema Corte ha affrontato approfonditamente le questioni che si erano poste all'attenzione di dottrina e giurisprudenza in materia, fornendo una risposta alle principali problematiche suscitate dai summenzionati contratti. Data l'influenza di tale pronuncia sulla giurisprudenza successiva, che ne ha unanimemente seguito le statuizioni, essa merita di essere esaminata approfonditamente.

Nel caso oggetto della decisione della Suprema Corte un cliente non professionale aveva stipulato un contratto *4you* che presentava la struttura descritta nel paragrafo precedente. I titoli acquistati per conto dell'investitore erano obbligazioni *zero coupon*⁵⁸² di Interbanca e fondi comuni di investimento della Ducato Gestioni s.p.a. (società collegata alla banca Monte dei Paschi di Siena, che aveva erogato il finanziamento ed era altresì l'intermediario): tali titoli, nel contratto quadro, erano solo denominati, senza che se ne specificasse il costo, il rendimento e le caratteristiche. Inoltre, l'intermediario aveva informato l'investitore circa l'esistenza del conflitto di interessi, senza tuttavia specificarne la natura e l'estensione e senza aver acquisito il consenso del cliente stesso, così come invece previsto *ex art. 27* del Regolamento Consob di attuazione n. 11522 del 1998⁵⁸³.

La Corte d'Appello di Genova, riformando la sentenza di primo grado, aveva dichiarato la nullità del contratto in questione, condannando Monte dei Paschi di Siena alla restituzione delle somme versate dall'investitore e degli interessi legali decorrenti dalla data di ogni singolo versamento. La Corte d'Appello ha evidenziato come il contratto violi numerose disposizioni del TUF e del Regolamento Consob

giugno 2012, n. 10376, in *Contratti*, 2013, p. 131, con nota di R. Natoli; Cass., 25 maggio 2012, n. 8312, in banca dati *Pluris*.

⁵⁸¹ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852, con nota di G. Versaci; in *Società*, 2016, VI, p. 721, con nota di M. Costanza.

⁵⁸² Si definiscono obbligazioni *zero coupon* le obbligazioni che non hanno cedole, il cui rendimento è calcolato in base alla differenza tra la somma versata al momento della sottoscrizione e la somma ricevuta alla scadenza del titolo.

⁵⁸³ Nella versione *ratione temporis* applicabile.

n. 11522 del 1998⁵⁸⁴, ed ha asserito che tali violazioni non costituiscono solamente inosservanza di norme di comportamento, ma anche vizi genetici e strutturali dell'accordo stesso. La banca, soccombente in appello, ricorreva in Cassazione, censurando la sentenza sotto numerosi profili: in particolare, la ricorrente argomentava che i vizi rilevati dalla Corte d'Appello, anche qualora fossero stati ritenuti sussistenti, concernevano norme di comportamento e non potevano quindi comportare l'invalidità del contratto, ma solamente la risoluzione ed il risarcimento dei danni subiti⁵⁸⁵.

L'analisi della Corte di Cassazione muove innanzitutto dalla qualificazione giuridica del contratto. Nel caso di specie due soluzioni sono infatti astrattamente possibili: il prodotto *4you* può essere considerato come una combinazione di contratti collegati tra loro, ma aventi ciascuno una propria causa⁵⁸⁶, oppure come un unico contratto atipico⁵⁸⁷. La Cassazione sceglie questa seconda opzione⁵⁸⁸, facendo leva sul concetto di causa concreta del contratto, così come delineato nelle

⁵⁸⁴ La Corte d'Appello dichiarava la violazione dell'art. 21 TUF concernente il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza, trasparenza; dell'art. 21 TUF e dell'art. 27 Regolamento Consob relativo all'intermediazione in conflitto di interessi; dell'art. 24 TUF e dell'art. 37 Regolamento Consob, concernenti la libertà di investimento, poiché la possibilità di recedere dal contratto era sottoposta al pagamento di una penale particolarmente onerosa, nonché alla preventiva cessione dei titoli detenuti in pegno dalla banca stessa.

⁵⁸⁵ Secondo il noto principio affermato dalle Sezioni Unite in Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, la prima in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con note di V. Roppo; F. Bonaccorsi; in *Corr. giur.*, 2008, p. 223, con nota di V. Mariconda; in *Società*, 2008, p. 449, con nota di V. Scognamiglio. La seconda in *Giur. it.*, 2008, p. 347, con nota di G. Cottino; in *Resp. civ.*, 2008, p. 525, con nota di F. Toschi Vespasiani. Entrambe in *Contratti*, 2008, p. 221, con nota di V. Sangiovanni. Sul punto cfr. altresì Cass., 10 novembre 2010, n. 22819; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056, tutte in *Banca dati Pluris*.

⁵⁸⁶ Peraltro, in relazione al giudizio di meritevolezza, la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva. Infatti, si è evidenziato come il collegamento contrattuale presenti una propria causa, diversa da quella dei contratti collegati; da questo punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Qualora si accolga tale interpretazione del collegamento contrattuale, quindi, il giudizio di meritevolezza dovrebbe comunque essere effettuato in relazione all'intera operazione economica, a prescindere dalla tipicità dei contratti collegati. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 402 ss.

⁵⁸⁷ Ritiene che debba essere qualificato come unico contratto R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 335.

⁵⁸⁸ Che era già stata seguita in relazione al contratto «Visione Europa», cfr. Cass. 3 aprile 2014, n. 7776, in *Contratti*, 2014, p. 1131, con nota di R. Natoli.

sentenze Cass., 8 maggio 2006, n. 10490⁵⁸⁹ e Cass. 12 novembre 2009, n. 23941⁵⁹⁰. La Suprema Corte evidenzia come la scomposizione in tre contratti sia, in realtà, meramente artificiale, in quanto nessuno di questi presenta una propria autonoma causa⁵⁹¹: l'operazione contrattuale presenta invece una causa unitaria⁵⁹², poiché ha uno scopo di investimento, che in quanto tale ricade entro la fattispecie dell'art. 1, comma 1, lett. *u*), TUF⁵⁹³.

Considerata la qualificazione dell'operazione come contratto atipico unitario, ne discende che, secondo l'*iter* logico del ragionamento, prima di esaminare la sussistenza di violazioni di specifici obblighi di comportamento da parte dell'intermediario, occorre valutare se il contratto sia meritevole di tutela *ex art.* 1322, comma 2, c.c., e se le prestazioni pattuite siano quindi coercibili. L'attenzione della Suprema Corte non si concentra dunque sulla possibile violazione dei doveri di informazione, sul conflitto di interessi o sulle modalità convenute per l'esercizio del diritto di recesso, ma si focalizza sulla meritevolezza degli interessi perseguiti tramite il contratto, la cui valutazione è giuridicamente e logicamente prioritaria rispetto alla possibile presenza di vizi funzionali. La violazione di disposizioni del

⁵⁸⁹ In Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; v. par. 2.8. Circa il concetto, l'utilizzo giurisprudenziale ed il dibattito dottrinale relativo alla causa concreta qui si richiamano *ex multis*: R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 66 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 186 ss.; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 541 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.

⁵⁹⁰ Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, con nota di C. Di Leo.

⁵⁹¹ Da tale distinzione deriva che il contratto deve essere identificato ed analizzato in base alla sua causa concreta, mentre il tipo costituisce un modello organizzativo degli interessi, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 247 ss. Sulla distinzione e non sovrapposibilità di causa e tipo cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 231 ss.; G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 541 ss.

⁵⁹² Sulla causa quale elemento che coordina l'intera operazione economica e ne esprime la funzione cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 370-371; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 65 ss.; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 367.

⁵⁹³ Sul punto la sentenza aderisce all'orientamento di cui alla sentenza Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contratti*, 2013, p. 1105, con nota di F. Savasta, in cui si era affermato che i contratti di investimento hanno natura atipica e sono, quindi, soggetti al controllo di meritevolezza del «regolamento di interessi che ne costituisce il tessuto causale»; in particolare, si era evidenziato che l'atipico contratto di investimento «si presta ad assurgere a forma giuridica di ogni investimento di natura finanziaria, ai sensi del citato art. 1, comma 1, lett. *u*), t.u.f.».

TUF e del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 viene invece presa in considerazione nella misura in cui incide sulla struttura delle reciproche obbligazioni e, quindi, sulla causa del contratto.

Dopo aver affermato che il giudizio di meritevolezza è un giudizio di diritto, e quindi sindacabile in sede di legittimità⁵⁹⁴, la Suprema Corte si concentra sulla natura e sugli effetti di tale scrutinio. Si chiarisce che esso non deve essere effettuato secondo il parametro del proibito, quanto secondo quello dell'agiuridico: un contratto che sia immeritevole risulta quindi improduttivo di effetti *ab initio*. Il giudizio di meritevolezza è inoltre assimilato a quello di nullità in relazione agli obiettivi perseguiti, in quanto anche il giudizio *ex art. 1322*, comma 2, c.c. costituisce un controllo a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento⁵⁹⁵.

La Cassazione asserisce che anche ai contratti atipici di investimento o di intermediazione finanziaria è estendibile il principio secondo cui: «il legislatore, predisposta una struttura normativa significante, (..) ha “voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati”». Da tale stretto collegamento con il giudizio di nullità deriva la possibilità di rilevare la non meritevolezza del contratto anche *ex officio* in ogni stato e grado del processo, sulla scorta di quanto affermato nelle pronunce Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243⁵⁹⁶, concernenti la rilevanza della nullità del contratto.

Una volta inquadrato il giudizio *ex art. 1322*, comma 2, c.c. ed averne evidenziato la rilevanza ed il ruolo rispetto ai principi cardine del sistema, la Corte di Cassazione esamina la meritevolezza del *my way* oggetto della controversia, delineando modalità operative e *ratio* di tale valutazione. Come viene autorevolmente affermato, il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa

⁵⁹⁴ Così come già affermato in Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, VI, p. 725, con nota di M. Costanza.

⁵⁹⁵ Così come la nullità, come affermato in Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 299, con note di C. Scognamiglio; N. Rizzo; S. Pagliantini; in *Danno e resp.*, 2015, p. 592, con note di R. Fornasari; P. Laghezza.

⁵⁹⁶ Cit.

concreta dell'accordo⁵⁹⁷. Ciò che si esamina non è, quindi, l'astratta configurazione delle reciproche prestazioni, ma la struttura effettiva dello scambio come predisposto dalle parti; in tale prospettiva sono decostruiti ed esaminati gli interessi perseguiti tramite il contratto ed il rapporto di scambio tra le obbligazioni convenute. La meritevolezza, quindi, non è valutata in relazione agli interessi che, astrattamente, l'accordo è volto a realizzare, ma in relazione alla loro effettiva configurazione nell'assetto dello scambio pattuito.

Le obbligazioni reciprocamente convenute dall'investitore e dall'intermediario sono quindi contestualizzate in relazione alla situazione economica in cui si trovano le parti, che è, in ragione della asimmetria informativa e del diverso potere contrattuale, strutturalmente squilibrata. Al termine dell'analisi, la Corte di Cassazione afferma che il contratto oggetto della controversia è immeritevole in quanto: «la rilevanza dell'insieme delle violazioni, (...), evidenzia l'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, radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione, ove accompagnato dalle cautele previste dal T.U.F. e dalla normazione regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso, mentre l'interesse dell'intermediario è sostanzialmente privo di effettivi margini di rischio dal momento che esso lucra gli interessi del mutuo, colloca prodotti (anche in conflitto d'interessi) ed opera sul mercato. Tale rischio non può identificarsi con la possibilità che il mutuatario

⁵⁹⁷ Che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto la causa del contratto e non sia sovrapponibile a quello relativo alla liceità del contratto è stato sottolineato da G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 545 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 185, 242-243; tuttavia l'autore sostiene che il giudizio di meritevolezza sia sostitutivo di quello relativo all'esistenza della causa in astratto, che in relazione ai contratti tipici è già stato effettuato dal legislatore. Al contrario, una parte della dottrina ha ritenuto che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto il tipo, cfr. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62; ID., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 817.

investitore sia inadempiente, trattandosi di un'evenienza comune a tutti i contratti onerosi».

La Corte evidenzia che il mancato raggiungimento di un beneficio per l'investitore non è dovuto ad un andamento negativo del mercato, ma alla struttura contrattuale, che è costruita in modo tale da comportare, per l'investitore non professionale, una perdita sicura. L'immeritevolezza del contratto non dipende quindi dalla particolare combinazione, astrattamente considerata, di più contratti tipici, né dalla semplice violazione di norme di comportamento, ma dal fatto che la struttura complessiva del contratto non è idonea a procurare alcun beneficio all'investitore.

La Corte di Cassazione pone al centro del giudizio di meritevolezza lo scambio così come realizzato in concreto dai contraenti, differenziando il profilo strutturale da quello relativo allo svolgimento del rapporto contrattuale: la violazione delle norme di comportamento non rileva in sé quale causa di invalidità del contratto, ma in quanto contribuisce a realizzare il rilevante squilibrio delle prestazioni⁵⁹⁸.

Nel corso dell'argomentazione si richiama un'altra decisione, sempre della Corte di Cassazione⁵⁹⁹, che ha analizzato la struttura del *for you* e lo ha dichiarato immeritevole di tutela. Anche in tale sentenza si è posto in evidenza lo squilibrio estremamente rilevante tra le prestazioni, e come tale squilibrio derivi non tanto, o non solo dalle capacità negoziali dei singoli contraenti, ma dalla disparità della situazione di mercato nella quale essi si trovano. Infatti la banca ottiene prestazioni vantaggiose grazie alla propria posizione sul mercato e, anche tramite rappresentazioni decettive, impone all'altra parte obbligazioni estremamente svantaggiose, se non addirittura rovinose. Anche in tale caso si asserisce che il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa concreta del contratto e si sottolinea come l'elemento dirimente per la decisione non sia la mancanza di

⁵⁹⁸ G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, p. 62 aveva già segnalato che la questione relativa all'equilibrio contrattuale attiene al profilo della causa e non del tipo. Cfr. anche R. ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 339 ss., 346.

⁵⁹⁹ Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

corrispettività delle reciproche obbligazioni, né il fatto che l'investitore concluda un contratto svantaggioso, ma il fatto che l'operazione economica generi per l'intermediario un sicuro beneficio, mentre espone l'investitore a tutti i rischi, procurandogli una pressoché sicura perdita.

Infine, nell'enunciazione del principio di diritto (che viene direttamente ripreso anche da Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900), si asserisce che il contratto *4you*, così come strutturato, è in contrasto con i principi di cui all'art. 47, comma 1, Cost. e dell'art. 38, comma 2 e 5 cost., relativi rispettivamente alla tutela del risparmio ed all'incoraggiamento di forme di previdenza, anche privata: la Corte prospetta l'incompatibilità del *my way* rispetto a tali norme, in quanto l'intermediario, sfruttando le preoccupazioni previdenziali del risparmiatore, colloca titoli di dubbia redditività e attribuisce all'investitore una parte del proprio rischio di impresa.

3.1.3 Critica della giurisprudenza

Al fine di comprendere i criteri seguiti dalla Corte di Cassazione nell'effettuazione del giudizio di meritevolezza⁶⁰⁰ è fondamentale considerare la configurazione delle prestazioni dei contraenti e lo scambio che con esse viene implementato. Nei casi esaminati dalla giurisprudenza il prodotto finanziario dovrebbe astrattamente realizzare lo scambio sinallagmatico sopra analizzato⁶⁰¹ che, così astrattamente configurato, non sembra presentare profili di

⁶⁰⁰ L'orientamento della Suprema Corte è stato seguito dalla successiva giurisprudenza di legittimità, nonché di merito, cfr. Cass., ord., 7 febbraio 2019, n. 3679, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 806, con nota di G. Fappiano; Cass., ord., 10 gennaio 2018, n. 383, in *Banca dati Pluris*; Cass., ord. 10 gennaio 2018, n. 378, in *Banca dati Pluris*; Cass., ord., 31 maggio 2017, n. 30489, in *Banca dati Pluris*; Cass., ord., 13 dicembre 2017, n. 29985, in *Banca dati Pluris*; Cass., 17 maggio 2017, n. 12385, in *Banca dati DeJure*; Cass., 27 febbraio 2017, n. 4907, in *Banca dati Pluris*; Cass., 3 gennaio 2017, n. 37, in *Banca dati DeJure*; Cass., ord., 13 dicembre 2017, n. 29985, in *Banca dati Pluris*, su cui cfr. P. MONTELLA, *L'immeritevolezza dei prodotti "for you" e "my way": ancora una "sconfitta" per MPS. La nuova ordinanza n. 29985 del 13/12/2017 della Cassazione*, in *Ianus*, 2018, p. 139 ss.; Cass., 23 dicembre 2016, n. 26948 in *Banca dati Pluris*; Cass., 26 maggio 2016, n. 10942, in *Banca dati Pluris*; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, p. 897, con nota di L. Buonanno; Trib. Viterbo, 20 gennaio 2016, in *Banca dati DeJure*; Trib. Pisa, 25 febbraio 2016, reperibile in *Banca dati DeJure*; App. Campobasso, 7 luglio 2016, reperibile in *Banca dati Pluris*.

⁶⁰¹ Tale configurazione, presente nell'analisi delle sentenze che si sono occupate del prodotto, è ad esempio esplicitata con chiarezza in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; ed anche in Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, cit.

immeritevolezza o invalidità. La problematicità risiede invece nell'alterazione genetica di tale schema verificatasi nella prassi: infatti, a fronte dei benefici percepiti dalla banca, l'investitore non riceve alcuna utilità⁶⁰². È opportuno sottolineare che ciò non dipende da un esito estremamente negativo dell'investimento nel singolo caso concreto, ma dal fatto che il contratto è strutturato in modo tale da non permettere che l'investimento generi un rendimento superiore al tasso di interesse convenuto per il finanziamento⁶⁰³. In altri termini, il vizio del contratto non si manifesta nel suo svolgimento, a causa del comportamento di una delle parti o di eventi sopravvenuti, ma attiene al momento genetico dello stesso⁶⁰⁴: il contratto non solo non realizza lo scambio promesso, ma non realizza in realtà alcuno scambio, poiché in concreto implementa un trasferimento di ricchezza a senso univoco, dall'investitore alla banca⁶⁰⁵.

Tenendo a mente tale considerazione, occorre analizzare quale sia il ruolo svolto dalla funzione previdenziale che sarebbe deputato a svolgere il *my way*, e come tale funzione incida sul giudizio di meritevolezza del contratto⁶⁰⁶. Al fine di comprendere se la funzione previdenziale debba essere considerata nello svolgimento del giudizio di meritevolezza e, in caso affermativo, secondo quali parametri, occorre valutare come tale funzione entri a far parte dello scambio convenuto dai contraenti. Questa valutazione è dirimente, poiché qualora si ritenga che la funzione previdenziale non incida sull'elemento causale del contratto (in

⁶⁰² Lo si afferma chiaramente in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁶⁰³ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁶⁰⁴ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁶⁰⁵ Sul trasferimento di ricchezza in senso univoco cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 352 ss. Sull'invalidità di un contratto in base al quale sia già certa, al momento della conclusione, la perdita in capo ad un contraente ed il guadagno in capo all'altro cfr. S. GUADAGNO, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 289. Circa contratto e scambio cfr. U. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Roma, 1980, p. 61 ss. Sullo scambio e la sua importanza per le varie manifestazioni della vita in comunità R. SACCO, voce *Scambio*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 894.

⁶⁰⁶ Si noti che la problematica presenta numerosi punti di contatto con quella relativa al ruolo svolto dalla funzione di copertura nei contratti derivati; in particolare, in relazione alla giuridicità e validità dei contratti derivati che dovrebbero astrattamente svolgere una funzione di copertura, la quale non viene però realizzata in concreto, su cui cfr. M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale. Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 881 ss.; cfr. più ampiamente par. 3.2.4-3.2.8.

relazione al quale la Suprema Corte ha effettuato il giudizio di meritevolezza), la sua violazione o non realizzazione può rilevare in rapporto ai vizi del consenso, o alla violazione delle norme di comportamento (con le note conseguenze relative all'annullabilità o risolubilità del contratto), ma non rileva circa la meritevolezza degli interessi perseguiti.

Per svolgere tale analisi occorre, innanzitutto, chiarire in cosa dovrebbe consistere la funzione previdenziale e, quindi, le modalità di realizzazione della stessa tramite le obbligazioni convenute. Come si desume chiaramente dalle circostanze dei casi analizzati dalla giurisprudenza, la funzione previdenziale si traduce nel fatto che il prodotto finanziario dovrebbe generare, nel lungo periodo, rendimenti che entrino nella disponibilità dell'investitore e che siano maggiori rispetto ai costi sopportati per effettuare l'operazione.

In tale prospettiva, pur essendo ogni investimento finanziario sottoposto all'inevitabile alea derivante dall'oscillazione dei mercati, i prodotti offerti dovrebbero presentare un basso profilo di rischio, che renda plausibile attendersi un ritorno positivo dall'investimento nel lungo periodo. Infatti, come chiarito anche in un passaggio della summenzionata sentenza⁶⁰⁷, se ogni investimento finanziario è soggetto ad un'alea che non può essere totalmente eliminata, è altresì corretto affermare che l'alea può essere modulabile in funzione dell'obiettivo dell'investimento stesso⁶⁰⁸. La possibilità di ricevere tali rendimenti nel lungo periodo è la contropartita per la quale l'investitore si obbliga ad eseguire le prestazioni convenute.

Di conseguenza la funzione previdenziale influisce sul giudizio di meritevolezza non in quanto specifico scopo che si prefigge uno dei due contraenti (in tal senso, atterrebbe alla sfera dei motivi, e risulterebbe quindi irrilevante⁶⁰⁹;

⁶⁰⁷ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁶⁰⁸ Sul contratto aleatorio, cfr. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., *passim*.

⁶⁰⁹ Sui motivi dei contraenti e la loro rilevanza giuridica, anche in rapporto all'interesse ed alla causa del contratto, cfr. R. SACCO, voce *Motivo, fine, interesse*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VII, 2012, p. 298 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 345 ss.; V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2377 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 207 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 232 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce

oppure potrebbe essere considerata in relazione ai vizi del consenso), né poiché le rappresentazioni decettive della banca hanno indotto in errore l'investitore (in tale caso occorrerebbe valutare il possibile dolo dell'intermediario), ma in quanto presuppone una determinata struttura dello scambio tra le prestazioni, astrattamente meritevole, che però in concreto non è quella propria del contratto poiché tale possibilità non sussiste. Inoltre, tale mancata realizzazione non afferisce ad una incapacità personale del contraente o ad un inadempimento della controparte, ma ad un vizio strutturale nelle modalità secondo cui si combinano le reciproche obbligazioni⁶¹⁰. Ne deriva il venir meno della ragione stessa della controprestazione dovuta dall'investitore: questi si è obbligato ad eseguire prestazioni in cambio delle quali, a causa della struttura stessa del contratto, non può ricevere la contropartita⁶¹¹. Da questo punto di vista, quindi, la funzione previdenziale non è irrilevante, poiché presuppone un determinato modo di essere dello scambio, che però non è realizzato dalla struttura dell'accordo in concreto concluso.

Circa il ruolo svolto dalla funzione previdenziale l'analisi della Suprema Corte non è sempre chiara: in alcuni passaggi l'argomentare relativo alla struttura del contratto, dipendente anche da tale funzione, sembra confondersi con una prospettiva che dà rilevanza ai motivi che hanno determinato a contrarre l'investitore non professionale. Tuttavia, la funzione previdenziale, dal punto di vista della meritevolezza degli interessi perseguiti, rileva non perché costituisce la ragione dell'investimento del cliente, ma perché entra a far parte del tessuto causale del contratto secondo la logica sopra specificata: la funzione previdenziale è determinante poiché presuppone un determinato modo di essere dello scambio, che invece in concreto il contratto non rispetta.

A ciò si deve aggiungere che non solo il contratto non è idoneo a realizzare tale funzione, ma anche che l'investitore non professionista non riceve alcuna utilità

Motivo del negozio giuridico, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 466 ss.

⁶¹⁰ Come rilevato in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁶¹¹ Il giudizio di meritevolezza così come effettuato dalla Corte di Cassazione, pur presentando un carattere positivo e non meramente negativo, sembra richiedere, così come il giudizio relativo all'esistenza della causa, che il contratto e gli spostamenti di ricchezza effettuati tramite lo stesso producano una circolazione biunivoca delle risorse, cfr. G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, cit., p. 552-553.

dal contratto stesso. Il risparmiatore esegue più prestazioni (il pagamento delle rate del mutuo, il pagamento dell'intermediazione finanziaria, la concessione dei titoli in pegno) senza ricevere alcuna controprestazione, poiché la probabilità che i rendimenti dei titoli acquistati siano maggiori dei costi sopportati è estremamente bassa, se non pressoché inesistente. Tale struttura dello scambio non è dovuta a diverse valutazioni delle parti circa l'andamento del mercato finanziario, o ad una errata previsione di uno dei contraenti, ma ad uno strutturale squilibrio tra le posizioni delle parti, in forza del quale la banca impone all'investitore un contratto grazie al quale essa si assicura notevoli guadagni senza sopportare alcun rischio⁶¹², mentre il risparmiatore non riceve alcuna utilità. Il contratto si traduce quindi in un immeritevole spostamento di ricchezza unidirezionale dall'investitore non professionale all'intermediario.

3.1.4 Meritevolezza e causa concreta del my way

Esaminati l'oggetto ed i parametri del giudizio di meritevolezza, è opportuno sottolineare che lo stesso ha acquisito una rilevanza ed un'ampiezza che vanno oltre il giudizio di liceità della causa del contratto⁶¹³. Nella *ratio decidendi* della sentenza analizzata, infatti, la Corte non verifica la contrarietà del *my way* a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume; nel ragionamento, invece, analizza lo scambio delle prestazioni, il loro rapporto sinallagmatico, il contesto economico e le posizioni dei contraenti, che risultano estremamente squilibrate sia in relazione all'asimmetria informativa, sia in relazione alla differenza di potere contrattuale⁶¹⁴. Se tale prospettiva sembra quindi conferire un'autonoma rilevanza

⁶¹² Come si è correttamente sottolineato, in realtà non è l'unilateralità del rischio, nel caso di specie, a rendere nullo il contratto, quanto il fatto che la struttura del contratto renda impossibile realizzare il fine previdenziale, cfr. A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 380; ID., *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 921 ss.

⁶¹³ Cfr. G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 113; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 62.

⁶¹⁴ Per quanto concerne il contratto concluso tra imprenditori in posizioni asimmetriche cfr. G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione simmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 113 ss. In generale, sul terzo contratto, cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p.

alla disposizione di cui all'art. 1322, comma 2 c.c., occorre al tempo stesso notare che essa avvicina, se non addirittura sovrappone, il giudizio di meritevolezza a quello concernente l'esistenza della causa concreta.

La Suprema Corte non fornisce criteri per distinguere il giudizio relativo alla meritevolezza degli interessi da quello circa l'esistenza della causa; considerando l'elaborazione giurisprudenziale⁶¹⁵ e dottrinale⁶¹⁶ sul tema, e l'utilizzo che ne è stato fatto al fine di controllare la struttura dello scambio, i due giudizi tendono a sovrapporsi. Collegando il giudizio di meritevolezza al controllo dell'esercizio dell'autonomia privata, che si deve svolgere in modo «corretto, ordinato e ragionevole», sulla base di principi cardine quali la buona fede, la tutela del contraente debole e la parità quanto meno formale delle asimmetrie economiche sostanziali⁶¹⁷, la Corte richiama infatti quelli che sono i parametri del giudizio causale.

Come evidenziato nel corso dell'analisi delle sentenze, gli interessi di cui deve essere valutata la meritevolezza non sono gli interessi che hanno mosso i singoli contraenti a concludere il contratto, ma (come peraltro si deduce dal testo dell'art. 1322, comma 2 c.c.) gli interessi che il contratto è diretto a realizzare. Tuttavia, tali interessi corrispondono alla causa concreta del contratto, così come definita dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, la meritevolezza degli interessi perseguiti non può che essere valutata in relazione alla conformità dello

9 ss. Vi è altresì chi ha sottolineato che, in ambito differente, uno strumento per intervenire sul contratto squilibrato potrebbe essere quello dell'oggetto del contratto: G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 92 ss.

⁶¹⁵ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, cit.

⁶¹⁶ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 66 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, cit., p. 545 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 186 ss.; G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 541 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 402 ss.; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 957 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, III, Milano, 2015, p. 447 ss.;

⁶¹⁷ Sul rapporto tra autonomia privata e disciplina della concorrenza cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma, 2008, p. 1 ss.

scambio diviso⁶¹⁸ dalle parti rispetto alla razionalità del mercato⁶¹⁹, che richiede una circolazione bilaterale della ricchezza.

Inoltre, con l'argomentazione svolta in relazione al *my way* la Suprema Corte sembra riprendere, almeno in parte, il ragionamento seguito in una precedente pronuncia⁶²⁰, nella quale si dichiarava immeritevole di tutela un contratto contrario ad alcune disposizioni dell'ordinamento sportivo. A prescindere dalla correttezza della decisione⁶²¹, in tale caso il giudizio di meritevolezza veniva effettuato non solo in senso negativo, ossia verificando se il contratto realizzasse interessi contrari all'ordinamento, ma anche considerando l'equilibrio sinallagmatico delle reciproche obbligazioni: le modalità di effettuazione dello scrutinio erano non solo quelle proprie del giudizio di liceità⁶²² (la Suprema Corte asseriva che il contratto fosse stato concluso in frode alle norme dell'ordinamento sportivo), ma si prendeva altresì in considerazione l'equilibrio tra le rispettive obbligazioni e la concorrenzialità del mercato.

Non sembra invece determinante il riferimento, nella parte finale della sentenza Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, agli articoli 47, comma 1, cost. e dell'art. 38, commi 2 e 5, cost. relativi alla tutela del risparmio ed alle forme previdenziali. Infatti, nella *ratio decidendi* della sentenza non si fa alcun riferimento a tali norme;

⁶¹⁸ G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, cit., p. 552-553.

⁶¹⁹ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 195 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, cit., p. 115, 118.

⁶²⁰ Cass., 20 settembre 2012, n. 15934, in *Contratti*, 2012, p. 927.

⁶²¹ Sul punto, cfr. diffusamente G. FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 650 ss. Infatti, in considerazione degli artt. 4 e 5 della l. n. 91 del 1981 si può innanzitutto dubitare dell'atipicità del vincolo sportivo e quindi della proponibilità del giudizio di meritevolezza, cfr. E. MINERVINI, *Il trasferimento del giocatore di calcio*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 1079. In secondo luogo, è discutibile l'equiparazione tra norme dell'ordinamento sportivo e norme statuali: le prime, infatti, come affermato costantemente da dottrina e giurisprudenza, non hanno il rango di legge e non costituiscono norme imperative la cui violazione causa la nullità del contratto. Le norme dell'ordinamento sportivo non sono atti normativi di rango pubblicistico; la loro natura viene invece identificata con quella del contratto normativo (Cass., 5 aprile 1993, n. 4063, in *Foro it.*, 1994, I, c. 136; Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, in *Giust. civ.*, 1982, II, 1, p. 2411; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ. Cicu Messineo*, 1, Milano, 1973, p. 658) e costituiscono un ordinamento separato da quello di diritto comune, secondo la teoria della pluralità e della separazione degli ordinamenti (G. ALPA, *L'ordinamento sportivo tra autonomia e costituzione*, in *Il caso Genoa. Alla ricerca di un giudice*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2005, p. 25; F. VERDE e M. SANINO, *Il diritto sportivo*, Padova, 2011, p. 10).

⁶²² G. FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, cit., p. 649.

esse sono invece citate solamente nel passaggio in cui la Corte richiama, in senso adesivo, una precedente decisione che aveva dichiarato immeritevole il *my way*⁶²³. Peraltro, anche in tale pronuncia le summenzionate disposizioni costituzionali non influivano sull'analisi svolta dalla Suprema Corte che, effettuando il giudizio di meritevolezza del contratto in relazione alla causa concreta, prendeva invece in considerazione l'equilibrio delle prestazioni e la strutturale asimmetria informativa e di potere negoziale che aveva caratterizzato le negoziazioni.

In tale decisione il richiamo alle disposizioni costituzionali è utilizzato quale ulteriore elemento per giustificare un incisivo controllo giudiziale sul contratto atipico, al fine di evidenziare l'importanza del controllo di operazioni di investimento che siano presentate come piani previdenziali⁶²⁴, più che come effettivo criterio considerato nell'effettuazione dello scrutinio. Tale conclusione è peraltro confermata dal fatto che un'altra sentenza della Suprema Corte⁶²⁵ ha dichiarato l'immeritevolezza del *4you* senza fare alcun riferimento a disposizioni costituzionali, ma seguendo il medesimo *iter* logico-giuridico delle altre due pronunce, fondando il proprio giudizio sulla causa e sullo scambio che il contratto implementa. Peraltro, anche considerando il passaggio della sentenza in cui si afferma che le parti rimangono libere di concludere contratti per sé rovinosi⁶²⁶, se ne deduce che la problematicità non è direttamente collegata con la tutela del risparmio astrattamente considerata, ma con la particolare struttura del contratto in esame, che comporta una perdita pressoché sicura per il contraente debole e, dunque, uno spostamento unidirezionale di ricchezza.

⁶²³ Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

⁶²⁴ In tale pronuncia la Suprema Corte asserisce: «pertanto, la combinazione dei due principi fondamentali deve indurre ad una considerazione nuova – e, in sostanza, di ben maggiore sensibilità rispetto a quella pure riservata alle ordinarie operazioni di investimento, necessariamente a rischio, nel mercato di quelli – delle esigenze di previdenza complementare privata in rapporto a prodotti finanziari presentati quali idonei a tali fini.

Tanto vale a maggior ragione in un contesto storico, quale quello in cui l'operazione per cui oggi è causa è stata portata avanti, notoriamente caratterizzato dalla presa di coscienza della potenziale insufficienza del solo sistema pubblico e dall'adozione di una serie di misure, legislative e non, ad incoraggiamento e tutela delle forme complementari di previdenza».

⁶²⁵ Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.

⁶²⁶ Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

Il giudizio di meritevolezza è quindi utilizzato dalla Suprema Corte quale ulteriore strumento di controllo del contratto al fine di valutare la razionalità dello scambio, anche in considerazione del concreto contesto di mercato nel quale esso è stato concluso.

3.2 Causa e meritevolezza dei contratti derivati

3.2.1 I derivati: una breve premessa

La finanza globalizzata ha prodotto e continua a produrre strutture contrattuali inedite, che fuoriescono dai tipi regolamentati dai sistemi di diritto privato - nell'ordinamento italiano essi sono «contratti alieni»⁶²⁷ -, sulla base delle esigenze degli attori del mercato che sono alla ricerca di nuove opportunità di profitto. Fra questi, una posizione di assoluto rilievo in ragione della loro perdurante diffusione⁶²⁸ e del ruolo che gli stessi hanno avuto nella crisi iniziata nel 2008⁶²⁹ è occupato da quelli che vengono solitamente definiti contratti derivati⁶³⁰.

D'altro canto, il pensiero economico più autorevole mette da molto tempo in evidenza il legame tra il sistema finanziario ed il sistema produttivo, evidenziando non l'estraneità fra i due comparti, ma la reciproca interdipendenza e necessità. La formazione del *finance capital*⁶³¹ ha costituito un processo del tutto endogeno all'espansione del sistema capitalistico ed al suo dominio su scala globale, anche in ragione della necessità delle attività produttive di disporre di

⁶²⁷ Il riferimento, chiaramente, è a G. DE NOVA, *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 15 ss.; ora anche in ID., *Il contratto alieno*, cit., p. 103 ss.

⁶²⁸ A. OLIVIERI, *Banche, allarme derivati: valgono 33 volte il Pil mondiale*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 dicembre 2018; sulla possibilità di una nuova crisi finanziaria ed i rischi ancora estremamente elevati che tali strumenti comportano per il sistema economico nel suo complesso cfr. R. GODIN, *En 2019, comme un parfum de crise financière...*, in *Mediapart*, 26 dicembre 2018.

⁶²⁹ Sul tema la bibliografia è sconfinata, per una sintesi cfr. A. TOOZE, *Crashed*, New York, 2018, p. 72 ss.; C. LAPAVITSAS, *Profiting Without Producing*, London-New York, 2013, p. 7 ss.

⁶³⁰ Per un'analisi dello sviluppo storico dei contratti derivati e delle loro funzioni cfr. L. ERZEGOVESI, *Il mercato degli strumenti finanziari derivati. Un'introduzione*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese e F. Sartori, Pisa, 2010, p. 19 ss.

⁶³¹ G. ARRIGHI, *The Long Twentieth Century*, London-New York, 2010 (1^a ed. 1994), p. 97 ss.; ID., *Adam Smith in Beijing*, cit., p. 112 ss.; R. HILFERDING, *Finance Capital*, London, 1981 (1^a ed. 1910).

capitali da impiegare nei processi di produzione ed estrazione del valore⁶³². Da questo punto di vista, risulta fuorviante l'analisi della finanza come sistema separato ed autonomo rispetto a quella che viene a volte definita come economia reale⁶³³, perché non ne coglie gli aspetti di interdipendenza e di reciproca necessità in relazione all'approvvigionamento e messa a valore del capitale, oltre che i conflitti relativi all'allocazione del potere all'interno della classe capitalistica stessa.

Il tema ha innumerevoli sviluppi ed articolazioni concernenti la politica economica, le modalità di organizzazione imprenditoriale e, più in generale, del sistema capitalistico, oltre che ricadute sulla società nel senso più ampio. Tali aspetti vanno evidentemente oltre l'ambito della presente trattazione; ciò che in questa sede interessa maggiormente, invece, è analizzare i problemi che i contratti derivati pongono in relazione a causa e meritevolezza. Essi sono infatti stati e sono tuttora un fervido campo nel quale giurisprudenza e dottrina si sono copiosamente interrogate circa i parametri da prendere in considerazione e le modalità secondo cui espletare tali giudizi.

In altri termini, i derivati costituiscono non solo un tema di estrema centralità ed attualità nell'analisi del capitalismo contemporaneo e delle sue crisi, ma anche un banco di prova per le nuove frontiere dei giudizi causale e di meritevolezza. In tale settore è possibile esaminare con attenzione le intersezioni e sovrapposizioni di alcuni aspetti centrali della teoria del diritto contrattuale contemporaneo, come, ad esempio, le modalità di valutazione dei comportamenti dei contraenti, del contesto nel quale l'accordo è concluso e dei criteri di giudizio sulla natura dello scambio realizzato. Il tema dei contratti derivati è quindi imprescindibile per l'analisi dello svolgimento dei giudizi oggetto della presente trattazione e costituisce altresì un campo di prova sia per le ipotesi analitiche avanzate in relazione al sistema economico⁶³⁴ ed al nuovo ruolo di tali giudizi nel

⁶³² K. MARX, *Le Capital*, I, 3, p. 121 ss.; C. LAPAVITSAS, *Profiting Without Producing*, cit., p. 51 ss.; S. DE BRUNHOFF, *Marx on Money*, London-New York, 2015 (1^a ed 1973), p. 51 ss.

⁶³³ Sui rapporti tra attività produttive e finanza, e su come la finanziarizzazione segni l'inizio della decadenza del centro capitalistico egemonico, nella prospettiva della teoria dei cicli, v. G. ARRIGHI, *The Long Twentieth Century*, cit., *passim*.

⁶³⁴ Cfr. cap. 1.

diritto contemporaneo. Il tema consente inoltre di esplorare le intersezioni fra diversi livelli di regolamentazione, che operano a livello nazionale e transnazionale e che vedono intersecarsi norme di origine differente sia in relazione ai soggetti da cui esse promanano⁶³⁵, sia rispetto alla loro posizione nel sistema costituzionale delle fonti⁶³⁶.

Inoltre, la problematica concernente la validità dei derivati riguarda un altro tema fondamentale dell'analisi causale, ossia quello dell'alea e della sua incidenza sulla causa del contratto⁶³⁷. Come si vedrà, infatti, nelle analisi della giurisprudenza e della dottrina la presenza dell'alea e la sua razionalità rivestono un ruolo di primaria importanza al fine di determinare l'esistenza e la liceità della causa, in particolare in relazione alla distinzione tra alea unilaterale e bilaterale ed alla cosiddetta «alea illimitata» o «alea incalcolabile». I derivati presentano anche interessanti profili di riflessione circa quello che, con formula efficace, è stato

⁶³⁵ Si è affermato che: «en d'autres termes, la financiarisation n'est pas qu'un phénomène purement économique qui serait advenu en marge du droit, mais elle correspond également à une profonde transformation de la culture juridique du monde des affaires : sous l'influence des juristes qui ont assuré la traduction du langage du risque dans celui du droit, c'est en fin de compte le droit lui-même, avec ses normes, ses catégories et ses grands principes, qui s'est financiarisé.» Cfr. P. CORNUT ST-PIERRE, *La fabrique juridique des swaps*, cit., p. 259

⁶³⁶ Come noto, nella regolamentazione dei mercati finanziari riveste una grande importanza la c.d. *soft law*, cfr. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012, p. 190 ss.

⁶³⁷ Oggetto da sempre di ampio dibattito, tanto da essere definito un «rompicapo» del diritto contemporaneo. Il tema verrà affrontato diffusamente nei paragrafi che seguono; per un inquadramento generale v. R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss.; E. GABRIELLI, voce *Alea*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2000, p. 1 ss.; ID., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale. La risoluzione*, v. XIII, t. VIII, Torino, 2011, p. 345 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 421 ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1441 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, *passim.*; A. BOSELLI, *Alea*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 473 ss.; G. SCALFI, voce *Alea*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 256 ss.; ID., *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., p. 112; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, p. 416 ss.; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 435 ss.; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 147 ss.; M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003, p. 79; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di Maffei, Milano, 2014, p. 176-179, p. 184; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 302 ss.; ANG. RICCIO, *Dell'eccessiva onerosità*, *Comm. Scialoja-Branca, diretto da Galgano*, Bologna-Roma, 2010, p. 164 ss.

definito uno degli «argini»⁶³⁸ del giudizio causale, ossia il gioco e la scommessa⁶³⁹, alla coercibilità giuridica delle scommesse ed all'applicazione delle norme del t.u.f.

Le controversie concernenti i derivati permettono di interrogarsi sui confini e le intersezioni fra i giudizi di responsabilità derivanti da violazione delle norme di comportamento, il giudizio di annullabilità per vizi del consenso ed il giudizio di nullità per assenza di causa o immeritevolezza del contratto⁶⁴⁰. Analizzare tali contratti costituisce dunque un punto privilegiato di osservazione non solo per l'importanza dei mercati finanziari e la diffusione di tali prodotti (oltre che per il loro enorme valore in termini monetari⁶⁴¹), ma anche perché impongono all'interprete di confrontarsi con le questioni fondamentali del diritto contrattuale e di approfondirle con una prospettiva sistematica⁶⁴².

L'analisi delle decisioni giurisprudenziali concernenti i derivati porta ad interrogarsi circa i criteri utilizzati dalla giurisprudenza per valutare lo scambio realizzato dai contraenti: ciò permette di valutare in maniera critica come la giurisprudenza utilizzi il giudizio causale per sanzionare accordi ritenuti squilibrati e come questo incida sulla teoria classica della causa e del controllo giudiziale dell'equilibrio delle prestazioni.

Al fine di svolgere tale analisi occorre innanzitutto definire ed analizzare che cosa sia un derivato e quale operazione economica lo stesso realizzi. Ciò è tanto

⁶³⁸ L'espressione è di M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 352.

⁶³⁹ Evidenzia la generale tendenza ad escludere l'applicabilità della disciplina del gioco e della scommessa ai contratti conclusi sui mercati finanziari J. GOLECKI, *Evolutionary Theories of Derivative Regulation*, in *The IEB International Journal of Finance*, 2012, p. 159.

⁶⁴⁰ Le corti utilizzano in maniera ambivalente entrambi gli istituti, senza tracciare una distinzione chiara; di conseguenza, nelle pagine che seguono si farà riferimento ad entrambi i giudizi. La questione attinente al loro rapporto ed alle relative differenze sarà affrontata nel par. 6.2.

⁶⁴¹ Si calcola che il valore nominale dei prodotti finanziari in circolo sui mercati finanziari corrisponda a trentatré volte il Pil mondiale, cfr. A. OLIVIERI, *Banche, allarme derivati: valgono 33 volte il Pil mondiale*, cit. Inoltre, il rischio che gli stessi pongono per la stabilità del sistema finanziario e bancario globale è notevolmente aumentato, anche in ragione del numero sempre più elevato di transazioni che vengono svolte in maniera automatizzata, tramite algoritmi che amplificano le tendenze dei movimenti sul mercato, cfr. G. ZUCKERMAN, R. LEVY, N. TIMIRAOIS e G. BANERJI, *Behind the Market Swoon: The Herdlike Behavior of Computerized Trading*, in *The Wall Street Journal*, 25 dicembre 2018.

⁶⁴² «For Marx moreover, the moneylanding transaction is inherently an act of exchange, a trade, occurring in the sphere of circulation. Since it is an act of exchange, it must satisfy the characteristic *qui pro quo* of value transfer among the counterparties.» C. LAPAVITSAS, *Profiting Without Producing*, cit., p. 112.

più importante in ragione del fatto che i derivati non sono una categoria unitaria, ma si distinguono perché realizzano operazioni differenti⁶⁴³, che la dottrina classifica secondo criteri ordinanti diversi⁶⁴⁴, a seconda del punto di osservazione privilegiato. Se la causa esprime la razionalità del contratto ed il suo fine economico, rapportato agli obiettivi perseguiti dalle parti, prima di svolgere un'analisi della causa e della meritevolezza dei contratti derivati è dunque necessario esaminare che cosa siano e quale operazione realizzino.

Al fine di fare ciò si seguirà una tipizzazione classica, ossia quella che distingue tra *swap*, *option* e *future*. Una volta tipizzate tali categorie, si esaminerà la funzione del cosiddetto *mark to market*, il suo rapporto con l'oggetto del contratto e la sua incidenza sulla causa. Si analizzeranno quindi le pronunce giurisprudenziali, di merito e di legittimità, che hanno applicato il giudizio causale e di meritevolezza di tali strumenti. Esse saranno quindi sottoposte ad una disamina critica, volta sia a chiarire l'applicazione delle norme e dei concetti giuridici, sia ad indagare le finalità perseguite dalle corti e l'approccio adottato. Infine, si esamineranno le conseguenze di tali pronunce - in relazione al ruolo dell'alea nel giudizio causale e di meritevolezza, oltre alla concezione del contratto e del controllo che deve essere effettuato sullo stesso.

3.2.2 Categorie di derivati e loro caratteristiche

I contratti derivati non rappresentano una categoria omogenea; al contrario, con tale definizione si indicano normalmente contratti tra loro differenti⁶⁴⁵, volti a realizzare operazioni con finalità non analoghe⁶⁴⁶. Tale aspetto è rilevante perché il

⁶⁴³ Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1, con nota di D. Maffei.

⁶⁴⁴ Sul punto si ritornerà diffusamente oltre; in via esemplificativa cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, *passim*; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 542 ss.

⁶⁴⁵ Lo sottolinea Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, cit.

⁶⁴⁶ M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: L'«azzardo» oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 576; D. MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Dig. sez. civ.*, agg. V, Torino, 2010, p. 354; F. CAPUTO NASSETTI, voce *Strumenti finanziari derivati*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 911, 917-918.

problema della causa e della meritevolezza dei derivati si è posto all'attenzione della giurisprudenza solamente per alcune categorie di tali contratti: è quindi opportuno delineare i contorni dei principali criteri per identificarne le tipologie, così da poter riflettere come si ponga in relazione agli stessi il problema della causa.

I derivati trovano un loro antesignano nei contratti differenziali, che sono al centro delle riflessioni di giuristi ed economisti da molto tempo⁶⁴⁷. Non si ripercorrerà l'evoluzione della regolamentazione di tali strumenti, né le somiglianze e le differenze che essi presentano con i derivati che oggi conosciamo⁶⁴⁸; in questa sede basti sottolineare che già in relazione ad essi dottrina e giurisprudenza si interrogavano circa il carattere commutativo o aleatorio⁶⁴⁹, nonché sulla loro assimilabilità al gioco⁶⁵⁰. La validità, l'efficacia e la coercibilità di tali contratti è differente a seconda dei paesi ed a seconda delle teorie economiche dominanti nei singoli momenti storici, che mirano a ridurre oppure ad aumentare la diffusione dei contratti differenziali.

Venendo ai contratti derivati contemporanei, una categorizzazione molto diffusa è quella che distingue fra *options*, *futures* e *swaps*⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ B. INZITARI, *Swap (contratto)*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 597 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 189 ss.; sulle origini storiche del problema dei derivati, anche in chiave comparata, cfr. C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, p. 3 ss.

⁶⁴⁸ Sul punto cfr. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 189 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 446 ss.; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011, p. 86 ss.; E. FERRERO, *Contratto differenziale*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 475 ss.; G. BELLI, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, Napoli, 2016, p. 75 ss.

⁶⁴⁹ Per un'introduzione generale al rapporto fra derivati e alea R. KREITNER, *Calculating Promises. The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford, 2007, p. 105 ss.

⁶⁵⁰ Per una ricostruzione del problema cfr. M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: L'«azzardo» oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, cit., p. 571-575; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 256 ss.

⁶⁵¹ Seguono tale categorizzazione, pur con le dovute specificazioni, M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: L'«azzardo» oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, cit., p. 576 ss.; E. BARCELLONA, *Contratti derivati meramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swaps tra banche e clienti: le condotte e i contratti*, a cura di D. Maffei, Milano, 2013, p. 91 ss.; P. MESSINA, *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia*, in *Tratt. dir. ec.* diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2011, p. 209 ss.; ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja-Branca*, dir. da Galgano, 2010, Bologna-Roma, 2010, p. 596 ss. Critica, invece, tale categorizzazione, e distingue i derivati in cinque categorie F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 631; ID., voce *Strumenti finanziari derivati*, cit., p. 936 ss.

Il *future* è definito dal Regolamento dei Mercati organizzati e gestiti da Borsa italiana s.p.a., art. 5.1.1, comma 2: «per contratto futures si intende uno strumento finanziario di cui all'articolo 1, comma 2, lettera f) del Testo Unico della Finanza con il quale le parti si impegnano a scambiarsi alla scadenza un certo quantitativo dell'attività sottostante a un prezzo prestabilito. La liquidazione a scadenza del contratto può altresì avvenire mediante lo scambio di una somma di denaro determinata come differenza tra il prezzo di conclusione del contratto e il suo prezzo di liquidazione.»

Il *future* è dunque un contratto con il quale una parte si impegna ad acquistare un quantitativo predeterminato del sottostante⁶⁵², che può essere una merce (*commodity future*) o, anche, uno strumento finanziario (*financial future*)⁶⁵³. Così come indicato dal regolamento stesso, il contratto può anche essere adempiuto non con l'effettivo acquisto della merce, ma con il pagamento della differenza di prezzo venutasi a creare nel tempo intercorrente tra il momento della conclusione del contratto ed il termine pattuito⁶⁵⁴. Ciò accade qualora il *future* non sia concluso in ragione della necessità delle parti del relativo sottostante, ma da un intento speculativo, nascente da una diversa previsione dei contraenti circa l'andamento dei sottostanti sui relativi mercati.

Preso in considerazione un determinato sottostante e fissatone un valore di riferimento, le parti convengono che, a seconda delle variazioni di tale valore (sconosciute al momento della conclusione del contratto), in un momento predefinito si determinerà chi sarà creditore e chi debitore⁶⁵⁵: la regolazione avverrà tramite o l'effettiva corresponsione del bene e l'acquisto del sottostante o il

⁶⁵² L. VALLE, *Il contratto future*, Padova, 1996, p. 1 ss.; ID., *Il contratto future*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in *Tratt. dir.* da F. Galgano, vol. 4, Torino, 1997, p. 393 ss.; ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja-Branca*, dir. da F. Galgano, 2010, Bologna-Roma, 2010, p. 596 ss.

⁶⁵³ L. VALLE, *Il contratto future*, cit., p. 14 ss.; ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 597.

⁶⁵⁴ ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 599.

⁶⁵⁵ M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: L'“azzardo” oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, cit., p. 576;

semplice pagamento del differenziale⁶⁵⁶ tra il valore di riferimento e il valore determinato in base alla quotazione del bene al termine pattuito.

I *futures* sono negoziati in borse specializzate e regolamentate⁶⁵⁷; inoltre, in Italia la Cassa di Compensazione e Garanzia, organo speciale a ciò deputato, riveste la posizione di controparte in tutti i *futures*, garantendo l'adempimento delle obbligazioni⁶⁵⁸.

Il contratto di *option*⁶⁵⁹, invece, è così definito dal Regolamento dei Mercati organizzati e gestiti da Borsa italiana s.p.a., art. 5.1.1, comma 3: «Per contratto di opzione si intende uno strumento finanziario di cui all'articolo 1, comma 2, lettera i), del Testo Unico della Finanza, con il quale una delle parti, dietro pagamento di un corrispettivo (premio), acquista la facoltà di acquistare (opzione *call*) o di vendere (opzione *put*), alla o entro la data di scadenza, un certo quantitativo dell'attività sottostante a un prezzo prestabilito (prezzo di esercizio). La liquidazione del contratto può altresì avvenire mediante lo scambio di una somma di denaro determinata, per le opzioni *call*, come differenza tra il prezzo di liquidazione dell'attività sottostante e il prezzo di esercizio, ovvero, per le opzioni *put*, come differenza tra il prezzo di esercizio e il prezzo di liquidazione dell'attività sottostante, il giorno in cui la facoltà è esercitata o alla scadenza.»

L'*option* differisce quindi dal *future* e, come si vedrà di seguito, dallo *swap*, poiché viene corrisposto un premio, a fronte del diritto di acquistare o vendere, in un momento successivo, un certo quantitativo del sottostante⁶⁶⁰. Il contraente che acquista l'opzione paga il premio e addossa all'altro contraente il rischio legato alla variazione del valore del sottostante. Le *option* negoziate su mercati regolamentati

⁶⁵⁶ Per differenziale si intende la differenza fra il valore di riferimento e quello al termine convenuto con il contratto.

⁶⁵⁷ D. CORVI, *Alea tra legge e mercato*, Napoli, 2016, p. 67; L. VALLE, *Il contratto future*, cit., p. 2 ss.

⁶⁵⁸ E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Econ. dir. terz.*, 1992, p. 400; G. BELLÌ, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, Napoli, 2016, p. 94.

⁶⁵⁹ Sull'opzione in generale e sul suo rapporto con altre figure negoziali E. PANZARINI, *Il contratto di opzione*, Milano, 2018, *passim*.

⁶⁶⁰ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 451 ss.

presentano un'elevata standardizzazione; inoltre, anche in questo caso la Cassa di Compensazione e Garanzia si pone quale controparte di tutti i contratti⁶⁶¹.

Lo *swap*, contrariamente dall'*option* e dal *future*, non è stato definito dal Regolamento dei Mercati organizzati e gestiti da Borsa italiana s.p.a. Autorevole dottrina, con un'efficace formula, lo ha definito come: «il contratto in forza del quale le parti si obbligano ad eseguire reciprocamente dei pagamenti il cui ammontare è determinato sulla base di parametri di riferimento diversi»⁶⁶².

È opportuno notare che tali parametri possono riferirsi ad obbligazioni o a rendimenti differenti; inoltre può altresì essere dedotta in contratto come nozionale la medesima obbligazione o rendimento, prevedendo che la variazione sia calcolata in base a moltiplicatori diversi, così da portare a risultati differenti⁶⁶³. In entrambi i casi, al termine previsto nel contratto si determinerà quale dei due contraenti è debitore e quale creditore dell'altro sulla base dell'andamento del coefficiente rispetto al parametro o ai parametri presi in considerazione.

Occorre inoltre sottolineare che la categoria degli *swap* è estremamente frammentata e sotto tale dicitura vengono annoverati contratti che presentano strutture anche molto differenti⁶⁶⁴. Ai fini del presente studio non è fondamentale analizzare in astratto ed analiticamente le possibili categorizzazioni; vi si farà riferimento, invece, nella disamina della giurisprudenza che si è formata sul punto in relazione a cui si è posto il problema della causa e della meritevolezza⁶⁶⁵.

Circa l'oggetto del contratto di *swap* che, come si vedrà, è terreno di controversie, si concorda con la giurisprudenza che ha affermato che l'oggetto dell'*interest rate swap* non è: «lo scambio di flussi attesi, bensì quello di flussi reali futuri. Conseguentemente, il differenziale dei contrapposti flussi finanziari,

⁶⁶¹ ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 636-637.

⁶⁶² F. CAPUTO NASSETTI, voce *Strumenti finanziari derivati*, cit., p. 921; ID., *Profili legali degli interest rate swaps e degli interest rate and currency swaps*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 80.

⁶⁶³ M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: L'“azzardo” oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, cit., p. 576; S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 135.

⁶⁶⁴ F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 30.

⁶⁶⁵ Per una disamina di differenti varianti di *swap* cfr. B. INZITARI, *Swap (contratto)*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 599; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 36 ss.; G. BELLÌ, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, cit., p. 101 ss.

determinato attraverso il *mark to market* non è l'oggetto del contratto ma l'espressione del suo valore in un determinato momento; il fatto poi che tale valore, proprio perché mutevole nel tempo, debba essere esplicitato nella nota integrativa in base alla previsione di cui all'art. 2427-bis c.c. non vale a costituirlo come oggetto del contratto»⁶⁶⁶. L'*interest rate swap*, quindi, viene inteso come scambio di somme di denaro⁶⁶⁷.

Swap e *future* presentano una struttura analoga, perché, quanto meno da un punto di vista teorico, l'incertezza dell'evento non concerne l'obbligazione di uno solo dei contraenti: a seconda della variazione del sottostante, ad una determinata data si determina il credito nascente dal contratto. Ciò che differisce nell'*option*, invece, è la modalità con cui il rischio entra nello schema contrattuale: mentre lo *swap* ed il *future* prevedono che il rischio sia diviso fra le parti di modo che, a seconda dell'effettiva variazione del valore del sottostante, una realizzerà un guadagno e l'altra una perdita, nel caso dell'*option* il rischio concerne l'obbligazione di un solo contraente, contro il corrispettivo di un premio che giustifica tale assunzione⁶⁶⁸.

Circa il carattere aleatorio o commutativo di tali contratti, la dottrina maggioritaria sostiene che il contratto di *option*, nella sua versione ordinaria, ossia di copertura, sia contratto commutativo, in quanto ne sono certi tutti gli elementi, attenendo invece il valore del sottostante all'ordinario rischio economico⁶⁶⁹. Tuttavia, anche in relazione all'*option*, così come per il *future*, si è ritenuto determinante, al fine di valutarne l'aleatorietà, il fatto che alla scadenza pattuita lo scambio avvenga realmente, oppure esso sia sostituito da un'operazione di compensazione (*netting*). Mentre nel primo caso il contratto sarebbe commutativo,

⁶⁶⁶ Trib. Genova, 30 novembre 2015, in *Banca dati DeJure*.

⁶⁶⁷ Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186, con nota di E. Filograna.

⁶⁶⁸ M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: L'“azzardo” oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, cit., p. 577.

⁶⁶⁹ G. BELLÌ, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, cit., p. 99; ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 638-639; E. GABRIELLI, *Contratti di put and call option, mutamento delle circostanze per regolazione del mercato ed eccessiva onerosità*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, vol. 2, 2008, p. 1339 ss.; M. INDOLFI, *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Padova, 2013, p. 101 ss.; *contra* F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, cit., p. 342.

nel secondo sarebbe aleatorio, in ragione del fatto che esso si riduce ad una mera speculazione⁶⁷⁰.

Tale impostazione non convince⁶⁷¹: infatti, essa sembra confondere i piani concernenti causa, motivi ed il relativo ruolo dell'alea. Quello che muta nelle due fattispecie è la finalità, di copertura o speculativa, dei contraenti; un'analisi approfondita di come tale aspetto entri nella causa del contratto e contribuisca a qualificarla sarà svolta in seguito⁶⁷², in questa sede si rileva invece come la semplice finalità delle parti, in relazione a contratti del tutto analoghi e che presentano, quindi, la medesima struttura dello scambio (pagamento del premio verso concessione dell'opzione) non può essere assimilata all'alea⁶⁷³. In altri termini, occorre distinguere la finalità di speculazione dal carattere aleatorio o meno del contratto: la prima non implica necessariamente che il contratto sia aleatorio.

Non sussistono invece generalmente dubbi circa l'aleatorietà dello *swap*, che è riconosciuta dalla giurisprudenza pressoché unanime⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Parte della dottrina ha ritenuto di qualificare il contratto di *future* come commutativo o aleatorio sulla base del fatto che il bene o diritto che funge da sottostante sia effettivamente acquistato (in tal caso il contratto sarebbe commutativo), oppure che vi sia il semplice pagamento del differenziale (in tale caso il contratto sarebbe aleatorio). Ciò in quanto nel primo caso le prestazioni delle parti sarebbero comunque certe, essendo invece incerto solamente l'effettivo prezzo da corrispondere; nel secondo, invece, vi sarebbe effettiva incertezza anche sulla sussistenza della prestazione, cfr. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio*, Padova, 2002, p. 229 ss.; ANG. RICCIO, *Eccessiva onerosità*, cit., p. 599 ss.; L. VALLE, *Il contratto future*, cit. p. 74 ss.; G. BELLÌ, *L'alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, cit., p. 95 ss. E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2001, p. 57; Trib. Monza 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it.

⁶⁷¹ C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 96 afferma che è irrilevante, dal punto di vista causale, il fatto che il contratto si risolva in due pagamenti oppure in una liquidazione mediante compensazione dei rispettivi crediti.

⁶⁷² Cfr. par. 3.2.3-3.2.8.

⁶⁷³ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 175. Circa i contratti di borsa, propone una critica analoga E. GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I, p. 575-576.

⁶⁷⁴ Cass., 19 maggio 2005, n. 10598, in *Contratti*, 2005, p. 1004; Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52, *Foro it.*, 2010, 12, I, c. 3263; in *Contratti*, 2010, p. 1109 ss.; Trib. Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati DeJure*; Trib. Milano, 16 maggio 2015, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 177; Cass., 8 maggio 2014, n. 9996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1099; Cass., 28 luglio 2017 n. 18781, in *Banca dati Pluris*; App. Bologna 11 marzo 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano 28 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 16 giugno 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Genova 30 novembre 2015, cit. La dottrina ha sottolineato che le parti possono rendere aleatorio un contratto commutativo, cfr. L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 149 ss.; R. NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1029-1030; U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 75-78. Anche la dottrina francese qualifica i contratti derivati come aleatori: cfr. A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Paris, 1998, p. 87 ss.

3.2.3 Mark to market, derivati speculativi e di copertura

Richiamati gli elementi necessari per comprendere tali strutture contrattuali, occorre chiarire un ulteriore aspetto centrale per il giudizio di validità del contratto e responsabilità dell'intermediario: il *mark to market* (detto anche *fair value*). Esso indica il valore del derivato in un dato momento⁶⁷⁵ e, di conseguenza, permette di comprendere la posizione, creditoria o debitoria, dei contraenti. Il *mark to market* indica quale sia l'effettiva posizione delle parti in relazione all'andamento degli indici sui quali è parametrato il derivato.

Di conseguenza tale valore cambia costantemente⁶⁷⁶, rappresentando una situazione per sua natura sempre mutevole; al tempo stesso, tuttavia, esso non costituisce di per sé un credito o un debito dei contraenti⁶⁷⁷. Un *mark to market* negativo, a meno che la posizione non sia liquidata in quel dato momento, non comporta alcun debito per la parte svantaggiata, costituendo una simulazione del valore del contratto sul mercato⁶⁷⁸.

Non modifica tale constatazione il fatto che il *mark to market*, al momento della conclusione del contratto, sia usualmente favorevole per la banca e negativo per il cliente. Infatti, si è rilevato che usualmente, così come accade in numerose altre operazioni bancarie e finanziarie, i costi impliciti, come la remunerazione della banca ed i costi di intermediazione, non formano l'oggetto di un separato accordo, ma vengono inclusi nel contratto stesso⁶⁷⁹.

⁶⁷⁵ A. CARLEO, C.D. MOTTURA e L. MOTTURA, *Sul «valore» di un derivato. Argomentazioni in margine alla disputa tra amministrazioni pubbliche e banche*, in *Contratti*, 2011, p. 385 ss.

⁶⁷⁶ Cass. pen., 21 dicembre 2011, n. 47421, in *Banca dati Pluris*.

⁶⁷⁷ F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 321 ss.; cfr. anche la recentissima Trib. Milano, 20 gennaio 2020, inedita.

⁶⁷⁸ F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, cit., p. 321 ss.

⁶⁷⁹ F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, cit., p. 321 ss. Considera che un *mark to market* negativo per il cliente incorpori costi occulti e quindi renda il derivato speculativo e non di copertura Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 735 ss., nonché G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 13.

Ci si è dunque interrogati sia circa la sussistenza di un dovere di comunicazione del *mark to market* da parte dell'intermediario, sia circa gli effetti di un *mark to market* negativo sulla validità del contratto. In relazione alla prima questione, essa è attualmente meno pregnante, in ragione della emanazione della raccomandazione di comunicare il valore dei contratti derivati c.d. illiquidi⁶⁸⁰, ossia quelli negoziati su mercati non regolamentati e che sono, quindi, non trasparenti⁶⁸¹, applicabile quando il contraente dell'intermediario è un operatore non qualificato⁶⁸². La questione, tuttavia, ha occupato un ruolo centrale nella giurisprudenza in materia e rimane pregnante per i derivati stipulati antecedentemente alla summenzionata raccomandazione.

Una parte della dottrina afferma che la comunicazione del *mark to market* al cliente non sia necessaria, in quanto esso costituisce il valore del contratto e non il prezzo⁶⁸³. Non è quindi elemento necessario, perché non attiene all'oggetto dell'accordo; di conseguenza, la sua mancanza non comporta l'assenza di un elemento essenziale, ma, semmai, la violazione dei doveri di informazione dell'intermediario. Può essere, infatti, che la mancata comunicazione del *mark to market* riveli altresì la mancata informazione del contraente in relazione ad altri elementi del contratto, quali commissioni o altri costi⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Comunicazione Consob 2 marzo 2009, n. 9019104, disponibile a www.consob.it. Alcune sentenze (cfr., ad esempio, Trib. Modena 28 maggio 2018, in *Banca dati Pluris* e Trib. Parma, 21 aprile 2017, in *Banca dati Pluris*, hanno sottolineato che, in seguito a tali pronunce, si deve presumere che se il *mark to market* non viene comunicato, esso sia pari a zero.

⁶⁸¹ R. TAROLLI, *I derivati O.T.C. tra funzione di copertura e problemi di asimmetria*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese e F. Sartori, Pisa, 2010, p. 113 ss.

⁶⁸² Occorre precisare che il Regolamento Consob n. 16190/2007, ha eliminato la categoria degli «operatori qualificati», introducendo invece quella dei «clienti professionali» (art. 26). L'Allegato 3 di tale regolamento definisce il «cliente professionale» ed introduce altresì la distinzione fra «clienti professionali di diritto» e «clienti professionali su richiesta». Tale Regolamento è stato abrogato con la Delibera Consob 15 febbraio 2018, n. 20307, emanata in esecuzione di quanto previsto dalla Mifid II. Anche nel nuovo regolamento è rimasta la categoria di «cliente professionale».

⁶⁸³ F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, cit., p. 321 ss.; ID., *Funzione di copertura parziale di uno swap di pagamenti e mancanza della formula di calcolo del mark-to-market: la babele continua*, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 447 ss.; contra C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 186-187.

⁶⁸⁴ Lodo Arbitrale Milano, 28 luglio 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 326 ss., con nota di T. Tomasi.

La giurisprudenza, invece, si è mostrata assai più altalenante. A sentenze che negano che la comunicazione del *mark to market* sia uno specifico dovere dell'intermediario⁶⁸⁵ e che, comunque, affermano che esso non integri né l'oggetto, né la causa del derivato⁶⁸⁶, se ne sono affiancate altre che hanno affermato la necessità della comunicazione del *mark to market* del contratto⁶⁸⁷, sanzionando la sua mancata comunicazione con la responsabilità dell'intermediario⁶⁸⁸ o con l'invalidità del contratto *tout court*. Inoltre, alcune sentenze hanno ritenuto che un derivato con *mark to market* iniziale negativo debba essere considerato nullo per assenza di causa concreta⁶⁸⁹. Tali orientamenti giurisprudenziali, nonché il rapporto tra *mark to market*, causa e meritevolezza, saranno approfonditamente analizzati nei paragrafi successivi.

Inoltre, occorre altresì prendere in considerazione la funzione, di copertura (*hedging*) o speculativa (*trading*) dei derivati. Molte sentenze, infatti, si sono concentrate su tale aspetto nello svolgimento del giudizio di meritevolezza; in particolare, quando il derivato, presentato al cliente come di copertura, era invece

⁶⁸⁵ Trib. Milano, ord., 25 settembre 2013, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 438 ss., con nota di F. Caputo Nasseti; Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 748, con nota di E. Girino; Trib. Genova, 30 novembre 2015, cit.; Trib. Terni, 8 febbraio 2012, in *www.dirittobancario.it*.

⁶⁸⁶ Trib. Milano, 20 gennaio 2020, cit.; Trib. Milano, 15 novembre 2019, in *Banca dati Pluris*; Trib. Mantova, 18 giugno 2019, in *Banca dati DeJure*; Trib. Parma, 21 aprile 2017, cit.; Trib. Genova, 30 novembre 2015, cit.; Trib. Milano, 19 aprile 2011, cit.

⁶⁸⁷ Trib. Milano, 13 settembre 2016, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 431, con nota di F. Caputo Nasseti; Trib. Milano, 16 giugno 2015, cit.; Coll. arbitr., 4 luglio 2013, in *www.dirittobancario.it*; Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in *Contratti*, 2014, p. 1012, con nota di M. Indolfi; App. Milano, 18 settembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 278, con nota di A. Tucci; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 206, con nota di L. Ballerini; in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 295, con nota di R. Di Raimo.

⁶⁸⁸ Trib. Milano, 13 settembre 2016, cit. In tale sentenza, l'argomentazione sembra in realtà contraddittoria: da un lato, infatti, si afferma che il *mark-to-market* è «elemento essenziale dell'oggetto del contratto»; dall'altro, si fa discendere dalla sua mancanza la responsabilità dell'intermediario per violazione dei doveri di informazione di cui all'art. 21 t.u.f.

⁶⁸⁹ Trib. Pescara, 24 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 17 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Orvieto, 12 aprile 2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 700; Trib. Milano, 19 aprile 2011, cit.; Trib. Bari, ord., 15 luglio 2010, in *Contratti*, 2011, p. 244, con note di G. Orefice; A. Pisapia. Approva tale orientamento G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, cit., p. 13 ss. Ritiene invece naturale la presenza di costi impliciti nel derivato F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, cit., p. 324 ss.; Cons. Stato, 27 novembre 2012, n. 5962, in *Banca dati Pluris*.

meramente speculativo (occorre altresì precisare che alcune sentenze hanno fatto discendere il carattere speculativo da un *mark to market* iniziale negativo)⁶⁹⁰.

È derivato di copertura quello volto a proteggere il cliente da un rischio che lo stesso sopporta - generalmente, ma non esclusivamente, nel corso della propria attività imprenditoriale⁶⁹¹ - addossandolo all'altro contraente⁶⁹². Questo schema operativo richiama quello dell'assicurazione⁶⁹³ ed è generalmente adottato al fine di giustificare la tutela accordata ai derivati, nonché la loro utilità per il sistema economico.

In questi esempi il contraente, in ragione di un rischio effettivo che deve sopportare, si obbliga nei confronti della banca al fine di addossare a questa, in tutto o in parte, detto rischio. In questi casi, se il contratto è in concreto strutturato al fine di raggiungere l'obiettivo «dichiarato» ed il suo esito non è già predeterminato, non si pongono rilevanti problemi relativi alla causa ed alla meritevolezza. Da un lato, il contratto persegue sostanzialmente il medesimo scopo dell'assicurazione⁶⁹⁴, dall'altro ciascuna prestazione si giustifica in ragione dell'obbligazione assunta dall'altro contraente.

È invece derivato speculativo quel contratto che non copre nessuno dei due contraenti da un potenziale rischio, ma che viene concluso al solo fine di trarre un guadagno dall'oscillazione futura del valore del sottostante, che i contraenti valutano in maniera divergente.

3.2.4 Il problema della causa e della meritevolezza dei derivati

Una volta analizzate le categorie di contratti derivati e messe in luce le questioni concernenti l'indicazione del *mark to market*, si può ben comprendere

⁶⁹⁰ Ad esempio, cfr. Trib. Milano, 19 aprile 2011, cit.

⁶⁹¹ Come il rischio di inadempimento di un altro contraente (dal quale ci si può proteggere tramite la conclusione di un *credit default swap*) o il rischio di una variazione negativa dei tassi di interesse (dal quale ci si può proteggere con un *interest rate swap*).

⁶⁹² L. VALLE, *Il contratto future*, cit., p. 11 ss.

⁶⁹³ G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1134.

⁶⁹⁴ Distinguendosi da essa in quanto utilizza «l'andamento del mercato per valutare e apprezzare un rischio», C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit. p. 173.

come tali contratti pongano problematiche (anche) in relazione alla loro causa e meritevolezza e, quindi, alla loro validità. L'analisi della causa costituisce necessariamente il punto iniziale della riflessione della dottrina e della giurisprudenza sugli stessi, sia in ragione del ruolo svolto da tale istituto, sia in ragione della sua valenza ermeneutica⁶⁹⁵.

Così è, peraltro, sia per ragioni logiche - se il contratto è privo di causa o con causa illecita è nullo - sia perché solo una volta individuata la causa è possibile categorizzare tali contratti, stabilire se agli stessi si applichino le norme del t.u.f. concernenti gli strumenti finanziari, nonché i relativi obblighi di comportamento gravanti sui contraenti. Con l'analisi causale si intreccia quella concernente la meritevolezza di tali accordi: essi sono infatti contratti atipici⁶⁹⁶ (come si suole dire, atipici, ma nominati⁶⁹⁷) in relazione ai quali trova applicazione l'art. 1322 comma 2 c.c. Tramite la valutazione della causa e della meritevolezza si compie un giudizio di conformità di tali contratti ai principi dell'ordine socio-economico realizzato e tutelato tramite il diritto privato: si analizza la conformità dello spostamento di ricchezza che i derivati realizzano rispetto alla razionalità del sistema nel suo complesso.

Si sono messe in evidenza le differenze tra *swap*, *future* ed *option*, nonché le differenti modalità di attribuzione del rischio che essi realizzano. In relazione a tali modalità, è chiaro che il problema della causa si pone in maniera almeno parzialmente differente ed ha a che vedere con la concreta strutturazione di ogni singolo contratto. Mentre *swap* e *future* realizzano uno scambio la cui effettiva entità, per entrambi i contraenti, è determinabile solamente al termine convenuto, nell'*option* il pagamento del premio è già determinato al momento della conclusione dell'accordo, essendo invece da determinare l'andamento del rischio da cui ci si vorrebbe coprire e, di conseguenza, l'esercizio o meno dell'opzione. Per *swap* e *future* si tratta dunque di accertare se l'obbligazione assunta da ciascun

⁶⁹⁵ Cfr. D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, cit., p. 37 ss.

⁶⁹⁶ D. MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento V, Torino, 2010, p. 354; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., pp. 198-199.

⁶⁹⁷ *Ex multis* cfr.: Trib. Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati DeJure*.

contraente trovi un corrispettivo in quella assunta dell'altro; in altri termini, se il rischio assunto da una parte sia giustificato in relazione al rischio assunto dall'altra e se il potenziale sacrificio sia giustificato da un potenziale guadagno. Nell'*option*, invece, si tratta di valutare se il pagamento del premio trovi una causa nel rischio addossato all'altro contraente.

Inoltre, ai derivati negoziati da una banca o un'impresa di investimento⁶⁹⁸ si applica l'esenzione di cui all'art. 23, comma 5 t.u.f., e quindi agli stessi non è applicabile la disciplina del gioco e della scommessa⁶⁹⁹: nonostante alcune opinioni della dottrina, che ha evidenziato, *de iure condendo*, la non giustificazione di un'esenzione *tout court* per tutti tali derivati⁷⁰⁰, l'esenzione è stata applicata in maniera generalizzata, cosicché le tutele per il cliente non possono essere basate sulla disciplina codicistica del gioco e della scommessa. Peraltro, la dottrina ha altresì rilevato come la questione non sia dirimente, dato che a prescindere dall'esenzione di cui all'art. 23, comma 5 t.u.f., occorre in ogni caso valutare la causa concreta e la meritevolezza⁷⁰¹ del derivato, a prescindere dalla tipicità o meno.

A nostro avviso al fine di valutare causa e meritevolezza del derivato occorre analizzare se il derivato svolga una funzione secondo lo schema attributivo liberale del *do ut des*⁷⁰², cioè di valutare se l'impegno di una parte sia giustificato dall'impegno dell'altra. Il che significa valutare non solo la pattuizione da un punto di vista astratto, ma anche come la stessa si realizzi concretamente e se lo schema astratto possa effettivamente realizzarsi in concreto. Da questo punto di vista

⁶⁹⁸ Che rappresentano praticamente la totalità dei prodotti derivati.

⁶⁹⁹ S. PAGLIANTINI e L. VIGORITI, *I contratti di "swap"*, in *I contratti per l'impresa*, vol. 2, *Banca, mercati società*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, p. 200; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, cit., p. 545-547.

⁷⁰⁰ G. GABRIELLI, *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, cit., p. 1135-1136; M. BARCELLONA, *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1125 ritiene non giustificabile tale esenzione per i derivati speculativi *OTC*, poiché l'esenzione si giustifica solo nella misura in cui i derivati abbiano superato il controllo di ammissibilità al mercato regolamentato.

⁷⁰¹ C. CIOFFI, *L'informazione la trasparenza e la causa dei contratti derivati*, Napoli, 2018, p. 146.

⁷⁰² Cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 143 ss.

l'elemento determinante per l'espletamento del giudizio causale non sembra la qualificazione dell'alea⁷⁰³ quanto, piuttosto, l'esistenza di un effettivo scambio.

Ciò non significa che la natura aleatoria non sia rilevante dal punto di vista causale, ma che il nucleo centrale dell'analisi è costituito dalla valutazione circa il fatto che le obbligazioni dei contraenti siano suscettibili di portare ad un arricchimento di ciascuna delle due parti. L'aleatorietà, infatti, concerne il fatto che le parti non sappiano, *a priori*, quale delle due risulterà creditrice e quale debitrice. Il che significa che l'alea deve essere effettivamente presente ed in misura tale per cui il contratto non si risolva in un trasferimento di ricchezza a senso unico.

Come si evince dalla giurisprudenza in materia, il problema relativo alla causa può porsi in relazione ad ogni tipologia di derivato: quando il derivato è speculativo, quando il derivato è presentato come di copertura ma, in realtà, è speculativo, oppure quando il derivato di copertura non può realizzare alcuna copertura effettiva, perché la sua struttura, sostanzialmente, non gli permette di realizzare tale funzione.

Al fine di impostare correttamente il problema dall'angolo prospettico della causa e della meritevolezza, è necessario effettuare una ulteriore distinzione che attraversa le ipotesi formulate. In particolare, occorre distinguere tra il derivato speculativo che è effettivamente tale, ossia che, stante l'assenza di un rischio gravante su una o entrambe le parti, lo crea artificialmente o lo divide fra i contraenti, ricalcando lo schema della scommessa; oppure il contratto speculativo che, una volta creato artificialmente il rischio, lo addossa integralmente ad un contraente.

Questi problemi della causa si intrecciano con altri aspetti estremamente rilevanti, tra cui quelli concernenti la violazione dei doveri di comportamento e di informazione gravanti sull'intermediario⁷⁰⁴, nonché i possibili problemi attinenti ai

⁷⁰³ In relazione alla quale le opinioni della dottrina sono discordanti, anche in relazione ad ogni singola categoria di derivati.

⁷⁰⁴ Sull'importanza dell'adempimento di tali obbligazioni affinché il contratto possa dirsi trasparente cfr. R. LENER e P. LUCANTONI, *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 399 ss.

vizi della volontà, qualora il contratto concluso, presentato come derivato di copertura, sia in realtà un derivato speculativo. Tutte queste questioni, che devono essere attentamente valutate, anche in relazione alla loro influenza sulla causa e la meritevolzza del contratto, non devono tuttavia portare a confondere i piani del giudizio.

È inoltre opportuno precisare che in alcuni casi, specie afferenti alle prime pronunce sul tema, la giurisprudenza ha messo in dubbio la validità di contratti derivati meramente speculativi: ad alcune pronunce che la consideravano pacificamente ammessa⁷⁰⁵, quantomeno in astratto, se ne sono contrapposte altre che la hanno invece negata⁷⁰⁶. Attualmente il problema risulta superato, dato che oramai non si mette più in dubbio la validità, almeno in astratto, dei derivati puramente speculativi.

Occorre inoltre precisare che la maggioranza delle decisioni che hanno giudicato la causa e la meritevolezza di tali prodotti concerneva derivati negoziati *over the counter*⁷⁰⁷ (OTC) tra una banca e un cliente. Tali derivati, che a volte vengono definiti personalizzati - mentre quelli negoziati su mercati regolamentati sono considerati standardizzati⁷⁰⁸ e, in genere, sono strutturati sulla falsariga dei modelli proposti dall'*International Swaps and Derivatives Association (ISDA)*⁷⁰⁹ - sono generalmente predisposti unilateralmente dall'intermediario e sono illiquidi⁷¹⁰; ad essi non si applicano le norme concernenti gli strumenti finanziari negoziati su mercati regolamentati.

Gli strumenti negoziati su mercati regolamentati devono rispettare numerose regole e sono generalmente considerati come trasparenti, mentre quelli

⁷⁰⁵ Trib. Milano, 8 febbraio 2012, disponibile a www.ilcaso.it.

⁷⁰⁶ Trib. Lucera, 26 aprile 2012, disponibile a www.ilcaso.it.

⁷⁰⁷ Sottolineano che le maggiori problematiche relative alla causa si sono poste in relazione a tali tipologie di derivati C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 150-151; D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 604 ss.

⁷⁰⁸ Poiché tutti gli elementi principali del contratto sono determinati dalle autorità competenti, cfr. D. IMBRUGLIA, *La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello swap per vizio di causa*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 334.

⁷⁰⁹ G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 501.

⁷¹⁰ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 194; E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 146-148; così anche Trib. Modena, ord., 23 dicembre 2011, in *Contratti*, 2012, p. 130, con nota di V. Sangiovanni.

negoziati *OTC* sono opachi⁷¹¹. L'esistenza della causa non si pone solamente in relazione a questi ultimi, ma si pone per tutti i contratti, anche quelli negoziati sui mercati regolamentati. Tuttavia, se si considera quanto sopra detto circa il problema della causa e della meritevolezza, risulta chiaro che, in concreto, la possibile assenza di causa o immeritevolezza ha molte più probabilità di presentarsi nei derivati negoziati *OTC* piuttosto che in quelli standardizzati⁷¹².

Pertanto, non si ritiene condivisibile l'opinione di autorevole dottrina, secondo cui i derivati negoziati in mercati regolamentati sarebbero sostanzialmente astratti, poiché il giudizio causale retrocede di fronte alla logica collettiva del mercato e della razionalità che la stessa implementa⁷¹³. In particolare, riteniamo non condivisibile l'affermazione secondo cui: «ugualmente rilevante è la constatazione che tali operazioni, in quanto soltanto finanziarie e volte essenzialmente a flussi monetari, per un verso non sono in grado di denunciare la propria “causa”, in definitiva le utilità individuali che con esse in concreto si perseguono; e per un altro verso, in conseguenza del modo in cui si svolgono, impediscono che la si ricerchi *aliunde*.

Ed è da questo punto di vista che, come più volte osservato, penso si possa francamente parlare di “astrattezza”: prevalendo in definitiva la *logica collettiva del mercato*, e le sue esigenze, rispetto a quella individuale che ha indotto le parti

⁷¹¹ R. TAROLLI, *I derivati O.T.C. tra funzione di copertura e problemi di asimmetria*, cit., p. 113 ss.

⁷¹² C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 161. Ciò è probabilmente destinato a mutare, almeno parzialmente, in seguito all'emanazione della normativa europea in materia ed in particolare del regolamento 2019/834/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 per quanto riguarda l'obbligo di compensazione, la sospensione dell'obbligo di compensazione, gli obblighi di segnalazione, le tecniche di attenuazione del rischio per i contratti derivati *OTC* non compensati mediante controparte centrale, la registrazione e la vigilanza dei repertori di dati sulle negoziazioni e i requisiti dei repertori di dati sulle negoziazioni; nonché della direttiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE. Sull'introduzione delle camere di compensazione al fine di rendere tali derivati più trasparenti cfr. P. CORNUT ST-PIERRE, *La fabrique juridique des swaps*, Paris, 2019, p. 238 ss.

⁷¹³ Critico della presunta astrattezza dei derivati è anche C. CIOFFI, *L'informazione la trasparenza e la causa dei contratti derivati*, cit., p. 147 ss.

all'operazione. Tale logica collettiva rappresenta la ragione, se si vuol dire la "causa", di quell'"astrattezza"»⁷¹⁴.

E ancora: «l'ipotesi è che sia tale logica collettiva, quale risulta anche e soprattutto dalle modalità impersonali e anonime delle negoziazioni, a "giustificare" l'operazione e, se si vuol dire, a rappresentarne la "causa"»⁷¹⁵.

A tali considerazioni segue la distinzione rispetto ai derivati *OTC*, ai quali si applica ugualmente l'art. 23, comma 5, t.u.f., ma il loro essere *tailor-made* giustificherebbe un giudizio sulle ragioni individuali dei contraenti. Mentre per i derivati negoziati su mercati regolamentati opererebbe una presunzione di razionalità, perché sottoposti alla logica collettiva del mercato, i derivati *OTC* non sembrano rispondere, automaticamente, a tale razionalità. Tuttavia, seguendo questo ragionamento, si potrebbe rilevare che l'art. 23 t.u.f., equiparando tali due categorie di derivati, sembra sottrarle ambedue al giudizio causale, ritenendo operante per entrambe quella razionalità che ne giustificherebbe l'astrattezza. Sempre secondo tale autorevole dottrina, i derivati *OTC* potrebbero essere sottratti al giudizio causale solo «quando tale coerenza è in concreto verificabile»⁷¹⁶. Affermando ciò, tuttavia, non si comprende né quali siano i parametri di tale razionalità, né, soprattutto, in cosa consista il giudizio concernente la sua verifica in concreto.

Una soluzione alternativa per analizzare le ragioni per cui il giudizio causale si è posto e si pone con modalità differenti in relazione ai derivati negoziati su mercati regolamentati e derivati *OTC* consiste nell'adottare un approccio che consideri le modalità con cui tali contratti sono predisposti e le ragioni per cui solamente in alcuni si pone il problema della possibile assenza di causa e della meritevolezza. In tali termini, il problema della causa e della meritevolezza si pone, astrattamente, in maniera del tutto analoga rispetto ad ognuna delle due tipologie di

⁷¹⁴ C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 157.

⁷¹⁵ C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 161.

⁷¹⁶ C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 172.

derivati; tuttavia, in concreto, esso si pone sostanzialmente solo per i derivati *OTC*⁷¹⁷.

Questo perché, se si considera nella prospettiva già evidenziata il giudizio causale, allora risulta chiaro che nei derivati negoziati in mercati regolamentati, che devono rispettare le norme del settore e che sono «trasparenti», oltre che liquidi, un derivato privo di causa - ossia che realizza un trasferimento di ricchezza a senso unico - in concreto non si presenta. Al contrario, i contratti *OTC* sono sottoposti ad una regolamentazione molto meno stringente e sono, normalmente, predisposti dall'intermediario, con la conseguenza che essi possono risultare in concreto tanto squilibrati nella loro struttura da risolversi, sostanzialmente, in un trasferimento di denaro dal cliente all'intermediario.

Ne consegue che la «razionalità collettiva del mercato» non si sostituisce alla necessità (e ineliminabilità) del giudizio sulla causa e sulla meritevolezza, ma implica che - in ragione del fatto che il prodotto «trasparente» non realizza usualmente trasferimenti di ricchezza a senso unico - il giudizio causale abbia normalmente esito positivo. Questo perché tramite detto giudizio si verifica che il contratto risponda alla razionalità del mercato e che le particolari condizioni della negoziazione non abbiano portato alla conclusione di un accordo che fuoriesce da tali schemi.

3.2.5 Le decisioni della giurisprudenza di merito

Così inquadrata le criticità relative alla causa ed alla meritevolezza dei derivati, è opportuno analizzare le decisioni giurisprudenziali sul tema, così da mettere in luce le differenti modalità con cui i giudici hanno affrontato tali aspetti, nonché le concezioni di causa e meritevolezza adottate. Dato che le decisioni della

⁷¹⁷ La problematicità dei derivati *OTC*, dipendente anche dal fatto che in essi la banca assume sia la qualifica di offerente sia di consulente, è stata sottolineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza: cfr. P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 195-196; Trib. Bologna 29 novembre 2018, in *Banca dati DeJure*; Trib. Milano 19 aprile 2011, disponibile a www.ilcaso.it; Trib. Udine 13 aprile 2010, disponibile a www.ilcaso.it. Inoltre, si è messo in evidenza che nei derivati *OTC* l'intermediario svolge la funzione di vero e proprio *market maker*, v. S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 137.

Corte di Cassazione hanno affrontato solamente alcune delle questioni poste dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito, nonché dato che l'accertamento della causa e della meritevolezza del contratto è un accertamento di fatto, riservato al giudice del merito⁷¹⁸, è opportuno iniziare la disamina da tali decisioni, per poi esaminare le risposte - per ora solo parziali - fornite dalla Suprema Corte.

Le sentenze hanno adottato, sostanzialmente, tre prospettive⁷¹⁹ dalle quali analizzare la causa e la meritevolezza dei derivati, a volte sovrapponendole tra loro e richiamandone più di una al fine di giustificare la propria decisione.

Un primo filone ha esaminato i derivati tramite la lente della funzione che il contratto avrebbe dovuto svolgere; ciò è avvenuto in quei casi in cui il derivato avrebbe dovuto essere di copertura, ma, in realtà, è stato strutturato come uno speculativo. Questo sia nel caso in cui la funzione del derivato sia radicalmente speculativa, sia nel caso in cui esso svolga una funzione di copertura, ma la stessa non sia adeguata alla protezione del cliente, poiché non copre integralmente il rischio o copre un rischio almeno parzialmente differente.

Al fine di determinare la funzione del derivato la giurisprudenza suole fare riferimento alla Comunicazione n. DI/98065074 del 6 agosto 1998 della Consob, secondo cui si può ritenere che sia stata effettivamente posta in essere un'operazione di copertura quando: «a) sia esplicitamente posta in essere per ridurre la rischiosità di base; b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico-finanziarie (scadenza, tasso d'interesse, tipologia etc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tal fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo ad operazioni aventi caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno»⁷²⁰.

⁷¹⁸ Cass., 28 luglio 2017, n. 18781, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1, con nota di D. Maffei; *contra* invece Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.

⁷¹⁹ Una classificazione simile delle sentenze che si sono occupate del tema è proposta da A. DOLMETTA, *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro "ragionevoli limiti" l'operatività in derivati*, in *Società*, 2016, p. 712.

⁷²⁰ Tali parametri sono stati poi ripresi dalla Comunicazione Consob n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999, relativa ai servizi di negoziazione e di raccolta di ordini.

Tale impostazione considera la funzione di copertura quale funzione del contratto *tout court* e, rifacendosi alla nota definizione della causa concreta avallata dalla Suprema Corte⁷²¹, considera quindi tale funzione come causa del contratto derivato. Una volta effettuata tale equazione, l'assenza della copertura comporta inevitabilmente l'assenza di causa⁷²².

La prova della funzione di copertura deve essere fornita dalla banca⁷²³, la quale deve dimostrare che il derivato sia idoneo a svolgerla *ex ante*, cioè a prescindere dall'effettivo andamento dei mercati di riferimento e dei risultati che in concreto si sono verificati. Una volta provato che tale funzione non poteva essere svolta, il derivato viene sanzionato con la nullità per assenza di causa ed immeritevolezza⁷²⁴. Inoltre, a tale censura viene a volte affiancata quella di porre a carico del cliente tutto il rischio derivante dal contratto, così da unire due profili di immeritevolezza: quello del mancato svolgimento della funzione cui il contratto è deputato e quello dell'alea unilaterale⁷²⁵.

Un diverso orientamento, invece, ha esaminato la questione tramite la prospettiva dell'alea, sanzionando quella che è definita alea unilaterale⁷²⁶, a volte

⁷²¹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.

⁷²² Trib. Siena, 26 febbraio 2019, in *Banca dati DeJure*; Trib. Monza 17 luglio 2012, in *www.ilcaso.it* ha affermato che: «la non rispondenza delle condizioni economiche contrattuali del contratto derivato *Interest Rate Swap* alla funzione di copertura del rischio nello stesso enunciata ne comporta la nullità per difetto di causa (art. 1418, comma secondo, c.c.), da intendersi quale sintesi degli interessi concretamente perseguiti dalla negoziazione.» In maniera sostanzialmente analoga si sono espresse Trib. Prato 13 gennaio 2017, in *Banca dati DeJure*; Trib. Treviso 26 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Verbania 23 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*; App. Milano 25 maggio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 443, con nota di G. Berti de Marinis; Trib. Cosenza 18 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*; App. Milano 18 settembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 278, con nota di A. Tucci; App. Trento 3 giugno 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 62 con nota di C. Robustella; in dottrina approvano tale soluzione A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 319 ss.; A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 80 ss.

⁷²³ Trib. Milano 13 settembre 2016, cit. A volte le Corti, al fine di porre tale onere a carico della banca, fanno anche riferimento al principio della vicinanza della prova, su cui cfr. M. FRANZONI, *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 360 ss.

⁷²⁴ Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, cit.; Trib. Bologna, 8 marzo 2017, in *Banca dati Pluris*; 2017; Trib. Bologna, 14 febbraio 2017, in *Banca dati Pluris*; Trib. Bologna, 8 giugno 2016, in *Banca dati Pluris*; Trib. Treviso, 26 agosto 2015, cit.; *contra* Trib. Milano 13 settembre 2016, cit., che ritiene che tale inidoneità del contratto a svolgere la funzione deputata sia causa di responsabilità della banca e non di nullità del contratto.

⁷²⁵ Così, ad esempio, Trib. Ravenna 8 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*.

⁷²⁶ Trib. Modena, 23 dicembre 2011, cit.; analogamente Trib. Salerno, 2 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*.

declinata anche come esistenza/assenza dell'alea in capo ad uno dei contraenti⁷²⁷. Tale questione è inoltre sovente affiancata a quella dell'attribuzione del rischio, che risulta sbilanciata rispetto alla sua «naturale» bipartizione fra i contraenti. In questo senso è stato affermato che: «il difetto di causa concreta del negozio può essere individuato infatti solo allorquando il contratto non sia in alcun modo in grado di rispondere agli interessi che le parti possono perseguire stipulandolo, cioè - in un contratto aleatorio come lo *swap* - quando l'alea sia radicalmente assente e una delle parti, in qualsiasi possibile scenario, abbia un sicuro vantaggio»⁷²⁸.

Alcune pronunce hanno correttamente approfondito il concetto di alea unilaterale ed hanno rilevato che esso si connette alla possibilità di andamento dei flussi, tale per cui l'alea deve ritenersi assente quando, *ex ante*, sia: «del tutto irrealistica la previsione di un andamento dei tassi favorevole all'investitore, tali da eliminare del tutto l'alea, non essendo, per contro, rilevante per la validità del contratto l'andamento svantaggioso per il cliente verificatosi *ex post*»⁷²⁹. Il che non significa che l'alea debba essere simmetrica, ossia che le possibilità di «vittoria» e «sconfitta» debbano essere equivalenti⁷³⁰, ma che tali possibilità siano effettivamente esistenti⁷³¹. In altri termini, quella che viene censurata non è una ripartizione del rischio apparentemente squilibrata, ma una struttura del contratto tale per cui una parte sia già sicura di ricevere benefici, mentre l'altra non abbia, corrispondentemente, alcuna possibilità di guadagno⁷³².

⁷²⁷ Considerazioni analoghe sono state svolte dalla giurisprudenza in relazione ai contratti *my way*, su cui cfr. par. 3.1.

⁷²⁸ Trib. Parma, 21 aprile 2017, cit. Analoga riflessione si trova in Trib. Modena 28 maggio 2018, in *Banca dati Pluris*; Trib. Milano, 16 giugno 2015, cit.

⁷²⁹ Trib. Genova, 30 novembre 2015, cit.; in senso analogo Trib. Torino, 10 maggio 2019, in *Banca dati Dejure*.

⁷³⁰ Su tale aspetto si ritornerà in seguito. Qui basti accennare che il presupposto di tale considerazione sembra essere che, normalmente, ad una bassa probabilità di vittoria corrisponda, in caso di esito positivo, una vincita elevata.

⁷³¹ Trib. Milano, 16 giugno 2015, cit.

⁷³² Trib. Parma, 22 maggio 2017, in *Banca dati Pluris*. Lodo arbitrale Bologna, 10 febbraio 2017, in *www.ilcaso.it* ha escluso che, invece, la causa sia assente quando il contratto non possa svolgere la funzione designata dalle parti, asserendo che tale profilo potrebbe invece rilevare in relazione ai vizi del consenso.

L'alea unilaterale coincide quindi sostanzialmente con l'assenza di alea⁷³³: ciò rivela un aspetto importante del giudizio causale nei contratti aleatori, ossia che la causa non è costituita dall'alea in sé, ma dal reciproco scambio tra le prestazioni delle parti, sulle quali incide l'alea.

Infatti, una parte della giurisprudenza ha legato la problematica dell'alea a quella del sinallagma: l'unilateralità dell'alea altera il sinallagma contrattuale o, meglio, all'unilateralità dell'alea corrisponde l'assenza del sinallagma⁷³⁴. L'alea, invece, deve essere presente già nella struttura del contratto e deve essere presente in maniera tale da poter essere «apprezzabile»⁷³⁵ in relazione alle posizioni di entrambi i contraenti. Il fatto che il rischio gravi su ambedue le parti è considerato elemento essenziale della causa e, quindi, requisito necessario per la validità del contratto. Qualora tale bilateralità manchi, il contratto è privo di causa ed immeritevole di tutela⁷³⁶.

Infine, un ulteriore orientamento pone al centro del giudizio causale e di meritevolezza la razionalità dello scambio di alea e, quindi, la loro misurabilità, considerata come requisito essenziale affinché l'impegno di ciascun contraente sia razionale⁷³⁷ e giustificato. L'intelligibilità del rischio assunto deriverebbe dall'espressione del *mark to market*, concepito quale elemento necessario affinché il cliente sia in grado di comprendere il contenuto del contratto e, dunque, di esprimere una scelta cosciente. Tale concezione del *mark to market* si discosta da quella adottata dalla dottrina dominante, che lo considera quale semplice espressione del valore dell'accordo in un determinato momento⁷³⁸, elevandolo a requisito essenziale del contratto.

⁷³³ Sulla necessità del fatto che la possibilità di perdita gravi su entrambi i contraenti affinché il contratto possa dirsi aleatorio cfr., circa un contratto di vendita aleatorio, Cass., 4 gennaio 1993, n. 10, in *Banca dati Pluris*, circa un contratto di rendita vitalizia Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, in *Contratti*, 2013, p. 248; *contra* Cass., 7 giugno 1991, n. 6452, in *Banca dati Pluris*.

⁷³⁴ Trib. Parma, 15 ottobre 2019, in *Banca dati Giuraemilia*; Trib. Roma, 5 giugno 2017, in *Banca dati DeJure*.

⁷³⁵ L'espressione, frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza, si trova ad esempio in Trib. Roma 5 giugno 2017, cit., App. Torino, 27 luglio 2016, in *Banca dati Pluris*.

⁷³⁶ App. Torino, 27 luglio 2016, cit.; Trib. Roma 5 giugno 2017, cit.

⁷³⁷ Definisce lo *swap* come «scommessa razionale» D. MAFFEIS, *I costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 661.

⁷³⁸ Per tutti, cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, cit., p. 321 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Parma,

Tale argomentazione è poi sviluppata dalle Corti in due sensi: alcune considerano il *mark to market* quale oggetto del contratto⁷³⁹, cosicché la sua assenza comporta la nullità *ex art.* 1418 c.c.⁷⁴⁰, mentre altre pronunce considerano la sua espressione quale requisito necessario per l'esistenza e la liceità della causa e della meritevolezza dell'accordo⁷⁴¹. Secondo l'argomentazione della sentenza che ha inaugurato tale orientamento, dall'accertamento della mancata conoscenza da parte del cliente del *mark to market* deriva: «la radicale nullità dei contratti di *interest rate swap*, perché esclude, in radice, che, nel caso di specie, gli appellati abbiano potuto concludere la scommessa conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, la Banca, del proprio rischio, nutiva perfetta conoscenza - addirittura nella sua precisa misurazione scientifica avendo predisposto lo strumento»⁷⁴².

Tale statuizione è stata seguita da sentenze successive⁷⁴³, che hanno giustificato le proprie decisioni anche sulla base di quanto affermato dalla Corte Costituzionale in una sentenza concernente i derivati, secondo cui la causa degli *swap* sarebbe da rinvenire nella creazione e nello scambio di tale differenziale⁷⁴⁴. Il *mark to market*, quindi, è necessario al fine di determinare l'alea effettivamente assunta dal cliente, così da permettergli di comprendere l'obbligazione assunta in

21 aprile 2017, cit.; Trib. Genova, 30 novembre 2015, cit.; Trib. Milano, 19 aprile 2011, cit.; Lodo Arbitrale Bologna, 10 febbraio 2017, cit.

⁷³⁹ Trib. Milano, 8 gennaio 2019, in *Banca dati Dejure*; App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, in *Contratti*, 2019, con nota di G. Orefice; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, p. 546, con note di A. Lupoi; M. Indolfi; D. Foresta; Trib. Milano, 9 marzo 2018; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1381, con nota di G. Calabrese Trib. Milano, 7 luglio 2016, in *Banca dati DeJure*; Trib. Milano, 9 marzo 2016, in *Banca dati DeJure*. Tale conclusione sarebbe ulteriormente confermata dall'art. 2427-bis c.c., il quale prevede che le società debbano indicare nella nota integrativa di bilancio il *fair value* del derivato, ossia il *mark to market*.

⁷⁴⁰ In quanto l'oggetto sarebbe indeterminato, cfr. App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, cit.; Trib. Milano, 9 marzo 2018, cit.; Trib. Milano, 7 luglio 2016, cit.; Trib. Milano, 9 marzo 2016, cit.

⁷⁴¹ D'altronde, la relazione e l'interdipendenza di causa ed oggetto, tale per cui dall'assenza di uno scaturisce l'assenza dell'altro è un tema classico del diritto contrattuale, cfr. S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, cit., p. 235; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 363. Ciò è ancora più evidente nel diritto francese, dove la causa, concepito quale *cause de l'obligation* (cfr. par. 2.1, 5.1), è costituita dall'oggetto dell'obbligazione dell'altro contraente.

⁷⁴² App. Milano, 18 settembre 2013.

⁷⁴³ Trib. Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati Dejure*; Trib. Bologna 3 luglio 2018, in *Banca dati Dejure*; App. Bologna, 11 marzo 2014, cit.; *contra* invece Trib. Parma, 21 aprile 2017, cit.; Trib. Genova, 30 novembre 2015, cit.

⁷⁴⁴ Corte Cost., 18 febbraio 2010, n. 52, in *Contratti*, 2010, p. 1109, con nota di A.M. Benedetti.

concreto, nonché di valutare se il contratto sia effettivamente di copertura o speculativo⁷⁴⁵: dunque, se l'alea integra un elemento della causa del contratto, l'impossibilità della sua determinazione da parte di un contraente rende il contratto immeritevole e privo di causa⁷⁴⁶.

La ragione socio-economica dello *swap*, infatti, sarebbe da ravvisarsi, così come nelle scommesse, nell'assunzione di un'alea⁷⁴⁷: pertanto, affinché la scommessa possa dirsi lecita, l'alea con essa assunta deve essere razionale e quindi calcolabile. In particolare, si afferma che: «la causa sussiste se e nella misura in cui l'alea cui lo strumento dà luogo sia il frutto di una valutazione razionale in termini di entità e natura; questo essendo il tratto di meritevolezza che giustifica l'autorizzazione di questo tipo di scommesse da parte del legislatore»⁷⁴⁸. Di conseguenza, gli elementi che connotano l'alea devono essere conosciuti dal cliente (a prescindere dalla funzione svolta dal derivato e dalla simmetricità dell'alea)⁷⁴⁹.

Si è inoltre precisato che questa decisione non si pone in contrasto con la nota distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, in quanto la mancata comunicazione del *mark to market* farebbe sì che, nel contratto, non sia stato integrato un elemento necessario alla qualificazione della sua causa⁷⁵⁰. In definitiva, la volontà espressa in tal guisa dal cliente non è razionale e, pertanto, è

⁷⁴⁵ Non è chiaro perché dal *mark to market*, ossia dall'indicazione del valore del contratto, debba potersi desumere la sua funzione; premesso che esso indica la situazione di partenza dei contraenti, pare che la funzione del contratto possa essere in concreto apprezzata solamente conoscendo, da un lato, la posizione di rischio che il cliente intende coprire e, dall'altro, analizzando come lo scambio dei flussi previsto dal derivato funzioni secondo la struttura dell'accordo e, quindi, se sia adeguato a svolgere tale funzione.

⁷⁴⁶ Trib. Bologna, 29 novembre 2018, cit. Tale sentenza cita a sostegno della propria tesi anche Cass., 18 giugno 2018, n. 16049, in quanto la stessa non avrebbe esaminato la censura effettuata dal ricorrente in relazione ad un'analoga affermazione del giudice *a quo*. Tuttavia, tale profilo non viene esaminato per ragioni processuali e, quindi, non sembra si possa ritenere che la sentenza della Suprema Corte avalli l'orientamento sostenuto nella sentenza di merito.

⁷⁴⁷ Tale tesi è, ad avviso delle corti che hanno seguito tale orientamento, corroborata dal combinato disposto dell'art. 23, comma 5 t.u.f. e 1933 c.c.

⁷⁴⁸ Tribunale Bologna 29 novembre 2018, cit.

⁷⁴⁹ Tribunale Bologna 29 novembre 2018, cit.

⁷⁵⁰ In tale passo la sentenza sembra richiamare la dottrina che ha correttamente distinto tra violazione degli obblighi di comportamento *tout court* e violazione degli obblighi di comportamento che implicano la mancanza di un elemento essenziale del contratto, che ne comportano invece la nullità, cfr. R. ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, cit., p. 346; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 539. *Contra* tale distinzione v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

immeritevole di tutela nella prospettiva degli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico. Tale profilo, inoltre, si aggiunge alla possibilità per l'intermediario di addebitare al cliente costi occulti, quali il compenso del mandatario, senza che il cliente ne sia messo al corrente e li abbia specificamente accettati⁷⁵¹.

Occorre infine sottolineare che le medesime questioni concernenti la causa e la meritevolezza dei derivati si sono poste anche quando gli stessi erano inseriti all'interno di un altro contratto, quali semplici clausole. La giurisprudenza ne ha tuttavia ravvisato l'autonomia funzionale, ed ha svolto anche in relazione ad esse il giudizio causale⁷⁵².

3.2.6 Le decisioni della giurisprudenza di legittimità

La Corte di Cassazione si è per la prima volta pronunciata circa l'esistenza della causa e la meritevolezza dei derivati con due pronunce emanate nell'estate del 2017⁷⁵³. Entrambe le sentenze, con una motivazione piuttosto stringata, si sono occupate della validità di contratti di *swap*.

In Cass. 28 luglio 2017, n. 18781⁷⁵⁴ la Suprema Corte afferma che il contratto oggetto della controversia (un *interest risk swap*) non può essere considerato nullo solamente in ragione di un *up front* negativo. Infatti, la semplice presenza di *up front* negativo non è sufficiente a ritenere inesistente o immeritevole la causa; occorre invece che il cliente dimostri che l'*up front* incida sull'equilibrio del contratto a tal punto da privarlo di causa.

Inoltre, nella parte della motivazione con la quale si respingono i motivi di ricorso volti a contestare la validità del contratto per assenza di causa e immeritevolezza, in quanto inammissibili per mancanza di specificità, si possono

⁷⁵¹ App. Milano 18 settembre 2013, cit.

⁷⁵² Cfr. ad esempio App. Trieste, 28 maggio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 232, con nota di V. Cusumano, che ha valutato un contratto dove una clausola di rischio cambio e tasso era inserita in un contratto di locazione finanziaria.

⁷⁵³ Le due sentenze sono Cass. 31 luglio 2017, n. 19013; Cass. 28 luglio 2017, n. 18781, entrambe in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1, con nota di D. Maffeis; la prima anche in *Corr. giur.*, 2018, p. 339, con note di G. Sardo; A. Tucci.

⁷⁵⁴ Cit.

rinvenire indicazioni circa le modalità di svolgimento del giudizio causale. In particolare, la Suprema Corte afferma che l'assenza di causa e l'immeritevolezza devono essere specificamente argomentate in relazione al contratto concluso nel caso concreto, così come deve essere provato che la presenza di *up front* negativo incida sul contratto in maniera tale per cui la sua causa venga snaturata ed eliminata⁷⁵⁵.

Viene infine smentita la tesi secondo cui i derivati sarebbero validi solamente se diretti alla copertura di un rischio, mentre dovrebbero considerarsi sempre immeritevoli i derivati speculativi. Anche per quest'ultima tipologia di derivati, infatti, l'art. 23 comma 5 t.u.f. esclude l'applicabilità dell'art. 1933, cosicché essi non possono essere considerati aprioristicamente nulli, solamente in ragione della funzione speculativa che perseguono.

La sentenza Cass. 31 luglio 2017, n. 19013⁷⁵⁶, invece, adotta un percorso argomentativo differente e sanziona con la nullità per assenza di causa ed immeritevolezza il derivato sottoposto al suo giudizio. Seguendo la modalità con cui sono articolati i motivi di ricorso, che fanno dipendere la valutazione della meritevolezza del contratto dall'assoggettabilità della banca ai doveri previsti dall'art. 21 t.u.f. e dal Regolamento Consob n. 11522/1998⁷⁵⁷, si afferma innanzitutto il carattere imperativo dell'art. 21 t.u.f.⁷⁵⁸, a prescindere dalla qualificazione del cliente come «operatore qualificato». Inoltre, si rileva che l'art. 26 del Regolamento Consob n. 11522/1998 non è previsto tra quelli che l'art. 31 del medesimo regolamento include tra le norme non applicabili ai cosiddetti «operatori qualificati»⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ La Corte di Cassazione afferma: «manca del tutto, nelle censure in esame, una chiara indicazione dei motivi, del modo, della misura e dei termini in cui, in concreto, la causa degli specifici contratti stipulati dalle parti sarebbe stata effettivamente alterata per via del cd. *up front*.»

⁷⁵⁶ In *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1, con nota di D. Maffei.

⁷⁵⁷ Applicabile nel caso di specie *ratione temporis*.

⁷⁵⁸ Sul punto viene altresì richiamata Cass., 23 maggio 2016, n. 10640, in *Banca dati Pluris*, che si era chiaramente pronunciata nello stesso senso, così come la giurisprudenza precedente. Cfr. anche Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

⁷⁵⁹ Sul punto si richiama anche Cass., 28 ottobre 2015, n. 21887, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 519, con nota di P. Bontempi.

La reale novità della sentenza, il punto di discontinuità rispetto ai precedenti orientamenti della giurisprudenza di merito, tuttavia, sono le conseguenze che derivano dal carattere imperativo⁷⁶⁰ delle summenzionate disposizioni, ossia il fatto che esse debbano essere prese in considerazione nello svolgimento del giudizio di meritevolezza del contratto⁷⁶¹. In particolare, si afferma che la «clausola generale del necessario operare nell'interesse del cliente investitore» rileva per la valutazione della meritevolezza dei derivati, che sono contratti atipici⁷⁶².

Posto questo quadro interpretativo circa il giudizio di meritevolezza, la Suprema Corte constata che, come accertato dalla Corte d'Appello di Milano, i derivati stipulati da clienti e banche avrebbero dovuto avere funzione di copertura. L'effettiva idoneità dei derivati a svolgere tale funzione è quindi valutata in base alla Determinazione Consob 26 febbraio 1999, DI/99013791, la quale ha posto i criteri per determinare se strumenti finanziari derivati possano essere considerati tali. Stante il ruolo sistematico di tale Determinazione, che attua le misure del t.u.f. e del Regolamento Consob circa la protezione dell'interesse del cliente, la Suprema Corte afferma che anch'essa rileva per il giudizio di meritevolezza. Di conseguenza, dato che i derivati non rispettavano tutti questi criteri⁷⁶³, e quindi non potevano essere considerati di copertura, si afferma che essi devono essere considerati immeritevoli.

La Suprema Corte conclude statuendo il seguente principio di diritto: «nel valutare, ai sensi della norma dell'art. 1322 c.c., la meritevolezza degli interessi

⁷⁶⁰ Le quali, peraltro, trasfondono nell'ordinamento interno i principi sanciti dalla Direttiva 93/22/CEE, 10 maggio 1993, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari (ora abrogata).

⁷⁶¹ La sentenza afferma: «da quanto precede deriva che, nei confronti della fattispecie concreta qui in esame, trovano sicura applicazione - e quindi si manifestano rilevanti prima di tutto per lo svolgimento della valutazione di meritevolezza di cui alla norma dell'art. 1322 c.c., - tanto la norma guida dell'art. 21 TUF, quanto la norma regolamentare dell'art. 26, che di tale regola viene a manifestarsi come applicazione primaria e di base.»

⁷⁶² Tale tesi era stata avanzata in dottrina da A. TUCCI, *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 87.

⁷⁶³ La Corte di Cassazione afferma che: «le stesse infatti non risultano confrontarsi con singole e specifiche operazioni sottostanti, con copertura commisurata in modo puntuale sul rischio inerente a singoli debiti. Appaiono confrontarsi, bensì, con un "indebitamento complessivo", come composto quindi da una serie articolata di debiti distinti, con decorrenza, scadenza e remunerazione diverse, che sarebbero stati contratti con una società appartenente allo stesso gruppo societario di Intesa San Paolo.»

perseguiti con un contratto derivato *IRS*, il giudice non può comunque prescindere dalle prescrizioni normative di cui all'art. 21 TUF e all'art. 26 Regolamento Consob n. 11522, nonché, per i contratti *IRS* con funzione di copertura, dalla verifica dell'effettivo rispetto delle condizioni stabilite dalla Consob con la Determinazione del 26 febbraio 1999».

Le due sentenze qui analizzate si occupano della medesima problematica da prospettive differenti: mentre nella prima si riafferma che il giudizio di meritevolezza deve essere svolto in relazione all'assetto concreto delle obbligazioni convenute nel contratto, senza che rilevi il carattere di copertura o speculativo del derivato, la seconda affronta la questione a partire dal rispetto delle norme di comportamento da parte dell'intermediario. Questa decisione rompe con l'orientamento consolidato che distingue tra norme di validità e norme di comportamento, dalla cui violazione non può discendere la nullità del contratto⁷⁶⁴.

Questa distinzione si era imposta anche in relazione ai contratti derivati, tanto che gli iniziali orientamenti di merito che avevano dichiarato la nullità dei derivati per violazione delle norme di comportamento degli intermediari⁷⁶⁵ sono stati abbandonati dalla giurisprudenza successiva. Anche le sentenze che hanno considerato nulli i derivati poiché, nonostante avessero dovuto svolgere una funzione di copertura, essi erano in realtà speculativi, si erano mossi sul terreno della causa concreta e, quindi, della funzione del contratto specificamente concluso⁷⁶⁶ e non su quello dei doveri di comportamento gravanti sull'intermediario.

Occorre precisare che la dottrina più attenta ha in realtà rilevato come la distinzione circa le conseguenze della violazione di norme di comportamento e di validità non sia in realtà così netta⁷⁶⁷, come sovente viene tracciata nella giurisprudenza; infatti, qualora la violazione della norma di comportamento comporti il venir meno di un elemento essenziale del contratto, e quindi incida su

⁷⁶⁴ Come ben noto, tale orientamento è stato iniziato dalle sentenze Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

⁷⁶⁵ Cfr. ad esempio Trib. Rimini, 21 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*, secondo cui in assenza di una completa informazione non può ritenersi sussistente il consenso dell'investitore.

⁷⁶⁶ Su tali orientamenti e sulle problematiche che gli stessi presentano, si è detto *supra*.

⁷⁶⁷ V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 539.

uno dei requisiti della fattispecie, la sanzione applicabile è la nullità⁷⁶⁸. Tuttavia, nel caso di specie la Suprema Corte non esamina se il mancato rispetto dei doveri di comportamento da parte della banca faccia venire meno uno degli elementi fondamentali del contratto, ma afferma che essi integrano, senza mediazioni, il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, comma 2 c.c.* Come osservato dalla dottrina la sentenza segue una tendenza già in atto in altri settori, dove il confine tra norme di comportamento e di validità sembra incrinarsi, fino quasi a scomparire⁷⁶⁹.

A tali pronunce ne è seguita una successiva⁷⁷⁰, che ha affrontato il problema della causa e della meritevolezza dei derivati da un ulteriore profilo. Premesso che i derivati speculativi non possono essere di per sé considerati immeritevoli, si riafferma che la causa del contratto deve essere valutata *ex ante*, sulla base delle specifiche pattuizioni contenute nel contratto, e non *ex post*, in relazione ai risultati che si sono effettivamente raggiunti con lo stesso⁷⁷¹.

In ragione dei fatti alla base del caso deciso, quindi, non è esaminato se il mancato svolgimento della funzione di copertura sia di per sé sufficiente a giustificare l'immeritevolezza del contratto⁷⁷²; tuttavia, si afferma che la presenza della causa concreta deve essere valutata in relazione alle obbligazioni delle parti, anche prendendo in considerazione le probabilità di successo di ciascun contraente,

⁷⁶⁸ R. ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 346.

⁷⁶⁹ D. MAFFEIS, *Dum loquimur fugerit invida aetas: lo swap in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 12-14.

⁷⁷⁰ Cass., 13 luglio 2018, n. 18724, in *Società*, 2018, p. 1163, con nota di P. Giudici.

⁷⁷¹ La Suprema corte afferma che: «ora, è facile ritenere “pressoché impossibile” l'aumento dei tassi di interesse, quando, alla scadenza del periodo di riferimento, un incremento non vi sia stato: ben più difficile è preconizzare in anticipo ciò che accadrà, per il che - per l'appunto - viene stipulato il contratto *IRS* con funzione di copertura delle possibili oscillazioni dei tassi di interesse, oscillazioni che, nella comune esperienza, non sono affatto né impossibili, né necessariamente lievi. Sicché, in definitiva, il sostenere in una fattispecie come quella considerata la tesi della nullità del contratto per mancanza di causa, in conseguenza della mancanza di alea, possiede in sé - e cioè se l'assenza di causa non emerga alla stregua del testo contrattuale valutato *ex ante* - la stessa fondatezza che avrebbe la tesi della nullità del contratto di assicurazione per il rischio di incendio o di terremoto, che costituiscono normalmente eventualità remote alquanto, una volta che l'incendio o il terremoto non abbiano avuto luogo. Insomma, i contratti aleatori sono previsti dall'ordinamento e non vanno certo incontro in se stessi ad un giudizio di immeritevolezza. È fortemente opinabile, poi, se il giudizio di meritevolezza possa essere impiegato a fini di riequilibrio equitativo del contratto, ma certo - ammesso che ciò sia possibile - l'operazione va almeno compiuta secondo una valutazione operata *ex ante*, non *ex post*, sì da giudicare meritevoli i contratti di *swap* in cui l'investitore ha guadagnato e immeritevoli quelli in cui ha perso.»

⁷⁷² Infatti il motivo di ricorso con cui vengono censurati tali profili della sentenza della Corte d'Appello di Milano è dichiarato inammissibile e, quindi, non viene esaminato.

sulla base di quanto previsto nel contratto, e non di ciò che, nel corso del suo svolgimento, si verifica. D'altronde, valutare la causa in relazione all'effettivo andamento degli eventi priverebbe il contratto aleatorio della sua specificità, per cui il *quantum* o addirittura l'esistenza della prestazione dipende da un evento futuro e incerto.

3.2.7 Critica della giurisprudenza: per una differenziazione dei problemi

Le decisioni esaminate sono pressoché univoche nell'affermare che il giudizio causale e di meritevolezza deve essere espletato sul contratto così come concluso dalle parti, in relazione alla sua struttura economica ed all'operazione che esso realizza; non, invece, sui risultati del suo svolgimento, in base all'effettivo andamento del sottostante. In altri termini, la causa deve essere valutata *ex ante*, non *ex post*⁷⁷³: tale precisazione è, per quanto possa sembrare banale, importante.

Essa chiarisce che il giudizio causale deve concentrarsi sulle obbligazioni convenute e non sulla loro esecuzione, né sul comportamento delle parti prima della conclusione del contratto o in sede di rinegoziazione. In altri termini, pone come oggetto del giudizio causale e di meritevolezza il contratto come atto⁷⁷⁴. In secondo luogo, elimina dalla riflessione la questione del venir meno della causa - quella che, nel diritto francese, è la teoria della *disparition de la cause* - così precisando che il profilo funzionale del rapporto contrattuale non è idoneo ad incidere sulla causa: esso comporterebbe infatti un'inversione dei piani del ragionamento, con una confusione logica tra elementi distinti.

Circa gli orientamenti giurisprudenziali sopra analizzati, è opportuno precisare che i ragionamenti seguiti dalle Corti non appaiono sempre condivisibili e che, a volte, il perseguimento dell'obiettivo della tutela del cliente (che emerge chiaramente sottotraccia) porta a confondere i piani delle fattispecie.

⁷⁷³ Ad esempio, *ex multis*, cfr. Cass., 13 luglio 2018, n. 18724, cit.; Trib. Genova, 30 novembre 2015, cit.

⁷⁷⁴ Per tutti, cfr. F. GALGANO, *Diritto civile*, vol. II, cit., p. 575.

In tale errore sembra cadere il primo orientamento, ossia quello che equipara la funzione del derivato alla sua causa e che dalla realizzazione di una funzione differente da quella prospettata fa discendere l'immeritevolezza⁷⁷⁵. La discutibile equazione concettuale deriva da un'equazione linguistica relativa al termine «funzione». Tuttavia, se si considera quanto argomentato circa la nozione di causa concreta quale funzione economica del contratto e la distinzione tra questa ed i motivi⁷⁷⁶, appare come l'eguaglianza linguistica nasconda in realtà una differenza sostanziale di contenuto delle due nozioni, nonché del quadro interpretativo e di giudizio che esse comportano.

Come emerge dalle analisi più approfondite ed attente⁷⁷⁷, infatti, la funzione del contratto, che ne costituisce la causa concreta, è quella che emerge dall'assetto delle reciproche prestazioni e che si dà, quindi, in relazione alle obbligazioni di ciascun contraente. La sintesi di tali obbligazioni è quella che permette di determinare lo scopo del contratto. Funzione, dunque, del contratto e non funzione perseguita dai contraenti; tale aspetto non è un mero artificio retorico, ma implica una profonda diversità concettuale, utile ad evidenziare la divisione tra obiettivi che ciascuna parte persegue attraverso il contratto e lo scopo perseguito tramite il contratto.

L'identificazione della causa allo scopo perseguito – declinato al singolare – rivela che lo stesso, per darsi come unitario, deve necessariamente prescindere dall'obiettivo perseguito da ogni contraente⁷⁷⁸. Ne consegue che è errato identificare la funzione del derivato con la funzione di copertura e, dall'eventuale assenza di quest'ultima, dedurre l'assenza di causa⁷⁷⁹. Questo per più ragioni: *in*

⁷⁷⁵ S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffei, Milano, 2014, p. 231 rileva che la «la distinzione tra scopo di copertura e di speculazione, più che trattativa, è fuorviante.» Approva invece l'equiparazione fra funzione del derivato e sua causa concreta, così da valutarne la meritevolezza ex art. 1322, comma c. c. S. GILOTTA, *In tema di interest rate swap*, cit., p. 151-153.

⁷⁷⁶ Cfr. par. 2.7-2.8.

⁷⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 359; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 66 ss.

⁷⁷⁸ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 72.

⁷⁷⁹ S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 388, il quale rileva che: «qui lo scarto è tra la causa enunciata e

primis, perché la funzione di copertura è quella perseguita dal cliente e non dal contratto; *secundis* perché anche nel voler seguire l'identità tra funzione del derivato e causa, come emerge chiaramente anche dalle decisioni giurisprudenziali, l'assenza della copertura implica comunque che il derivato abbia una diversa funzione, quella speculativa: «uno iato siffatto scopertamente sottende un'irrazionalità nel contrarre dell'investitore»⁷⁸⁰.

Circa il primo aspetto, la funzione di copertura è la funzione perseguita dal cliente e, in ogni caso, funzione solo mediata perseguita con l'accordo. La funzione immediata del contratto derivato, infatti, è lo scambio dei flussi tra i contraenti. Il fatto che un contraente persegua finalità di copertura rileva sul piano dei motivi⁷⁸¹ e, inoltre, in relazione a come il contratto deve essere strutturato per realizzare tale obiettivo. Infatti, per risultare di copertura, il contratto deve essere progettato in modo tale da coprire il cliente rispetto ad un rischio al quale lo stesso è esposto e, inoltre, da proteggerlo in misura adeguata rispetto ad esso.

È chiaro che, qualora il rischio da coprire sia specifico, il contratto è usualmente progettato per quel determinato cliente ed è, quindi, *OTC*: ciò implica quei rischi di conflitto di interessi e di mancata realizzazione degli interessi della parte debole sopra evidenziati. Tuttavia, il fatto che il derivato, pur essendo presentato al cliente come di copertura, sia in realtà speculativo, non implica di per sé che lo stesso sia privo di alcuna funzione e quindi privo di causa, né che lo stesso sia illecito⁷⁸².

Tale eventualità conduce invece ad un diverso ordine di considerazioni. In primo luogo, che probabilmente l'intermediario non ha adempiuto adeguatamente

quella che l'insieme delle clausole contrattuali, incorporanti un valore del contratto *unilateralmente* confezionato, davvero formalizzano.»

⁷⁸⁰ S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., p. 388.

⁷⁸¹ D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffeis, 2014, p. 28-29.

⁷⁸² Peraltro, come sottolineato dalla dottrina, può accadere che la finalità di copertura sia perseguita da uno solo dei contraenti, cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 463 ss.; C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 117. C. CIOFFI, *L'informazione la trasparenza e la causa dei contratti derivati*, cit., p. 138 sottolinea che, anche qualora la finalità di copertura sia propria di una sola parte, l'altra comunque fornisce tale servizio, così come nel contratto di assicurazione.

gli obblighi informativi e di comportamento gravanti sullo stesso; in secondo luogo, che il cliente è in errore sull'oggetto del contratto. Infatti, se l'oggetto è lo scambio dei flussi strutturato su un determinato sottostante ed il cliente ritiene sia strutturato in modo tale da coprire eventuali perdite dipendenti da determinati avvenimenti, mentre così non è, il cliente è in errore (e se lo scopo dichiarato dal contratto è di copertura non si può certo affermare che tale errore non fosse riconoscibile), oppure la conclusione di quel determinato contratto è il risultato del dolo dell'intermediario⁷⁸³. Ciò non significa affermare che il contratto sia automaticamente dotato di causa e meritevole di tutela, ma che la differenza tra la funzione dichiarata e quella realizzata non è di per sé sufficiente a risolvere in senso negativo il giudizio causale.

Allo stesso modo non pare soddisfacente la soluzione fornita dalla Corte di Cassazione, che integra nel giudizio di meritevolezza il rispetto delle norme di comportamento degli intermediari. Il fatto che la sentenza non sia approfonditamente argomentata e che numerose sentenze di merito successive si siano discostate dal principio affermato dalla Suprema Corte evidenzia che il principio ivi affermato non ha avuto una forza persuasiva determinante.

La sentenza, muovendosi solamente sul terreno della meritevolezza, elude l'analisi della causa del contratto e le conseguenze che ne derivano. Con un discutibile processo logico, essa equipara la realizzazione dell'interesse della parte debole alla meritevolezza del contratto, profili che sembrano invece attenere maggiormente ai vizi del consenso⁷⁸⁴. Essa sposta quindi l'analisi del comportamento delle parti (*rectius*, della parte più forte) dal terreno della responsabilità a quello della meritevolezza e, dunque, della validità dell'accordo. Tale processo, tuttavia, non è condivisibile, né coerente con l'ordine sistematico delle norme in questione. Inoltre, spostare il *focus* del giudizio di meritevolezza dallo scambio al comportamento delle parti pone numerosi problemi sia in relazione alla valutazione del rispetto dell'interesse del cliente, sia in relazione alla soluzione

⁷⁸³ S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., p. 388-389.

⁷⁸⁴ V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 985-986.

rimediale, dato che ad essa consegue la nullità, che può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice⁷⁸⁵.

Infine, tale interpretazione tende a confondere causa e motivi, riproducendo le teorie della *cause subjective*, sviluppatesi in Francia in seguito all'arresto *Point club vidéo*⁷⁸⁶ ed in seguito abbandonate anche da giurisprudenza e dottrina francesi. Infatti, la funzione del derivato concerne i motivi per cui il cliente conclude il contratto e non direttamente la causa. Essa si riflette invece sulla causa solamente in via mediata, in relazione alla struttura che il contratto deve avere per realizzare una determinata funzione. Un'analoga applicazione del giudizio di meritevolezza porterebbe a dare una nuova centralità ai motivi dei contraenti, andando in direzione anticiclica rispetto alla sempre più rilevante «oggettivazione dello scambio»⁷⁸⁷ ed all'interpretazione delle norme su parametri di razionalità di mercato, non dipendenti dal paradigma volontaristico ottocentesco.

Non convince altresì l'orientamento giurisprudenziale che fa dipendere la meritevolezza del contratto dall'espressione del *mark to market* e dall'assunzione di un'alea razionale. Ciò per due ordini di motivi. In primo luogo, perché si ritiene convincente l'opinione della dottrina e della giurisprudenza secondo cui il *mark to market* non integra la causa del contratto, o il suo oggetto, ma è invece un parametro destinato ad individuare il valore del contratto in un dato momento. Ciò non significa che il valore del contratto sia indifferente per il giudizio causale, ma che non sia corretto far derivare dalla sua mancata esplicitazione la nullità per assenza di causa. Infatti, se il contratto è senza valore per una parte, esso sarà privo di causa e quindi nullo: ciò, tuttavia, non perché il valore non è stato espresso, ma perché lo stesso è assente.

Inoltre, non pare condivisibile la teoria dell'alea razionale, tale per cui sarebbe immeritevole il contratto con il quale un contraente assume un rischio del quale non è adeguatamente a conoscenza. Tale argomentazione presenta due

⁷⁸⁵ Cass., 18 giugno 2018, n. 16049, in *Banca dati Pluris*; Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, entrambe in *Danno e resp.*, con note di P. Laghezza; R. Fornasari.

⁷⁸⁶ Cfr. par. 2.6.4.

⁷⁸⁷ F. GALGANO, *Diritto civile*, vol. II, cit., p. 634 ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611 ss.

inconvenienti. Da un lato, si muove sul crinale fra causa ed accordo: le tematiche attinenti alla piena comprensione dell'impegno assunto ed alle condizioni affinché esso sia vincolante attengono infatti al consenso ed alla sua vincolatività, più che al giudizio causale⁷⁸⁸. In secondo luogo, è discutibile che la causa dello *swap* consista nell'assunzione di un'alea ed il fatto che, pertanto, tale alea debba essere razionale.

La causa dello *swap*, come detto, consiste nello scambio di due flussi di denaro, di modo che a seconda del loro andamento si determinerà chi sia creditore e chi debitore. La creazione di un'alea è necessaria al contratto di *swap*, ma non ne costituisce la funzione: essa è necessaria per realizzare quella determinata operazione, ma non ne è l'obiettivo. D'altro lato, nell'argomentazione delle corti l'alea sembra essere considerata come l'oggetto del contratto, cosicché la questione della sua razionalità dovrebbe essere rivisitata, semmai, alla luce dei criteri della sua determinabilità. La mancata espressione del *mark to market* e, quindi, la non comprensione da parte del cliente del rischio assunto - che, nel caso di specie, equivale a dire che il cliente non comprende né l'impegno cui si vincola, né ciò che riceve come controprestazione da parte della banca - non implica di per sé la non determinabilità della prestazione o la sua irrazionalità in senso oggettivo, ma che una delle due parti non comprenda le obbligazioni assunte, né l'adeguatezza delle stesse rispetto ai fini che essa si pone⁷⁸⁹. Ne è una riprova il fatto che, seguendo tale interpretazione, qualora il *mark to market* fosse stato espresso, tali problematiche non avrebbero potuto essere valutate e, eventualmente, sanzionate secondo le medesime disposizioni.

Ciò, tuttavia, porrebbe problemi assai rilevanti: innanzitutto, una volta adottata una concezione della causa del contratto quale quella in precedenza analizzata⁷⁹⁰, a prescindere dal mutare dei criteri di valutazione, risulta

⁷⁸⁸ Ma v. sul punto le interessanti osservazioni di D. MAFFEIS, *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1103 ss., che argomenta che la trasparenza sia un requisito genetico dei contratti di swap e pertanto, ne integri la causa. In tale prospettiva l'esplicitazione del *mark to market* e dei criteri per calcolarlo integra la causa del contratto.

⁷⁸⁹ S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., p. 393-394.

⁷⁹⁰ Cfr. par. 2.8.

contraddittorio asserire che la causa è assente se il *mark to market* non è espresso, mentre essa è presente qualora quel medesimo valore sia invece dichiarato⁷⁹¹. È infatti chiaro che la causa e la meritevolezza del contratto non possono dipendere dalla comunicazione di un valore che, tuttavia, rimane sempre lo stesso. In secondo luogo, contrariamente a quanto sembra suggerire tale approccio, il derivato può essere privo di causa ed immeritevole di tutela anche qualora il *mark to market* sia espresso. Detto approccio, invece, esaurisce il giudizio causale nel controllo circa l'espressione del *mark to market* e non fornisce criteri utili al fine di espletare tale valutazione in relazione ad ulteriori parametri.

Ci sembra che il punto nodale della questione non sia che l'alea assunta deve essere razionale, ma che lo scambio di flussi realizzato con il contratto deve essere effettivo: ne consegue che, benché il *mark to market* costituisca uno strumento utile per valutare la portata del contratto e la sua razionalità rispetto alle obbligazioni delle parti, la sua espressione o meno non è automaticamente segno della razionalità/irrazionalità dell'impegno, ma semmai della scelta del cliente di obbligarsi⁷⁹². Ciò, tuttavia, sposta nuovamente il problema sull'adempimento degli obblighi informativi dell'intermediario e, eventualmente, del dolo⁷⁹³.

Le decisioni che seguono tale orientamento sembrano percepire le problematiche sottese ai derivati sottoposti alla loro attenzione, relative alla qualità dei contraenti ed alle asimmetrie informative e di potere negoziale che si riflettono in un contratto che presenta obbligazioni estremamente squilibrate, quando non completamente a senso unico; tuttavia, esse leggono tale problema attraverso la conoscibilità dell'alea assunta e non su quello che sembra essere il vero nucleo della questione, ossia lo scambio delle prestazioni dei contraenti.

Coglie invece adeguatamente tale aspetto il terzo orientamento sopra menzionato, che sanziona i derivati con «alea unilaterale» o «alea inesistente». Tali espressioni, che sono peraltro almeno parzialmente contraddittorie - l'alea

⁷⁹¹ Un problema analogo, peraltro, si pone anche in relazione alla rendita vitalizia, cfr. par. 3.3.

⁷⁹² M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 511-513.

⁷⁹³ S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., p. 388.

unilaterale è, evidentemente, esistente - colgono un aspetto a nostro avviso centrale del giudizio causale e di meritevolezza. In particolare, utilizzando una terminologia differente, detto orientamento intuisce che il problema attinente alla causa ed alla meritevolezza dei derivati si pone in relazione allo scambio delle obbligazioni dei contraenti e da come queste si configurano nel loro sinallagma.

La lente dell'alea è, quindi, uno strumento per analizzare come si rapportino le possibilità di «vittoria» e «sconfitta» delle parti al momento della conclusione del contratto. Affermare che il contratto abbia alea unilaterale o inesistente altro non significa che quella che viene presentata come una scommessa è, in realtà, già determinata *a priori* nei suoi risultati, a tutto vantaggio della parte che ha predisposto il contratto⁷⁹⁴. Il derivato non è allora uno scambio di flussi, ma un flusso unidirezionale dal cliente alla banca, senza che tale spostamento di ricchezza si giustifichi in alcun modo, ossia senza che abbia alcuna causa⁷⁹⁵. Tale aspetto del contratto deve essere valutato sulla base della sua struttura, e quindi in relazione a quanto con lo stesso pattuito, prescindendo dai successivi sviluppi dettati dall'andamento del sottostante.

Tema strettamente collegato è quello del grado di squilibrio⁷⁹⁶ delle probabilità di «vittoria» e di «sconfitta» delle parti necessario affinché il contratto sia considerato immeritevole. Dalle sentenze emerge infatti chiaramente che il derivato debba essere ritenuto privo di causa non solo quando lo stesso sia configurato in modo tale da rendere impossibile che il cliente ottenga un guadagno, ma anche quando detto guadagno risulta estremamente improbabile. Sotto tale profilo la sentenza si ricollega ad una tendenza assai più ampia del diritto contrattuale contemporaneo, a sanzionare con la nullità per assenza di causa ed

⁷⁹⁴ S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., p. 391. In una materia differente da quella dei derivati sembrano seguire questa tesi Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, cit.; Cass., 4 gennaio 1993, n. 10, cit.

⁷⁹⁵ P. GIUDICI, *Interest rate swap e nullità del contratto: si pericoli sistemici dei derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 504-505.

⁷⁹⁶ Ad esempio, in App. Trieste, 28 maggio 2018, cit. si esamina la diversa modalità di funzionamento del derivato a seconda del fatto che la medesima variazione avvenga a favore del cliente o della banca, nonché i profili di svantaggio per il cliente in relazione al sinallagma dell'accordo.

immeritevolezza contratti o clausole contrattuali che incidano notevolmente sull'equilibrio delle prestazioni, alterandone il rapporto di corrispettività⁷⁹⁷, ma senza eliminarlo del tutto⁷⁹⁸. Rimane tuttavia non chiaro quali siano i criteri al fine di determinare il limite tra un contratto squilibrato, ma pur sempre dotata di causa, ed uno invece privo di causa ed immeritevole di tutela⁷⁹⁹.

3.2.8 Una problematica più generale: sul rapporto fra causa e alea

La dottrina ha sottolineato che, se la presenza della cosiddetta *causa lucrandi* non è di per sé sufficiente a giustificare la meritevolezza di qualsivoglia contratto aleatorio⁸⁰⁰, al tempo stesso è necessario che tale funzione «coinvolga realmente entrambe le parti del rapporto contrattuale, di guisa che ognuna di esse sia effettivamente e concretamente esposta tanto a perdite che a guadagni; più precisamente, occorre accertare che, in ragione di come viene concretamente congegnato il regolamento contrattuale – mediante l'apposizione di clausole che incidono sensibilmente sulle prestazioni delle parti -, uno dei contraenti non venga posto al riparo dal rischio di perdite»⁸⁰¹.

Occorre soffermarsi ed approfondire tale affermazione, anche in relazione all'analisi svolta circa la nozione di contratto aleatorio, nonché sulle pronunce giurisprudenziali che hanno utilizzato le nozioni di alea irrazionale ed alea

⁷⁹⁷ È uno degli aspetti centrali dell'analisi svolta in tutto il presente lavoro, collegata alla nuova concezione economica, che viene declinata secondo parametri differenti a seconda delle posizioni di politica del diritto dell'interprete; cfr. anche quanto affermato in particolare circa le clausole *claims made*, par. 4.1, nonché R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, Padova, 2018, p. 157 ss.; M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 278; R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1387-1388.

⁷⁹⁸ R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, cit., p. 1387-1388.

⁷⁹⁹ Evidenzia tale aspetto, nonché la difficoltà di determinare tale limite, P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 208, spec. nt. 120.

⁸⁰⁰ U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, cit., p. 103-104; G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004, p. 147 ss.; M. PARADISO, *I contratti di gioco e scommessa*, cit., p. 79; P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 184; Sulla nozione di contratto aleatorio cfr. E. GABRIELLI, voce *Alea*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2000, p. 1 ss.; G. SCALFI, voce *Alea*, cit., p. 256 ss. A. BOSELLI, voce *Alea*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 473 ss.

⁸⁰¹ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 185.

unilaterale al fine di valutare la causa e la meritevolezza del contratto. In particolare, è opportuno approfondire l'analisi del rapporto tra contratto commutativo e contratto aleatorio, così da valutare altresì in cosa consista quella che viene definita alea unilaterale e la sua considerazione nel giudizio causale.

L'alea giuridica si distingue dall'alea solamente economica in quanto la prima entra nella struttura del contratto e rende incerta l'esistenza o la misura della prestazione⁸⁰², mentre la seconda concerne semplicemente il valore di quest'ultima⁸⁰³. Se, infatti, il valore di ogni bene o prestazione è destinato a mutare nel corso del tempo, di modo che il rapporto tra le obbligazioni delle parti, in qualsivoglia contratto ad esecuzione non istantanea, è destinato a variare rispetto al momento della conclusione dell'accordo, una variazione di questo tipo è destinata ad incidere sull'efficacia del contratto, secondo le norme concernenti i contratti commutativi, solamente quando vada oltre la soglia di «normalità»⁸⁰⁴. Ne consegue che, mentre nella prassi può a volte risultare difficile distinguere tra alea giuridica ed alea economica, dal punto di vista sistematico-normativo tale distinzione è invece netta⁸⁰⁵.

Lo dimostra, ad esempio, l'art. 1467 comma 2 c.c., che, facendo riferimento alla nozione di alea normale, fissa il limite applicativo della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'alea qui menzionata è, chiaramente, l'alea

⁸⁰² P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 176-179. Già la dottrina francese classica metteva in evidenza che, nei contratti aleatori, la prestazione a cui ci si obbliga costituisce il prezzo del trasferimento di un rischio sull'altro contraente, cfr. R. J. POTHIER, *Traité des contrats aléatoires*, Paris-Orléans, 1775, p. 1 ss.; per un'analisi storica L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 61 ss.

⁸⁰³ Sulla distinzione tra alea giuridica ed alea economica cfr. R. NICOLÒ, voce *Alea*, cit., p. 1025 ss.; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1441 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, cit., p. 96 ss.; P. CORRIAS, *Alea e corresponsività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, p. 317 ss. Sui caratteri dell'alea giuridica cfr. T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, cit., p. 435 ss.; ripreso poi da Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050, in *Imm. e proprietà*, 2013, p. 327. Nell'ottica cosiddetta funzionalista, che mette in evidenza il fatto che l'evento incerto può incidere sulle posizioni dei contraenti, anche in maniera del tutto indipendente cfr. G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, cit., p. 302 ss.

⁸⁰⁴ Su tale concetto cfr. l'ampia analisi ed i riferimenti in E. GABRIELLI, *Alea*, cit., p. 4; ID., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca borsa*, 1986, p. 571 ss.; ID., *Il rischio contrattuale*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 628 ss.

⁸⁰⁵ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 176 ss. Sembra invece confondere i piani Cass., 21 aprile 2011, n. 9263, in *Contratti*, 2011, p. 705.

economica, tanto che l'art. 1469 c.c. esclude che la disciplina dell'eccessiva onerosità possa trovare applicazione in relazione ai contratti aleatori.

L'alea anormale è rilevante rispetto alla teoria ed alla disciplina del contratto perché essa incide sul principio fondamentale che sta alla base del contratto commutativo, ossia che le prestazioni siano considerate dalle parti come equivalenti. Quando così non è, l'ordinamento interviene e sanziona la distonia. Un esempio, a livello genetico del contratto (ossia in relazione al contratto come atto), è la disciplina della rescissione per lesione. Un esempio, a livello funzionale (ossia in relazione al contratto come rapporto), è la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Richiamando le riflessioni concernenti la concezione classica del contratto⁸⁰⁶, l'ordinamento conferisce ai contraenti il potere di determinare il contenuto dell'accordo, reputando che essi siano quelli con le migliori capacità di stimare il valore della prestazione e, quindi, di decidere cosa sono disposti a corrispondere in cambio. Tale presunzione, collegata alla convinzione che tale sistema attributivo sia il migliore al fine di raggiungere il maggior benessere generale, porta alla validità e giustiziabilità dell'accordo così raggiunto e, conseguentemente, della gestione del rischio che lo stesso comporta. Specularmente, premesso che le variazioni normali del valore delle prestazioni rientrano nel rischio accettato dalle parti e quindi posto a carico di ciascun contraente, così non è per il rischio straordinario: in tali casi, al contrario, occorre rivedere il contratto, sulla base del medesimo principio, poiché la variazione non era stata presa in considerazione nella valutazione dell'accordo.

Così non è nel contratto aleatorio, dove il fatto che le due prestazioni, nel momento in cui diverranno dovute, siano squilibrate, è una certezza. È, anzi, la caratteristica che contraddistingue il contratto aleatorio e la gestione del rischio che lo stesso implica. Questo, tuttavia, non significa che nel contratto aleatorio la causa si limiti alla semplice presenza dell'alea: è riduttiva l'affermazione secondo cui la causa dei contratti aleatori è da rinvenire nell'alea.

⁸⁰⁶ Cfr. par. 1.2-1.3.

Da un lato, infatti, occorre analizzare quale sia la funzione perseguita con il contratto, che non si riduce, evidentemente, al far dipendere le prestazioni dalle parti da un evento incerto; dall'altro, occorre rimarcare che i contratti aleatori realizzano essi stessi uno scambio e che occorre esaminare le particolarità di come tale scambio si configuri in relazione all'alea. Il primo aspetto è piuttosto pacifico: ad esempio, con il contratto di assicurazione, si intende coprire un rischio, con lo *swap* o il *future* si intende effettuare uno scambio di flussi, parametrati su un sottostante.

Tale aspetto, oltre che riconosciuto, deve però essere considerato nello svolgimento del giudizio causale. Non basta la verifica della presenza dell'alea per ritenere esistente la causa, ma deve altresì essere indagata l'effettiva idoneità dell'accordo, così come strutturato dai contraenti, a realizzare il fine perseguito con lo stesso. Si noti, il fine perseguito con il contratto quale operazione economica, non il fine perseguito dalle parti.

Il secondo aspetto, chiaramente collegato al primo, è quello che concerne il modo di darsi delle prestazioni delle parti. Si suole affermare, infatti, che nel contratto aleatorio le prestazioni sono necessariamente squilibrate, in quanto dipendono dall'evento futuro e incerto. Tuttavia, esaminando più approfonditamente la struttura dell'accordo, si rileva che anche il contratto aleatorio prevede uno scambio, non solamente delle prestazioni nel momento in cui le stesse giungono a scadenza, ma, a monte, uno scambio di possibilità. Tale incidenza della possibilità può gravare solamente su una parte, come nell'assicurazione o nell'*option* - dove una parte deve certamente pagare il premio, a fronte della possibilità di ricevere l'indennizzo o che l'opzione sia esercitata - oppure su entrambe, come nel contratto di *swap*, dove si ha uno scambio di flussi di denaro e la possibilità di essere tenuta a pagare coinvolge entrambe le parti, cosicché nessuna delle due è certa *ex ante* dell'*an* e del *quantum* della prestazione.

Se, infatti, il venire ad esistenza della prestazione o la sua effettiva entità si determineranno solamente sulla base dell'evento futuro e incerto, ciò che le parti valutano sin da subito è la possibilità di ottenere effettivamente la prestazione. In altri termini, anche in questo caso si dà uno scambio di equivalenti, inteso come

scambio tra possibilità. Se è quindi corretto affermare che, nei contratti aleatori, le prestazioni saranno necessariamente squilibrate al momento in cui saranno dovute, è al tempo stesso necessario osservare che, invece, le parti si impegnano considerando la possibilità di ottenere un guadagno come l'equivalente della possibilità di subire una perdita.

A ben vedere, quindi, i contratti aleatori non si sottraggono allo schema di circolazione della ricchezza che postula lo scambio di equivalenti; tuttavia, la valutazione dell'equivalenza concerne non l'effettiva misura della prestazione, ma la stima della possibilità di ottenere un guadagno o una perdita. Adottare tale approccio porta a considerare in maniera differente il problema della cosiddetta alea unilaterale, nonché quello dell'alea irrazionale. In particolare, tale analisi permette di comprendere perché numerose sentenze e contributi dottrinali considerino assente la causa quando l'alea sia unilaterale, cioè coinvolga le posizioni di uno solo dei contraenti: è il caso in cui una parte è sicura, *ex ante*, di ottenere un guadagno, mentre sull'altra incombono tutti i rischi derivanti dall'incertezza. Questa affermazione, sovente ripetuta dalla giurisprudenza e reiterata in numerose massime, merita di essere ulteriormente problematizzata.

Essa non può essere infatti interpretata come necessità che l'incertezza dell'evento concerna ugualmente le prestazioni di tutte le parti: ciò è infatti evidentemente contraddetto da quanto emerge da alcuni dei tipi più classici del contratto aleatorio, come l'assicurazione o la rendita vitalizia. In tali contratti, infatti, l'incertezza, da un punto di vista fattuale, riguarda evidentemente la prestazione dovuta solo da uno dei due contraenti (nel nostro esempio, il sinistro o la morte del beneficiario). Tuttavia, se si guarda al valore delle rispettive obbligazioni, l'incertezza le coinvolge entrambe. Ad esempio, l'assicuratore è certo di ricevere il premio, ma non sa se il contratto comporterà un guadagno: infatti, l'ammontare dei premi relativi ad un determinato contratto è normalmente più basso dell'indennizzo che lo stesso è tenuto a corrispondere, qualora il sinistro si verifichi.

Svolgendo la medesima analisi in relazione agli *swap* si nota che l'affermazione secondo cui una parte assumerebbe tutti i rischi, mentre l'altra

ottiene un guadagno certo dal contratto, può risultare fuorviante. Alla luce delle considerazioni sopra svolte risulta chiaro che le *rationes decidendi* concernenti l'immeritevolezza del derivato con alea unilaterale debbano essere ripensate, quanto meno nelle argomentazioni teoriche che portano a tali decisioni. Infatti, la concezione stessa di alea unilaterale maschera un diverso problema presentato dal derivato. Come detto in relazione all'equilibrio delle prestazioni l'alea non può essere unilaterale, anche qualora il flusso di denaro di una parte sia già determinato al momento della conclusione del contratto.

Infatti, a prescindere dal fatto che l'incertezza dell'evento si rifletta solamente su una o su entrambe le prestazioni, qualora il contratto non presenti disfunzioni genetiche della causa l'alea non sarà unilaterale. La questione dell'unilateralità dell'alea concerne il profilo dello scambio che si realizza con il contratto, ossia lo scambio della possibilità di guadagno. In particolare, quando la giurisprudenza afferma che l'alea del contratto è unilaterale, lo fa in relazione al fatto che la possibilità di perdita è sostanzialmente unilaterale, poiché uno dei due contraenti (la banca, nel caso dei derivati), si avvantaggia di una struttura del contratto tale per cui, sostanzialmente, essa non può «perdere». Ciò significa che la problematicità di tali contratti in relazione ai profili della meritevolezza e della causa concerne il rapporto che tra le stesse si dà sulla base della struttura del contratto⁸⁰⁷: ossia il rapporto tra la possibilità di guadagno e di perdita derivanti dal contratto.

Facciamo un passo indietro: si è affermato che andrebbe dichiarata l'invalidità di un contratto di assicurazione che preveda che l'indennizzo versato dall'assicuratore sia di importo al massimo equivalente ai premi pagati dall'assicurato⁸⁰⁸. Tale affermazione si fonda sul presupposto che la ragione per cui l'assicurato accetta di corrispondere i premi, pur nell'incertezza che il sinistro si verifichi o meno, è da rinvenirsi nel fatto che egli voglia liberarsi del rischio di quel sinistro, che non può che essere maggiore rispetto ai premi pagati (altrimenti

⁸⁰⁷ La dottrina ha d'altronde sottolineato che l'alea non è di per sé idonea a qualificare la funzione economica del contratto, cfr. M. PARADISO, *Gioco, scommessa, rendite*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2006, p. 57.

⁸⁰⁸ P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, cit., p. 190.

sarebbe irrazionale stipulare la polizza, poiché non vi sarebbe alcuna effettiva liberazione dal rischio). In altri termini, la possibilità che il sinistro non si verifichi (e, quindi, che i premi pagati rimangano sostanzialmente privi di corrispettivo) è controbilanciata dall'indennizzo - eventualmente maggiore dei premi pagati - che l'assicurazione può essere tenuta a corrispondere qualora il sinistro si verifichi.

Il medesimo ragionamento può essere applicato ai contratti derivati e, più in generale, ai contratti aleatori. Infatti, nei contratti derivati l'accettazione della probabilità di perdere in relazione al sottostante è (o, meglio, dovrebbe essere) controbilanciata dalla possibilità di vincere, di modo che, quanto più è alta la probabilità di perdere, tanto più dovrebbe essere alta la somma che ci si aspetta di ricevere in caso di vittoria⁸⁰⁹. Tale affermazione conduce direttamente ad interrogarsi circa il rapporto di scambio che vi è alla base del contratto aleatorio e la concezione del rapporto di equivalenza che, anche in tale categoria di contratti, i contraenti esprimono.

Ragionando in tale maniera ci si riconnette alla concezione del contratto aleatorio sopra esplicitata, nonché alla funzione di scambio che lo stesso comunque implementa. Anche nei contratti aleatori vi è uno scambio di equivalenti; tuttavia, esso non concerne le prestazioni (che, come detto, equivalenti non sono, né possono esserlo), ma le probabilità⁸¹⁰ di ottenere una prestazione vantaggiosa rispetto all'altro contraente.

Si comprende allora anche qual è il problema della causa di un contratto derivato con alea unilaterale: che l'equilibrio stabilito nel derivato, evidentemente, non realizza uno scambio effettivo, cosicché esso risulta irrazionale rispetto al sistema. In questi termini entra in gioco il giudizio relativo all'esistenza della causa ed alla meritevolezza del contratto. Ciò perché lo squilibrio rispetto alle

⁸⁰⁹ La teoria economica e i modelli di *decision making* dimostrano come, da un punto di vista razionale (trascurando quindi i *bias* esaminati dalla *behavioral economics*), una minor possibilità di ottenere una somma maggiore equivalga ad una maggiore probabilità di ottenere una somma minore. Per un'introduzione del tema cfr. H.E. JACKSON, L. KAPLOW, S.M. SHAVELL, W.K. VISCUSI E D. COPE, *Analytical Methods for Lawyers*, cit., p. 1 ss.

⁸¹⁰ Sulla sempre maggiore rilevanza della probabilità in relazione al giudizio di meritevolezza D. MAFFEIS, *Dum loquimur fugerit invida aetas: lo swap in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, cit., p. 22 ss.; sul collegamento tra lo sviluppo del diritto ed il concetto di probabilità I. HACKING, *L'Émergence de la probabilité*, Paris, 2002, *passim*.

obbligazioni assunte dalle parti ed al loro possibile risultato deriva evidentemente, in molti casi, non da un diverso apprezzamento del rischio - il che sarebbe del tutto normale ed è, anzi, uno dei principi fondanti dell'economica liberale classica e neoclassica -, ma dal fatto che una delle due parti non è in grado di apprezzarlo o non ha sufficiente forza contrattuale per imporre una valutazione per lei adeguata⁸¹¹.

Di conseguenza il contratto così concluso realizza uno spostamento unilaterale di ricchezza o, comunque, presenta probabilità di vittoria della parte forte talmente elevate (a volte anche a fronte di perdite contenute anche in caso di sconfitta) da risultare sostanzialmente irrazionale. E tale irrazionalità è dovuta alle condizioni della contrattazione ed alle asimmetrie tra i soggetti coinvolti, che non permettono alla logica operativa del mercato di funzionare correttamente. In tal senso, si pone il problema della coercibilità giuridica di siffatti contratti.

Tale impostazione permette di svolgere l'analisi della causa concreta e della meritevolezza dei contratti in maniera sostanzialmente analoga a quanto avviene negli altri casi esaminati, nonché di effettuare tale giudizio in maniera analoga a quanto avviene nei contratti commutativi, dato che sia i contratti aleatori, sia i contratti commutativi fanno parte del *genus* dei contratti a titolo oneroso. Di più, tale ragionamento permette di comprendere la modificazione degli orientamenti giurisprudenziali in relazione alla concezione economica del contratto, andando oltre la concezione liberale classica dell'autonomia della volontà. Il problema che, quindi, si pone è valutare quale possa essere il limite, il *discrimen* fra contratto sconveniente e contratto immeritevole, nonché come la considerazione delle caratteristiche dei contraenti possa influire sullo stesso, senza fermarsi alla semplice constatazione dell'esistenza dell'alea.

3.2.9 Causa e meritevolezza dei derivati e teoria del contratto

⁸¹¹ È in relazione a tale considerazione socio-economica che si fonda l'orientamento giurisprudenziale che sancisce la nullità dei derivati in cui al cliente non è stato comunicato il *mark to market* e l'alea, quindi, risulta irrazionale.

La riflessione sui rilevanti aspetti concernenti il giudizio causale e di meritevolezza e l'alea deve essere connessa e valutata anche in relazione a ciò che le decisioni giurisprudenziali sui derivati esprimono circa la concezione del contratto, dell'autonomia privata e del controllo da esercitare su di essi.

Sotto un primo profilo le decisioni appaiono accomunate, da un punto di vista teleologico, dalla volontà di tutelare sia la parte «debole»⁸¹² del contratto, sia l'integrità del mercato, anche tramite considerazioni non strettamente giuridiche, ma più generalmente di *governance* dei mercati finanziari. Senza indagare in questa sede il rapporto fra convincimento socio-politico del giudice ed applicazione della norma e su quanto il primo elemento sia preponderante rispetto al secondo, dalla giurisprudenza esaminata emerge nitidamente che il diverso rapporto di forza tra le parti, il fatto che il contratto sia predisposto solamente da una di esse e che l'altra, sovente, non abbia precisa conoscenza delle obbligazioni assunte ha esercitato una notevole influenza nelle decisioni⁸¹³.

Tali considerazioni assumono diversa importanza sulla base della concezione che il giudice ha della tipologia e della finalità della tutela – ossia se si pone come scopo primario quello di proteggere il cliente oppure l'ordine del mercato – e della funzione svolta dai prodotti derivati in relazione alla finanza e nel sistema economico⁸¹⁴. Inoltre, dalle decisioni analizzate emerge con chiarezza, a prescindere dalla soluzione adottata, l'intenzione di limitare la diffusione di contratti derivati estremamente squilibrati per il cliente⁸¹⁵, che si risolvono nella grande maggioranza di casi in perdite per lo stesso rovinose.

⁸¹² Sia essa qualificabile come «operatore qualificato» o meno.

⁸¹³ Cioché l'utilizzo della causa concreta sarebbe uno «stratagemma verbale» (S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, cit., p. 234 nt. 84), ed il rimedio scelto sarebbe funzionale al risultato che le corti si prefiggono di ottenere cfr. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss. Come sottolineato da P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 287, i rimedi nel diritto contemporaneo, si legittimano in base alla loro adeguatezza regolativa rispetto all'obiettivo prefissato.

⁸¹⁴ Sull'importanza di queste due prospettive cfr. C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 49-50.

⁸¹⁵ S. PAGLIANTINI, *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffei, Milano, 2014, p. 220.

L'analisi delle finalità perseguite porta a relativizzare il percorso seguito dal giudice, laddove la decisione sia stata chiaramente influenzata da considerazioni metagiuridiche. Se, infatti, tutte le norme esprimono una funzione politica, che può essere modificata ed integrata dall'interprete, specie quando il testo della disposizione sia redatto in maniera più generica, dato che ogni disposizione assume significato solo nel momento *lato sensu* applicativo, nelle decisioni sui derivati e nella considerazione della razionalità dei soggetti coinvolti, oltre all'evidente squilibrio informativo e di potere negoziale, è evidente che il giudice sceglie i rimedi da adottare in relazione all'effettività della tutela che gli stessi possono apprestare.

Ma vi è di più. Dalle sentenze emerge un approccio al contratto che non ha nulla a che vedere con l'impostazione classica. Non si ragiona in termini di autonomia privata e suoi limiti, secondo l'approccio dicotomico tra queste due componenti, ma si argomenta circa la razionalità dello scambio, la sua funzione, l'attribuzione di ricchezza che lo stesso realizza e la sua utilità in relazione all'ordinamento ed allo scopo perseguito. È quindi ridimensionata la prospettiva del consenso e dell'accordo, che si poneva, oltre alle norme imperative ed all'ordine pubblico, quale limite alla vincolatività delle pattuizioni⁸¹⁶.

Così è anche nel caso di specie, dato che la problematica del consenso non viene richiamata nemmeno da quell'orientamento giurisprudenziale che, argomentando sull'irrazionalità dell'alea e la non conoscibilità dell'obbligazione assunta, avrebbe forse potuto spingersi a sostenere che l'accordo fosse assente *tout court*. La giurisprudenza si muove invece su un'altra linea: quella del controllo delle prestazioni e della loro valutazione in relazione al paradigma di contratto che la stessa considera razionale e, quindi, meritevole di tutela.

L'universo del contratto, specie in un settore come quello del mercato finanziario, dove le asimmetrie informative e di potere negoziale sono del tutto evidenti, non ruota più attorno al paradigma del consenso. Ciò significa che, in

⁸¹⁶ Tale percorso evolutivo dell'ordinamento è peraltro già in atto da tempo, cfr. R. ROLLI, *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, cit., p. 611 ss.

ragione degli sviluppi del mercato globalizzato e del carattere del tutto irrealistico del modello negoziale ottocentesco, il contratto vincola anche quando esso sia stato determinato unilateralmente e la parte debole abbia avuto una comprensione superficiale delle obbligazioni assunte. D'altro canto, tuttavia, il controllo sull'accordo e sul contesto della sua formazione diventa molto più profondo: il consenso non costituisce più un limite e lo scrutinio giudiziale si sposta dalla volontà al contenuto, al sinallagma ed alla sua razionalità rispetto al sistema economico.

Tale aspetto da un lato apre la via ad una indagine interdisciplinare circa la determinazione dei criteri di razionalità del contratto, dall'altro permette a visioni tra loro differenti, se non addirittura conflittuali, di manifestarsi. Circa il primo aspetto, anche in ragione del fatto che la causa deve essere valutata *ex ante*, a prescindere dall'effettivo andamento dei mercati, tali criteri devono essere determinati in relazione a paradigmi economici (ed anche alla concezione del livello che si considera ottimale di intervento del terzo nel contratto). In altri termini, considerata la sanzione conseguente all'immeritevolezza, occorre valutare quale sia il limite per stabilire la coercibilità giuridica dei derivati e, quindi, del rapporto tra i flussi convenuti.

Circa il secondo aspetto, occorre sottolineare che tale analisi non può essere svolta se non in relazione alle sensibilità proprie di ciascun giudice e che essa dipende dalla visione economica adottata - il che coinvolge anche la concezione dell'*homo oeconomicus* ed il grado di razionalità dello stesso, nonché gli strumenti idonei a promuovere l'esercizio razionale dell'autonomia - e dai principi seguiti. Come si è già argomentato, vi è una differenza nel perseguire obiettivi di giustizia e tutela delle libertà individuali sulla base degli artt. 2 e 3 della costituzione, o realizzare gli obiettivi poste dalle direttive comunitarie sul tema⁸¹⁷, volte invece alla realizzazione ed implementazione della concorrenzialità del mercato interno.

⁸¹⁷ R. DI RAIMO, *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese e F. Sartori, Pisa, 2010, p. 48-50.

Alla diversità di obiettivi corrispondono diversi parametri valutativi e, altresì, differenti rimedi. Vi è infatti una notevole differenza tra il porre la questione in termini di giustizia sostanziale ed equità dello scambio o in termini di efficienza⁸¹⁸ del mercato ed implementazione della razionalità concorrenziale⁸¹⁹. Nulla toglie poi che questa seconda finalità possa essere affiancata alla prima, anche in ragione del fatto che il richiamo ai principi costituzionali ha una notevole forza retorica e di legittimazione della decisione, specie in ambiti in cui la soluzione adottata è originale rispetto all'orientamento consolidato.

Occorre trarne le opportune conseguenze non solo nell'analisi della giurisprudenza, così da comprendere le *rationes* delle decisioni, ma anche da un punto di vista sistematico. Il controllo sul contratto viene realizzato in relazione alla concezione economica che si adotta; la causa e la meritevolezza sono sussistenti solamente qualora il contratto risponda alle condizioni che ci si prefigurano come razionali. Questo significa che l'accordo deve realizzare un'attribuzione di ricchezza - salvo lo spirito di liberalità - biunivoca, e che l'impegno dei contraenti sia razionale e, quindi, giustificato, in termini di razionalità dei paradigmi di mercato. Questo implica una valutazione del contesto e del contenuto dell'accordo, al fine di verificare la rispondenza dello stesso al paradigma neoliberale della circolazione della ricchezza.

3.3 La rendita vitalizia ed il vitalizio atipico

3.3.1 Il contratto di rendita vitalizia ed il problema della causa

Il problema dell'esistenza della causa e della meritevolezza si è posto anche in relazione al contratto di rendita vitalizia ed ai cosiddetti vitalizi atipici.

⁸¹⁸ Sul fatto che le norme del mercato finanziario siano volte a migliorare l'efficienza degli atti di autonomia dei singoli cfr. R. COSTI, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 777.

⁸¹⁹ Sull'influenza di tale prospettiva sull'interprete R.J. GILSON e R. KRAAKMAN, *Market Efficiency after the Financial Crisis: It's Still a Matter of Information Costs*, in *Virginia Law Rev.*, 2014, p. 313 ss.; C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, cit., p. 124-126.

Il primo è un contratto tipico, regolato dagli artt. 1872 e seguenti c.c.: tali disposizioni non prevedono una definizione del contratto, ma si limitano a dettarne la disciplina. In via generale la rendita vitalizia si può definire come il contratto con cui una parte, il vitalizante, a fronte della cessione di un bene o di un capitale, si impegna a corrispondere al vitaliziato, per tutta la durata della vita di quest'ultimo, determinate prestazioni periodiche⁸²⁰.

I vitalizi atipici⁸²¹, che in quanto tali non hanno invece una disciplina legale, differiscono dalla rendita vitalizia poiché il vitalizante si impegna a svolgere prestazioni alimentari o di mantenimento nei confronti del vitaliziato. In tali casi, quindi, l'incertezza non concerne solamente la durata della vita del vitaliziato, ma anche le effettive esigenze dello stesso in relazione alle obbligazioni alimentari e di mantenimento, necessariamente paramtrate sui bisogni del vitaliziato⁸²².

In ragione dello scopo dell'analisi condotta in questa sede la differenza tra tali tipologie di vitalizi presenta una scarsa rilevanza, in quanto ciò che più interessa è la disamina di come il giudizio causale e di meritevolezza sia stato utilizzato al

⁸²⁰ A. SPATUZZI, *Sul contratto oneroso di rendita vitalizia e sul ruolo dell'alea*, in *Riv. not.*, 2016, p. 477-478.

⁸²¹ Su cui cfr. A. FUSARO, *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 305 ss.; G. BONILINI, *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *Contratti*, 2000, p. 870 ss.; G. BONILINI, *Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare*, in *Contratti*, 1999, p. 132 ss.

⁸²² Sui vitalizi impropri cfr. l'ampia disamina di G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.; M. PARADISO, *Giuoco, Scommessa, Rendite*, cit., p. 318 ss.; G. DI GIANDOMENICO e D. RICCIO, *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. Bessone*, XIV, Torino, 2005, p. 321 ss. Sulla differenza tra la rendita vitalizia ed il vitalizio atipico si è affermato che: «come noto il contratto di vitalizio alimentare è un contratto atipico, frutto dell'autonomia contrattuale ai sensi dell'art. 1322 c.c., meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (v. Cass. Civ., S.U., n. 8432/1990), che ricalca ma si differenzia dall'ipotesi nominata del contratto di rendita vitalizia previsto dall'art. 1872 c.c. In particolare, il contratto di vitalizio alimentare si caratterizza rispetto all'ipotesi nominata per il fatto che il corrispettivo dovuto dal vitaliziale a fronte di un trasferimento di immobili o attribuzione di altri beni, consiste non nell'erogazione di una somma di denaro predeterminata in contratto ma nell'obbligazione di mantenimento del vitaliziato, comprendente in quanto tale l'assistenza materiale e morale del beneficiario per tutta la durata della vita di quest'ultimo. Tale contratto condivide con la fattispecie nominata la natura aleatoria che, secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza, è ravvisabile «ogni volta che le concrete pattuizioni realizzino una situazione di incertezza circa il vantaggio economico e, correlativamente, circa le perdite che potranno alternativamente verificarsi nello svolgimento e nell'effettiva durata del contratto. Alea che ovviamente non è elemento caratterizzante della donazione, anzi in quella modale è espressamente escluso che l'onere sia tenuto all'adempimento dell'onere oltre i limiti del valore della cosa donata (v. comma 2 dell'art. 793 c.c.)» (Trib. Bari 21.9.2010).» (Trib. Ragusa, 8 marzo 2017, in *Banca dati Pluris*).

fine di sindacare la validità del contratto, in ragione del rapporto che lo stesso prevede tra le prestazioni dei contraenti. Ne consegue che, per quanto concerne il problema della causa, più che lo specifico contenuto dell'obbligazione del vitalizzante⁸²³, è centrale la valutazione del rapporto fra le obbligazioni dei contraenti.

Dottrina e giurisprudenza, salvo un'opinione minoritaria⁸²⁴, non dubitano dell'aleatorietà del contratto di rendita vitalizia⁸²⁵. L'incertezza relativa alla durata della vita del vitaliziato è infatti elemento fondamentale della causa del contratto e giustifica l'attribuzione patrimoniale iniziale. Ciò è confermato dall'art. 1876 c.c. che, ricalcando lo schema dell'art. 1895 c.c. in tema di assicurazione⁸²⁶, prevede che sia nulla la rendita vitalizia costituita per la durata della vita di una persona già deceduta al momento della conclusione del contratto. È infatti l'effettiva durata della vita del vitaliziato – nei vitalizi atipici anche le esigenze alimentari e di mantenimento dello stesso – che determina il rapporto tra le rispettive prestazioni e, quindi, il contraente che «guadagnerà» dal contratto e quello che «perderà»⁸²⁷.

L'analisi della giurisprudenza permette quindi di valutare se le ipotesi sopra formulate circa le nuove razionalità del controllo causale ed i parametri da prendere in considerazione trovino applicazione anche per la rendita vitalizia ed il vitalizio atipico. Occorre infatti esaminare come si pongano le reciproche prestazioni delle parti e considerare in quali condizioni ed oltre quale limite il mancato equilibrio tra di esse ha portato la giurisprudenza a dichiarare la nullità del contratto per mancanza di causa.

⁸²³ Nel medesimo senso anche A.M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018, p. 124-125

⁸²⁴ G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, cit., p. 557 ss.

⁸²⁵ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, v. II, cit., p. 919; A. SPATUZZI, *Sul contratto oneroso di rendita vitalizia e sul ruolo dell'alea*, cit., p. 480 ss.; A. TORRENTE, *Sub art. 1872*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 81 ss.; A. PINO, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 353 ss.

⁸²⁶ Il quale prevede, come noto, che sia nullo il contratto in cui il rischio sia inesistente o abbia cessato di esistere antecedentemente alla stipula della polizza.

⁸²⁷ Sui caratteri dell'alea giuridica cfr. per tutti, cfr. T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, cit., p. 435 ss. e cfr. le argomentazioni sviluppate nel par. 3.2.8.

In ragione della natura aleatoria di tali accordi, occorre inoltre verificare se le considerazioni sopra svolte circa il rapporto tra causa ed alea siano adeguate ad illustrare anche nel caso di specie la struttura dello scambio ed i criteri di analisi della sua conformità al paradigma posto dall'ordinamento. Visto che l'alea, nel caso di specie, concerne la durata della vita del vitaliziato e, quindi, è in relazione ad essa che si verrà a determinare l'equilibrio finale delle prestazioni, occorre valutare quali siano gli effetti giuridici di determinate circostanze che, *ex ante*, incidano su di essa, rendendo il risultato del contratto non solo prevedibile *a priori*, ma anche estremamente squilibrato.

Ciò sussiste sia nel caso in cui la durata della vita del vitaliziato, per ragioni di anzianità o cliniche, sia già determinata, sia nel caso in cui, in ragione dell'ammontare del capitale versato o dell'esiguità delle prestazioni periodiche pattuite, sia certo che il contratto comporterà un guadagno per il vitalizante ed una perdita per il vitaliziato (i profili qui accennati, peraltro, possono anche presentarsi congiuntamente).

Non rilevano invece, per l'analisi qui svolta, i casi in cui il vitalizio si presenta quale contratto a titolo gratuito o con causa mista (ossia *negotio mixtum cum donatione*)⁸²⁸. Questo non perché tali evenienze non siano frequenti o non pongano notevoli problemi interpretativi, ma perché al fine di dirimere le controversie concernenti gli stessi risulta determinante accertare la sussistenza dello spirito di liberalità. Qualora esso non sia presente, allora il giudizio causale ritornerà quello *standard*, che considera il vitalizio quale contratto a titolo oneroso; qualora esso invece vi sia, non si porrà il problema del rapporto tra le prestazioni, essendo lo squilibrio dettato dalla specifica volontà di arricchire l'altra parte e dunque connaturato all'accordo in esame.

⁸²⁸ Sulle varie modalità in cui una rendita vitalizia si intreccia con una liberalità A.M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, cit., p. 126 ss. Sulle problematiche concernenti attribuzioni liberali e causa cfr. G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 116 ss.; G. AMADIO, *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 491 ss.

3.3.2 Le decisioni della Corte di Cassazione

La questione della validità del contratto di rendita vitalizia e del vitalizio atipico è stata oggetto di un rinnovato interesse giurisprudenziale, sull'onda dell'utilizzo espansivo di causa e meritevolezza per sindacare la validità del contratto.

Gli orientamenti seguiti nelle decisioni della Suprema Corte sono sostanzialmente due⁸²⁹; peraltro, le sentenze fanno sovente riferimento ad entrambe le argomentazioni alla base di tali orientamenti⁸³⁰. Il primo afferma la nullità del vitalizio quando, in ragione di circostanze particolari (come, ad esempio, la presenza di una grave malattia che affligge il vitaliziato), il contratto sia *ex ante* estremamente squilibrato, essendo pressoché certo che il bene o il capitale ceduto non potrà essere uguagliato o superato per valore dalle prestazioni eseguite dal vitalizante. Il secondo, invece, considera il contratto nullo per assenza di causa quando, in ragione dell'ingente valore del bene trasferito e del modico valore delle prestazioni assistenziali e alimentari pattuite, risulta evidentemente sproporzionato *ex ante* il rapporto tra le prestazioni dei contraenti.

Sulla base del primo orientamento si è iconicamente affermato che: «nel contratto di vitalizio assistenziale, con riferimento all'età e allo stato di salute l'alea è esclusa - ed il contratto è dichiarato nullo - soltanto se, al momento della conclusione, il beneficiario era affetto da malattia che, per natura e gravità, rendeva estremamente probabile un rapido esito letale, la quale ne abbia in effetti provocato la morte dopo breve tempo, o se questi aveva un'età talmente avanzata da non poter certamente sopravvivere, anche secondo le previsioni più ottimistiche, oltre un arco

⁸²⁹ Al tempo della redazione del codice civile del 1942 si era prospettata la possibilità di prevedere esplicitamente la nullità del contratto di rendita vitalizia nei casi che saranno poi alla base dei due orientamenti giurisprudenziali, ma tale proposta non era stata accolta al fine di non limitare i casi in cui potesse essere dichiarata la nullità della rendita, cfr. A. TORRENTE, Sub *art. 1872*, cit., p. 88-89. Su tali orientamenti cfr. anche B. GARDELLA TEDESCHI, voce *Vitalizio*, in *Dig. priv.*, v. XIX, Torino, 1999, p. 742-743.

⁸³⁰ Essi sono entrambi presi in considerazione, ad esempio, in Cass., 31 gennaio 2017, n. 2522, in *Banca dati Pluris*; Cass., 23 novembre 2016, n. 23895, in *Banca dati Pluris*; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, in *Contratti*, 2013, p. 483; Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, in *Notariato*, 2010, p. 271, con nota di M. Malvano.

di tempo determinabile»⁸³¹. Ed altresì: «la Corte d'Appello si è infatti uniformata al costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, anche recentemente ribadito (v. Cass. 28.9.2016 n. 19214), secondo cui il contratto di vitalizio alimentare è nullo per mancanza di alea ove, al momento della sua conclusione, il beneficiario sia affetto da malattia che, per natura e gravità, renda estremamente probabile un esito letale e ne provochi la morte dopo breve tempo o abbia un'età talmente avanzata da non poter certamente sopravvivere oltre un arco di tempo determinabile»⁸³².

Tale indirizzo pone quindi l'accento sulla previsione concernente l'aspettativa di vita del beneficiario: quando, per circostanze di età o di salute, tale vita non potrà che essere breve e rendere quindi estremamente squilibrato il rapporto fra le rispettive prestazioni, il contratto sarà nullo per assenza di alea e, quindi, mancanza di causa. È opportuno notare che l'assenza di alea non si dà prendendo in considerazione solamente la certezza del verificarsi o meno di un evento che invece dovrebbe essere incerto (il momento della morte), ma si dà in ragione del modo in cui l'evento incide sul rapporto tra le reciproche prestazioni. Il che val quanto dire che il vero nucleo della questione non è l'incertezza della durata della vita o la sicurezza del decesso a distanza ravvicinata nel tempo, quanto piuttosto il modo in cui tale incertezza incide sul rapporto tra il bene o il capitale ceduto e le prestazioni ricevute dal vitaliziando.

Lo dimostra una sentenza della Suprema Corte che, nonostante le precarie condizioni di salute del vitaliziando, ha comunque ritenuto che l'analisi della causa dovesse concentrarsi sul rapporto tra le rispettive prestazioni, al fine di valutare se le prestazioni del vitalizante avrebbero potuto comunque superare il valore della prestazione del vitaliziato⁸³³.

Il secondo orientamento giurisprudenziale pone invece l'accento sul rapporto tra il bene conferito dal vitaliziato e l'ammontare delle prestazioni che, in chiave prospettica, dovrà eseguire il vitalizante. Secondo tale orientamento il

⁸³¹ Cass., 28 settembre 2016, n. 19214, in *Banca dati Pluris*.

⁸³² Cass., ord., 27 ottobre 2017, n. 25624, in *Giur. it.*, 2018, 2357, con nota di D. Maffei; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 437, con nota di N. Cevolani; in *Notariato*, 2018, p. 58 ss.

⁸³³ Cass., 23 novembre 2016, n. 23895, cit.

contratto è privo di causa se, in base ad una valutazione prognostica effettuata in relazione al momento di conclusione dell'accordo, il rapporto tra queste sia evidentemente squilibrato, cosicché il valore delle prestazioni del vitalizante non possa in alcun modo superare il valore di ciò che lo stesso ha conferito.

Si è dunque affermato che: «il giudice del merito - proprio in considerazione della natura aleatoria del contratto, che è caratterizzato dalla indeterminatezza della prestazione complessiva cui risulterà obbligato il debitore, commisurata all'incerta durata della vita umana e alla variabilità dei bisogni alimentari, di cura e di assistenza del vitaliziato e della terza beneficiaria del vitalizio, e che pertanto postula l'esistenza di una situazione di incertezza circa il vantaggio o lo svantaggio che potrà alternativamente realizzarsi nello svolgimento e nella durata del rapporto - ha respinto la tesi secondo cui potesse venire in rilievo il denunciato squilibrio (in ogni caso escluso in concreto) tra il valore delle prestazioni offerte dalla vitalizante appellante ed il valore della nuda proprietà degli immobili ceduti dal vitaliziato»⁸³⁴.

Questo secondo orientamento, quindi, pone l'attenzione sul rapporto tra il bene fornito e l'ammontare delle prestazioni, evidenziando come, affinché sussista l'alea e, di conseguenza, la causa, occorre necessariamente che *ex ante* non sia prevedibile se risulti più ingente l'uno o l'altro; non deve essere dunque già determinato in maniera univoca quale parte guadagnerà dal contratto e quale perderà.

3.3.3 Analisi critica della giurisprudenza

Il fulcro delle decisioni sopra esaminate è la valutazione del rapporto tra le obbligazioni delle parti e dunque la razionalità dell'impegno di ciascuna.

Nonostante si sia affermato che solamente il primo dei due orientamenti sia ammissibile e corretto⁸³⁵, ci sembra che, in realtà, essi non solo si pongano in continuità, ma che essi afferiscano al medesimo oggetto e focalizzino il controllo

⁸³⁴ Cass., 31 gennaio 2017, n. 2522, cit.; Cass., 28 settembre 2016, n. 19214, cit.

⁸³⁵ A.M. GAROFALO, *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, cit., p. 158-159.

sul medesimo profilo. Non è, infatti, casuale che essi si trovino spesso entrambi richiamati o addirittura esposti congiuntamente: i due orientamenti adottano la medesima impostazione teorica e la applicano al medesimo oggetto, da un punto di vista differente.

Il primo orientamento si concentra sulla durata della vita del vitaliziato: nei casi in cui, per ragioni oggettive, essa non può che essere breve, l'attribuzione del vitaliziato risulta completamente irrazionale in rapporto a quanto lo stesso riceverà dall'altro contraente. Il secondo, invece, analizza direttamente il rapporto tra le rispettive prestazioni e valuta se sussista un'effettiva incertezza circa chi guadagnerà dal contratto e chi perderà. L'analisi, quindi, non si arresta alla constatazione dell'eccessivo squilibrio⁸³⁶, ma si spinge a valutare se vi sia un'effettiva possibilità di perdita del vitalizante e, quindi, un'alea in relazione al risultato cui porterà il contratto⁸³⁷. In altri termini, anche in questo caso il problema è quello della proporzione tra le rispettive prestazioni⁸³⁸.

Sotto questo profilo ci sembra quindi che i due orientamenti affrontino il medesimo problema. Pertanto, non riteniamo che il primo possa considerarsi legittimo, mentre il secondo costituisca un'indebita limitazione dell'autonomia privata: d'altro canto, astrattamente non è nemmeno certo *a priori* che lo squilibrio risulti necessariamente maggiore quando si prende in considerazione la brevità della vita del vitaliziato piuttosto che l'esiguità delle prestazioni cui il vitalizante si obbliga.

L'oggetto e le modalità del giudizio sull'esistenza della causa del vitalizio ci sembra che confermi quanto argomentato sul rapporto tra alea e causa, nonché sul controllo relativo alla stessa rispetto alla razionalità economica dell'accordo. In primo luogo, conferma che il contratto aleatorio realizza uno scambio di possibilità.

⁸³⁶ Squilibrio che deve essere provato, cfr. Cass. 28 settembre 2016, n. 19214, cit.

⁸³⁷ Evidenza tale aspetto già A. PINO, *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, cit., p. 354.

⁸³⁸ Cass., 11 marzo 2016, n. 4825, in *Banca dati Pluris*, parla di «sproporzione [...] fra il valore acquisito dal vitalizante (il trasferimento della proprietà dell'immobile) rispetto all'importo della rendita da corrispondere per la probabile durata della vita del vitaliziato»; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, cit., richiama la necessità di effettuare: «comparazione delle prestazioni rispettivamente a carico dei contraenti».

L'incertezza relativa alla durata della vita del vitaliziato, nonché (eventualmente) circa le sue esigenze di mantenimento ed alimentari, fanno sì che lo scambio si dia tra un bene o un capitale inizialmente stabiliti ed una prestazione che, *ex ante*, non può determinarsi se sarà maggiore o minore di quanto corrisposto dal vitalizante. In secondo luogo, affinché sussista l'alea e dunque la causa è necessario che l'incertezza circa la parte che otterrà un guadagno o una perdita sia effettiva⁸³⁹. Occorre quindi effettuare un giudizio di equivalenza o di palese sproporzione tra le reciproche prestazioni⁸⁴⁰.

Il contratto aleatorio non si differenzia dal contratto commutativo perché le parti non considerano equivalenti le reciproche prestazioni, ma perché modifica l'oggetto di tale giudizio di equivalenza, che non sono le prestazioni già determinate nel loro *quantum*, ma la possibilità che esse vengano in essere in una determinata misura sulla base dell'alea. Ne consegue che, qualora la rendita vitalizia porti evidentemente *ex ante* ad uno squilibrio delle prestazioni, poiché il vitaliziato, per il lasso di tempo di vita o per l'esiguità del vitalizio, non potrà ricevere l'equivalente o di più di quanto corrisposto, tale contratto sarà privo di causa. Infatti, a meno che esso non sia almeno parzialmente giustificato da una causa di liberalità (ma, come detto, questo è un profilo diverso ed ulteriore), non è ammissibile un contratto che contravvenga allo schema liberale di circolazione della ricchezza dello scambio di equivalenti.

Sarebbe errato ritenere che nei casi di specie, in ragione del principio dell'autonomia contrattuale, non possa essere sindacato quanto pattuito dai contraenti. Una cosa è, infatti, la valutazione fatta dal contraente circa il valore della prestazione che lo stesso assume in ragione della prestazione dell'altra parte (che è insindacabile, dato che il funzionamento del dispositivo mercantile dell'incontro fra domanda e offerta); altra, invece, è la certezza *ex ante* di un tale squilibrio fra le

⁸³⁹ Cass., ord., 27 ottobre 2017, n. 25624, cit.; Cass. 31 gennaio 2017, n. 2522, cit.; Cass. 11 marzo 2016 n. 4825, cit., dove si afferma che l'aleatorietà del contratto: «consiste nella obiettiva incertezza sui vantaggi e i sacrifici reciprocamente derivanti alle parti dalle prestazioni.»

⁸⁴⁰ Cass. 31 gennaio 2017, n. 2522, cit.; Cass., 11 marzo 2016, n. 4825, cit. Così anche nel contratto atipico di mantenimento, cfr. Cass., 19 luglio 2011, n. 15848, in *Foro it.*, I, c. 2643 ss., con nota di V. Ferrari.

due prestazioni, che lascia intravedere un'assenza di razionalità dell'accordo rispetto al paradigma normativamente previsto come corretto⁸⁴¹.

È chiaro che i due temi sono contigui e che il vero problema si pone nel distinguere tra una valutazione errata circa il valore effettivo delle prestazioni (come tale non sindacabile) ed una valutazione irrazionale⁸⁴². Tuttavia, la questione non può essere risolta con il semplice riferimento alla tutela dell'autonomia privata, poiché l'ordinamento autorizza, giustifica e protegge l'esercizio di quell'autonomia nella misura in cui essa risponde alla razionalità del sistema. Il che vuol altresì dire che si possono configurare casi in cui il suo esercizio, anche quando è libero, non riflette i canoni di razionalità imposti dal sistema⁸⁴³.

Così come nel caso del *my way*⁸⁴⁴ o dei derivati⁸⁴⁵, la valutazione deve essere effettuata *ex ante*⁸⁴⁶, ossia in relazione al momento della conclusione dell'accordo, e non *ex post*, una volta che lo stesso si sia svolto. Quello sulla causa del vitalizio è quindi un giudizio di compatibilità dell'accordo rispetto al sistema, una verifica del fatto che le possibilità di vittoria per entrambe le parti siano effettive. Qualora così non sia ed il contratto aleatorio divenga un mezzo di un

⁸⁴¹ La Corte di Cassazione afferma che il vitalizio atipico: «è essenzialmente caratterizzato dall'aleatorietà, la cui individuazione postula effettivamente la comparazione delle prestazioni sulla base di dati omogenei – ovvero la capitalizzazione della rendita reale del bene – capitale trasferito e la capitalizzazione delle rendite e delle utilità periodiche dovute nel complesso dal vitalizzante –, secondo un giudizio di presumibile equivalenza o di palese sproporzione da impostarsi con riferimento al momento di conclusione del contratto ed al grado ed ai limiti di obiettiva incertezza, sussistenti a detta epoca, in ordine alla durata della vita ed alle esigenze assistenziali del vitaliziato (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 15848 del 19 luglio 2011; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 14796 del 24 giugno 2009; Cass. Sez. un., Sentenza n. 6532 del 11 luglio 1994; cfr. anche Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7479 del 25 marzo 2013; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8209 del 22 aprile 2016)». (Cfr. Cass., 23 novembre 2016, n. 23895, cit.).

⁸⁴² Si parla di un uso «distorto» del contratto quando vi è un eccessivo squilibrio tra «la prestazione assistenziale e quanto ricevuto dal vitalizzante», cfr. Cass., 26 giugno 2017, n. 15840, in *Banca dati Pluris*; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, cit.; Cass., 19 luglio 2011, n. 15848, cit.

⁸⁴³ Il passaggio da un controllo pressoché formale, limitato ai casi di scuola dell'assenza di causa e meritevolezza, ad un controllo che prenda invece in considerazione in maniera pregnante l'equilibrio fra le prestazioni è uno dei tratti caratterizzanti che abbiamo ricondotto allo sviluppo della razionalità governamentale ordoliberal e alle applicazioni influenzate, a livello nazionale, dalla costituzionalizzazione del diritto privato, cfr. cap. 1.

⁸⁴⁴ Cfr. par. 3.1.

⁸⁴⁵ Cfr. par. 3.2.

⁸⁴⁶ Cass. 31 gennaio 2017, n. 2522; Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, cit.; D. MAFFEIS, *Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2358.

trasferimento di ricchezza non giustificato né sulla base del sinallagma, né di uno spirito di liberalità, il contratto è privo di causa ed immeritevole.

Come ha chiarito più volte la giurisprudenza di legittimità, nel vitalizio il giudizio sulla causa deve essere effettuato prendendo in considerazione la: «eguale incertezza in ordine al rapporto tra il valore complessivo delle prestazioni dovute dal vitaliziante (dipendenti non soltanto dalla sopravvivenza del beneficiario, ma anche dalle sue condizioni di salute, il cui peggioramento implica un aggravio delle cure) ed il valore del cespite patrimoniale ceduto in corrispettivo del vitalizio»⁸⁴⁷.

Infine, in ragione dell'analisi della nozione di causa concreta e del suo darsi in maniera oggettiva come strumento di analisi della funzione del contratto, può altresì risolversi il problema sollevato da una parte della dottrina in relazione al primo orientamento sopra esaminato. In particolare, ci si è chiesti se - qualora il vitalizio sia concluso in un momento in cui, per ragioni cliniche, la vita del vitaliziato fosse già prossima alla fine - tale circostanza, per comportare la nullità del contratto per assenza di causa, debba essere conosciuta dalle parti oppure no. Le sentenze che hanno seguito tale indirizzo, infatti, non hanno preso una posizione sul punto, lasciando la questione aperta.

A nostro avviso la conoscenza o meno della malattia e quindi del decesso ad una distanza ravvicinata non è determinante sotto il profilo causale. Se, infatti, la causa deve essere valutata in maniera oggettiva, a prescindere dai motivi dei contraenti (che non abbiano formato oggetto di specifiche pattuizioni) e, tramite il giudizio causale, si analizza il rapporto tra le reciproche prestazioni, sembra che la conoscenza o meno della malattia non incida su questo profilo.

Sarebbe infatti contraddittorio sostenere che un contratto sia dotato di causa qualora le parti non conoscono una determinata circostanza (che tuttavia sussiste) e, al tempo stesso, che il medesimo contratto sia nullo per assenza di causa qualora, invece, quella determinata circostanza fosse conosciuta. Se la causa è la giustificazione oggettiva dello spostamento patrimoniale, infatti, quella giustificazione non cambia sulla base della conoscenza di una circostanza di fatto.

⁸⁴⁷ Cass. 31 gennaio 2017, n. 2522, cit.; Cass. 11 marzo 2016, n. 4825, cit.

Dato che, tramite il giudizio causale, si prende in considerazione l'operazione economica divisata, la giustificazione delle rispettive prestazioni o c'è o non c'è. Inoltre, tale tesi sposterebbe la verifica dell'esistenza della causa dal piano oggettivo a quello soggettivo⁸⁴⁸, ma sarebbe incompatibile con la teoria della causa quale funzione economico-individuale oggettivamente intesa ed apprezzata. Diverso è, chiaramente, il caso in cui l'assenza di conoscenza della circostanza dipenda dal fatto che la stessa non sussisteva al momento della conclusione del contratto, ma si sia manifestata subito dopo, o comunque non poteva essere determinata: riteniamo infatti che tali casi rientrino nella natura aleatoria che caratterizza il contratto qui analizzato.

3.4 Causa del contratto di vendita e prezzo vile

3.4.1 Il contratto di vendita ed il problema del rapporto fra prezzo e diritto trasferito

Un tema «classico», in relazione al quale si è tradizionalmente posto il problema della causa dell'accordo, è quello del prezzo vile o illusorio e della validità del relativo contratto di vendita. Da un lato, infatti, è evidente che il rapporto tra il valore del bene ed il prezzo⁸⁴⁹ pagato per lo stesso integra direttamente la causa dell'accordo (con una formula ricorrente si afferma che la causa del contratto di vendita è lo scambio di cosa con prezzo⁸⁵⁰); dall'altro, il controllo su tale elemento limita l'autonomia dei contraenti, andando a rimettere in discussione una delle sue manifestazioni più pregnanti.

⁸⁴⁸ A. LENER, voce *Vitalizio*, in *Nov. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 1025; *contra* M. PARADISO, *Giuoco, Scommessa, Rendite*, cit., p. 352.

⁸⁴⁹ Si è affermato che: «quest'ultimo [il prezzo] corrisponde tipicamente (salvo in concreto il suo vario grado di esattezza) al valore del diritto reale che si trasferisce sul bene in natura: è la misura del valore di questo diritto secondo i suoi caratteri qualitativi e quantitativi, dipendenti dalla specie del diritto e dalla specie, quantità e qualità della cosa che ne forma oggetto». Cfr. P. GRECO e G. COTTINO, *Sub art. 1470*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, p. 4.

⁸⁵⁰ F. GALGANO, voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 485-486; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993, p. 27 ss.; P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, in *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014, p. 5-6; E. RUSSO, *Sub art. 1470*, in *Comm. Schlesinger* continuato da Busnelli, Milano, 2010, p. 11-12.

Tale aspetto è chiaramente collegato alla concezione liberale classica del rapporto tra valore e prezzo, che riduce sostanzialmente il primo al secondo, il quale si forma sulla base del rapporto tra la domanda e l'offerta⁸⁵¹. Infatti, se si presuppone che il mercato sia concorrenziale ed i contraenti razionali, non vi è alcuna ragione per cui si dovrebbe sindacare la congruità del prezzo rispetto al bene venduto⁸⁵².

Tale principio emerge con costanza, in maniera espressa o soltanto in filigrana, dalle trattazioni sia dottrinali, sia giurisprudenziali. Si suole affermare che il prezzo, a meno che non sia vile o illusorio (è il noto caso della vendita *nummo uno*)⁸⁵³, non può comportare la nullità dell'accordo per mancanza di causa⁸⁵⁴. Come lo squilibrio notevole tra prezzo e bene non può comportare l'annullamento del contratto per errore sul valore, così non può implicare l'assenza di causa⁸⁵⁵, dato che «le parti sono infatti generalmente libere di determinare l'entità della prestazione e della controprestazione»⁸⁵⁶.

La teoria classica ha portato la giurisprudenza ad astenersi costantemente dal controllo della congruità del prezzo rispetto al diritto trasferito ed a riaffermare il dogma dell'intangibilità, sotto questo profilo, dell'autonomia delle parti e delle loro determinazioni.

Sulla concezione economica e socio-politica che fonda tale principio e le sue conseguenti declinazioni nel diritto dei contratti si è già detto, così come della

⁸⁵¹ C.L. S. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, XX, IX.

⁸⁵² D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1971, p. 234-235 ha affermato che: «per diritto positivo vigente, la legge si disinteressa sempre, senza alcun limite, della pura e semplice sproporzione obiettiva originaria fra prezzo e valore, e per reagire ad essa, coll'azione di rescissione per lesione, richiede non solo che la sproporzione superi la metà del valore, ma anche che a questa situazione obiettiva si unisca l'estremo subiettivo dello stato di bisogno di una parte, del quale l'altra abbia profittato per trarne vantaggio (art. 1448, 1° e 2° comma); felice residuo di una concezione liberale della vita che è augurabile possa salvarsi in questo punto.» Sul rapporto tra prezzo e valore, e come lo stesso sia influenzato dalla competizione tra capitalisti cfr. S. AMIN, *The Law of Worldwide Value*, New York, 2010, p. 30 ss.

⁸⁵³ Così come quello che preveda una clausola di remissione dell'obbligazione di pagare il prezzo o con cui il venditore si obblighi a non esercitare il diritto di ottenere il prezzo, cfr. P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, cit., p. 17.

⁸⁵⁴ P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, cit., p. 20

⁸⁵⁵ P. SIRENA, *La nozione della vendita: causa e oggetto*, cit., p. 20; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008 p. 627-628.

⁸⁵⁶ Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Tratt. Bianca*, III, Milano, 2000, p. 490.

maniera in cui tale impostazione si sia almeno parzialmente modificata, nella teoria economica e nei suoi riflessi giuridici⁸⁵⁷, sia in relazione alle proposte interpretative concernenti la costituzionalizzazione del diritto privato, sia in relazione allo sviluppo dell'Unione Europea e della sua razionalità governamentale⁸⁵⁸.

Secondo quest'ultima impostazione teorica, il summenzionato principio rimane alla base del fondamento del dispositivo di mercato; tuttavia si prende in considerazione il contesto nel quale le parti si trovano a contrattare e, quindi, l'effettiva possibilità che tale principio operi coerentemente. Nell'ottica rimediale, tali interventi si rivolgono primariamente alla correzione del contesto della contrattazione e dunque delle asimmetrie informative; tuttavia, a volte si rendono necessarie operazioni di *market-mimicking ex post*, che prevedono l'intervento diretto sul rapporto tra prezzo e prestazione.

Esempi di questo tipo, che provengono da norme di settore, ma che hanno tendenza a farsi sistema⁸⁵⁹, sono numerosi: si possono menzionare gli artt. 33 e 36 c. cons., che prevedono la possibilità di giudicare abusiva una clausola concernente il prezzo o l'oggetto se essa non è redatta in maniera chiara e comprensibile; l'art. 9, comma 3 della l. 18 giugno 1998, n. 192, che prevede la nullità del patto con cui si realizzi l'abuso da parte di un'impresa dello stato di dipendenza economica in cui si trovi, nei suoi confronti, un'impresa cliente o fornitrice; l'art. L. 442-1 ss. *code de commerce*⁸⁶⁰ che, sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria, prevede la nullità delle clausole che comportino uno squilibrio significativo delle obbligazioni delle parti, quando siano il risultato dell'imposizione del contraente più forte.

Ne consegue che il principio che viene apparentemente riaffermato con costanza è stato in realtà rimesso in discussione con norme settoriali, soggette

⁸⁵⁷ Cfr. cap. 1; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 441 ss.

⁸⁵⁸ Cfr. cap. 1.

⁸⁵⁹ Cfr. par. 1.10, 1.11.

⁸⁶⁰ Antecedentemente alla riforma art. L. 442-6 *code de commerce*.

tuttavia ad un'applicazione estensiva⁸⁶¹, che trovano la loro ragion d'essere in una disfunzione del dispositivo concorrenziale e della conseguente razionalità intrinseca del meccanismo di formazione del prezzo.

Ad un'analisi più approfondita ci si rende inoltre conto che tutta la copiosa giurisprudenza analizzata nei precedenti paragrafi, nonché quella che sarà esaminata nel prossimo capitolo, costituiscono una messa in discussione di tale principio attraverso la lente della causa e della meritevolezza. Come argomentato, infatti, tali sentenze hanno direttamente preso in considerazione l'equilibrio fra le reciproche prestazioni ed hanno dichiarato la nullità del contratto poiché il loro rapporto era così squilibrato da costituire sostanzialmente un'attribuzione patrimoniale unilaterale. In tali casi è stato più agevole per la giurisprudenza fare applicazione della causa e della meritevolezza perché, almeno apparentemente, non era necessario rimettere in questione il principio che costituisce l'espressione archetipica dell'armonia privata, così come concepita nei codici classici.

Occorre altresì specificare che la problematica qui affrontata è differente da quella concernente il *negotium mixtum cum donatione*, nel quale il prezzo non congruo rispetto al bene ceduto è dovuto allo spirito di liberalità. In relazione alla causa di tale contratto si sono confrontate più teorie: ad una tesi che afferma che esso sia un contratto unico caratterizzato da più cause concorrenti⁸⁶², vi è chi ha sostenuto che la causa sarebbe mista⁸⁶³; ovvero che tale contratto debba essere qualificato come negozio indiretto⁸⁶⁴ (tale tesi è ricorrente anche in giurisprudenza)⁸⁶⁵. Tuttavia, a prescindere dall'orientamento adottato, è opportuno sottolineare che il problema è concettualmente autonomo e distinto da quello che qui si affronta, dato che nel *negotium mixtum cum donatione* l'elemento

⁸⁶¹ R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, cit., p. 813 ss.

⁸⁶² C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 481.

⁸⁶³ G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., p. 116 ss.; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, p. 93 ss.; su tale categoria cfr. E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 87 ss.

⁸⁶⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 269-270; T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Studi in tema di contratti*, a cura di T. Ascarelli, Milano, 1952, p. 91 s.

⁸⁶⁵ Cass., 30 giugno 2014, n. 14799, in *Banca dati Pluris*; Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, in *Foro it.*, 2005, 1, c. 2434.

fondamentale consiste nell'accertamento dello spirito di liberalità e, quindi, nel fatto che l'attribuzione sia effettuata secondo una logica alternativa rispetto a quella del mercato.

Nel caso del controllo del prezzo vile, invece, non è presente alcuna giustificazione alternativa per l'apparente irrazionalità del prezzo: il problema che si pone è dunque quello dell'ammissibilità e dei limiti del controllo causale e, se del caso, dei criteri da seguire nel suo espletamento.

3.4.2 Congruità del prezzo e causa

Una recente sentenza della Corte di Cassazione⁸⁶⁶ è ritornata sulla problematica concernente la causa del contratto di vendita in cui il rapporto fra prezzo e valore del bene sia notevolmente squilibrato.

La sentenza ha ad oggetto la vendita di partecipazioni di una società, peraltro già avviata ad una procedura concorsuale, per un prezzo decisamente superiore rispetto al loro valore, così come stimato da un consulente tecnico⁸⁶⁷. Mentre in entrambi i gradi del giudizio di merito il contratto era stato giudicato nullo per assenza di causa⁸⁶⁸, la Suprema Corte ha ribaltato le decisioni precedenti, ribadendo l'orientamento costante in tema di sproporzione tra prezzo e bene ceduto.

La Corte ripropone la distinzione tra prezzo simbolico o non serio e prezzo vile o irrisorio, asserendo che solamente il primo giustifica la nullità per assenza di causa. Riafferma quindi il principio tradizionale, statuendo che: «secondo la giurisprudenza più recente, in realtà, lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione

⁸⁶⁶ Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 503, con nota di M. Barcellona; in *Giur. it.*, 2016, p. 835, con nota di M. Rizzuti; in *Contratti*, 2016, p. 559, con nota di S. Foti.

⁸⁶⁷ Per fornire un quadro del rapporto tra le prestazioni si precisa che il contratto prevedeva un prezzo di € 990.000,00, a fronte di un valore stimato, secondo la perizia del consulente, di € 168.452,00. Inoltre, l'acquirente possedeva già il 55% delle quote della società e, quindi, il controllo della stessa.

⁸⁶⁸ App. Trieste, 9 novembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1544, con nota di M. Rizzuti.

delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, “le parti sono i migliori giudici dei loro interessi”», ed altresì che: «in linea di principio lo squilibrio iniziale delle prestazioni non determina di per sé la nullità del contratto.»

Tale sentenza riprende il *dictum* di un'altra recente pronuncia⁸⁶⁹ sul tema, che aveva riaffermato il classico principio secondo cui: «solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto».

Come ha affermato autorevole dottrina⁸⁷⁰, la sentenza della Cassazione del 2015, riprendendo come un dogma un'espressione cristallizzata nel tempo⁸⁷¹, ma che non viene criticamente indagata nei suoi fondamenti e, quindi, applicato in ragione della razionalità che esso esprime, è discutibile sotto molteplici punti di vista. Qui se ne vogliono mettere in luce due: il primo attiene al rapporto fra causa e trasparenza, ed è già stato evidenziato dai commentatori di tale sentenza; il secondo attiene, più in generale, al rapporto fra causa e controllo della razionalità del contratto.

Per quanto concerne il primo profilo, la decisione della Suprema Corte trascura la funzione di disvelamento della ragione dell'attribuzione di ricchezza propria della causa. Come è stato giustamente osservato: «il criterio discrezionale, che dà accesso al giudizio causale, va, dunque, centrato sulla qualità corrispettiva (= sulla sua verosimiglianza di corrispettivo) del prezzo. Così, infatti, il *focus* del giudizio si sposta dalla convenienza dello scambio alla trasparenza dell'accordo e

⁸⁶⁹ Cass., 19 aprile 2013, n. 9640, in *Banca dati Pluris*; in senso analogo già Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2489, con nota di F. Caringella.

⁸⁷⁰ M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il “prezzo vile”: giudizio causale e trasparenza negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 505-506.

⁸⁷¹ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. del contratto*, dir. da Roppo, II, Milano, 2006, p. 143 ss.

si modifica in coerenza il tenore dell'interrogativo che l'ordinamento rivolge al contratto: non “se il prezzo convenuto è proporzionato/adeguato al bene o servizio che è chiamato a remunerare”, ma “se il prezzo esposto dalle parti possa essere concepito come corrispettivo della risorsa che il contratto sposta nel patrimonio di chi deve pagarlo o se, al contrario, lo spostamento di tale risorsa possa spiegarsi solo con altro”⁸⁷².

Tramite il giudizio causale occorre dunque distinguere tra la valutazione della convenienza del contratto, riservata all'autonomia dei contraenti e non sindacabile, e giudizio di riconducibilità del contratto allo schema di circolazione della ricchezza, sanzionabile, in caso di esito negativo, tramite la nullità per assenza di causa.

Vi è, tuttavia, un'ulteriore funzione afferente al giudizio causale e di meritevolezza, collegata alla prima, che merita di essere presa in considerazione. La distonia fra prezzo e bene, che si riflette sull'opacità della causa, può riguardare non solamente il fatto che le parti tramite il contratto non dicono quale sia la reale ragione dell'attribuzione patrimoniale, ma altresì il fatto che, in ragione del ruolo, del contesto e delle qualità dei contraenti stessi, può avvenire che la causa non sia semplicemente inespressa, ma che essa manchi *in toto*.

In relazione a tali aspetti il problema che si pone non concerne il principio dell'*expressio causae*, quanto piuttosto quello della razionalità dello scambio e della validità di un'attribuzione che si presenta, rispetto alla logica ordinante del mercato, come irrazionale non per un giudizio errato della parte, ma perché per ragioni legate al contesto concreto non si possono dare le condizioni per l'espletamento razionale del giudizio di convenienza sopra menzionato.

D'altronde, così come la teoria della causa concreta ha permesso alla giurisprudenza di considerare dotato di causa un accordo di vendita di partecipazioni sociali ad un prezzo irrisorio, in ragione delle ulteriori pattuizioni che si aggiungevano al pagamento del prezzo e che avevano un effettivo valore per

⁸⁷² M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il “prezzo vile”*: giudizio causale e trasparenza negoziale, cit., p. 506.

il cedente, allo stesso modo tale teoria permette di prendere in considerazione l'irrazionalità, in concreto, del contratto di vendita.

Nel caso sopra esaminato non vi era squilibrio tra le parti e, quindi, la decisione può ritenersi giustificata, quantomeno nella misura in cui si può affermare che il meccanismo di mercato non sia stato intralciato da asimmetrie informative o di potere negoziale⁸⁷³. Tuttavia, questo non implica che in casi differenti tale squilibrio possa venire in rilievo per il giudizio causale, qualora comporti un'irrazionalità dell'accordo. È il caso, ad esempio, del corrispettivo insufficiente stipulato in favore di un lavoratore che aveva concluso un patto di non concorrenza con il datore di lavoro⁸⁷⁴: in tale caso, infatti, era evidente lo squilibrio di potere tra i contraenti e la sostanziale imposizione dell'irrisorietà del conguaglio economico per l'obbligazione assunta dal dipendente.

Ad un esame più approfondito emerge che tale tipo di giudizio è quello che viene espletato nella maggior parte dei casi in cui si utilizzano la meritevolezza e la causa concreta al fine di giudicare della validità del contratto. Come si è messo in evidenza questa è l'operazione effettuata dalla giurisprudenza in relazione - ad esempio - al *my way*⁸⁷⁵, ai derivati⁸⁷⁶, alla rendita vitalizia⁸⁷⁷, ed anche, in alcuni casi, ai patti parasociali⁸⁷⁸. Come si vedrà, questo è ciò che viene valutato anche in relazione al giudizio sulla causa relativo alle singole clausole dell'accordo.

La ragione per la quale la giurisprudenza ha maggiori difficoltà ad ammettere tale tipo di controllo in relazione alla congruità del prezzo dipende, ad avviso di chi scrive, soprattutto dal fatto che ciò implicherebbe il mettere direttamente ed esplicitamente in discussione il principio classico, senza forse disporre di un adeguato strumentario concettuale, nonché di una chiara giustificazione di politica del diritto e quindi anche di regolamentazione degli scambi, che sia idoneo a sostituirlo in maniera sistematica.

⁸⁷³ M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 839.

⁸⁷⁴ Cass., 14 maggio 1998, n. 4891, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 72 ss., con nota di G. Conte.

⁸⁷⁵ Cfr. par. 3.1.

⁸⁷⁶ Cfr. par. 3.2.

⁸⁷⁷ Cfr. par. 3.3.

⁸⁷⁸ Cfr. par. 3.6.

Ne consegue che il principio classico è, di pari passo con l'affermarsi di una razionalità nuova, sempre più messo in discussione ed abbandonato; al tempo stesso, nel campo in cui il suo abbandono sarebbe più esplicito e risonante, esso viene invece sostanzialmente riaffermato. D'altro canto il sistema ha predisposto numerosi rimedi di carattere speciale che permettono di correggere le discrasie più rilevanti e, quindi, che rendono in alcuni casi ultroneo lo strumento della causa in tale specifico ambito.

Tale contraddizione fra affermazione astratta del principio e suo abbandono al momento dell'applicazione, come si dirà, è ancora più evidente in una recente sentenza delle Sezioni Unite sulle clausole *claims made*⁸⁷⁹, che hanno affermato che il giudizio sulla *claims made* non deve comunque configurare un controllo del prezzo rispetto all'oggetto del contratto, che spetta all'autonomia delle parti. Tuttavia, le Sezioni Unite, vagliando la clausola *claims made* tramite il giudizio causale, attinente al rapporto tra copertura e premio pagato, valutano esattamente il rapporto fra il prezzo (il premio) ed il diritto (la copertura assicurativa).

3.5 La causa del preliminare di preliminare

3.5.1 Il preliminare di preliminare e le decisioni giurisprudenziali

Un ulteriore ambito nel quale ha trovato applicazione la causa concreta è quello del cosiddetto contratto preliminare di preliminare. In relazione a tale categoria il giudizio causale è stato applicato non tanto in relazione all'analisi della proporzione delle pattuizioni e, quindi, in relazione alla legittimità di uno scambio che si pone come anomalo rispetto all'esercizio usuale dell'autonomia privata nel mondo dei traffici commerciali, quanto piuttosto in relazione alla valutazione dell'utilità della frammentazione del processo di conclusione dell'accordo e, dunque, della coercibilità giuridica di accordi antecedenti alla conclusione del contratto preliminare.

⁸⁷⁹ Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Giur. it.*, 2019, p. 27, con nota di F. Delfini; in *Corr. giur.*, 2019, p. 20, con nota di G. Facci; in *Contratti*, p. 639, con nota di U. Carnevali; in *Danno e resp.*, 2018, p. 675, con nota di R. Fornasari.

Il fenomeno fa parte⁸⁸⁰ di quella che viene usualmente denominata come procedimentalizzazione della formazione del contratto⁸⁸¹ e che concerne le regole di responsabilità e validità operanti nella sfera antecedente alla conclusione dell'accordo definitivo, nel corso della quale possono essere già rinvenute posizioni giuridiche meritevoli di tutela, per la protezione delle quali sono state sviluppate, anche e soprattutto in via giurisprudenziale, diversi rimedi.

Il contratto preliminare, benché il codice civile dedichi solo alcune disposizioni alla sua regolamentazione, senza fornirne né una definizione, né un quadro normativo completo, è argomento centrale nelle riflessioni dottrinali⁸⁸² e delle applicazioni giurisprudenziali. Si è chiarito che il preliminare non è una figura unitaria, quanto piuttosto una categoria nella quale si ritrovano *species* di contratti tra loro differenti⁸⁸³. Inoltre, tale categoria è in costante evoluzione grazie agli sviluppi delle pratiche contrattuali degli operatori del mercato che, soprattutto in relazione a contratti complessi, hanno elaborato numerose figure con le quali consentire la produzione di effetti del contratto in maniera diacronica rispetto ai tipi regolati dal codice civile⁸⁸⁴.

⁸⁸⁰ A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069.

⁸⁸¹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; G. PALERMO, *Autonomia negoziale*, Torino, 2015, p. 20 ss. Circa la formazione progressiva del contratto cfr. già G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991; S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Milano, 2012; G. COSCO, *La complessità del preliminare e la causa "in concreto"*, in www.comparazionedirittocivile.it, maggio 2019.

⁸⁸² Come noto, nel diritto italiano le indagini sul contratto preliminare sono iniziate dapprima che esso venisse regolato dal codice del '42 e l'espressione «contratto preliminare» è da attribuire a L. COVIELLO, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit.; S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, cit.; R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit.

⁸⁸³ Parlano di contratti preliminari, al plurale, per evidenziare il carattere multiforme del preliminare G. SICCHIERO, *Dal contratto ai contratti preliminari*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d. lg. n. 122 del 2005*, a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005, p. 27 ss.; E. CAMILLERI, *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 98 ss.; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990. Per una rassegna delle differenti tipologie di preliminare cfr. D. POLETTI, *Sub art. 1351*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 144 ss.

⁸⁸⁴ D. POLETTI, *Sub art. 1351*, cit., p. 137 ss.

In tale contesto si colloca anche la figura del cosiddetto «preliminare di preliminare», ossia quel contratto che, pur non contenendo già tutti gli elementi del contratto definitivo, è comunque finalizzato a vincolare le parti non solo a continuare le trattative, ma a concludere un futuro contratto preliminare⁸⁸⁵. Esso si presenta quindi come una figura ibrida, maggiormente vincolante rispetto all'obbligazione a contrattare, ma che non possiede già le caratteristiche del preliminare e, quindi, non può legittimare l'esecuzione in forma specifica del relativo obbligo. Si è posta all'attenzione di giurisprudenza e dottrina la problematica concernente la validità e vincolatività di tale accordo nonché i rimedi esperibili in caso di sua violazione.

Occorre precisare che il preliminare di preliminare differisce dalla minuta di contratto, documento che, così come gli accordi di puntuazione⁸⁸⁶, contiene solo alcuni aspetti del futuro accordo e la cui vincolatività è stata generalmente negata da dottrina e giurisprudenza. Tale aspetto problematico rientra fra le questioni ermeneutiche emerse dalla prassi, che concernono sovente anche la distinzione tra contratto preliminare e definitivo, specie qualora siano conclusi in forma orale⁸⁸⁷. In relazione a tale profilo, la giurisprudenza afferma che l'indagine della volontà delle parti debba essere il criterio tramite il quale indagare la vincolatività e la portata di tali accordi⁸⁸⁸.

Il preliminare di preliminare si è sviluppato nell'ambito delle compravendite immobiliari, soprattutto in relazione a pratiche dei mediatori che usualmente facevano sottoscrivere ai futuri acquirenti modelli contrattuali, qualificati come proposte irrevocabili, in seguito accettate dai futuri venditori, nei quali già venivano riportati alcuni elementi del futuro contratto di vendita e nel quale ci si impegnava alla conclusione di un futuro contratto preliminare⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Su cui cfr. G. D'AMICO, *Sul cd. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 40 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 1998, p. 47 ss.; G. NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 81 ss.

⁸⁸⁶ D. POLETTI, *Sub art. 1351*, cit., p. 144-146.

⁸⁸⁷ Sul tema cfr. Cass. 11 maggio 2010, n. 11371, in *Giur. it.*, 2011, p. 798 ss., con nota di G. Rispoli.

⁸⁸⁸ Cass., 16 luglio 2002, n. 10276, in *Banca dati Pluris*.

⁸⁸⁹ Ricostruisce tale pratica commerciale G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto*

Giurisprudenza di merito e dottrina che hanno per prime analizzato tali contratti hanno valutato la loro validità e coercibilità tramite la lente dell'utilità dell'accordo e, quindi, tramite la causa concreta. Alcune pronunce ne hanno ammesso la validità, asserendo che non vi sia alcuna norma che vieti di vincolarsi alla successiva conclusione di un futuro preliminare, creando dunque un ulteriore passaggio nella conclusione del contratto definitivo⁸⁹⁰. Altre sentenze, pur aderendo al medesimo indirizzo di fondo, hanno precisato che è necessario che il preliminare abbia un contenuto diverso dal preliminare di preliminare⁸⁹¹, affinché possa giustificarsi tale sdoppiamento degli accordi e, quindi, la coercibilità giuridica del preliminare di preliminare. Una parte della dottrina ha ugualmente ritenuto che le cause di nullità prospettate dalla giurisprudenza contraria fossero «immaginarie»⁸⁹², e che la valutazione dell'utilità del preliminare di preliminare dovesse essere lasciata all'autonomia delle parti⁸⁹³.

A tali argomentazioni si è contrapposto un altro orientamento giurisprudenziale che, asserendo invece l'inutilità del preliminare di preliminare, lo ha considerato nullo per mancanza di una causa concreta che sia meritevole di tutela⁸⁹⁴. Ugualmente una parte della dottrina ha ritenuto tali contratti inutili e, dunque, corretto considerarli invalidi⁸⁹⁵.

La giurisprudenza di legittimità ha dapprima negato validità a tali accordi affermando che: «riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi (...) ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una

notarile definitivo, in *Riv. Notariato*, 1994, p. 23 ss.; G. D'AMICO, *Sul cd. preliminare di preliminare*, cit., p. 41 ss.

⁸⁹⁰ Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 163.

⁸⁹¹ M. CAPECCHI, *Riflessi operativi della sentenza delle Sezioni Unite sul preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 399 ss.

⁸⁹² R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 1228.

⁸⁹³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 656; G. BOZZI, *I contratti preparatori*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, I, *I contratti di vendita*, a cura di D. Valetino, Torino, 2007, p. 160.

⁸⁹⁴ App. Genova 21 febbraio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 648, con nota di G. Schiavone; App. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 63.

⁸⁹⁵ U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010, p. 48 ss. Ritiene invece che la prassi affermatasi nel mondo nella contrattazione immobiliare sopra menzionata abbia efficacia obbligatoria e debba essere considerata già quale contratto preliminare. A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi*, in *Notariato*, 2010, p. 45 ss.

inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito»⁸⁹⁶.

Tuttavia, con un *revirement* giurisprudenziale, le Sezioni Unite hanno invece asserito che con l'espressione preliminare di preliminare si individuano situazioni negoziali tra loro differenti e che tali accordi non devono essere considerati sempre invalidi⁸⁹⁷.

Le pratiche commerciali hanno infatti sviluppato numerosi modelli in cui la formazione del contratto è frammentata ed è apodittico affermare che gli stessi non rispondano mai ad alcuna utilità per i contraenti. Diversamente, essi sono utili e meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento nella misura in cui realizzano l'interesse delle parti ad addivenire in più fasi successive alla conclusione del contratto definitivo, ma a vincolarsi già nello svolgimento delle trattative⁸⁹⁸.

Richiamando la nota definizione della causa concreta di Cass. 8 maggio 2006, n. 10490⁸⁹⁹, le Sezioni Unite hanno affermato che: «dietro la stipulazione contenente la denominazione di “preliminare del preliminare” (nel senso che la conclusione dell'accordo precede la stipula del contratto preliminare) si possono dare situazioni fra loro differenti, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una “causa concreta” meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula

⁸⁹⁶ Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 998 ss., con nota di M.G. Salvadori; in *Contratti*, 2009, p. 986 ss. con nota di F. Toschi Vespasiani; in *Notariato*, 2010, p. 40 ss., con note di A. Chianale; U. La Porta. Il principio affermato in tale sentenza è stato seguito da Cass., 10 settembre 2009, n. 19557, in *Banca dati Pluris*.

⁸⁹⁷ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069 ss., con note di A. Di Majo; G. Palermo; in *Riv. not.*, 2015, 597 ss., con nota di C. Cicero; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 609 ss., con nota di G. Buset; in *Contratti*, 2015, p. 550 ss., con nota di V. Brizzolari; in *Corr. giur.*, 2015, p. 609 ss., con note di V. Carbone; F. Festi; in *Vita not.*, 2015, p. 813 ss.

⁸⁹⁸ Tale orientamento è stato in seguito confermato in Cass., ord., 20 marzo 2019, n. 7868, in *Giur. it.*, 2019, p. 1309 ss., con nota di A. Di Majo.

⁸⁹⁹ Cit.

di un contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.»

Tuttavia, argomentando a partire dal presupposto che non vi sia ragione per ritenere invalidi procedimenti di formazione del contratto definitivo graduale, che prevedano una pluralità di accordi intermedi (qualora non siano violate norme imperative), si afferma che in relazione allo specifico caso concreto occorre valutare se l'accordo abbia una funzione ed utilità rispetto alla realizzazione dell'operazione economica e costituisca quindi un contratto meritevole di tutela.

Così non è nel caso in cui il contratto preliminare, successivo al primo accordo, sia meramente riproduttivo di questo, senza presentare alcun elemento differente: in tale caso, tuttavia, è il «secondo» contratto preliminare a dover essere considerato nullo, in quanto con lo stesso si assumono obbligazioni in realtà già assunte, ed il preliminare di preliminare deve essere considerato come preliminare vincolante⁹⁰⁰.

Infine si rileva che la tutela rimediabile per la violazione del preliminare di preliminare sarà diversa da quella relativa al preliminare: pur non potendo essere esperito il rimedio di cui all'art. 2932 c.c.⁹⁰¹, la sua mancata esecuzione costituisce in ogni caso inadempimento di un'obbligazione specifica⁹⁰².

3.5.2 Causa e formazione progressiva del contratto

La giurisprudenza di legittimità e di merito successiva ha seguito l'orientamento tracciato dalle Sezioni Unite, indagando la volontà dei contraenti

⁹⁰⁰ Peraltro, già la stipula del preliminare di preliminare fa sorgere il diritto alla provvigione del mediatore: Cass., 30 novembre 2015, n. 24397, in *Banca dati Pluris*; Cass., 17 gennaio 2017, n. 923, in *Banca dati Pluris*.

⁹⁰¹ Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.; G. D'AMICO, *Sul cd. preliminare di preliminare*, cit., p. 51; C. CICERO, *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*, in *Riv. notariato*, 2015, p. 609.

⁹⁰² Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.: «la violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.»

nella fase di formazione del contratto e riconoscendo la possibilità di scindere la fase delle trattative e di impegnarsi a concludere contratti vincolanti⁹⁰³.

Il giudizio causale sul del preliminare di preliminare non si è incentrato sull'equilibrio delle pattuizioni stabilito dalle parti e sulla sua conformità all'ordinamento giuridico⁹⁰⁴. Tuttavia, esso fornisce alcune indicazioni circa l'utilizzo della causa e della meritevolezza nel diritto contemporaneo, nonché circa il controllo che il giudice deve espletare sulla formazione dell'accordo.

Da un lato, la giurisprudenza adotta un approccio liberale circa l'utilizzo dell'autonomia privata e l'invenzione di schemi contrattuali nuovi. Infatti, questi ulteriori accordi fuoriescono dalla sequenza preliminare - definitivo; si permette così ai contraenti, la cui creatività concepisce nuove pratiche modellate secondo le necessità commerciali, di concludere una serie di contratti già vincolanti, il cui contenuto viene determinato sulla base delle specifiche esigenze del caso concreto. Vi è quindi un'ulteriore giuridicizzazione della fase antecedente alla conclusione del contratto definitivo che è lasciata all'autonomia dei contraenti e che riceve protezione e tutela da parte dell'ordinamento.

Dall'altro lato, tale esercizio dell'autonomia non è valutato solo tramite la lente del lecito, ma anche tramite quella dell'utile: il giudizio causale e di meritevolezza non si sovrappone a quello di liceità, quanto piuttosto a quello di esistenza della causa, declinato come un vaglio circa l'utilità del contratto. Il controllo, quindi, ha ad oggetto non l'accordo in astratto, ma il contratto concreto concluso nella specifica situazione negoziale⁹⁰⁵. Inoltre, tale controllo è effettuato in relazione all'operazione economica, ossia in relazione allo scopo divisato dalle parti, prendendo in considerazione la funzione dell'accordo. Si ammette quindi la

⁹⁰³ Cass., 21 maggio 2018, n. 12527, in *Banca dati Pluris*; Cass., 17 gennaio 2017, n. 923, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 946, con nota di M. Capecechi; in *Notariato*, 2017, p. 142; in *Immobili e proprietà*, 2017, p. 188; Trib. Potenza, 25 luglio 2018, in *Banca dati Pluris*; App. Bari, 13 marzo 2018, in *Banca dati Pluris*; Trib. Velletri, 20 marzo 2018, in *Banca dati Pluris*; Trib. Latina, 4 luglio 2018, in *Banca dati Pluris*.

⁹⁰⁴ Diversamente da quanto avviene nella maggior parte degli altri casi esaminati nel presente capitolo e nel cap. 4.

⁹⁰⁵ G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1072.

validità di un contratto che fuoriesce dalle esplicite previsioni normative, ma che presenta una sua utilità in relazione al perfezionamento dell'operazione.

3.6 Causa e meritevolezza dei patti parasociali

3.6.1 La causa associativa

Dopo aver evidenziato l'utilizzo sempre più frequente della causa e della meritevolezza per sindacare il contratto e, quindi, sottoporre al controllo del giudice l'autonomia privata in relazione ai contratti commutativi ed aleatori, è opportuno svolgere alcune riflessioni in relazione a quei contratti che sono solitamente definiti con causa associativa⁹⁰⁶. Ci si riferisce, principalmente, al contratto di società, ai patti parasociali e, pur con le dovute distinzioni, al contratto di rete.

Tali contratti sono usualmente distinti da quelli con causa di scambio, dove lo schema di circolazione della ricchezza del *do ut des* emerge in maniera più evidente (anche se tale affermazione deve essere mitigata, in quanto anche nei contratti di organizzazione è ravvisabile uno scambio, consistente in ciò che il contraente dà a fronte di ciò che si aspetta di ricevere, in via mediata o immediata, dagli altri contraenti, anche in relazione all'organizzazione ed alla gestione della società). Anche in ragione di tale assenza (o, meglio, non evidenza)⁹⁰⁷ dello scambio e, quindi, della difficoltà di valutare l'adeguatezza e la razionalità degli impegni delle parti, in questo settore il giudizio causale, nonostante la sua astratta configurabilità⁹⁰⁸, è rimasto pressoché inutilizzato dalla giurisprudenza.

A ciò deve altresì aggiungersi la necessità di preservare il contratto di società, soprattutto in relazione ai terzi con i quali tale soggetto di diritto interagisce.

⁹⁰⁶ Sul rapporto tra causa associativa e causa di scambio cfr. T. ASCARELLI, *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 97 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, s.d. (1962), p. 142 ss.

⁹⁰⁷ A. DI MAJO, *Contratto e reti. Le tutele*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 269, mette in luce l'interrelazione tra la collaborazione e lo scambio, in relazione al contratto di rete, affermando: «non si scambia per collaborare, ma si collabora per scambiare risorse e intelligenze.»

⁹⁰⁸ Trattandosi di contratti, la causa ne rimane ovviamente un requisito necessario *ex art.* 1325, comma 1 n. 2 c.c.

Ne consegue che, a fronte del richiamo alla causa associativa, l'indagine della giurisprudenza e degli interpreti si è sostanzialmente arrestata alle soglie della vita societaria⁹⁰⁹, senza andare a sindacare le specifiche pattuizioni o l'intero contratto.

Le rare pronunce che hanno affrontato tramite la lente della causa o della meritevolezza questi contratti si sono prevalentemente concentrate su accordi che erano nulli in quanti illeciti, perché in frode alla legge o comunque volti ad aggirare norme imperative concernenti la *governance* societaria. Ne sono un esempio alcune sentenze che hanno giudicato immeritevoli di tutela i patti parasociali detti sindacati di voto che, in concreto, creavano vincoli di durata indeterminata circa le modalità di esercizio del diritto di voto e, quindi, nella gestione della società.

Si è infatti affermato che tali patti, qualora non sia possibile individuare i criteri per determinare il venir meno della loro vincolatività, sono immeritevoli in quanto contrari al disfavore dell'ordinamento per le obbligazioni di durata indeterminata⁹¹⁰. Ugualmente, si è giudicato immeritevole il patto parasociale che si pone in contrasto con le norme a tutela del diritto di voto del socio, predisposte anche al fine di tutelare il corretto funzionamento dell'assemblea⁹¹¹.

⁹⁰⁹ L. SAMBUCCI, *Il contratto e l'impresa*, Milano, 2002, p. 306, rileva che «in dipendenza di quanto si è detto sul ruolo affievolito della volontà dei privati nelle vicende in esame, sulla difficoltà di ricondurre l'atto – inteso sia come accordo che come regola – a una determinazione volitiva dei soggetti del rapporto, sul modo in cui il mercato si riflette sul contenuto dell'atto, il tipo di problema che trova soluzione nella disciplina della causa del contratto appare obiettivamente estraneo ai fenomeni che qui si esaminano».

⁹¹⁰ «Ora, in presenza di un così marcato disfavore dell'ordinamento per le obbligazioni destinate a durare indefinitamente, sarebbe davvero arduo ammettere che l'autonomia negoziale privata possa dar vita ad accordi di carattere atipico idonei a produrre vincoli giuridici indeterminati nel tempo. O dunque deve risultare possibile identificare, nel meccanismo stesso del patto stipulato dalle parti, la previsione del naturale venir meno delle obbligazioni dei contraenti ad una prefissata scadenza (o anche del loro venire meno in conseguenza del verificarsi di determinate situazioni di fatto da cui derivi la liberazione dell'obbligato oppure il suo potere di recedere dal contratto), o, altrimenti, non potrà quell'accordo superare il vaglio di meritevolezza cui il secondo comma dell'art. 1322 c.c. assoggetta i contratti atipici ed in difetto del quale da tali contratti non possono discendere obbligazioni giuridicamente vincolanti. Che i patti parasociali di sindacato, non foss'altro per la frequenza con cui la legislazione ad essi si riferisce, siano di per se stessi da considerare delle convenzioni atipiche meritevoli di tutela non è da porre in dubbio; e lo si è già detto. Ma sarebbe, invero, manifestamente contraddittorio definirli meritevoli di tutela, ai sensi della citata disposizione dell'art. 1322, ove ne derivassero obbligazioni indefinite nel tempo per le quali l'ordinamento mostra un così palese disfavore.» (Cass. 20 settembre 1995, n. 9975 in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 50, con nota di V. Buonuore; applica una regola analoga Trib. Milano, 23 aprile 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 669).

⁹¹¹ Trib. Milano 23 aprile 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, sez. II, c. 337.

Tale generale orientamento, con il sempre più frequente ricorso al giudizio causale, è stato rimesso in discussione e la dottrina⁹¹² ha proposto l'utilizzo del giudizio causale e di meritevolezza al fine di sindacare la validità degli statuti, dei patti parasociali⁹¹³ e di specifiche clausole degli stessi⁹¹⁴. Attraverso la nozione di causa concreta e la conseguente analisi dello scopo perseguito dalle parti si è proposto di utilizzare tale giudizio per valutare l'idoneità dell'accordo a realizzare in concreto lo scopo perseguito dai contraenti.

Detto percorso, d'altronde, non è rimasto isolato all'ordinamento italiano, ma si è manifestato ad esempio anche nell'ordinamento francese dove, subito prima della riforma, ci sono state alcune controversie in cui i *pactes d'actionnaires* (ossia i patti parasociali) sono stati dichiarati nulli in quanto privi di causa⁹¹⁵.

3.6.2 Le recenti decisioni giurisprudenziali

La giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi dell'esistenza della causa concreta e della meritevolezza di un patto parasociale, dapprima dichiarato nullo dalle corti di merito e, in seguito, ritenuto invece valido dalla Corte di Cassazione. Il Tribunale di Trieste⁹¹⁶ ha applicato la nozione di causa concreta ad un patto parasociale concluso tra due coniugi al momento della separazione, volto a determinare le modalità di gestione della società di cui erano entrambi soci: gli stessi detenevano infatti quote pressoché identiche delle azioni (45% e 50%) e, quindi, nessuno dei due poteva assicurarsi il controllo. In seguito ad un aumento di capitale sottoscritto solamente da uno dei due soci, le proporzioni delle

⁹¹² M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 285 afferma: «emerge così un sistema in cui il controllo della meritevolezza dell'atto, al confronto con gli interessi generali tutelati dall'ordinamento, si afferma come una costante normativa, che troviamo espressa nella disciplina dell'art. 2645-ter e ritroviamo – pur senza la mediazione concettuale della «causa» – nella disciplina dei rimedi all'esercizio dei poteri discrezionali all'interno delle società. Credo che il controllo della funzionalità degli atti di autonomia d'impresa, con possibili rimedi invalidativi, meriti di essere costruito come principio generale della disciplina dell'impresa, alla stregua di altri principi che già sono stati individuati dalla dottrina più sensibile.»

⁹¹³ P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 159 ss.

⁹¹⁴ Sul giudizio causale e di meritevolezza in relazione a singole clausole cfr. cap. 4.

⁹¹⁵ Cfr. par. 5.3.6.

⁹¹⁶ Trib. Trieste, 7 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, p. 1613 ss., con nota di E. Gabrielli.

partecipazioni sociali cambiavano radicalmente e la socia acquisiva la pressoché integrale proprietà delle azioni. La stessa agiva quindi in giudizio per ottenere la dichiarazione di nullità del patto parasociale o la sua risoluzione.

La sentenza del Tribunale è estremamente sintetica e non permette di comprendere appieno le pattuizioni dei contraenti, ma si può intuire che mancassero meccanismi di adeguamento o modifica del patto in caso di modifiche del capitale sociale.

La Corte accoglie le domande dell'attrice e dichiara che il patto parasociale è nullo per mancanza sopravvenuta di causa concreta. In particolare si afferma che: «quantunque la “sopravvenienza” in esame non possa certo considerarsi imprevedibile – per vero essa, usualmente, è la prima ad essere contemplata e regolata nei patti parasociali – e quindi non possa essere ricondotta nell'istituto dell'eccessiva onerosità, tuttavia essa è tale da privare sicuramente l'operazione negoziale di cui si discorre del suo senso e del suo scopo essendo venuto meno “l'interesse del creditore alla prestazione”, l'interesse, cioè, di chi detiene più del 97% del capitale di una società, alla “prestazione” di altro socio che ne detenga appena il 2,5%, “al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società” (art. 2341 bis c.c.): si manterrebbe in vita un atto negoziale inidoneo ad espletare una funzione utile in relazione agli interessi che si intendono perseguire attraverso il contratto».

Il Tribunale aderisce quindi alla teoria secondo cui il giudizio causale è applicabile anche agli eventi successivi alla conclusione del contratto che alterino l'equilibrio delle prestazioni, ossia all'orientamento che teorizza che la causa possa venire meno anche nel corso del rapporto. Dato che, nel caso di specie, la funzione del contratto era quella di regolare la gestione della società, tale funzione, in seguito all'aumento del capitale sociale ed alla radicale modifica delle partecipazioni dei singoli soci, non può che essere venuta meno. La sentenza si concentra sull'aspetto funzionale dell'accordo e dichiara la nullità dello stesso una volta che tale funzione, in ragione del mutato contesto, non può più essere espletata.

A nostro avviso tale decisione non merita di essere condivisa: contrariamente a quanto affermato dalla Corte di merito, non riteniamo che la causa concreta sia

l'istituto idoneo al fine di sanzionare l'accordo nel caso di specie. Come ha infatti sottolineato l'autorevole dottrina che ha commentato la sentenza⁹¹⁷, la causa concerne il momento genetico del contratto e, pur essendo un utile strumento ermeneutico anche nel corso dell'esecuzione dello stesso, non può essere utilizzata per sanzionare con la nullità un vizio emerso nel corso del rapporto⁹¹⁸, che avrebbe semmai dovuto portare alla dichiarazione di inefficacia⁹¹⁹. Ciò che manca non è né la funzione dell'accordo, né le reciproche concessioni da parte dei contraenti, quanto piuttosto, se del caso, una sua alterazione nel corso dello svolgimento. Di conseguenza, la sanzione avrebbe dovuto semmai rifarsi a profili dell'inefficacia, magari prendendo in considerazione la presupposizione, qualora fosse risultato che le parti avessero presupposto che le partecipazioni sarebbero rimaste speculari.

La sentenza esclude invece l'applicabilità della eccessiva onerosità sopravvenuta, asserendo che tali circostanze non rientrano fra quelle imprevedibili, essendo invece tra quelle usualmente prese in considerazione dalle parti, tuttavia non specifica se esse abbiano altresì previsto clausole specifiche per regolare casi analoghi.

Tale sentenza è stata in seguito riformata dalla Corte d'Appello di Trieste⁹²⁰ che ha escluso la nullità del patto; la vicenda è quindi approdata in Cassazione. La Suprema Corte⁹²¹, confermando sul punto che qui interessa la sentenza di secondo grado e, quindi, la validità del patto parasociale, ha indicato alcuni dei criteri del giudizio sulla causa concreta relativo ad accordi con causa associativa.

In primo luogo ha ricondotto il giudizio causale e di meritevolezza all'ambito genetico del contratto, escludendo che lo stesso possa applicarsi anche al suo svolgimento. In secondo luogo ha precisato che, nel caso di specie, la funzione del patto parasociale doveva essere apprezzata non solo in relazione alla gestione della società, ma nel contesto dello scioglimento della comunione coniugale: le reciproche concessioni dei coniugi dovevano essere quindi apprezzate in relazione

⁹¹⁷ E. GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1615-1616.

⁹¹⁸ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 77-80.

⁹¹⁹ E. GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*, cit., p. 1615.

⁹²⁰ App. Trieste, 29 giugno 2015, inedita.

⁹²¹ Cass., 10 luglio 2018, n. 18138, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3085.

al più ampio contesto di tale accordo. Infatti, il patto parasociale non era semplicemente funzionale alla gestione condivisa dell'impresa e non limitava sensibilmente il potere degli azionisti, prevedendo solamente le modalità di nomina degli amministratori. Esso era peraltro di durata limitata, essendo comunque sottoposto al termine quinquennale. Di conseguenza, il patto parasociale doveva ritenersi valido.

Anche in relazione ai patti parasociali, quindi, sono confermati i medesimi criteri e le medesime funzioni del giudizio causale, che deve essere svolto in concreto e prendendo in considerazione gli specifici impegni dei contraenti.

Occorre infine ricordare che il problema del giudizio causale in relazione a contratti che non presentino la classica struttura del contratto di scambio si è posto anche in relazione al contratto di rete, introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 3, comma 4-ter, 4-quater e 4-quinques del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con l. 9 aprile 2009, n. 33 e successivamente modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, nonché dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l., 30 luglio 2010, n. 122⁹²².

La dottrina si è interrogata sulla sua causa⁹²³, se essa sia associativa o di scambio⁹²⁴ e quindi sulle tipologie del controllo da effettuare sullo stesso. Ad oggi, il problema della causa di tale contratto, di notevole rilevanza teorica, anche in ragione delle possibili ricadute applicative in termini di rimedi, non ha trovato spazio nella giurisprudenza, dato che non constano decisioni che abbiano vagliato tali accordi dal punto di vista causale.

⁹²² Cfr. i contributi in F. BRIOLINI, L. CAROTA e M. GAMBINI (a cura di), *Il contratto di rete: un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, Napoli, 2013; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012, p. 27 ss., nonché G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 501 ss.

⁹²³ Per un inquadramento del problema C. SCOGNAMIGLIO, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 69 ss.; S. DELLE MONACHE, *Il contratto di rete tra imprese*, in *Judicium*, 2014, p. 9 ss.; F. SCARONGELLA, *La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 127 ss.; M. D'AURIA, *La causa ed il ruolo dell'autonomia contrattuale*, in *Contratto di rete di imprese*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2016, p. 95 ss.

⁹²⁴ P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 26-31; G. VILLA, *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 117-121.

4. CAUSA E MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA NELLA GIURISPRUDENZA CONTEMPORANEA

SOMMARIO: 4.1 Causa e meritevolezza della clausola *claims made*. - 4.1.1 Il controllo di meritevolezza della singola clausola del contratto. - 4.1.2 Il contratto di assicurazione e la clausola *claims made*. - 4.1.3 Le statuizioni di Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140. - 4.1.4 Analisi critica della sentenza. - 4.1.5 Il ruolo della pronuncia nel diritto contrattuale in evoluzione. - 4.1.6 La giurisprudenza successiva. - 4.1.7 La questione ritorna alle Sezioni Unite: i problemi sollevati dalla nuova ordinanza di rimessione. - 4.1.8 La più recente sentenza delle Sezioni Unite. - 4.1.9 Il controllo giudiziale della clausola tramite la causa concreta. - 4.1.10 Le decisioni della Suprema Corte nel più ampio contesto del controllo sulle clausole del contratto. - 4.2 La meritevolezza della clausola di un contratto di concessione per l'utilizzo di acqua. - 4.3 La meritevolezza delle clausole di patti parasociali. - 4.3.1 Applicazioni del giudizio di meritevolezza in relazione a clausole di patti parasociali. - 4.3.2 Causa e meritevolezza della clausola di *russian roulette*. - 4.3.3 Le opzioni *put* a prezzo fisso.

4.1 Causa e meritevolezza della clausola *claims made*

4.1.1 Il controllo di meritevolezza della singola clausola del contratto*

Secondo l'interpretazione consolidata il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2 c.c. deve essere effettuato sul contratto atipico complessivamente considerato: da tale scrutinio dipende la coercibilità giuridica dell'intero accordo. Un orientamento dottrinale⁹²⁵ ha invece argomentato che tale giudizio debba essere esperito anche sulle singole clausole atipiche, a prescindere dal fatto che esse siano inserite in un contratto tipico. Tale indirizzo è stato seguito

* I par. 4.1.1-4.1.10 riprendono ed ampliano, con aggiornamenti e modifiche, le argomentazioni sviluppate negli articoli R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1372 ss.; R. FORNASARI, *In attesa delle Sezioni Unite: brevi note circa la disciplina della clausola claims made in Francia e Germania*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 723 ss.; R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 685 ss.

⁹²⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 252-253; P.M. SANFILIPPO, *Controlli di meritevolezza e Statuti di Società. Una tecnica in cerca di autonomia*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, disponibile in www.orizzontideldirittocommerciale.it. In relazione alla clausola *claims made*, questa soluzione è stata proposta da S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 714-716; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013, p. 890 ss.

da una recente sentenza delle Sezioni Unite⁹²⁶, le quali, esaminando la clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione, hanno concluso che la validità delle clausole atipiche (come la *claims made*) dipende dalla loro meritevolezza.

Con tale sentenza, inizialmente seguita dalla giurisprudenza successiva - che poi se ne è invece discostata, facendo applicazione della causa concreta in luogo della meritevolezza⁹²⁷ -, la Suprema Corte ha esteso l'applicabilità del giudizio *ex art. 1322, comma 2, c.c.*⁹²⁸, alle clausole del contratto: tale impostazione è innovativa perché il controllo esperito sulla singola clausola permette di intervenire direttamente sul contenuto dell'accordo, modificandolo tramite l'eliminazione di una o più pattuizioni ritenute immeritevoli. Inoltre, tale interpretazione conferisce al giudice un potere di intervento su tutte le clausole atipiche, non limitato ai contratti conclusi da determinate categorie di soggetti o in specifici settori.

Di seguito si analizzeranno gli effetti della clausola *claims made* sul contratto, l'evoluzione giurisprudenziale circa la validità di tale clausola, il passaggio dal controllo di meritevolezza a quello della causa concreta e, infine, si analizzeranno criticamente finalità e criteri di tali giudizi.

4.1.2 Il contratto di assicurazione e la clausola *claims made*

La clausola *claims made*, sempre più di frequente inserita nei contratti di assicurazione della responsabilità civile, altera lo schema tipico previsto dall'art. 1917 c.c.⁹²⁹: secondo il modello codicistico, infatti, l'assicuratore è tenuto ad indennizzare l'assicurato di quanto questi debba a pagare ad un terzo a causa di un

⁹²⁶ Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 852, con nota di S. Vernizzi; in *Danno e resp.*, 2016, p. 929, con note di M. Gazzara; V. Allavena; M. Hazan.

⁹²⁷ V. *infra*.

⁹²⁸ Per quanto concerne il giudizio di meritevolezza effettuato sull'intero contratto cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit., su cui vedi par. 3.1.

⁹²⁹ S. MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., p. 701; R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, IV, Milano, 2012, p. 163; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 401 ss.; B. TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 689 ss.

«fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione»⁹³⁰. La clausola *claims made*, invece, prevede che l'assicurato sia coperto per i sinistri in relazione ai quali la richiesta risarcitoria sia pervenuta durante la vigenza della polizza⁹³¹. Muta quindi il riferimento in base al quale valutare l'operatività della garanzia: non occorre considerare il momento in cui si è verificato l'evento dannoso, ma il momento in cui la richiesta risarcitoria viene effettuata dal terzo⁹³².

Le polizze *claims made* si affermano sul mercato poiché risolvono alcune delle principali criticità generate dal modello *loss occurrence*. Quest'ultimo, non prevedendo un limite temporale alla garanzia prestata dall'assicuratore in relazione ai fatti commessi durante la vigenza della polizza⁹³³, rende sostanzialmente imprevedibili le richieste risarcitorie a cui gli assicuratori rimangono esposti nel corso del tempo⁹³⁴. Ciò risulta particolarmente problematico per i sinistri lungolatenti o a formazione progressiva, le cui richieste di risarcimento possono pervenire anche dopo un notevole lasso di tempo dal momento della cessazione della polizza⁹³⁵. Inoltre, l'impossibilità di calcolare con precisione l'ammontare

⁹³⁰ Dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto se la previsione dell'art. 1917 si riferisca al momento della commissione del fatto illecito (e quindi corrisponda al modello cosiddetto *act committed*) o se si riferisca al momento del verificarsi dell'evento dannoso (e quindi corrisponda al modello cosiddetto *loss occurrence*). Ha affrontato il problema la sentenza Cass., 13 marzo 2014, n. 5791, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 712, con nota di N. De Luca, che ha concluso che, secondo il modello codicistico, il diritto alla garanzia sorge al momento della commissione del fatto. In generale, sui vari modelli assicurativi, cfr. D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Milano, 2008.

⁹³¹ L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529 ss.; S. MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 701; R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, cit., p. 163; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, cit., p. 401 ss.; S. LANDINI, *L'assicurazione contro la responsabilità civile del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2560-2562; I. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 595 ss.; J. BIGOT, J. KULLMANN et L. MAYAUX, *Les assurances des dommages*, cit., p. 591 ss.; R. WORKS, *Excusing Nonoccurrence of Insurance Policy Conditions in Order to Avoid Disproportionate Forfeiture: Claims-Made Formats as a Test Case*, in *Connecticut Ins. Law Jour.*, 1998, p. 506 ss.

⁹³² L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., 529 ss.

⁹³³ M. HAZAN, *La singolare vicenda delle claims made, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 963.

⁹³⁴ M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 943.

⁹³⁵ Sulle problematiche derivanti dai sinistri cosiddetti tardivi e la diffusione della clausola *claims made* sul mercato assicurativo internazionale cfr. F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 805 ss.; ID., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir.*

delle ipotetiche richieste risarcitorie comporta l'obbligo di porre a riserva somme maggiori e rende quindi più elevato il premio richiesto all'assicurato⁹³⁶.

Il modello *claims made* permette invece all'assicuratore di prevedere i rischi cui è esposto e, quindi, di calcolare con precisione le riserve tecniche da accantonare e di razionalizzare la gestione dell'impresa⁹³⁷. Infatti, la cessazione della polizza con clausola *claims made* comporta che l'assicuratore non sia più tenuto ad indennizzare l'assicurato, nemmeno per i fatti avvenuti durante l'operatività della garanzia. Inoltre, il vantaggio derivante dalla possibilità di valutare con precisione l'esposizione della compagnia assicurativa si trasferisce, teoricamente, anche all'assicurato, al quale è richiesto un premio di minore importo⁹³⁸. Tuttavia, a fronte degli indubbi vantaggi circa la razionalizzazione della gestione dell'impresa assicurativa, il modello *claims made* comporta altresì problematiche che non sussistono con il modello tipico di assicurazione previsto dal codice civile.

La clausola *claims made*, infatti, garantisce all'assicurato una copertura meno estesa di quella prevista dal modello *loss occurrence*. Al fine di valutare l'ampiezza del rischio trasferito in capo all'assicuratore, occorre precisare che la pratica commerciale ha elaborato numerose varianti di tale clausola: secondo una categorizzazione corrente, le clausole *claims made* si distinguono tra «pure» ed

econ. ass., 2011, p. 536; C. CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1517; A. VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 301 ss.

⁹³⁶ Inoltre, sia l'espandersi dell'area della responsabilità da fatto illecito (GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da Franzoni, I, Milano, 2010, p. 905 ss.), sia la previsione legislativa di varie forme di assicurazione obbligatoria in determinati settori, hanno aumentato la domanda di prodotti assicurativi che siano al tempo stesso economicamente accessibili.

⁹³⁷ C. CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, cit., p. 1517; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 536.

⁹³⁸ F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle coverage trigger disputes*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 59; A. BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009, p. 480. Inoltre, l'assicurato non si trova a dover provare il momento della verifica del fatto o dell'evento dannoso, che in caso di sinistro lungolatente può risultare estremamente complicato, cfr., F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., 807 s. Qualora la polizza *claims made* sia mista, la difficoltà dell'onere della prova della verifica del sinistro permane, cfr. M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1218.

«impure»⁹³⁹. Mentre le prime prevedono che l'assicurato sia manlevato per ogni richiesta risarcitoria che sia pervenuta nel corso della vigenza della polizza, a prescindere dal momento in cui si sia verificato l'evento dannoso, le clausole impure coprono solamente le richieste di risarcimento che siano pervenute nel corso della vigenza della polizza e che siano relative ad eventi dannosi avvenuti nel medesimo periodo, oppure entro un determinato lasso di tempo antecedente alla conclusione della polizza stessa⁹⁴⁰.

È chiaro che questo secondo modello riduce notevolmente la copertura dell'assicurato, specialmente per gli eventi dannosi a formazione progressiva o che si manifestano dopo un notevole intervallo di tempo dalla commissione del fatto. In tali casi, l'assicurato sarà completamente privo di copertura, anche qualora abbia concluso una serie continua di polizze; tale evenienza non può invece verificarsi qualora il contratto sia strutturato secondo il modello *loss occurrence*.

Di conseguenza l'assicurato, al fine di mantenere la copertura, è costretto a stipulare una serie continua di polizze, perché al termine della polizza la garanzia non è più operativa, nemmeno per eventi dannosi verificatisi durante la vigenza del contratto⁹⁴¹. Inoltre, per ridurre il più possibile il rischio di «buchi» di copertura, le polizze che si succedono nel tempo devono prevedere il medesimo ambito di operatività, così da evitare che richieste risarcitorie relative a determinati eventi dannosi, inizialmente previsti tra quelli indennizzabili, risultino poi escluse dai contratti successivi. Da questo punto di vista il sistema *claims made* comporta altresì un'alterazione della concorrenza tra le imprese assicuratrici, poiché l'assicurato, considerato il rischio di rimanere privo di copertura o di dover

⁹³⁹ Dette altresì «spurie» o «miste».

⁹⁴⁰ S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., p. 705.

⁹⁴¹ È altresì problematica la clausola, frequente nella prassi, che attribuisce all'assicuratore il diritto di recedere dalla polizza entro un determinato lasso di tempo dal momento della ricezione della richiesta risarcitoria. È infatti evidente che l'assicurato, a meno che non riesca a stipulare in tempo utile un'ulteriore polizza, che preveda la medesima copertura, sarà completamente scoperto di fronte ad ulteriori richieste risarcitorie. La problematicità di tali clausole è stata peraltro presa in considerazione dal legislatore che ha, ad esempio nel settore dell'assicurazione professionale degli avvocati, vietato la previsione di clausole che attribuiscono all'assicuratore il diritto di recesso in seguito alla denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, cfr. art. 2, comma 2 del d.m. 22 settembre 2016.

sopportare costi di transazione estremamente alti⁹⁴², difficilmente varierà la compagnia assicuratrice con cui concludere il contratto.

Tali questioni e gli effetti negativi che esse generano non solamente per l'assicurato, ma altresì per i terzi danneggiati, hanno portato a dubitare della meritevolezza e della validità della clausola *claims made*. Mentre in alcune pronunce la Suprema Corte ha statuito che l'atipicità della clausola si estende al contratto di assicurazione, cosicché deve essere valutata la meritevolezza dell'intero contratto⁹⁴³, nella prima sentenza del recente filone giurisprudenziale sul tema le Sezioni Unite, ritenendo che il controllo di cui all'art. 1322, comma 2 c.c. debba essere esteso anche alle singole clausole atipiche⁹⁴⁴, hanno valutato la meritevolezza della singola clausola.

4.1.3 Le statuizioni di Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140

Il caso deciso dalle Suprema Corte con la sentenza 6 maggio 2016, n. 9140⁹⁴⁵, concerne la responsabilità di una struttura ospedaliera per la mancata diagnosi di una patologia. La polizza assicurativa stipulata dalla struttura prevedeva una clausola *claims made* impura, in base alla quale l'assicurato aveva diritto all'indennizzo per le richieste risarcitorie pervenute durante il periodo di efficacia dell'assicurazione, relative a fatti illeciti commessi nel medesimo lasso temporale

⁹⁴² Sul punto è intervenuta l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha auspicato una modifica legislativa tramite la quale si imponga alle imprese assicuratrici, nel settore della responsabilità civile professionale, di offrire anche polizze strutturate secondo il modello *loss occurrence*, cfr. parere del 4 luglio 2014, n. AS1137.

⁹⁴³ In tal senso cfr. Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1071, con nota di R. Simone e C. Lanzani; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, p. 886, con nota di M. Gazzara; Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 361, con nota di M. Fermeglia.

⁹⁴⁴ Cfr. par. 4.1.3.

⁹⁴⁵ Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit. La decisione è stata poi seguita e riaffermata nelle successive sentenze Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, nn. 24645 e 24646, la prima in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 619, con nota di M. Fermeglia; la seconda in *Banca dati Pluris*; Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 e 10509, la prima in *Danno e resp.*, 2017, 441, con note di A. Palmieri e R. Pardolesi, S. Monticelli; L. Locatelli; F. Greco; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1383, con nota di L. Locatelli; in *Corr. giur.*, 2017, 1191, con nota di G. Facci, F.A. Magni; in *Contratti*, 2017, p. 384, con nota di U. Carnevali; la seconda in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1388, con nota di L. Locatelli; in *Corr. giur.*, 2017, 1194, con nota di G. Facci, F.A. Magni.

o nei tre anni antecedenti alla stipula⁹⁴⁶. In tale sentenza la Suprema Corte affronta le principali problematiche relative alla validità ed all'efficacia della clausola *claims made*.

Innanzitutto, si esclude che la clausola sia nulla per contrarietà al disposto dell'art. 2965 c.c.⁹⁴⁷: l'iniziativa del terzo, da cui dipende l'operatività della garanzia, determina infatti la nascita del diritto all'indennizzo e non costituisce un termine di decadenza. La Suprema Corte esclude altresì che la clausola *claims made* sia vessatoria ex art. 1341, comma 2, c.c.⁹⁴⁸: infatti, essa non limita la responsabilità del debitore⁹⁴⁹, ma è volta a stabilire quali siano i sinistri indennizzabili e, quindi, a delimitare l'oggetto della garanzia. Inoltre, la Corte di cassazione riafferma che, anche qualora la previsione della clausola *claims made* sia contraria alla buona fede, tale contrarietà non può comportare la nullità della pattuizione; infatti la buona fede rileva quale criterio al quale le parti devono informare il proprio comportamento in ogni momento del rapporto contrattuale, nonché quale criterio interpretativo dell'accordo stesso, ma la sua violazione non inficia la validità dell'accordo⁹⁵⁰.

La Suprema Corte affronta quindi la questione relativa alla validità dell'assicurazione del cosiddetto rischio pregresso: confermando l'orientamento già seguito in precedenza⁹⁵¹, asserisce che l'assicurazione di fatti potenzialmente dannosi avvenuti antecedentemente alla stipula della polizza non elimina l'alea,

⁹⁴⁶ Come si deduce dal testo della sentenza, il fatto lesivo si era verificato nel 1993; la durata della polizza *claims made* iniziava nel febbraio 1996 e terminava nel dicembre 1997; la richiesta di risarcimento era pervenuta alla struttura nel 2001. A prescindere dalla validità della clausola *claims*, quindi, non si riesce a comprendere come la struttura ospedaliera potesse richiedere la copertura del sinistro da parte dell'assicurazione.

⁹⁴⁷ L'art. 2965 c.c. prevede la nullità del patto con il quale si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile, per una delle parti, l'esercizio del proprio diritto.

⁹⁴⁸ Si è correttamente osservato che, da un punto di vista logico-giuridico, la valutazione circa la vessatorietà della clausola è posteriore rispetto al giudizio circa la meritevolezza del contratto, cfr. S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., p. 711.

⁹⁴⁹ Tale valutazione è altresì rilevante ai sensi dell'art. 1229 c.c.

⁹⁵⁰ Richiamando il noto principio affermato dalle Sezioni Unite, si ribadisce che in nessun caso la violazione di regole di comportamento può comportare la nullità del contratto, ma semmai un'obbligazione risarcitoria, cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.

⁹⁵¹ Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 712 ss.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

dato che l'assicurato non deve comunque essere a conoscenza di tali fatti (in caso contrario opererebbero gli artt. 1892 e 1893 c.c.)⁹⁵².

La validità della *claims made* è infine valutata dal punto di vista della meritevolezza degli interessi perseguiti⁹⁵³. La Suprema Corte, dopo aver asserito l'estendibilità di tale controllo anche alle singole clausole atipiche, svolge l'analisi in relazione al rapporto sinallagmatico tra le rispettive obbligazioni⁹⁵⁴, ossia tra il pagamento del premio ed il diritto all'indennizzo, valutando come la *claims made* incida sulla causa del contratto di assicurazione. Da un lato le Sezioni Unite prospettano l'infondatezza della questione in relazione alle clausole pure, poiché esse non prevedono limiti temporali in relazione al momento della commissione dell'illecito, dall'altro asseriscono che, in relazione alle clausole miste, occorre considerare la copertura garantita dalla singola polizza⁹⁵⁵.

⁹⁵² Il rischio assicurato si concretizza infatti in maniera progressiva, dato che esso non si esaurisce nella mera condotta illecita, ma occorre altresì che il danneggiato effettui la richiesta risarcitoria, cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni: produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 64 ss., 142 ss. Tale conclusione è altresì rafforzata dalla previsione di cui all'art. 514 c.n., che prevede espressamente la possibilità di assicurare il rischio putativo, cfr. S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010.

⁹⁵³ Per un'analisi del giudizio di meritevolezza concernente la clausola *claims made* cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione responsabilità civile dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della Suprema Corte a sezioni unite*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 317 ss.; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 445 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 656 ss.; A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss.; F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 893 ss.; G. FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1136 ss.; A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 685 ss.; R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, cit., p. 1372 ss.; M.C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 746 ss.; F. MAISTO, *Di nuovo, sull'assimilazione della meritevolezza alla ragionevolezza: il caso delle clausole claims made*, in *Il diritto degli affari.it*, 5 settembre 2018; N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofiliachia o disorientamento?* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 682 ss.

⁹⁵⁴ Già la sentenza Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit., aveva prospettato possibili problematiche relative alla validità della clausola, la quale potrebbe causare il venir meno del rapporto di corrispettività tra le reciproche obbligazioni.

⁹⁵⁵ Ad esempio, all'approssimarsi della scadenza dell'operatività della polizza il sinallagma è destinato a ridursi considerevolmente; occorre altresì considerare che, qualora la copertura si estenda anche al rischio pregresso, il sinallagma persisterà quantomeno per le condotte realizzate antecedentemente alla conclusione del contratto, per cui il sinallagma non si può considerare assente. Tale osservazione non è però pertinente in relazione a polizze volte a manlevare l'assicurato dalla responsabilità professionale: qualora questi abbia appena iniziato la professione non ha evidentemente alcun interesse alla garanzia relativa al rischio pregresso.

La Suprema Corte indica poi alcuni elementi da considerare nello svolgimento del giudizio, quali l'asimmetria tra le parti (sia di potere negoziale che informativa), l'insieme della disciplina contrattuale e l'ammontare del premio corrisposto. Inoltre si afferma che, qualora l'assicurato sia un consumatore, la clausola *claims made* deve essere altresì valutata in base al combinato disposto degli artt. 33 e 36 cod. cons.⁹⁵⁶, che prevedono la nullità delle clausole che creano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto⁹⁵⁷.

Si evidenzia che nella valutazione di meritevolezza occorre considerare l'introduzione in numerosi settori dell'attività professionale dell'obbligatorietà dell'assicurazione contro la responsabilità civile⁹⁵⁸. Considerato che la previsione dell'obbligo di assicurarsi è stato previsto a tutela del terzo danneggiato, che a causa dell'incapienza del patrimonio del professionista potrebbe essere definitivamente costretto a sopportare la perdita causata dall'illecito, la Suprema Corte specifica che difficilmente possono essere ritenute meritevoli di tutela clausole che, nonostante la continuità delle polizze assicurative, espongono l'assicurato a buchi di copertura.

Qualora all'esito della valutazione la clausola risulti immeritevole di tutela, la conseguenza è l'applicazione del modello codicistico fissato dall'art. 1917 c.c.: ciò in base a quanto previsto sia dall'art. 1419, comma 2, c.c., sia dal principio di buona fede che, in combinato disposto con l'art. 2 cost.: «consente al giudice di

⁹⁵⁶ Sul tema cfr. G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997.

⁹⁵⁷ Le Sezioni Unite specificano che lo scrutinio previsto dal codice del consumo richieda un livello di alterazione dell'elemento causale minore rispetto al giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c.

⁹⁵⁸ Copertura assicurativa che in alcuni settori è stata prevista come obbligatoria. Cfr. il d.l. n. 138/2011, art. 3, comma 5, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148, con il quale è stato disposto che nella riforma degli ordinamenti professionali occorre disporre l'obbligo di assicurarsi contro la responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione. Tale obbligo è previsto, ad esempio, dalla l. 8 marzo 2017, n. 24, art. 10, in ambito sanitario, dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189, sempre relativo agli esercenti le professioni sanitarie, nonché dal d.m. 22 settembre 2016, relativo all'esercizio della professione forense. Peraltro, a fronte di tale obbligo non è stato previsto un corrispettivo obbligo a contrarre per le imprese assicurative. Per un'analisi delle più recenti disposizioni in tema di assicurazione della responsabilità medica e della responsabilità dell'avvocato cfr. P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 749 ss.; G. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, *ibidem*, p. 153 ss. Per una analisi comparata dell'assicurazione della responsabilità civile nei sistemi di *common law* e *civil law* cfr. D. KOURMATZIS, *Professional Liability Insurance Coverage in Common and Civil Law Jurisdictions - Event Made and Claims Made Approaches*, in *Ins. Law Rev.*, 2009, p. 41 ss.

intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Sez. Un. civ., 13 settembre 2005, n. 18128)»⁹⁵⁹.

4.1.4 Analisi critica della sentenza

L'aspetto maggiormente innovativo della sentenza delle Sezioni Unite concerne l'esperimento del giudizio di meritevolezza sulla singola clausola. Così come nel caso dello scrutinio di meritevolezza su un contratto atipico⁹⁶⁰, anche quello su di una clausola è svolto in relazione alla causa concreta del contratto⁹⁶¹: nel caso di specie la clausola *claims made*, pur non modificando la causa dell'accordo⁹⁶² - che rimane lo scambio tra lo spostamento del rischio ed il pagamento del premio - altera il rapporto tra le rispettive prestazioni.

Tramite l'art. 1322, comma 2, c.c., si analizza come la clausola atipica si inserisca nel contratto: si esamina quindi l'effettiva struttura dello scambio, verificando se la clausola alteri, e in che maniera, il sinallagma dell'accordo⁹⁶³. Tuttavia, rispetto al giudizio di meritevolezza dell'intero contratto, risulta notevolmente più complicato stabilire quando l'incisione della corrispettività delle prestazioni sia tale da causare l'invalidità della clausola. Nel primo caso, infatti, ciò che rende immeritevole il contratto è l'assoluto squilibrio tra le reciproche prestazioni, tale per cui una parte riceve sicuri benefici, mentre l'altra non percepisce alcuna utilità; lo scambio contrattuale è irrazionale secondo i paradigmi di mercato, in quanto si risolve in uno spostamento di ricchezza a senso unico da un contraente all'altro⁹⁶⁴. La clausola *claims made*, invece, non determina questa

⁹⁵⁹ Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

⁹⁶⁰ Cfr. cap. 3.

⁹⁶¹ Il giudizio di meritevolezza è stato esperito secondo tali criteri anche in Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Banca dati Pluris*.

⁹⁶² L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 833 ss.

⁹⁶³ Cfr. anche Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit.

⁹⁶⁴ Cfr. *supra* cap. 3.

completa irrazionalità dello scambio, poiché un contratto di assicurazione che presenti detta clausola, anche impura, fornisce comunque una determinata copertura all'assicurato.

A fronte di tale constatazione l'interprete deve distinguere i casi in cui la clausola, pur alterando l'equilibrio delle prestazioni, risulta comunque meritevole di tutela, dai casi in cui questa incide la causa del contratto di assicurazione a tal punto da risultare immeritevole. La sentenza 6 maggio 2016, n. 9140, indica alcuni elementi da considerare: l'asimmetria informativa e di potere negoziale tra le parti, l'entità del premio corrisposto, nonché ulteriori caratteristiche dello specifico contratto concluso dalle parti. Emerge quindi come la valutazione abbia ad oggetto lo squilibrio tra le reciproche obbligazioni.

Tuttavia, non si precisa quale sia il parametro in relazione al quale questi devono essere valutati, ossia non si chiarisce quale sia il livello di incisione dell'equilibrio causale che comporta l'agiuridicità della clausola. Né pare un elemento sufficiente quello indicato nella parte finale della sentenza, laddove si afferma che «il giudizio di idoneità della polizza difficilmente potrà avere esito positivo in presenza di una clausola *claims made*, la quale, comunque articolata, espone il garantito a buchi di copertura». È infatti chiaro che il rischio del «buco» di copertura, nel caso di clausola *claims made* impura, sussiste pressoché in ogni caso, a meno che la polizza non preveda una retroattività talmente ampia da includere tutti i potenziali eventi dannosi per i quali non sia già maturata la prescrizione.

Inoltre, l'assicurato può risultare esposto al «buco» di copertura anche nel caso di clausola *claims made* pura⁹⁶⁵: la precedente asserzione contrasta quindi con

⁹⁶⁵ M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 944. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., 4 gennaio 2010, n. 11, in *Contratti*, 2010, p. 371. In alcune professioni (caso emblematico è quello dell'avvocato), considerata la peculiarità degli eventi dannosi che possono verificarsi, è assai probabile che il professionista venga a conoscenza dell'errore. Qualora vi sia una successione temporale di polizze tra il momento in cui l'assicurato è venuto a conoscenza dell'errore e quello in cui gli è pervenuta la richiesta risarcitoria, opererà l'art. 1892 c.c., che prevede l'annullabilità del contratto di assicurazione qualora l'assicurato abbia formulato, con dolo o colpa grave, dichiarazioni inesatte o reticenze tali per cui l'assicuratore non avrebbe fornito il proprio consenso, o lo avrebbe fornito a condizioni differenti se avesse conosciuto il vero stato delle cose. Tali considerazioni evidenziano che l'assicurato rischia di non essere coperto contro eventi dannosi, nonostante la stipulazione di

l'orientamento, al quale la Cassazione sembra invece aderire, secondo cui non si pone alcun problema di meritevolezza in relazione alle clausole pure.

La valutazione della meritevolezza di tutela è ulteriormente complicata dal fatto che la possibile esposizione dell'assicurato a buchi di copertura ha delle conseguenze non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche nei confronti dei terzi danneggiati. Ciò è particolarmente rilevante nei settori per i quali è stato introdotto l'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio di una determinata attività: come sottolineato dalla Suprema Corte tale obbligo è previsto non tanto a protezione dell'assicurato, quanto piuttosto a tutela del terzo eventualmente danneggiato, in considerazione del fatto che il patrimonio del danneggiante potrebbe risultare incapiante rispetto all'integrale risarcimento del danno.

Di conseguenza il giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. sulla singola clausola risulta estremamente complicato a causa della difficoltà di distinguere il limite tra contratto non conveniente per uno dei contraenti – la cui valutazione è rimessa alle parti e non è sindacabile dal giudice⁹⁶⁶ – e contratto imposto da un contraente forte a quello debole, il cui squilibrio è tale da incidere la causa dello stesso. La decisione della Corte di cassazione, non indicando criteri precisi per individuare tale limite, demanda al singolo giudice la decisione circa il livello di incisione della causa dal quale discende l'immeritevolezza. Ciò, se da un lato consente di esaminare le effettive circostanze dello specifico caso e di analizzare gli effetti della clausola *claims made* sull'accordo, dall'altro determina una notevole imprevedibilità delle decisioni giudiziali. Ne sono un esempio le pronunce di merito successive alla sentenza 6 maggio 2016, n. 9140, che hanno applicato i principi enunciati dalla Cassazione in maniera ambigua e contraddittoria⁹⁶⁷.

una serie continua di polizze, anche con la clausola *claims made* pura. Sul tema, circa la responsabilità dell'avvocato, cfr. G. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 159 ss.

⁹⁶⁶ M. BARCELLONA, «*La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*», cit., p. 506.

⁹⁶⁷ Ad esempio, Trib. Milano, 9 giugno 2016, in *Insurance Daily*, 29 giugno 2016, con nota di Martini, ha giudicato immeritevole una clausola *claims made* spuria priva di irretroattività. Trib. Monza, 16 giugno 2016, in *Banca dati Pluris*, ha ritenuto immeritevole una clausola *claims made* della quale non è possibile comprendere, dal testo della sentenza, la portata. Trib. Livorno, 27 luglio

4.1.5 Il ruolo della pronuncia nel diritto contrattuale in evoluzione

Un controllo giudiziale sul contratto sempre più penetrante ed incisivo, anche su singole clausole, si presenta quindi come una tendenza generale del diritto contrattuale contemporaneo, sia a livello transnazionale e comunitario, sia a livello dei singoli ordinamenti (in particolare, di *civil law*). Tale controllo non si limita a circoscrivere i confini all'interno dei quali l'autonomia privata può operare tramite norme imperative, ma esplica una *vis* conformativa dell'accordo; esso si configura anche come vincolo positivo, come imposizione di un determinato modo di essere dello scambio. Si valuta non solo l'accordo *tout court*, ma si interviene in maniera «chirurgica» sulle singole clausole incompatibili con detto schema.

L'innovatività della decisione della Suprema Corte consiste nel fatto che, effettuando il giudizio sulla singola clausola tramite l'art. 1322, comma 2, c.c., si introduce un vaglio generale applicabile a tutti i contratti, a prescindere dalle «qualità» dei soggetti contraenti o del settore della contrattazione. Tale controllo si focalizza quindi sullo squilibrio del contratto stesso, a prescindere dalla situazione di debolezza di determinati soggetti: l'elemento centrale diviene la ricerca di un equilibrio minimo tra le reciproche obbligazioni⁹⁶⁸. L'assunto a fondamento di tale impostazione è che un contratto eccessivamente squilibrato non è stato effettivamente contrattato dalle parti, non è il frutto del consenso libero (e informato)⁹⁶⁹ di tutti i contraenti, e ciò giustifica l'intervento modificativo sullo

2016, in *Banca dati Pluris*, ha ritenuto immeritevole una clausola *claims made* mista. Invece, App. Torino, 14 luglio 2016; Trib. Napoli, 20 giugno 2016; Trib. Milano 23 agosto 2016, tutte reperibili in *Banca dati DeJure*, hanno giudicato clausole *claims made* spurie meritevoli di tutela. Sulle incertezze applicative di tale giudizio di meritevolezza v. anche ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 952 ss.

⁹⁶⁸ Il fatto che giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto lo squilibrio tra le obbligazioni dei contraenti (squilibrio tale da incidere la causa del contratto) è confermato anche dal passaggio della sentenza Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., in cui si asserisce che lo stesso opera sul medesimo piano del giudizio di vessatorietà delle clausole di un contratto del consumo (benché i due giudizi, al fine di rendere la clausola nulla, richiedano un diverso grado di incisione della causa).

⁹⁶⁹ Il fatto che il contraente sia informato è il presupposto affinché lo stesso possa effettuare una scelta razionale ed efficiente. Con la riforma del *Code civil* è stata addirittura introdotta una disposizione che prevede un generale dovere di informazione dell'altro contraente, cfr. art. 1112-1 *Code civil*.

stesso. Inoltre, sotto altro profilo, lo spostamento dal giudizio di meritevolezza dell'intero accordo a quello delle singole pattuizioni permette di conservare la validità del contratto, e quindi di preservare lo scambio realizzato tramite lo stesso.

D'altra parte, sia nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti, sia nei Principi Unidroit, sono previste disposizioni analoghe volte ad eliminare clausole che creano squilibri eccessivi tra diritti ed obbligazioni dei contraenti⁹⁷⁰. L'art. 4:109 PDEC permette al giudice di modificare il contenuto dell'accordo secondo quanto sarebbe stato convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza; l'art. 4:110 PDEC prevede che: «una parte può annullare una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale se, in contrasto con la buona fede e la correttezza, essa provoca un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni contrattuali delle parti a danno di detta parte, tenuto conto della natura della prestazione, delle altre clausole del contratto e delle circostanze al momento in cui il contratto è stato concluso»⁹⁷¹; l'art. 3.10 Principi Unidroit dispone che una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo.

Queste norme, così come il giudizio di meritevolezza, focalizzano l'analisi non tanto sulle condizioni soggettive dei contraenti, ma sullo squilibrio oggettivo delle obbligazioni previste dal contratto che, per essere sanzionato, deve risultare eccessivo⁹⁷². Per quanto concerne lo scrutinio *ex art. 1322*, comma 2, c.c., come sottolineato dalle Sezioni Unite, specifici requisiti soggettivi dei contraenti devono essere valutati quali indici dello squilibrio, ma non sono di per sé condizione necessaria per l'applicazione del giudizio di meritevolezza.

Evidenziato tale contesto, si può meglio comprendere la decisione delle Sezioni Unite: lo scrutinio di meritevolezza esperito sulla clausola *claims made* è

⁹⁷⁰ M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 269 ss.

⁹⁷¹ Il secondo comma dell'art. 4:110 PDEC, sulla falsariga della disciplina consumeristica, ripresa dal legislatore francese, dispone che: «questa norma non si applica a: (a) la clausola che fissa l'oggetto del contratto, sempre che essa sia formulata in un linguaggio chiaro e intelligibile; né (b) all'adeguatezza del valore delle obbligazioni di una parte rispetto al valore delle obbligazioni dell'altra».

⁹⁷² R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 172 s.

volto ad esaminare una pattuizione che può risultare estremamente penalizzante per l'assicurato – nonché pregiudizievole per i terzi danneggiati – la cui previsione deriva da una notevole asimmetria informativa e di potere negoziale tra le parti. La clausola è infatti imposta dal contraente più forte, senza che vi sia alcuna libera determinazione dell'altro contraente, alterando in maniera determinante il rapporto di scambio tra le rispettive prestazioni⁹⁷³; inoltre, la stessa genera un'indebita restrizione della concorrenza e pregiudica altresì i diritti dei terzi danneggiati. Al tempo stesso, la valutazione della singola clausola mantiene in vita il contratto di assicurazione, preservando quindi l'interesse principale dell'assicurato, ossia quello di essere coperto in relazione al sinistro.

Tale approccio, tuttavia, presenta altresì alcune problematiche che saranno parzialmente affrontate dalla giurisprudenza successiva. Occorre sottolineare che non vi sono precisi parametri e criteri secondo cui il giudizio di meritevolezza deve essere esperito, né finalità normativamente definite, contrariamente alla disciplina comunitaria esaminata, che è dichiaratamente finalizzata alla tutela del mercato concorrenziale. Di conseguenza, esso conferisce all'organo giudicante una notevole discrezionalità di valutazione – che si tramuta in incertezza circa la validità di pattuizioni, anche fondamentali, dell'accordo – in relazione al livello di incisione della causa del contratto che rende la clausola immeritevole, che varia in base agli obiettivi perseguiti tramite tale sanzione⁹⁷⁴.

⁹⁷³ Si precisa che in Francia la questione relativa alla validità della clausola *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale è stata risolta con la *loi de sécurité financière* del 1 agosto 2003, con la quale è stato introdotto l'art. L 124-5 nel *Code des assurances*. Questo dispone che le clausole *claims made* non possano prevedere alcun riferimento al momento in cui si è prodotto l'evento lesivo (devono quindi essere *claims made pure*), ed impone inoltre che esse abbiano un'ultrattività di almeno 5 anni, cfr. par. 2.6.1.

⁹⁷⁴ Ad esempio, un controllo sul contratto volto a tutelare la concorrenza sarà diverso un intervento di stampo solidaristico, cfr. A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 521 s.; F. ROUVIÈRE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 603 ss., evidenzia come i giudici possano non adeguarsi alle finalità dei controlli che gli sono demandati ed effettuare tipi di ragionamento differenti. F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit., p. 21-23, sottolinea come in relazione alla tendenza ad accordare protezione a determinati soggetti ed a valorizzare il divieto di abuso, sia la spiegazione efficientista, sia quella moralizzante facciano riferimento all'ideologia del mercato. Sulla politicità delle decisioni giudiziali cfr. DU. KENNEDY, *A critique of adjudication*, Cambridge, 1997.

Infine, se in linea generale il giudizio di meritevolezza è volto a reprimere un eccessivo squilibrio tra diritti ed obbligazioni dei contraenti, risulta limitante l'esperirlo solamente sulle clausole atipiche⁹⁷⁵. È infatti chiaro che la creazione di uno squilibrio eccessivo non deriva dalla tipicità o meno della clausola, ma dal suo contenuto⁹⁷⁶. Tale valutazione, peraltro, è conforme all'orientamento seguito dal legislatore francese, che ha esteso il controllo giudiziale ad ogni pattuizione, in relazione agli effetti che questa ha sulla struttura del contratto. Considerato il dettato normativo dell'art. 1322, comma 2, c.c., è dubbio che il controllo di meritevolezza possa essere effettuato su ogni clausola, a prescindere dalla atipicità; tuttavia, dato che il controllo di meritevolezza, come evidenziato, concerne la causa concreta del contratto⁹⁷⁷, si potrebbe esperire il medesimo giudizio sulla clausola tipica tramite l'ampliamento dell'ambito di operatività del giudizio causale⁹⁷⁸: come si dirà nei paragrafi che seguono è proprio questa la strada seguita dalla giurisprudenza.

4.1.6 La giurisprudenza successiva

Tale sentenza è stata seguita da un ulteriore intervento delle Sezioni Unite, che con due sentenze gemelle hanno confermato il precedente orientamento, senza però illustrare ulteriormente i criteri da seguire nell'espletamento del giudizio di meritevolezza⁹⁷⁹.

Inoltre, la Corte di cassazione si è nuovamente pronunciata sul tema (sempre con due sentenze gemelle), affermando che una *claims made* che escluda le richieste postume deve ritenersi immeritevole di tutela⁹⁸⁰. Dette decisioni, discostandosi

⁹⁷⁵ Sulla sempre minore differenza del controllo causale e di meritevolezza su contratti tipici e atipici cfr. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 329-330.

⁹⁷⁶ Il tipo costituisce infatti un modello organizzativo degli interessi, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 247 ss. Sulla distinzione e non sovrapposibilità di causa e tipo cfr. ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 231 ss.; G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 574 ss.

⁹⁷⁷ Come rilevato dalla Suprema Corte sia in relazione ai contratti atipici, sia in relazione alla singola clausola atipica, cfr. Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

⁹⁷⁸ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 2p. 29.

⁹⁷⁹ Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, nn. 24645 e 24646, cit.

⁹⁸⁰ Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 e 10509, cit. Tali sentenze sono peraltro criticabili, in

parzialmente dall'indirizzo promosso dalle Sezioni Unite, hanno riaperto il dibattito, giungendo ad affermare che la *claims* «impura» dovrebbe essere in ogni caso considerata immeritevole.

I frequenti interventi della Suprema Corte sono dovuti alle difficoltà derivanti del principio statuito nel 2016⁹⁸¹; i criteri indicati, infatti, non si prestano ad un'interpretazione univoca e prevedibile *a priori*. Ciò è dimostrato dalle numerose pronunce di merito che, in applicazione di tale regola, hanno preso decisioni tra loro molto differenti, se non addirittura contraddittorie.

Un'ulteriore questione di estremo rilievo che si è presentata nella prassi è quella relativa al regime applicabile nel caso in cui la clausola sia giudicata invalida⁹⁸². Infatti, se una serie continua di polizze basate sul sistema *loss occurrence* permette di evitare buchi di copertura, non è tuttavia scontato che la trasformazione di una singola polizza *claims* in una basata sul sistema previsto dall'art. 1917 c.c. consenta di coprire il sinistro verificatosi. Ciò fa sì che l'immeritevolezza della clausola *claims* e l'applicazione del tipo legale non comporti automaticamente la copertura del sinistro; di conseguenza, la giurisprudenza ha fatto a volte ricorso ad interpretazioni «creative» al fine di estendere la copertura della polizza al sinistro oggetto della controversia. Le incertezze derivanti da questo regime si riversano peraltro anche sui terzi danneggiati, che potrebbero vedere limitata la possibilità di ottenere il risarcimento del danno proprio in ragione della mancata copertura⁹⁸³.

quanto la *ratio decidendi* sembra slegata dalla decisione effettivamente presa.

⁹⁸¹ A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 446 ss.

⁹⁸² Su tale aspetto cfr. G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1523 ss.

⁹⁸³ Per un'analisi delle più recenti disposizioni in tema di assicurazione della responsabilità medica e della responsabilità dell'avvocato cfr. P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 749 ss.; F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, cit., 893 ss.; G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli - Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 104 ss.; ID., *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, cit., p. 153 ss.; M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 988 ss.; L. CAGLI, *L'assicurazione obbligatoria per gli avvocati*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 399 ss.

Alla luce di tali problematiche, al fine di contemperare le esigenze dei vari attori coinvolti, in alcuni settori dell'assicurazione della responsabilità professionale è direttamente intervenuto il legislatore: l'art. 11 della L. 8 marzo 2017, n. 24 ha tipizzato la *claims made* nel settore della responsabilità medica, prevedendo una retroattività di dieci anni e, in caso di cessazione dell'attività professionale, una copertura postuma di ulteriori dieci anni⁹⁸⁴. Un processo di tipizzazione analogo è avvenuto tramite il decreto emanato in data 22 settembre 2016 dal Ministero della Giustizia⁹⁸⁵, relativo all'assicurazione professionale degli avvocati, che ha disposto che la polizza debba prevedere un'irretroattività illimitata ed un'ultrattività almeno decennale in caso di cessazione dell'attività ed anche in favore degli eredi. Inoltre, l'art. 1, comma 26, della legge per il mercato e la concorrenza 4 agosto 2017, n. 124, modificando la lettera e) del comma 5, dell'art. 3, D.L. 13 agosto 2011, n. 138⁹⁸⁶, ha imposto che nelle condizioni generali delle polizze di assicurazione professionale sia prevista l'offerta di un periodo di copertura postuma di dieci anni (senza legare questo requisito alla cessazione dell'attività).

4.1.7 La questione ritorna alle Sezioni Unite: i problemi sollevati dalla nuova ordinanza di rimessione

Con l'ordinanza del 19 gennaio 2018, n. 1465⁹⁸⁷, la Terza Sezione della Corte di cassazione ha nuovamente rimesso al Primo Presidente un ricorso concernente

⁹⁸⁴ Sull'argomento cfr. A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 197; S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 452, 458 ss.; P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., p. 749; M. HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 317; V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 301.

⁹⁸⁵ A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziari*, cit., p. 448; M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur dir. priv.*, 2017, p. 1057 ss.

⁹⁸⁶ Convertito, con modificazioni, dalla L. 14 settembre 2011, n. 148.

⁹⁸⁷ Cass., ord., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, c. 452.

la validità e la meritevolezza della clausola *claims made*, affinché questi valuti l'opportunità di assegnarlo alle Sezioni Unite.

In particolare, si chiede alle Sezioni Unite di stabilire se siano corretti i seguenti principi:

«a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di “sinistri” fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma 1, c.c.;

b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito».

Entrambe le questioni riguardano la validità e la coercibilità giuridica della clausola *claims made*: mentre il primo quesito concerne la definizione di sinistro e la sua determinazione da parte dei contraenti, il secondo concerne la meritevolezza di tale clausola.

È opportuno sottolineare che l'ordinanza propone anche una soluzione ad entrambi i quesiti: con un'ampia argomentazione, si afferma che la clausola *claims made* dovrebbe essere considerata nulla perché viola il divieto di assicurazione del rischio pregresso⁹⁸⁸; la stessa inoltre dovrebbe essere giudicata immeritevole di tutela in ogni caso, a prescindere dalla sua natura “pura” o “impura”, poiché determina il diritto all'indennizzo, la misura e i limiti dello stesso non in relazione al momento di conclusione del contratto, ma a quello in cui è effettuata la richiesta risarcitoria⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ Su tali aspetti cfr. P. CORRIAS, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 901 ss.; G. MIOTTO, *Anche per le claims made “gli esami non finiscono mai ...”*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 910 ss.

⁹⁸⁹ In particolare, si afferma: «ritiene dunque questo Collegio che la soluzione di tali problemi meriti di essere devoluta all'esame delle Sezioni Unite di questa Corte; ed al fine di offrire a queste ultime un contributo di riflessione, esprime l'opinione che le soluzioni preferibili alle accennate questioni siano le seguenti:

(a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di “sinistri” fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile,

In relazione a tale aspetto, il collegio remittente afferma: «riducendo a “sistema” le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322 c.c., comma 2, contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

(a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra (sentenze n. 22950/2015, cit.; n. 19559/2015, cit.);

(b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra (sentenze n. 4222/2017; n. 3080/2013; n. 12454/2009; n. 1898/2000; n. 9975/1995, cit.);

(c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza n. 14343/2009, cit.).

È alla luce di questi criteri che va valutata, pertanto, la meritevolezza della clausola *claims made*, come già ritenuto da questa Sezione (Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, sent.; Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10509, sent.)».

4.1.8 La più recente sentenza delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, con la sent. 24 settembre 2018, n. 22437⁹⁹⁰, si sono nuovamente pronunciate sulla questione della meritevolezza e della validità della clausola *claims made*. Se l’importanza della questione per il mercato assicurativo della responsabilità civile risulta in maniera evidente dal fatto che questa pronuncia costituisce il quarto intervento a Sezioni Unite, che si aggiunge alle ulteriori decisioni a Sezioni semplici, occorre rilevare che la problematica non è rilevante solamente per il diritto assicurativo. Essa offre, infatti, numerosi spunti di

dall’art. 1917 c.c., comma 1°;

(b) nell’assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell’art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell’indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l’assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all’assicurato di essere risarcito».

⁹⁹⁰ Cit.

riflessione circa la teoria generale del contratto e la sua regolamentazione in rapporto al contesto socio-economico nel quale si inserisce.

Le Sezioni Unite affrontano nuovamente ed in maniera organica la questione attinente alla validità della clausola, in parte inserendosi nel solco tracciato dalla sentenza del 2016, in parte discostandosene.

In relazione alla problematica concernente l'assicurazione del rischio pregresso, la Corte si pone in netto contrasto con l'ordinanza di rimessione e segue il proprio orientamento oramai consolidato: asserisce infatti che il sinistro si concretizza progressivamente, non essendo sufficiente la semplice verifica della condotta, ma essendo altresì necessaria la richiesta di risarcimento. Tale clausola, quindi, non elimina l'alea⁹⁹¹ del contratto: infatti, la richiesta risarcitoria non deve essere già stata effettuata al momento della conclusione della polizza, che altrimenti sarebbe nulla.

In relazione alla meritevolezza della clausola, la Corte si discosta invece dal proprio precedente orientamento. In particolare, ferma la possibilità di agire per il risarcimento del danno derivante dalla violazione degli obblighi informativi, afferma che la clausola *claims made*, pur rappresentando una deviazione dal modello previsto dall'art. 1917 c.c., è comunque da ricondurre all'interno del sottotipo dell'assicurazione contro i danni, della quale condivide la causa indennitaria⁹⁹². Ne è riprova la tipizzazione legale in vari settori dell'assicurazione della responsabilità civile.

Di conseguenza, la clausola non può essere assoggettata al vaglio di meritevolezza, che la legge prevede solo per i contratti che, nonostante la diffusione socio-economica, non siano stati tipizzati. Tale controllo, invece, non può essere esperito qualora il legislatore abbia provveduto a tipizzare un determinato schema

⁹⁹¹ Sull'alea nel contratto di assicurazione cfr. M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 416 ss.; P. CORRIAS, *Alea e corresponsabilità nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 301 ss.; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 334 ss.; B. DEMONT, *L'aléa dans le contrat d'assurance*, Paris, 2013; J. KULLMANN, *L'aléa, condition de l'assurance?*, in *Resp. civ. ass.*, décembre 2014, dossier 4; L. MAYAUX, *Les incidences de la disparition de l'aléa*, in *Resp. civ. ass.*, décembre 2014, dossier 10.

⁹⁹² Sulla causa del contratto di assicurazione cfr. P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 41 ss.

di regolazione degli interessi dei contraenti. Tuttavia, ciò non toglie che tale clausola, così come tutte le pattuizioni negoziali, debba essere sottoposta al vaglio concernente i «limiti imposti dalla legge» (art. 1322, comma 1, c.c.), operanti in relazione al tipo nella valutazione della sua realizzazione concreta, quale regolamentazione degli interessi dei contraenti. Il giudizio di validità concerne quindi gli interessi dei contraenti e l'effettiva idoneità del contratto a realizzarli: esso deve essere esperito attraverso la lente della causa concreta che costituisce la sintesi degli interessi che il contratto è volto a realizzare quale specifica operazione economica⁹⁹³.

Tale verifica non può che essere effettuata in relazione ad ogni singolo caso, senza che possa darsi una soluzione determinata ed uniforme *a priori*. Al di fuori dei settori disciplinati dalla legge, dove le caratteristiche della clausola *claims made* sono obbligatorie, pena la nullità della stessa, si afferma che: «l'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo rappresenta un veicolo utile per apprezzare se, effettivamente, ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo (tale da superare le criticità innanzi ricordate: p. 17), là dove l'emersione di uno squilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica.

Ciò in quanto, come già affermato da questa Corte, la determinazione del premio di polizza assume valore determinante ai fini dell'individuazione del tipo e del limite del rischio assicurato, onde possa reputarsi in concreto rispettato l'equilibrio sinallagmatico tra le reciproche prestazioni (Cass., 30 aprile 2010, n. 10596; ma, in forza di analoga prospettiva, anche Cass., sez. un., 28 febbraio 2007, n. 4631).»

Ne consegue inoltre che, qualora sia dichiarata la nullità della clausola, essa dovrà essere sostituita secondo le previsioni normative delle disposizioni settoriali o, in ogni caso, tramite un intervento conformativo che ristori l'adeguatezza del contratto rispetto agli scopi perseguiti dai contraenti⁹⁹⁴.

⁹⁹³ Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit.

⁹⁹⁴ Da questo punto di vista, riceve particolare attenzione la clausola di recesso a favore dell'assicurazione in caso di denuncia di sinistro, giudicata abusiva.

4.1.9 Il controllo giudiziale della clausola tramite la causa concreta

La sentenza chiarisce alcuni aspetti circa il giudizio da esperire al fine di valutare la validità della *claims made*, lasciando tuttavia numerose incertezze circa i parametri e gli esiti relativi a tale giudizio⁹⁹⁵. In relazione al passaggio dal vaglio di meritevolezza a quello concernente la causa concreta, la soluzione da un lato può lasciare insoddisfatti, dato che le Sezioni Unite non hanno preso una posizione netta e chiaramente determinabile *a priori* circa la validità della clausola⁹⁹⁶; dall'altro, invece, fornisce spunti estremamente interessanti sulla teoria del contratto e sulla concezione socio-politica del controllo giudiziale dello stesso.

Il primo profilo, quello che può generare maggiori problemi nella pratica, è facilmente individuabile: a fronte dell'attesa di una sentenza che prendesse una posizione netta sulla validità della clausola, le Sezioni Unite asseriscono ancora una volta, come già con la sentenza del 2016, che la validità della *claims* deve essere valutata in ogni caso concreto, senza che sia possibile fornire criteri certi e determinati sulla base dei quali svolgere tale giudizio. Anzi, la Suprema Corte sembra rimettere in discussione la distinzione tracciata sempre nel 2016 tra *claims* «pure» e «impure», e la configurazione del problema concernente la validità solamente in relazione alle seconde.

In relazione al secondo aspetto, occorre precisare che il passaggio dal giudizio di meritevolezza a quello concernente la causa concreta non sembra portare né ad una modifica dell'oggetto di indagine, né all'utilizzo di parametri differenti. Se esso permette di mettere da parte la nozione di meritevolezza e le incertezze che la stessa comporta, tale spostamento sembra tuttavia essere un *deguisement* linguistico, che non modifica né l'oggetto, né il metodo, né le finalità del giudizio.

⁹⁹⁵ Per una critica molto decisa della sentenza cfr. F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1084 ss.

⁹⁹⁶ Per un'analisi della giurisprudenza di merito successiva all'ultima pronuncia delle Sezioni Unite cfr. P. SANTORO, *Tutto cambia perché nulla cambi? La sorte delle claims made dopo l'ultimo arresto delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 628 ss.

Se, infatti, il giudizio di meritevolezza è stato il grimaldello che ha permesso di intervenire sulla singola clausola del contratto, permettendo al contempo di conservare la validità dell'accordo, l'autonomia dello stesso rispetto al giudizio di esistenza e liceità della causa presenta caratteri difficilmente individuabili, se non evanescenti⁹⁹⁷.

Come sottolineato, infatti, anche alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite nel 2016, tramite il giudizio di meritevolezza si deve valutare come la clausola incida la causa concreta dell'accordo. Nell'espletamento di tale giudizio occorre prendere in considerazione l'asimmetria tra le parti (sia di potere negoziale, sia informativa), l'insieme della disciplina contrattuale e l'ammontare del premio corrisposto. L'incisione della causa deve essere considerata in relazione alla limitazione dell'estensione della copertura, tale per cui la clausola è immeritevole qualora renda l'accordo completamente squilibrato.

Tali criteri ed elementi del giudizio, tuttavia, sono i medesimi evidenziati nella sentenza in commento, in relazione alla causa concreta. Il centro del giudizio rimane quindi lo stesso e consiste nell'analizzare come la clausola si inserisca nel contratto ed alteri il sinallagma.

Tale tesi è confermata anche da altre sentenze in materia assicurativa che hanno utilizzato un'argomentazione fondata sul giudizio causale al fine di dichiarare vessatorie alcune clausole della polizza. È il caso, ad esempio, delle clausole di esclusione della garanzia formulate in maniera estremamente ampia: la Suprema Corte ha argomentato che tali pattuizioni rendono sostanzialmente inesistente la copertura assicurativa e quindi del tutto sproporzionato il premio pagato; qualora non le si ritenesse limitative della responsabilità (e quindi vessatorie), ma limitative dell'oggetto dell'assicurazione, esse sarebbero nulle poiché farebbero venire meno la controprestazione dell'assicuratore e priverebbero quindi di causa il contratto⁹⁹⁸.

⁹⁹⁷ Circa la similitudine tra i due giudizi cfr. R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1305-1306.

⁹⁹⁸ Cass., ord., 19 luglio 2018, n. 19251, in *Banca dati Pluris*; Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, in *Danno e resp.*, 2010, p. 642.

Veniamo ora ad un ulteriore elemento che ci sembra rilevante, ossia il rapporto tra il giudizio sulla causa concreta e quello relativo alla vessatorietà della clausola nei contratti del consumatore. Le Sezioni Unite⁹⁹⁹ asseriscono che, qualora la polizza sia conclusa da un consumatore, la clausola *claims made* potrebbe essere assoggettata al giudizio di vessatorietà *ex artt. 33 e 36 c. cons.*¹⁰⁰⁰. Tale osservazione è contraddittoria alla luce delle premesse della sentenza, ove si esclude che detta clausola sia sottoposta all'art. 1341, comma 2, c.c. in quanto essa delimita l'oggetto del contratto. Occorre tuttavia ricordare che l'oggetto del contratto, così come il prezzo, non può essere sottoposto al giudizio di vessatorietà, a meno che «tali elementi non siano individuati in maniera chiara e comprensibile» (art. 34, comma 2, c. cons.) e, quindi, il contratto non sia redatto in maniera trasparente sul punto. Di conseguenza, se la *claims* non può essere sottoposta al giudizio *ex art. 1341, comma 2, c.c.*, poiché concerne l'oggetto del contratto, essa non può, per il medesimo motivo, essere sottoposta al controllo *ex artt. 33 e 36 c. cons.*, a meno che non si ritenga la clausola non chiara.

Tale aspetto, tuttavia, fa emergere un secondo elemento, relativo al giudizio causale, estremamente rilevante: ossia che lo stesso, oramai, non si muove sul binomio assenza/presenza della causa, ma si muove secondo un parametro di adeguatezza e di razionalità (socio-economica) del contratto¹⁰⁰¹. Da questo punto di vista, l'asserzione della Suprema Corte relativa al fatto che il giudizio sulla *claims made* non deve comunque configurare un controllo del prezzo rispetto all'oggetto del contratto, che spetta all'autonomia delle parti, suona come *excusatio non petita*.

Il punto è che quello che le Sezioni Unite fanno è esattamente questo, ossia sottoporre a scrutinio, tramite il giudizio causale, il sinallagma tra le rispettive prestazioni, asserendo inoltre che queste, qualora non risultino adeguate rispetto agli interessi delle parti, devono essere opportunamente conformate dal giudice.

⁹⁹⁹ Così come già in Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

¹⁰⁰⁰ Sul tema cfr. G. ALPA e S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit.

¹⁰⁰¹ R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 75 ss.; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, 357 ss.; R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, cit., p. 1378 ss.

Tale passaggio teorico, peraltro già presente nelle sentenze che hanno effettuato il giudizio di meritevolezza¹⁰⁰², ha notevoli implicazioni sulla teoria del contratto: da un modello incentrato sull'autonomia dei contraenti quale strumento che consente comunque la migliore allocazione delle risorse si passa ad una analisi che prende in considerazione gli elementi fattuali e del contesto socio-economico che non permettono alla contrattazione di portare al risultato più efficiente. Giudizio, peraltro, il cui risultato dipende anche dalle specifiche finalità che persegue il giudice in relazione al modello che si prefigura come corretto.

Infine, è estremamente rilevante la statuizione secondo cui, in caso di invalidità della *claims*, il regime di *default* non sia quello *loss occurrence*, ma quello che risulti adeguato rispetto agli interessi perseguiti dalle parti. Benché anche tale giudizio, dovendosi svolgere in concreto, non possa essere determinato *a priori* - anche se, probabilmente, esso potrà essere svolto prendendo a modello i tipi legislativi - la soluzione prospettata permette di ovviare ai summenzionati problemi verificatisi nella prassi.

Meritano infine alcuni brevi cenni gli aspetti metodologici della decisione, che si inseriscono in solchi già presenti nelle recenti decisioni della Suprema Corte. Il primo è il riferimento sempre più frequente al diritto comparato. Questo non si presenta come un semplice sfoggio di erudizione, ma come strumento cui il giudice

¹⁰⁰² Ad esempio, cfr. le sentenze concernenti i prodotti finanziari *my way* ed i prodotti finanziari derivati, cfr. cap. 3. In dottrina cfr. M. FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Jus, civile*, 2017, p. 410 ss.; R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, cit., p. 157 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 446 ss.; P. PERLINGIERI, "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.; G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenza: quid iuris?*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 81-82; R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 308 ss.; A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 253 ss.; D. MEMMO, *Proprietà e autonomia privata alla luce della giurisprudenza delle Corti europee*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1306; F. MAISTO, *Di nuovo, sull'assimilazione della meritevolezza alla ragionevolezza: il caso delle clausole claims made*, cit.; R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, cit., p. 1281 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rates swap*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 899 ss.; ID., *I contratti derivati: corretta allocazione del rischio e meritevolezza degli interessi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 450 ss.; A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 921 ss.; A.M. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1205 ss.

fa ricorso al fine di elaborare la soluzione più appropriata per il caso concreto¹⁰⁰³. La globalizzazione dei mercati ed il carattere interconnesso delle *corporations* transnazionali rendono, da un lato, rilevanti le soluzioni adottate da altri paesi rispetto a fenomeni giuridici similari, che trovano al di fuori della legislazione la propria fonte; dall'altro rendono necessaria l'adozione di soluzioni analoghe o, quantomeno, similari.

Tale aspetto è rilevante nell'analisi delle *rationes* che determinano le decisioni delle corti, che si riconnette direttamente alla prova di realismo giuridico fatta dalla S.C. Rifuggendo un approccio dogmatico, la Cassazione prende in considerazione le ragioni dello sviluppo delle clausole *claims made*, ne analizza la diffusione e la funzione economica, considera gli interessi in gioco facendo esplicito riferimento al contesto socio-economico e, anche sulla base di tali elementi, giunge alla decisione.

Sulla giurisprudenza e la normativa in materia di *claims made* nell'ordinamento francese si è già detto¹⁰⁰⁴. In questa sede si evidenzia come anche nell'ordinamento tedesco¹⁰⁰⁵, che pure non prevede né il giudizio di meritevolezza, né quello causale, ci si sia interrogati circa la validità delle clausole *claims made*, giungendo a soluzioni similari. L'analisi è stata svolta in maniera parzialmente differente, ma con esiti applicativi relativamente simili.

La normativa tedesca non prevede espliciti limiti alla possibilità di strutturare il contratto di assicurazione secondo il sistema *claims made*. Tuttavia, ciò non significa che la *claims made* debba considerarsi automaticamente valida ed efficace; al contrario, comportando comunque uno sviamento rispetto alla prassi

¹⁰⁰³ In relazione al caso della *compensatio lucri cum damno* cfr. M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, cit., p. 1095. Cfr. altresì i contributi in TH. DI MANNO (a cura di), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, 2014.

¹⁰⁰⁴ Cfr. par. 2.6.1. Per una dettagliata analisi comparatistica del sistema *claims made* in Argentina ed Uruguay cfr. F. DELFINI, *I contratti aleatori nel codice civile italiano e nel codice civile e commerciale argentino e la assicurazione della responsabilità civile professionale*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 341 ss.

¹⁰⁰⁵ Anche se la *claims made* risulta meno diffusa rispetto al mercato assicurativo francese ed italiano, cfr. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno resp.*, 2017, p. 463 nt. 14; I. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, cit., p. 605 nt. 27.

contrattuale ed essendo una clausola potenzialmente abusiva¹⁰⁰⁶, essa è valida solo qualora corrisponda alle necessità dell'assicurato e siano previste delle concessioni corrispettive da parte della compagnia di assicurazione¹⁰⁰⁷.

Ad esempio, la Corte d'Appello di Monaco¹⁰⁰⁸ ha analizzato la validità di una clausola *claims made* inserita in una polizza concernente la responsabilità professionale di amministratori e direttori. La Corte ha ritenuto valida tale clausola, benché si discostasse dal modello *loss occurrence*, perché nel caso concreto gli svantaggi del sistema *claims made* erano adeguatamente bilanciati dai vantaggi concessi all'assicurato; peraltro, nel caso di specie, la polizza prevedeva che l'assicurato fosse coperto anche qualora la domanda risarcitoria fosse comunicata all'assicuratore entro un anno dal termine della polizza, e che comunque la polizza coprisse anche richieste basate su eventi antecedenti alla conclusione del contratto.

Una sentenza della Corte di Appello di Amburgo¹⁰⁰⁹ ha invece statuito che una clausola *claims made*, che prevedeva una copertura postuma di tre anni – tuttavia, non operativa in caso di insolvenza dell'assicurato – non fosse valida.

Concludendo, nell'ordinamento tedesco il sistema *claims made* non è di per sé considerato invalido; ogni polizza viene tuttavia esaminata in relazione alle circostanze concrete ed alle pattuizioni ivi previste, al fine di valutare se gli svantaggi derivanti da tale clausola siano adeguatamente controbilanciati da altre pattuizioni¹⁰¹⁰. Anche in tale ordinamento la soluzione adottata, che rimette alla valutazione del singolo caso concreto la decisione sulla validità della pattuizione, permette di prendere decisioni che siano più confacenti al caso specifico, tuttavia, comporta altresì una notevole incertezza per gli operatori¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁶ M. EICHHORST, *Germany*, in *The Insurance and Reinsurance Law Review*, 2016, par. III(3).

¹⁰⁰⁷ In particolare, quando le polizze coprono anche gli eventi dannosi sconosciuti verificatisi antecedentemente alla conclusione del contratto e prevedono un periodo di ultrattività.

¹⁰⁰⁸ OLG München, 8 maggio 2009, 25 U 5136/08, consultabile al sito <http://dejure.org>.

¹⁰⁰⁹ OLG Hamburg, 8 luglio 2015, 11 U 313/13, consultabile al sito <http://dejure.org>.

¹⁰¹⁰ S. LANDINI, *The Worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2016, p. 514.

¹⁰¹¹ M. EICHHORST, *Germany*, cit., par. III(3). Si accenna infine al fatto che anche nell'ordinamento belga si è sviluppato un ampio dibattito circa la validità della *claims made*. Nel 1992 il legislatore aveva vietato *in toto* di prevedere la clausola *claims made* nei contratti d'assicurazione terrestre (art. 78 *loi sur le contrat d'assurance terrestre*). Nel 1994, in ragione delle proteste delle compagnie di assicurazione, la legge è stata modificata (nuovo art. 78): il divieto del

Infine, occorre rimarcare un aspetto che potrebbe passare in secondo piano, ossia il fatto che siano esplicitamente presi in considerazione, al fine di esaminare la validità di una clausola di un contratto, gli interessi di terzi estranei all'accordo: la Corte decide prendendo in considerazione anche la necessaria protezione di determinati soggetti. Tale elemento, già presente nella sentenza del 2016, è, rispetto alla teoria classica del contratto, sorprendente. Esso si riconnette alla funzione sempre maggiore di *governance* ed organizzazione della vita sociale svolta dal contratto; ciò fa sì che lo stesso non sia più, propriamente, solo il prodotto della volontà delle parti, ma debba anche rispettare criteri di efficienza rispetto ad obiettivi generali¹⁰¹², che sono perseguiti tramite strumenti di diritto privato e non con l'azione pubblica. È un fenomeno che, con forme differenti, ha probabilmente giocato un ruolo importante nelle recenti sentenze sulla *compensatio lucri cum damno*¹⁰¹³ e che merita attenzione, poiché comporta un ripensamento della funzione e, quindi, della regolamentazione, di fondamentali istituti del diritto privato.

4.1.10 Le decisioni della Suprema Corte nel più ampio contesto del controllo sulle clausole del contratto

Le decisioni della Suprema Corte, pur costituendo un'originale applicazione dell'art. 1322, comma 2, c.c. e della causa concreta, si inseriscono all'interno di un più ampio percorso di evoluzione normativa, nel corso del quale sono stati introdotti numerosi strumenti di controllo dell'equilibrio contrattuale, in particolare in applicazione della disciplina comunitaria¹⁰¹⁴. Al fine di valutare la portata dell'estensione del giudizio causale e di meritevolezza alle singole clausole e

sistema *claims made* è stato mantenuto, ma sono state previste numerose eccezioni per settori specifici. In ogni caso, devono essere coperti i sinistri per i quali la richiesta risarcitoria è stata formulata nei tre anni successivi al termine della polizza, qualora tale rischio non sia coperto da un altro assicuratore. Cfr. M. FONTAINE, *Évolutions récentes du droit belge des assurances*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, coordinato da J. Kullmann, Paris, 2010, p. 130 ss.

¹⁰¹² Come sottolineato dalla Suprema Corte tale obbligo è previsto non tanto a protezione dell'assicurato, quanto piuttosto a tutela del terzo eventualmente danneggiato, in considerazione del fatto che il patrimonio del danneggiante potrebbe risultare incapiente rispetto all'integrale risarcimento del danno.

¹⁰¹³ M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, cit., p. 1099.

¹⁰¹⁴ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 569.

comprendere il contesto nel quale è maturata, nonché di valutare possibili parametri e criteri applicativi, occorre brevemente evidenziare i caratteri fondamentali di tale percorso¹⁰¹⁵. Come si dirà in seguito¹⁰¹⁶, tale percorso è inoltre entrato nella disciplina francese del contratto, tramite l'introduzione del nuovo art. 1171 *Code civil*.

La normativa di matrice comunitaria, centro propulsivo di tali innovazioni, ha disposto una serie di controlli sul contratto volti alla protezione di un contraente considerato in posizione di debolezza a causa di asimmetrie informative o di potere negoziale¹⁰¹⁷, al fine di assicurare il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale. Per quanto qui più interessa, si rileva che sono numerosi i casi in cui norme di derivazione comunitaria dispongono la nullità o inefficacia di singole clausole del contratto, prevedendo un intervento giudiziale di tipo modificativo sull'accordo¹⁰¹⁸.

Prendendo le distanze dal presupposto teorico dei codici liberali di stampo ottocentesco, secondo cui il contratto è concluso da due parti astrattamente poste su un piano di uguaglianza e l'accordo è, per definizione, frutto della piena e libera volontà dei contraenti¹⁰¹⁹, si considera il concreto contesto in cui si svolge la contrattazione¹⁰²⁰. Assume rilevanza il fatto che questa possa essere soggetta a

¹⁰¹⁵ Più in generale, su tali trasformazioni, v. *supra* cap. 1.

¹⁰¹⁶ V. par. 5.11.

¹⁰¹⁷ M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 72 ss.; E. LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, cit., p. 882 ss.

¹⁰¹⁸ Cfr. par. 1.10, 1.11.

¹⁰¹⁹ L. NIVARRA, *Capitalismo e diritto privato*, cit., p. 102 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 879 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 367 ss.; R. SEFTON-GREEN, *La cause ou la justice à l'aune du juge*, in *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, a cura di J. Cartwright. S. Vogenauer et S. Whittaker, Paris 2010, p. 133 ss. In generale, circa il dibattito sull'autonomia contrattuale, ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss.

¹⁰²⁰ F. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, III, disponibile a: <http://rivistaodc.eu/edizioni/2015/3/saggi/sulle-tracce-di-una-vecchia-talpa-il-diritto-commerciale-nel-sistema-neoliberale/>; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 261; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 293 ss.

market failures che non permettono al dispositivo concorrenziale di funzionare correttamente¹⁰²¹ e, quindi, non consentono la massimizzazione del valore di ogni transazione. Di conseguenza si introducono disposizioni volte a correggere le problematiche che non permettono alla contrattazione di svolgersi liberamente¹⁰²² ed al meccanismo del prezzo di garantire la migliore allocazione delle risorse¹⁰²³.

Mettendo almeno parzialmente in discussione la concezione unitaria del contraente¹⁰²⁴, si accresce la protezione di determinati soggetti considerati deboli, così da ridurre i costi di transazione causati dagli ostacoli alla concorrenza ed all'utilizzo razionale del potere di scelta¹⁰²⁵. In questa prospettiva si interviene sul contratto al fine di conformare lo scambio a quello che sarebbe stato concluso in condizioni di concorrenza ideale¹⁰²⁶.

Prescindendo da valutazioni circa l'adeguatezza di tale approccio rispetto all'obiettivo di massimizzare il benessere generale¹⁰²⁷, occorre mettere in risalto il passaggio da un sistema che ha come presupposto la libera determinazione delle parti ad un sistema che prende in considerazione la differenza tra i contraenti ed il fatto che l'accordo non sia in ogni sua parte il frutto di un consenso libero e pieno e, di conseguenza, intangibile¹⁰²⁸. Queste innovazioni sono altresì al centro dalle

¹⁰²¹ M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., p. 73 ss.; F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, II, p. 46 ss.

¹⁰²² V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., p. 263 ss.

¹⁰²³ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 575; P.G. MONATERI, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 491.

¹⁰²⁴ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, p. 611 ss., 617; E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto meramente di specialità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 437 ss.

¹⁰²⁵ F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, cit., p. 56 ss.; per un esempio di tale approccio cfr. diffusamente O. WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, New York, 1996; ID., *The lens of contract: private ordering*, in *American economic review*, 2002, 438 ss.

¹⁰²⁶ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 579 ss.

¹⁰²⁷ Per una critica radicale di tale impianto ideologico cfr. D. CAMPBELL, *Welfare economics for capitalists: the economic consequences of judge Posner*, in *Cardozo Law Review*, 2012, p. 2233 ss.; D. HARVEY, *A brief history of neoliberalism*, Oxford, 2005; P. DARDOT e CH. LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, cit.

¹⁰²⁸ Circa la razionalità comportamentale dell'agente privato cfr. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, p. 16 ss.; G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014. Per una critica del

riflessioni sviluppatesi circa il terzo contratto¹⁰²⁹ ed il contratto asimmetrico¹⁰³⁰: le due teorie, pur presentando rilevanti differenze in relazione ai presupposti e, di conseguenza, ai riflessi pratici¹⁰³¹, mettono tuttavia in luce le variazioni intervenute nel diritto contrattuale contemporaneo ed il mutamento di prospettiva della disciplina comunitaria.

Tale evoluzione normativa, finalizzata alla regolazione del mercato concorrenziale¹⁰³², comporta anche l'introduzione di disposizioni che prevedono l'intervento giudiziale su singole clausole dell'accordo¹⁰³³, le cui specificità e

modello dell'agente razionale cfr. D. KAHNEMAN e A. TVERSKY, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, in *Econometrica*, 1979, p. 263 ss.; D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, London, 2011. Circa l'eterodeterminazione del comportamento del soggetto cfr. F. LORDON, *Capitalisme, désir et servitude*, Paris, 2010.

¹⁰²⁹ Cfr. i contributi in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; P. SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato*, Milano, 2006; R. NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2015; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

¹⁰³⁰ E. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.; ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 65 ss.; A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss.

¹⁰³¹ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, cit., p. 695 ss.; e più diffusamente in ID., *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in *La vocazione civile del giurista*, cit., 178 ss.; S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 414 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 365 ss.; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per c.d. terzo contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 986 ss.

¹⁰³² M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., p. 73 ss.; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, cit., p. 697; A. SOMMA, *Private law as biopolitics: ordoliberalism, social market economy, and the public dimension of contract*, in *Law and contemporary problems*, 2013, p. 105 ss.; E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, p. 33 ss.; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.; ID., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., p. 9 ss.; ID., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., p. 379; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 415 ss.; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., p. 65 ss.

¹⁰³³ P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 418 ss. si evidenzia come anche i contratti conclusi da consumatori sono contratti commerciali, la cui disciplina rileva per la regolazione del mercato. Cfr. altresì AND. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, p. 100 ss. Peraltro,

finalità devono essere considerate in ogni singolo caso, poiché esse sono parametrizzate sugli specifici fallimenti del mercato che si intende correggere¹⁰³⁴. In linea generale si può affermare che l'intervento giudiziale sul contratto previsto da questa disciplina ha una finalità conformativa dell'accordo rispetto all'equilibrio che, in assenza di distorsioni del mercato stesso, sarebbe stato raggiunto dalle parti¹⁰³⁵. Tali disposizioni, che permettono di modificare il rapporto di corrispettività tra le obbligazioni dei contraenti, tutelano il mercato concorrenziale anche promuovendo la correttezza e l'equilibrio dello scambio¹⁰³⁶.

4.2 La meritevolezza della clausola di un contratto di concessione per l'utilizzo di acqua

L'utilizzo sempre più frequente della causa concreta e della meritevolezza al fine di controllare le pattuizioni dei contraenti si è manifestato altresì in una recente sentenza della Suprema Corte, concernente una clausola relativa al pagamento del

è il preambolo stesso della Direttiva 93/13/CEE ad indicare come l'eliminazione delle clausole abusive sia funzionale alla creazione del mercato interno.

¹⁰³⁴ F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, cit., p. 60 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 81 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 97 ss.; E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto meramente di specialità*, cit., p. 453 ss.

¹⁰³⁵ M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 46 ss. In relazione alla funzione conformativa dell'accordo, G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 83 ss., sottolinea come anche l'intervento esterno sull'oggetto dei contratti di impresa permetta di conformarne il contenuto seguendo finalità eterogenee.

¹⁰³⁶ G. ALPA, *La disciplina della concorrenza e la correttezza nell'attività commerciale*, in *Econ. dir. terziario*, 2002, p. 359 ss.; E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, cit., p. 57 ss. Inoltre, senza voler affrontare un tema che meriterebbe una trattazione a sé stante, si noti che anche la valorizzazione della clausola di buona fede permette un intervento eteronomo sul contratto, comprimendo l'autonomia contrattuale qualora essa sia stata esercitata in maniera inconciliabile con la razionalità mercantile, cfr. M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 319 ss.; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 263 ss.; AND. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, cit., 95 ss. Circa buona fede, equità e mercato cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 85 ss.

canone per la concessione dell'utilizzo di acque per la produzione di energia elettrica¹⁰³⁷.

Tale sentenza presenta profili di interesse ai fini della nostra analisi per molteplici ragioni. In particolare, l'intrecciarsi – piuttosto confuso – di plurime argomentazioni da parte delle Sezioni unite offre all'interprete la possibilità, tramite un'analisi critica, di tentare di dipanare i fili di tali sovrapposizioni e, quindi, di chiarire i confini ed i caratteri operativi degli istituti giuridici coinvolti.

Procedendo con ordine, partiamo dal caso deciso. Regione Lombardia e Tecnowatt s.r.l. avevano concluso un contratto di concessione di acque, con il quale la Regione concedeva alla Tecnowatt l'utilizzo di acque pubbliche al fine di produrre energia elettrica contro il pagamento di un canone. Il contratto prevedeva una clausola con la quale la società si obbligava al pagamento del corrispettivo anche qualora non avesse potuto fruire delle acque, anche per causa a lei non imputabile. In altri termini, la clausola prevedeva chiaramente che, a prescindere dall'effettivo utilizzo da parte di Tecnowatt dell'acqua, la stessa fosse obbligata a pagarne il corrispettivo.

La lite scaturisce da due ingiunzioni di pagamento relative ad annate nelle quali la società non ha fruito dell'acqua in ragione della mancata concessione, da parte delle autorità competenti, dei relativi permessi di costruire, necessari ai fini dell'ultimazione dell'impianto per la produzione dell'energia. Sia il Tribunale Regionale delle acque pubbliche presso la Corte d'Appello di Milano, sia il Tribunale Superiore delle acque, competenti *ratione materiae*, avevano accolto la richiesta di esenzione dal pagamento dei canoni che erano stati oggetto di due ingiunzioni della Regione.

Da quanto si legge dalla pronuncia delle Sezioni Unite, che rimandano alla pronuncia impugnata, il mancato prelievo dell'acqua era dovuto alla mancata concessione edilizia da parte dell'autorità competente, che aveva quindi impedito lo svolgimento delle opere necessarie alla derivazione dell'acqua oggetto della concessione e, conseguentemente, all'impossibilità di usufruirne. Il Tribunale

¹⁰³⁷ Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1205 ss., con nota di A.M. Garofalo; in *Foro it.*, I, c. 2007 ss., con nota di F. Ferrara.

superiore ragionava quindi in termini di impossibilità della prestazione ed asseriva che, essendo il mancato sfruttamento della concessione dovuto al rifiuto delle necessarie autorizzazioni da parte di enti pubblici, da un lato la prestazione era divenuta impossibile per *factum principis*; dall'altro che, essendo il mancato utilizzo della concessione dipeso da fatto della Pubblica Amministrazione, il mancato pagamento del canone fosse giustificato sulla base del principio *inadempienti non est adimplendum*.

In secondo luogo si affermava che, a prescindere dalla fonte negoziale dell'obbligazione di pagare il canone, lo stesso dovesse considerarsi come corrispettivo dell'utilizzazione del bene oggetto di concessione e, quindi, non dovesse essere versato nei casi di impossibilità della fruizione. Infine, asseriva che occorreva applicare anche nel caso di specie i principi affermati da Cass., sez. un., 8 agosto 2005, n. 16602, secondo cui, in ragione della clausola di buona fede, il concessionario fosse esentato dal pagamento qualora, per cause a lui non imputabili, fosse divenuto impossibile lo sfruttamento della risorsa.

Le Sezioni Unite, con una sentenza che si potrebbe definire «additiva», confermano la sentenza di merito e ne integrano la motivazione con numerose considerazioni relative alla causa concreta ed alla meritevolezza degli interessi. In particolare, per quello che qui interessa, la Corte affronta congiuntamente i due motivi di ricorso con i quali si sosteneva la validità della clausola relativa al pagamento del canone di concessione e la violazione delle disposizioni concernenti l'interpretazione del contratto.

Basandosi sull'art. 1322, comma 2 c.c., la Corte afferma che la clausola relativa al pagamento del canone è insussistente o invalida ed inefficace.

Innanzitutto, precisando il quadro teorico entro il quale si svolge la decisione, le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento secondo cui: «il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dai paciscenti nella stipula di un contratto atipico deve avere ad oggetto la causa concreta»¹⁰³⁸. Inoltre, si afferma di voler seguire l'orientamento iniziato con le sentenze relative alle clausole *claims*

¹⁰³⁸ La Cassazione richiama le precedenti Cass., 10 gennaio 2012, n. 65; Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

made e, quindi, di voler esperire il controllo di meritevolezza sulla singola clausola del contratto, senza che l'invalidità di questa si estenda all'intero negozio¹⁰³⁹.

Delineati i principi di diritto che intende applicare, la sentenza procede in due direzioni, che vorrebbero essere complementari nel portare alla decisione finale (entrambe fanno applicazione della causa concreta): la prima concerne l'interpretazione della clausola, la seconda concerne la validità e la meritevolezza della stessa.

Circa il primo aspetto, la Corte afferma che una clausola che prevedesse l'obbligazione di versare il canone anche in caso di mancata fruizione del servizio non solo si porrebbe in contrasto con i principi regolatori della materia, ma trasformerebbe il contratto da commutativo ad aleatorio: «riversando sul concessionario ogni rischio, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità (cui va ricondotto il *factum principis*, fattispecie entro la quale si può sussumere la singolare persistente condotta ostruzionistica delle pubbliche amministrazioni)»¹⁰⁴⁰. Tale volontà di porre in essere un contratto aleatorio, invece, non risulterebbe dal contratto concluso dalle parti. L'argomentazione, che fa leva sulla causa del contratto quale strumento interpretativo, ci sembra errata da molteplici punti di vista.

Premesso che la Corte non riporta le clausole del contratto dalle quali non si potrebbe evincere tale intenzione, appare invece chiaro che la clausola in questione è di inequivocabile lettura laddove prevede che, in ogni caso, la concessionaria sarà obbligata a pagare il prezzo, anche qualora l'utilizzo non sia poi in concreto possibile. Questo aspetto porta ad interrogarsi sulla considerazione dell'impossibilità della fruizione dell'acqua nel caso di specie. In questo caso, infatti, quello che viene solitamente definito come *factum principis*, ossia come comportamento dell'autorità pubblica che rende impossibile una determinata prestazione, si presenta in maniera del tutto peculiare. Infatti, tale evento non rende direttamente impossibile la prestazione di nessuno dei due contraenti: ovviamente,

¹⁰³⁹ Si rimanda a quanto argomentato *supra*, par. 4.1., anche per i necessari riferimenti storici e bibliografici rispetto a tale orientamento.

¹⁰⁴⁰ Par. 12.

non rende impossibile il pagamento del prezzo; del pari, non rende impossibile la prestazione della Regione, che si limita a fornire l'accesso all'acqua.

Da quanto può desumersi dal testo della sentenza, l'obbligazione della Regione consisteva nel permettere lo sfruttamento dell'acqua, mentre quella del concessionario nel versamento del prezzo. Nei fatti, l'impossibilità dello sfruttamento è dipesa non dalla sopravvenuta impossibilità di una di queste obbligazioni, ma dal fatto che, per poter effettivamente sfruttare la concessione, la società ricorrente doveva realizzare delle opere edilizie per le quali era necessaria l'autorizzazione della competente amministrazione e che tale autorizzazione, quantomeno per i periodi in questione, non è stata concessa. La concessione di tale autorizzazione avrebbe potuto essere qualificata come presupposizione per il versamento del canone, oppure quale condizione sospensiva, ma così non è stato.

Sia in primo grado, sia in secondo, le corti competenti hanno ritenuto che l'obbligazione del debitore fosse divenuta impossibile per *factum principis* e che, quindi, dall'impossibilità dello sfruttamento della concessione derivasse l'esenzione dal pagamento del prezzo. Tale soluzione, da quanto si può dedurre dalla sentenza, non è corretta poiché nessuna delle obbligazioni è divenuta impossibile; semplicemente Tecnowatt non ha potuto realizzare quegli interventi che le avrebbero permesso di sfruttare la concessione.

Rimandando a quanto argomentato in materia di aleatorietà¹⁰⁴¹, ci pare che non si possano condividere le argomentazioni sul punto sviluppate dalle Sezioni Unite. In primo luogo, perché nel caso deciso l'aleatorietà non caratterizza una delle prestazioni delle parti, ma una fase prodromica e necessaria allo sfruttamento del contratto. In altre parole, l'aleatorietà concernente l'effettivo sfruttamento della concessione non riguarda la prestazione della concedente (che si è impegnata a concedere la possibilità di sfruttare le acque), ma l'effettiva possibilità per la ricorrente di sfruttare la concessione ottenuta e, quindi, non è inerente all'obbligazione. Ne consegue che quanto affermato sul punto dalla Suprema Corte,

¹⁰⁴¹ V. *supra* par. 3.2.8.

la quale richiama le pronunce sui contratti *my way*¹⁰⁴² e sui derivati¹⁰⁴³ anche in relazione alla prospettata alea unilaterale, non sembra essere pertinente.

Nel caso di specie, infatti, non è stato addossata ad una delle parti tutto il rischio del contratto, ma si è addossato all'impresa l'onere ed il dovere di ottenere le dovute autorizzazioni amministrative necessarie alla realizzazione del piano imprenditoriale. Ne consegue che non è stata addossata alla parte un'alea artificialmente creata con il contratto, né un'alea teoricamente bilaterale è stata resa unilaterale senza un'opportuna contropartita da parte dell'altro contraente. Si può affermare che la clausola chiariva l'obbligazione della Regione, specificando che essa era limitata alla messa a disposizione, a prescindere dall'effettiva possibilità di utilizzarla da parte della concessionaria.

Allo stesso modo, non sembra concludente il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale ed ai principi regolatori della materia: se questi principi o le regole in materia costituissero norme imperative o principi di ordine pubblico direttamente applicabili nel caso in questione non vi sarebbe bisogno di fare riferimento alla meritevolezza ed alla causa concreta: la clausola sarebbe nulla in ragione della violazione di tali norme. Tuttavia, la Suprema Corte ritiene che tali disposizioni non possano applicarsi direttamente; di conseguenza, ne applica la *ratio* attraverso il giudizio di meritevolezza, rendendo questo giudizio il grimaldello attraverso il quale applicare tali principi anche al caso di specie. Per le ragioni suesposte, tuttavia, non pare che il richiamo al giudizio di meritevolezza sia confacente e che il contratto possa ritenersi nullo.

Diverso sarebbe stato se la corte avesse affermato che la concessione in questione fosse priva di causa, in quanto l'impresa era vincolata a versare il canone senza ricevere alcunché in cambio. Ma così non era nel caso di specie, dato che la Regione si impegnava a fornire la possibilità di sfruttamento delle risorse idriche e, quindi, il prezzo veniva disposto a fronte della concessione di tale possibilità.

A prescindere dalla correttezza della decisione e dell'applicazione dei giudizi causale e di meritevolezza, occorre infine evidenziare come, anche da questa

¹⁰⁴² V. *supra* par. 3.1.

¹⁰⁴³ V. *supra* par. 3.2.

sentenza, emerga una sostanziale assimilabilità del giudizio di meritevolezza e quello relativo all'esistenza della causa concreta. Infatti, si riafferma che entrambi costituiscono un giudizio sul modo di essere del contratto.

Infatti, una volta ribadita la distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza, non si riesce ad individuare lo spazio di autonomia del giudizio di meritevolezza da quello concernente l'esistenza della causa concreta. Prendendo in considerazione le trasformazioni del giudizio relativo alla causa, che sono state messe in evidenza, la sentenza rafforza l'idea che l'espressione meritevolezza della causa ed esistenza della causa siano sostanzialmente analoghi¹⁰⁴⁴.

4.3 La meritevolezza delle clausole dei patti parasociali

4.3.1 Applicazioni del giudizio di meritevolezza in relazione a clausole di patti parasociali

Si è evidenziato come anche in relazione ai patti parasociali, generalmente considerati come contratti di organizzazione, si sia posto il problema della causa e della meritevolezza in ragione del contenuto e del rapporto fra le prestazioni dei contraenti¹⁰⁴⁵.

Occorre in questa sede sottolineare un ulteriore profilo di interesse per l'attuale disciplina del giudizio causale e di meritevolezza, concernente non la causa dell'intero patto parasociale, ma di una sua singola clausola: anche in tale ambito, infatti, la giurisprudenza ha applicato il controllo di meritevolezza ad una singola clausola dell'accordo. Nonostante la ritrosia delle corti ad estendere i controlli dell'autonomia ai contratti di organizzazione della vita societaria, al fine di non minarne la validità¹⁰⁴⁶, anche in tale settore la giurisprudenza ha iniziato a fare applicazione del giudizio di meritevolezza per vagliare clausole che possono risultare problematiche nell'attribuzione di diritti ed obbligazioni ai contraenti.

¹⁰⁴⁴ Cfr. par. 6.2.

¹⁰⁴⁵ Cfr. par. 3.6.1-3.6.2. Per un inquadramento della questione cfr. P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, cit., p. 159 ss.

¹⁰⁴⁶ P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, cit., p. 163.

Si noti che tali pronunce rappresentano comunque un'evoluzione rispetto a sentenze che, nel secolo scorso, avevano giudicato di patti parasociali secondo il canone di meritevolezza: in tali casi, infatti, quello che veniva effettuato era un controllo di validità rispetto alle norme imperative ed ai principi che regolavano la vita societaria¹⁰⁴⁷, ossia un controllo di liceità. Può quindi ritenersi che la sostanziale insindacabilità delle pattuizioni concernenti l'organizzazione della vita della società, sull'onda dell'espansione del controllo di meritevolezza e di liceità, stia iniziando a venire meno¹⁰⁴⁸.

Il controllo causale delle clausole dei patti parasociali, così come quello del contratto, prende in considerazione due profili: il primo concerne la funzione dell'accordo e l'analisi in concreto che esso permette. Tuttavia, non è assente da queste decisioni anche il profilo della valutazione dell'equilibrio tra le rispettive prestazioni, nonché la valutazione di come incida sullo stesso la singola clausola¹⁰⁴⁹. Così è in relazione alla clausola di *russian roulette*, che permette comunque di mantenere un «equilibrio causale»; lo stesso può dirsi circa l'opzione *put* a prezzo fisso, in relazione alla quale si pone il problema del rapporto tra il trasferimento dei rischi relativi all'attività di impresa rispetto ai benefici ottenuti grazie all'acquisto delle partecipazioni sociali. Da queste sentenze emerge altresì che sulle decisioni della giurisprudenza hanno influito le caratterizzazioni delle parti ed il contesto nel quale l'accordo è stato concluso (ossia circa l'effettiva libertà delle parti di contrattare l'accordo ed il suo carattere «necessitato» o meno), specialmente per quanto concerne le opzioni a presso fisso.

¹⁰⁴⁷ Cass. 2 settembre 1995, n. 9975, cit.; Trib. Milano 23 aprile 1990, cit.

¹⁰⁴⁸ Anche se la giurisprudenza rimane molto cauta in questo settore, cfr. Cass., 4 luglio 2018, n.17498, cit., che ha affermato: «ciò posto, tanto più quando si tratti di soggetti entrambi imprenditori, che abbiano concordato un regolamento pattizio nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale privata, ogni intervento giudiziale *ex art.* 1322 cod. civ. - col suo effetto d'autorità rispetto ad equilibri negoziali liberamente contrattati - non può che essere del tutto residuale.»

¹⁰⁴⁹ Si è asserito che «la clausola generale sulla meritevolezza di tutela consente, dunque, non solo di verificare la coerenza interna degli statuti, ma di colpire per così dire chirurgicamente l'applicazione di clausole che, non già in astratto, bensì in concreto realizzano assetti ingiustificabili». Cfr. P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, cit., p. 174. È il caso, ad esempio, della controversia concernente la validità dei patti di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva; sull'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale vedi l'approfondita analisi ed i riferimenti indicati in A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, in *Riv. società*, 2016, p. 282 ss; Trib. Milano, 16 giugno 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 1098 ss., con nota di A. Tina.

4.3.2 Causa e meritevolezza della clausola di russian roulette

In relazione a tali aspetti è interessante una sentenza del Tribunale di Roma¹⁰⁵⁰ che ha giudicato della meritevolezza di una clausola di *russian roulette* inserita in un patto parasociale concluso dai due soci. La premessa da cui parte la Corte per estendere anche a tale clausola il giudizio di meritevolezza è, come nel caso delle *claims made* prima della sentenza Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437¹⁰⁵¹, l'affermazione dell'atipicità della clausola. La clausola cosiddetta di *russian roulette* non è legislativamente tipizzata, come d'altronde i patti parasociali in generale, regolati solamente dagli artt. 2341-bis e 2341-ter c.c. e 122-123 t.u.f.

Tale clausola mira a risolvere le situazioni di stallo nella *governance* societaria nei casi in cui, in ragione della frammentazione delle partecipazioni sociali, i soci non sono in grado di prendere le decisioni necessarie per lo svolgimento dell'attività sociale.

Nella pratica sono state elaborate differenti tipologie di tali clausole; tuttavia, esse funzionano generalmente secondo lo schema che si può così riassumere: al verificarsi di un determinato evento (cosiddetto *trigger event*) un contraente è tenuto ad effettuare una valutazione del valore delle partecipazioni sociali ed è obbligato ad offrire all'altro di acquisire le proprie partecipazioni. L'oblato può accettare l'offerta, oppure offrire di acquistare le partecipazioni sociali dell'altro socio al prezzo determinato sulla base dell'offerta dell'altro contraente. La clausola ha quindi l'effetto di concentrare le partecipazioni sociali nelle mani di un socio, così da risolvere lo stallo decisionale della società. Al tempo stesso, il fatto che il contraente che determina il prezzo delle partecipazioni non sia quello cui spetta la decisione se acquistare o vendere comporta che il prezzo sia, almeno in teoria, determinato secondo criteri razionali.

¹⁰⁵⁰ Trib. Roma, 19 ottobre 2017, in *Giur. it.*, 2018, p. 1136 ss., con nota di M. Tabellini; in *Società*, p. 543 ss., con nota di P. Divizia.

¹⁰⁵¹ Cit.

Nel caso sottoposto al Tribunale di Roma la validità di tale clausola era contestata sotto numerosi profili attinenti sia al diritto contrattuale, sia alle modalità di ripartizione del controllo societario¹⁰⁵². La Corte asserisce che, prima di valutare le specifiche censure mosse dalle parti, occorre esaminare più in generale la meritevolezza della clausola, soprattutto in ragione del fatto che la clausola non indicava alcun criterio o vincolo per compiere la valutazione del prezzo, rimettendola sostanzialmente al mero arbitrio di un contraente.

La Corte adita analizza la meritevolezza della clausola sotto due profili. Il primo è quello dello scopo perseguito dalla stessa nella gestione della vita societaria. Da questo punto di vista si afferma che la clausola è sicuramente meritevole di tutela, in quanto volta ad evitare la paralisi decisionale della società e, quindi, a scongiurare una delle cause di scioglimento previste dall'art. 2484 c.c. e la laboriosa procedura di liquidazione. La clausola permette dunque la continuazione della vita societaria ed il perseguimento dello scopo sociale, evitando l'*impasse* creato dal controllo condiviso.

Sotto il secondo profilo, invece, il Tribunale di Roma esamina la modalità di determinazione del prezzo delle azioni. Tale aspetto, che viene nel prosieguo della sentenza analizzato anche in relazione alla prospettata violazione dell'art. 1349 c.c. e del più generale principio della non determinabilità unilaterale dell'oggetto, è in primo luogo esaminato tramite il giudizio di meritevolezza, valutato in relazione allo scopo perseguito dai contraenti. In particolare, una volta analizzato lo scopo della clausola, si analizza la modalità del suo perseguimento, ossia le modalità con cui si giunge all'acquisto delle azioni da parte di uno dei soci.

La Corte asserisce che, benché la determinazione sia effettivamente rimessa ad uno solo dei contraenti, il meccanismo della *russian roulette* risulta «sotto il profilo causale, intrinsecamente “equilibrato” poiché alla determinazione unilaterale del prezzo si accompagna il “rischio” di perdere, per quel prezzo, la propria partecipazione all'affare.»

¹⁰⁵² Sui possibili motivi di nullità della clausola cfr. S. MAZZAMUTO, *Clausola di roulette russa*, in *Clausole negoziali*, vol. II, a cura di M. Confortini, Torino, 2019, p. 1208 ss.

Il giudizio di meritevolezza non si esaurisce nella valutazione dell'obiettivo della pattuizione, ma impone di prendere in considerazione anche le modalità con cui si realizza lo scambio della partecipazione sociale contro il prezzo. Nel caso deciso il fatto che un contraente determini unilateralmente il prezzo è controbilanciato dal fatto che sia l'altra parte a decidere se acquistare o meno a quel determinato prezzo. Dall'argomentazione della Corte traspare chiaramente che il meccanismo in questione garantisce, in almeno in astratto, un prezzo considerato adeguato. Il Tribunale distingue altresì il profilo della meritevolezza della clausola da quello relativo ad un esercizio abusivo del diritto¹⁰⁵³. I due aspetti devono essere infatti distinti poiché la loro valutazione si basa su criteri differenti e ne discendono conseguenze diverse sul piano sanzionatorio e rimediabile.

Il giudizio di meritevolezza della clausola del patto parasociale, quindi, da un lato esamina gli obiettivi divisati tramite la stessa: sotto questo profilo, essa sembra integrare un controllo di liceità, concernente il controllo del mancato aggiramento di norme imperative. Dall'altro, invece, si concentra sulle prestazioni delle parti (nel caso di specie, l'obbligo di acquisto delle partecipazioni sociali contro il prezzo), al fine di verificare che esse mantengano un «equilibrio causale», ossia che il patto preveda una modalità di determinazione del valore della partecipazione che sia adeguato.

4.3.3 Le opzioni put a prezzo fisso

I giudizi causale e di meritevolezza sono stati applicati anche alle clausole di opzione *put* a prezzo fisso¹⁰⁵⁴, la cui validità è stata contestata in quanto esse violerebbero il divieto di patto leonino¹⁰⁵⁵. Tali pronunce, che si inseriscono nella

¹⁰⁵³ S. MAZZAMUTO, *Clausola di roulette russa*, cit., p. 1216-1217 propone di ritenere valida la clausola e di effettuare il controllo sull'abusività del suo esercizio.

¹⁰⁵⁴ Sul punto vedi anche App. Milano, 17 settembre 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 898, con nota di P. Riganti; in *Società*, 2015, p. 555, con nota di E. Bonavera; in *Contratti*, 2015, p. 999, con nota di C. Palomba.

¹⁰⁵⁵ Il quale, come noto, è «il patto con cui uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite» (art. 2265 c.c.). Si inseriscono in questo filone Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 478, con nota di A. Ciaffi; Trib. Milano, 30 dicembre 2011, in *Giur. comm.*, II, p. 729, con nota di F. Delfini; Trib. Verona, 26 maggio 2014, in *Giur. comm.*, 2015,

più ampia tema della validità di clausole tramite le quali potrebbe essere eluso il divieto di patto leonino¹⁰⁵⁶, hanno valutato una clausola di un patto parasociale con cui un socio concedeva ad un altro un'opzione *put* a prezzo fisso più interessi, che gli permetteva di recuperare integralmente il valore dell'investimento a prescindere dall'andamento dell'impresa.

La Corte d'appello di Milano¹⁰⁵⁷ ha affermato che, analizzando il profilo causale di tale patto, si nota che esso trasferisce integralmente il rischio di impresa sull'altro socio, facendo sì che il socio al quale viene attribuito il diritto di opzione non debba sopportare le perdite. Esso ha quindi la medesima struttura e porta ai medesimi risultati del patto leonino¹⁰⁵⁸. D'altro lato, non risulta che il patto persegua alcuna altra funzione meritevole di tutela: l'opzione ha in realtà come solo fine quello di escludere ogni tipo di rischio per il socio finanziatore e, quindi, di eludere il divieto di patto leonino: ne deriva la nullità dell'opzione.

La causa del contratto e la meritevolezza di tutela, in questi casi, sono utilizzati al fine di esaminare la funzione concreta del patto, soprattutto in relazione alle norme concernenti la gestione dell'impresa e l'attribuzione del rischio, al fine

II, p. 733, con nota di F. Accettella, nonché le pronunce citate in seguito. Per un inquadramento del problema cfr. E. BARCELLONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, Milano, 2004, *passim*; P. DIVIZIA, *Patto di opzioni put and call*, in *Notariato*, 2017, p. 343 ss.

¹⁰⁵⁶ Sulle clausole *drag-along* e la loro eventuale assimilabilità alle opzioni a prezzo fisso cfr. A.M. D'ORTA, *Drag along a prezzo predefinito: elusione del divieto di patto leonino?*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 717 ss.

¹⁰⁵⁷ App. Milano, 19 febbraio 2016, in *Contratti*, 2016, p. 691, con nota di A.M. Perrino; sulla stessa linea anche App. Milano, 17 settembre 2014, cit., e già Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Notariato*, 1995, p. 244, con nota di U. La Porta. In senso parzialmente differente invece Cass., 4 luglio 2018, n.17498, in *Società*, 2019, p. 13, con nota di A. Busani, dove, senza smentire integralmente il rigido orientamento prima seguito, si è affermato che: «in ipotesi di opzione *put* a prezzo preconcordato, occorre ricostruire la causa concreta del programma contrattuale, per valutare se esista, sia lecita e meritevole di tutela: onde il patto non potrà ricadere nel divieto *ex art.* 2265 cod. civ. e supererà positivamente il vaglio *ex art.* 1322 cod. civ., laddove l'esclusione dalle perdite non sia strutturalmente assoluta e costante, nel senso sopra precisato, né ne integri la funzione essenziale, o causa concreta, con riguardo al complessivo regolamento negoziale.»

¹⁰⁵⁸ Il problematico rapporto tra obbligo di acquisto della partecipazione sociale e divieto di patto leonino si è già posto da tempo in dottrina, cfr. G. SBISÀ, *Circolazione delle azioni e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 816 ss.; G. MINERVINI, *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 771 ss.; G. PIAZZA, *La causa mista credito-società*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 803 ss.

di evitare che tramite pattuizioni atipiche i contraenti eludano la disciplina imperativa dettata dalla legge¹⁰⁵⁹.

Dall'argomentare della Corte d'Appello si deduce chiaramente che la decisione è stata altresì influenzata dal contesto in cui era stato concluso il patto: il contraente che ha concesso l'opzione necessitava assolutamente del finanziamento; per ottenerlo doveva offrire all'altra parte, tramite l'opzione *put*, la possibilità di godere dei vantaggi derivanti dalla partecipazione, ma, al tempo stesso, di non subire alcuna perdita. Ad avviso della Corte di merito questo contesto ha falsato la libertà della scelta del contraente, nonché la razionalità del suo impegno, poiché la necessità del finanziamento e l'impossibilità di procedere per altre vie hanno sostanzialmente imposto che lo stesso concludesse un accordo irrazionale rispetto ai vantaggi concessi ed alle obbligazioni assunte.

L'orientamento espresso da tale sentenza è invece stato modificato dalla Corte di Cassazione¹⁰⁶⁰, che ha escluso che tale patto debba considerarsi immeritevole e privo di causa concreta. Si è infatti precisato che, innanzitutto, tale patto non esclude automaticamente il rischio di impresa; in secondo luogo, che permette di perseguire interessi funzionali al buon andamento dell'impresa; in terzo luogo, che non produce gli effetti del patto leonino sulla *causa societatis*, intesa come partecipazione al capitale sociale al fine di dividere gli utili derivanti dall'attività sociale¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ Lo stesso può dirsi di App. Brescia, 8 ottobre 2018, n. 1568, in *dirittobancario.it*, secondo cui l'art. 2341-*bis* è norma imperativa prevedendo limiti all'autonomia per ragioni di ordine pubblico economico. La Corte ha così statuito: «è nulla, per violazione dell'ordine pubblico economico, la clausola che prevede il rinnovo tacito, e salva disdetta, da un patto parasociale a tempo determinato, il rinnovo potendo dipendere soltanto da una nuova manifestazione di volontà, ancorché tacita.

La previsione di un onere di comunicazione della disdetta, anticipato ad un anno prima della scadenza del quinquennio è altresì elusiva del limite imperativo di durata quinquennale sancito nell'art. 2341-*bis* cod. civ.»

¹⁰⁶⁰ Cass., ord., 4 luglio 2018, n. 17498, in *Notariato*, 2018, p. 635 ss., con nota di E. Mazzoletti; in *Giur. it.*, 2019, p. 366 ss., con nota di A. Petruzzi

¹⁰⁶¹ La Corte afferma: «la causa del “contratto di società” è descritta nell'art. 2247 cod. civ., il quale, accanto alla pluralità dei soci (altrimenti trattandosi di costituzione unilaterale, pur ammessa per la s.p.a. e per la s.r.l., dove permane però la potenziale pluralità dei componenti), richiede il conferimento “di beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili”. La divisione delle perdite deriva implicitamente dalla situazione implicita e simmetrica in cui la società incorra in quella situazione contabile».

Si afferma che si ha patto leonino quando l'esclusione dagli utili o dalle perdite sia «assoluta e costante». La Suprema Corte ha ribadito che: «la *ratio* del divieto di patto “leonino” risiede nel preservare la purezza della *causa societatis*, cui vanno ricondotte tutte quelle diffuse opinioni secondo cui una diversa regolamentazione, tale da escludere del tutto un socio dagli utili o dalle perdite, finirebbe per contrastare con il generale interesse alla corretta amministrazione delle società, inducendo il socio a disinteressarsi della proficua gestione (anche intesa con riguardo all'esercizio dei suoi diritti amministrativi) e non "prodigarsi" per l'impresa, quando non, addirittura, a compiere attività “avventate” o “non corrette”».

Ne consegue che: «la *ratio* del divieto va, pertanto, ricondotta ad una necessaria suddivisione dei risultati dell'impresa economica, tuttavia quale tipicamente propria dell'intera compagine sociale e con rilievo reale verso l'ente collettivo; mentre nessun significato in tal senso potrà assumere il trasferimento del rischio puramente interno fra un socio e un altro socio o un terzo, allorché non alteri la struttura e la funzione del contratto sociale, né modifichi la posizione del socio in società, e dunque non abbia nessun effetto verso la società stessa: la quale continuerà ad imputare perdite ed utili alle proprie partecipazioni sociali, nel rispetto del divieto *ex art. 2265* cod. civ. e senza che neppure sia ravvisabile una frode alla legge *ex art. 1344* cod. civ., la quale richiede il perseguimento del fine vietato da parte di un negozio che persegua proprio la funzione di eludere il precetto imperativo.»

La Corte aderisce quindi alla tesi di autorevole dottrina che ha escluso che il patto parasociale possa escludere la partecipazione *ab origine* agli utili o alle perdite, ma, semmai, comporta una negoziazione del rischio in capo al singolo socio¹⁰⁶². In tale prospettiva già alcune pronunce di merito¹⁰⁶³ avevano dichiarato la validità del patto, in quanto avente una causa di garanzia del finanziamento del socio: equiparando l'acquisizione delle partecipazioni sociali ad un finanziamento,

¹⁰⁶² E. BARCELLONA, *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, cit., p. 53-55.

¹⁰⁶³ Trib. Firenze, 16 luglio 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 721; Trib. Milano, 3 ottobre 2013, in *Società*, 2014, p. 688, con nota di A. Del Bianco e D. Proverbio.

si è assertito che l'opzione put a prezzo fisso presenti un'analogia causa di garanzia e che quindi sia valida.

È infine interessante rilevare che, ad avviso della Corte, tale soluzione è ancora più fondata in ragione del fatto che entrambi i contraenti sono imprenditori¹⁰⁶⁴, poiché il loro *status* permette ad entrambi di comprendere appieno la funzione e la dinamica del negozio, nonché la corretta assunzione dei rischi che ne derivano.

Nel più ampio contesto delle clausole potenzialmente elusive del patto leonino, la giurisprudenza ha altresì giudicato circa la validità di una clausola di covendita inserita dapprima in un patto parasociale e, in seguito nello statuto di una società. Il Tribunale di Milano¹⁰⁶⁵, differenziandosi dalla giurisprudenza precedente¹⁰⁶⁶, ha assertito che tale clausola è meritevole di tutela, anche se votata a maggioranza e non all'unanimità, qualora non siano già presenti le condizioni per l'esercizio dei diritti da essa previsti (i soci devono trovarsi in una posizione di parità), e qualora la clausola preveda un meccanismo di equa valorizzazione della partecipazione. Essendo la clausola «imposta» al socio, infatti, è necessario garantire che il socio possa realizzare il valore di mercato della propria partecipazione e che, quindi, la cessione avvenga a condizioni razionali rispetto alla logica del mercato stesso. Qualora tale possibilità di equa valorizzazione sia garantita, non si profila alcuna immeritevolezza della clausola, dato che la vendita delle partecipazioni sociali trova un'adeguata controprestazione nel valore di realizzazione delle stesse.

¹⁰⁶⁴ Afferma la Suprema Corte: «ciò posto, tanto più quando si tratti di soggetti entrambi imprenditori, che abbiano concordato un regolamento pattizio nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale privata, ogni intervento giudiziale *ex art.* 1322 cod. civ. - col suo effetto d'autorità rispetto ad equilibri negoziali liberamente contrattati - non può che essere del tutto residuale.»

¹⁰⁶⁵ Trib. Milano, decr., 22 dicembre 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 84, con nota di E. Spolidoro.

¹⁰⁶⁶ Trib. Milano, ord., 25 marzo 2011, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 655.

5. LA CAUSA NEL DIRITTO FRANCESE E LA RIFORMA DEL *CODE CIVIL*

SOMMARIO: 5.1 La *cause de l'obligation* nell'ordinamento francese. - 5.2 Il metodo dell'indagine: la distinzione delle categorie di contratti. - 5.3 La causa nei contratti sinallagmatici. - 5.3.1 I contratti commutativi. - 5.3.2 (segue) Un caso di scuola. - 5.3.3 (segue) Un caso controverso: l'assenza di causa del contratto di intermediazione. - 5.3.4 (segue) Contratto di licenza di marchio e redditività. - 5.3.5 (segue) Causa e contratto di fornitura 5.3.6 (segue) Causa e patto parasociale. - 5.3.7 Causa e contratti aleatori: la rendita 5.4 Causa e contratti unilaterali. - 5.4.1 Una breve introduzione. - 5.4.2 (segue) La causa della fideiussione. - 5.4.3 (segue) Le sentenze più recenti ed i labili confini di tale controllo. - 5.4.4 (segue) Conclusione sulla causa della fideiussione. - 5.5 Causa e tipicità del contratto. - 5.6 Causa e interesse. - 5.7 La causa quale controprestazione e, specificamente, quale controprestazione convenuta. - 5.8 Le ragioni della riforma del *Code civil*. - 5.9 I nuovi artt. 1168, 1169 e 1170 *Code civil*. - 5.10 L'art. 1171 *Code civil*. - 5.11 Il nuovo controllo sul contenuto contratto e le sue razionalità. - 5.12 Sul rapporto tra diritto comune e diritti speciali. - 5.13 I primi orientamenti giurisprudenziali concernenti la riforma del *Code civil*.

5.1 La *cause de l'obligation* nell'ordinamento francese

Gli sviluppi degli anni '90¹⁰⁶⁷ hanno portato ad un generale ripensamento del contratto e della causa, nonché del ruolo della volontà e della qualità dei contraenti; lo sviluppo di un mercato globalizzato e la fine del dogma della volontà hanno messo in discussione il fondamento dell'intangibilità dell'accordo. La considerazione del fatto che la volontà non è sempre libera e piena riporta al centro del dibattito il fondamento teorico sul quale si basava la vincolatività completa dell'accordo: la causa è l'istituto principale sul quale si riflettono queste evoluzioni.

La *cause de l'obligation*, infatti, è l'elemento che permette di comprendere la ragione dell'impegno, il perché ciascun contraente si obblighi nei confronti dell'altro¹⁰⁶⁸. Già da tale aspetto emerge l'elemento relazionale insito nella valutazione di tale concetto, che non può prescindere dal considerare le prestazioni nella dinamica dell'accordo.

¹⁰⁶⁷ Cfr. par. 2.6.

¹⁰⁶⁸ M. BOURASSIN, *Les évolutions relatives au contenu du contrat*, in *La réforme du droit des obligations : quelles(r)évolutions pour la vente immobilière ?*, in *Annales des loyers* 2016, n° 07-08, p. 154.

Come affermato dalla dottrina, la causa è l'istituto tramite il quale controllare la razionalità dell'accordo¹⁰⁶⁹: occorre soffermarsi su tale aspetto al fine di chiarirne il contenuto ed i rapporti con la concezione economica del contratto¹⁰⁷⁰. Infatti, il concetto di razionalità non è ontologicamente dato, un elemento naturale prefissato ed immutabile in relazione al quale valutare l'accordo; al contrario, il suo contenuto si dà solo in relazione alla concezione della funzione del contratto, al rapporto che intrattiene con la concezione del mercato e del soggetto che vi opera e del ruolo assunto dalla volontà.

Il contratto è il *vestmentum* dell'operazione economica¹⁰⁷¹, strumento giuridico per la realizzazione della stessa, ed è all'operazione economica - così come accade nel diritto italiano¹⁰⁷² - che si fa sempre più spesso riferimento, anche al fine di determinare l'applicazione delle disposizioni di legge¹⁰⁷³. Di conseguenza, il controllo sul contratto dipende dalla concezione di come dovrebbe essere tale operazione e degli interventi necessari ed ammissibili al fine di conformarla rispetto al modello prefigurato come corretto. Sul cambiamento contemporaneo della concezione del mercato e del soggetto rispetto alla concezione liberale classica si è già detto¹⁰⁷⁴; occorre quindi analizzare se e come tale cambiamento si rifletta sul controllo della razionalità dell'accordo tramite la causa nel diritto francese.

In linea generale, si può affermare che tale razionalità non impone più di controllare solamente che l'accordo rispecchi la logica mercantil-utilitaria, ma presuppone anche che questo scambio sia efficiente, ossia che massimizzi il valore

¹⁰⁶⁹ J. ROCHFELD, *Cause et type*, cit., p. 112.; Y.-M. LAITHIER, « *L'avenir d'un passé* » : *la cause de l'engagement de la caution*, in *RDC*, 2017, p. (421) 422.

¹⁰⁷⁰ Si è affermato che la causa conferisce al contratto la sua «intelligibilité sociale», cfr. J. CARBONNIER, *Les obligations*, Paris, 2000, 22^a ed., p. 126.

¹⁰⁷¹ G. ALPA, *Les nouvelles frontières du droit des contrats*, in *Mélanges Ghestin*, 2001, Paris, p. 17-18.

¹⁰⁷² Cfr., per tutti, E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, cit., p. 905 ss.; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, cit., p. 93 ss.

¹⁰⁷³ H. BARBIER, *Par-delà le contrat, l'opération*, in *RTD civ.*, 2018, p. 642 ss., obs. sous Cass. 3^e civ., 31 mai 2018, n° 16-25.829, in *Bull. civ.*; Cass. 3^e civ., 29 mars 2018, n° 17-15.042, in *Bull. civ.*; Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, n° 17-13.118, in *Bulletin*; Cass. com., 30 mai 2018, n° 16-26.403 e 16-27.691, in *Bull. civ.*; E. GABRIELLI, *Il codice di Napoleone, il contratto e "l'operazione economica"*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, p. 1 ss.; J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 80, mette in evidenza che la nozione di *économie du contrat* manifesta la necessità di ricercare e comprendere la struttura contrattuale in relazione alla finalità perseguita.

¹⁰⁷⁴ V. cap. 1.

della transazione. Ne consegue che gli accordi che non aderiscono a tale paradigma sono passibili di una sanzione giudiziaria, che restaura le condizioni della concorrenza là dove essa è alterata, o che riproduce gli effetti che la completa razionalità degli attori avrebbero creato laddove questa fosse stata presente.

Da queste brevi osservazioni si deduce che il giudizio causale, quale controllo di razionalità del contratto, non può prescindere dal prendere in considerazione la qualità dei contraenti, il contesto del mercato di riferimento, l'asimmetria informativa, l'asimmetria di potere negoziale, l'eventuale insieme di contratti collegati in cui l'accordo si inserisce.

Tali tendenze si riflettono nelle applicazioni giurisprudenziali della causa, che si trova pertanto al crocevia tra le nuove necessità del controllo e la teoria classica del contratto. Di conseguenza, al fine di comprendere la nozione di causa così come applicata dalle corti, non è sufficiente constatare che tramite essa si controlla la razionalità del contratto, ma occorre considerare quale sia il modello di razionalità adottato, quali gli elementi presi in considerazione e con che modalità è svolto il giudizio. Questo implica altresì il riconoscere la politicità di tale controllo che, lungi dall'essere meramente tecnico, riflette una visione del mercato e del soggetto che vi agisce.

Come si vedrà, lo scardinamento del concetto ottocentesco di autonomia del volere ha portato la giurisprudenza ad esaminare il contratto tramite una serie di elementi e nozioni nuove rispetto alla tradizione. Ci si riferisce ai controlli relativi all'utilità dell'accordo, all'interesse che le parti hanno per la prestazione, all'effettiva realizzabilità dell'obiettivo divisato dai contraenti ed alla considerazione della proporzione tra le relative prestazioni. Queste considerazioni impongono evidentemente al giudice di andare ben oltre il controllo della semplice esistenza della controprestazione e di sindacare ciò che è stato pattuito dai contraenti, tramite un controllo molto più penetrante ed incisivo.

Al fine di comprendere le utilizzazioni più recenti della causa e trarne indicazioni di metodo e di contenuto circa il controllo giudiziale sul contratto, anche in relazione al diritto italiano, si procederà come segue. In primo luogo, si esamineranno le classificazioni per categorie di contratti, così come modificate

dopo la riforma. Questo perché, come si è visto anche in relazione al diritto italiano, i problemi della causa si pongono in maniera differente in relazione alla struttura del contratto (il che significa anche, generalmente, una diversa struttura dell'operazione economica realizzata); difatti, da un lato l'applicazione del giudizio causale prima della riforma era espletata in maniera differente in relazione alle categorie di contratti, dall'altro le nuove disposizioni sul contenuto del contratto fanno riferimento a tale categorizzazioni. In altri termini, le modalità con cui il legislatore ha concepito la struttura dell'operazione realizzata tramite il contratto si riflette anche sulle modalità con cui viene prospettato ed analizzato il problema della causa.

Una volta chiarite tali categorizzazioni, si esaminerà la giurisprudenza più recente formatasi sulla *cause de l'obligation* prima della riforma. In particolare, si analizzeranno le soluzioni adottate in seguito al fenomeno del *renouveau de la cause*, così da considerare quali siano gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti. Ciò è ancora più importante in ragione del fatto che si afferma sovente che con la riforma sono state codificate le soluzioni adottate dalla giurisprudenza¹⁰⁷⁵: di conseguenza, risulta necessario analizzare quali siano tali soluzioni. L'analisi giurisprudenziale sarà espletata in relazione alle categorie di contratti, così da esaminare come in relazione alle stesse si ponga il giudizio causale.

In seguito, si analizzeranno gli aspetti centrali del giudizio causale, confrontandoli con alcuni concetti chiave sviluppati dalla dottrina, così da esaminare criticamente tali elaborazioni e confrontare le soluzioni delle corti con il formante dottrinario. Dopodiché, si passerà all'esame della riforma: seguendo la metodologia utilizzata nel corso del presente lavoro, si esamineranno dapprima le ragioni che hanno portato alla riforma e, in particolare, quelle che hanno motivato la decisione di abbandonare la nozione di causa. Si prenderanno quindi in considerazione le nuove norme sul contenuto del contratto che possano essere

¹⁰⁷⁵ In linea generale, si afferma che la riforma è stata à *droit constant*; sulla causa in particolare si afferma che le disposizioni relative al contenuto del contratto possano realizzare le funzioni precedentemente realizzate tramite la causa, cfr. M. BOURASSIN, *Les évolutions relatives au contenu du contrat*, cit., p. 156; PH. MALAURIE, L. AYNES ET PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 8^a ed., 2016, p. 346.

utilizzate al fine di espletare un controllo analogo sul contratto. In seguito si analizzerà criticamente la riforma, la politica del diritto che la stessa promuove e la concezione del contratto e del controllo sullo stesso che ne emerge. Si prenderanno in considerazione le prime applicazioni giurisprudenziali delle norme, così da vagliare le ipotesi formulate. Infine, sia analizzerà il rapporto della causa con alcune norme «speciali», che alla stessa sono tuttavia sovente affiancate per la similitudine degli effetti, così da valutare analogie e differenze.

5.2 Il metodo dell'indagine: la distinzione delle categorie di contratti

La categorizzazione dei contratti - già presente nel codice del 1804 e ripresa, con alcune modifiche e un'aggiunta di estrema rilevanza sistematica, ossia quella del *contrat d'adhésion* - risulta utile nell'analisi della causa per numerose ragioni.

In primo luogo, è la riforma stessa a prevedere una frammentazione della disciplina del contratto, dapprima fornendo definizioni delle differenti tipologie contrattuali ed in seguito facendo riferimento a tali categorizzazioni al fine di definire il campo di applicazione delle disposizioni. Ne deriva che, a seconda della categoria di contratto, sono applicabili disposizioni differenti; inoltre, ciò significa che il legislatore si è raffigurato come diversi i problemi giuridici che possono sorgere in relazione alle differenti categorie di contratti. Tale aspetto deve essere tenuto in considerazione non solo per quanto concerne l'applicazione delle disposizioni, ma anche al fine di valutare le modalità con cui il legislatore si è posto le questioni di volta in volta rilevanti e ha provato a fornirvi rimedio.

L'analizzare la causa attraverso il prisma di tale categorizzazione presenta alcuni vantaggi: permette di seguire il dettato normativo e di valutare come il legislatore abbia affrontato determinate questioni e le soluzioni apportate. In secondo luogo, come si è visto anche in relazione al diritto italiano, i problemi della causa si presentano, in relazione a tali categorie, in maniera differente: ciò permette quindi di approcciare tramite categorie generali questioni specifiche, relative al

modo di essere di determinati contratti. Se, come si è sostenuto¹⁰⁷⁶, il giudizio causale ed il giudizio di meritevolezza concernono direttamente la struttura del contratto, risulta proficuo condurre l'analisi seguendo una categorizzazione, determinata dal legislatore, che si fonda sulla struttura delle differenti operazioni contrattuali.

Come già ampiamente argomentato e come si dimostrerà ulteriormente in relazione alle applicazioni giurisprudenziali più recenti, l'analisi sulla causa deve essere espletata in concreto: di conseguenza, un'analisi contratto per contratto non risulterebbe comunque avere maggiore valenza euristica, dato che lo specifico accordo dovrebbe comunque essere al centro dell'analisi. Inoltre, adottare una categorizzazione permette di analizzare la causa in relazione a determinate modalità di essere dello scambio, tramite categorie che presentano una loro specificità e che, quindi, necessitano di un'analisi particolare, permette di prendere in considerazione problemi parzialmente differenti, analizzandoli tuttavia con una chiave di lettura sistematica ed unitaria.

La disamina tramite tale categorizzazione permette quindi di apprezzare questioni analoghe, da un lato senza cadere in generalizzazioni che rischierebbero di diminuirne la valenza euristica, dall'altro senza affrontarle in una prospettiva troppo particolaristica e, quindi, incapace di fornire adeguate elaborazioni che possano fornire prospettive sistematiche sulle norme in questione.

La classificazione contenuta nella riforma, nonostante alcune modifiche, riprende quella già presente nel *Code civil*¹⁰⁷⁷. Tale parziale continuità permette di apprezzare tramite la medesima prospettiva i problemi che si sono posti antecedente alla riforma ed in seguito alla stessa, così da mantenere un quadro d'analisi unitario.

¹⁰⁷⁶ V. cap. 1.

¹⁰⁷⁷ Per una analisi approfondita di similitudini e differenze tra le nuove disposizioni del *Code civil* ed i vari progetti antecedenti di riforma cfr. G. CHANTEPIE e M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, Paris, 2016, p. 101 ss.; N. DISSAUX e CH. JAMIN, *Réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris, 2016, p. 12-14. In generale, l'art. 1106 riproduce gli art. 1102 e 1103 versione precedente, l'art. 1107 i precedenti artt. 1105 e 1106, l'art. 1108 il precedente art. 1104 ed il principio previsto dall'art. 1964.

La categoria che qui più interessa è quella dei contratti a titolo oneroso, per plurimi motivi: innanzitutto, le maggiori innovazioni giurisprudenziali, anche nell'ordinamento italiano, concernono contratti a titolo oneroso, che sono campo di sperimentazione delle trasformazioni più rilevanti del diritto contrattuale interno. Lo stesso può dirsi a livello europeo e transnazionale: gli interventi di *hard law* (ed anche i testi di *soft law*) sono infatti comunque funzionalizzati rispetto alla costruzione del mercato unico: risulta quindi evidente che il controllo sul contratto si concentri sul paradigma dello scambio mercantile, costituito dal contratto a titolo oneroso. Inoltre, come argomentato da diversi autori, il contratto a titolo gratuito¹⁰⁷⁸ costituisce una «frontiera»¹⁰⁷⁹, un «argine»¹⁰⁸⁰ della disciplina del contratto in una economia liberista, così da essere assoggettato ad una disciplina differente e da essere considerato come modello residuale e, in qualche misura, «pericoloso»¹⁰⁸¹.

Per quanto concerne la causa, poi, la radicale diversità tra tali categorie di contratti è sancita chiaramente dalla riforma del *Code civil*: le disposizioni che possono realizzare funzioni analoghe a quelle antecedentemente svolte dal giudizio causale sono applicabili ai contratti a titolo oneroso.

L'art. 1107, comma 1 *Code civil* afferma: «il contratto è a titolo oneroso quando ognuna delle parti riceve dall'altra un vantaggio come controprestazione per quello che essa stessa fornisce»¹⁰⁸².

Si distingue inoltre fra contratti sinallagmatici e contratti unilaterali. Mentre i primi sono i contratti in cui: «i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni nei confronti degli altri»¹⁰⁸³, i secondi sono quelli in cui: «una o più persone si

¹⁰⁷⁸ I quali sono definiti come i contratti in cui una parte procura all'altra un vantaggio senza ricevere né attendersi nulla in cambio; l'art. 1107, comma 2 prevede che: «il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie».

¹⁰⁷⁹ N. MARTIAL-BRATZ e C. ZOLINSKI (a cura di), *La gratuité : un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Paris, 2013, *passim*.

¹⁰⁸⁰ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 357 ss.

¹⁰⁸¹ G. CHANTEPIE e M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, cit., p. 113.

¹⁰⁸² Art. 1107 code civil: «le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure».

¹⁰⁸³ Art. 1106, comma 1 code civil: «le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres».

impegnano nei confronti di una o più persone senza che ci sia un impegno reciproco da parte di queste»¹⁰⁸⁴.

Dalle definizioni si comprende facilmente che in relazione ad esse il giudizio causale (ed il futuro controllo sul contenuto del contratto) non può che presentare caratteristiche parzialmente differenti: infatti, mentre nei contratti sinallagmatici i contraenti assumono impegni reciproci, nei contratti unilaterali tale reciprocità non sussiste.

Tuttavia, anche i contratti unilaterali sono, nella maggior parte dei casi, contratti a titolo oneroso e, quindi, prevedono che ognuna delle parti riceva un vantaggio come controprestazione in ragione della propria obbligazione. Di conseguenza, l'assenza della reciprocità non deve portare a ritenere che essi fuoriescano *in toto* dallo schema dello scambio mercantile, secondo cui ogni persona riceve qualcosa in cambio del proprio impegno. La frontiera di tale modello, infatti, è rappresentata dal contratto a titolo gratuito, ambito residuale nel quale il sacrificio di una parte non è compensato da un vantaggio ricevuto.

I contratti sinallagmatici si dividono ulteriormente fra contratti commutativi e contratti aleatori (art. 1108 *Code civil*). L'art. 1108 *Code civil* dispone che: «il contratto è commutativo quando ognuna delle parti si impegna a procurare all'altra un vantaggio che è considerato come l'equivalente di ciò che essa riceve»¹⁰⁸⁵. Secondo quanto previsto dal comma 2 del medesimo articolo: «è aleatorio quando le parti accettano di fare dipendere gli effetti del contratto, circa i vantaggi e le perdite che ne deriveranno, da un evento incerto»¹⁰⁸⁶.

La definizione del contratto commutativo riproduce il modello archetipico del contratto a titolo oneroso, su cui sono basate le norme generali del contratto e su cui era basata anche la disciplina della *cause de l'obligation*. Richiama il presupposto dell'economia classica (e, da questo punto di vista, anche neoclassica) secondo cui i contraenti scambiano equivalenti. Il fatto che per ognuna delle parti,

¹⁰⁸⁴ Art. 1106, comma 2 *code civil*: «il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci».

¹⁰⁸⁵ «Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit.»

¹⁰⁸⁶ «Il est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain.»

da un punto di vista soggettivo, le prestazioni abbiano un valore differente e che, quindi, risulti conveniente impegnarsi piuttosto che non concludere l'accordo deriva invece da plurimi fattori, tra cui le modalità di impiego di ciò che viene acquistato, il contesto e l'organizzazione imprenditoriale, le necessità dei contraenti, nonché da fattori psicologici. Ciò non toglie che il presupposto su cui si regge lo scambio mercantile, paradigma del contratto commutativo, sia lo scambio tra due prestazioni che siano considerate dalle parti come equivalenti e che proprio in ragione di tale rapporto di corrispettività le stesse si impegnino con quel contratto, secondo le condizioni e le modalità ivi prestabilite.

Arbitri di tale equivalenza sono le parti stesse: secondo il modello dell'*homo oeconomicus*, agente razionale ed informato, capace di valutare il prezzo della prestazione, è il contraente stesso a determinare tale rapporto di corrispettività, al quale il diritto in linea di principio si adegua, perché non vi è un modello centralizzato di valutazione dei beni e dei servizi, ma è la legge della domanda e dell'offerta a stabilire il prezzo della prestazione. Né l'economia classica né quella neoclassica dispongono infatti di una teoria del valore - che permetta di determinare il valore del bene - a prescindere dallo scambio mercantile.

La concezione di tale valutazione di equivalenza e dei controlli permessi sulla stessa varia, invece, a seconda della prospettiva adottata circa l'autonomia privata e la regolamentazione del mercato: mentre la teoria classica adotta una concezione del mercato quale ordine naturale spontaneo, la teoria neoclassica - in particolare ordoliberal - concepisce il mercato quale ordine da costruire e quindi necessitante di politiche di intervento attivo volte da un lato a costruire il quadro di riferimento per gli attori, dall'altro a decidere le controversie che possono insorgere tra questi, al fine di implementare tale ordine tramite il controllo della razionalità dei singoli scambi che si svolgono nello stesso.

Da ciò derivano le norme che impongono obblighi di informazione e, più generalmente, di condotta, le quali sono volte a far sì che il contesto in cui agiscono i soggetti ed il comportamento degli stessi corrispondano effettivamente al modello desiderato e conducano agli effetti sperati, ossia la massimizzazione del valore di ogni *transaction*. Da ciò, inoltre, derivano i problemi relativi all'evidente

sproporzione fra le prestazioni delle parti: lo scambio diviso dai contraenti non corrisponde al modello e, quindi, si rendono necessari interventi giuridici per correggere la distorsione.

Detta questione, assolutamente fondamentale, verrà affrontata in seguito poiché è quella centrale per la disciplina della *cause*; qui si mettono in evidenza solamente due ulteriori aspetti: in primo luogo, occorre evidenziare che il problema si pone in maniera differente a seconda della concezione del mercato e dell'autonomia privata che si adotta; in secondo luogo, appaiono evidenti le difficoltà della teoria economica *mainstream* nella valutazione dello squilibrio: se è il mercato a fornire il parametro del valore tramite il prezzo, quando tale meccanismo di valutazione non svolge la funzione in maniera corretta il sistema deve sostituire a tale valutazione un'altra, che si basi su elementi differenti rispetto al gioco della domanda e dell'offerta in quel determinato contesto, così adottando una soluzione differente da quella a cui condurrebbe il mercato «reale», ossia basata su criteri non direttamente determinati dalla dinamica di mercato.

Il secondo comma dell'art. 1108 *Code civil*, invece, fornisce una definizione di contratto aleatorio: esso è caratterizzato dal fatto che i vantaggi e gli svantaggi (da intendere come il dover effettivamente effettuare una prestazione) non sono determinati *a priori* secondo un giudizio di equivalenza circa ciò che verrà effettivamente scambiato, ma dipendono da un evento esterno, indipendente dalla volontà delle parti.

L'aleatorietà del contratto non esclude la reciprocità delle obbligazioni; essa, invece, modula l'effettivo scambio che verrà effettuato, perché dall'evento incerto può dipendere sia il fatto che l'intera prestazione di un contraente sia dovuta (ad esempio, contratto di assicurazione), sia il *quantum* stessa (ad esempio, rendita vitalizia).

Proseguendo nelle categorizzazioni legislative, l'art. 1106, comma 2 *Code civil* prevede che: «[il contratto] è unilaterale quando una o più persone si obbligano nei confronti di una o più altre senza che ci sia un impegno reciproco da parte di queste». Per quanto concerne la causa dei contratti unilaterali, quindi, l'analisi non

può che essere almeno parzialmente differente, proprio perché manca quel rapporto di scambio diretto che è invece alla base dei contratti sinallagmatici.

Con la riforma si è inoltre provveduto a codificare la categoria del *contrat d'adhésion*. Tale categoria, elaborata da R. Saleilles¹⁰⁸⁷, benché oggetto di ampi dibattiti, non era presente nel *Code civil* e non era utilizzata dalla giurisprudenza. La sua introduzione costituisce sicuramente una delle maggiori novità poiché frammenta la disciplina del contratto¹⁰⁸⁸.

L'art. 1110 *Code civil*¹⁰⁸⁹ distingue quindi tra *contrat de gré à gré* e *contrat d'adhésion*. Il primo è definito come: «quello le cui pattuizioni sono negoziabili dalle parti». Il secondo, invece, come: «quello che prevede un insieme di clausole non negoziabili, predeterminate da una delle parti». Il contenuto della disposizione e la sua interpretazione sono stati estremamente controversi, tanto che essa è stata modificata con l'art. 2 Loi n° 2018-287 del 20 aprile 2018¹⁰⁹⁰; il testo dell'*ordonnance* del 2016, infatti, definiva in maniera differente, distinguendo non tra contratti negoziabili, ma tra contratti negoziati. Inoltre, non si rifaceva ad un insieme di clausole, ma alle condizioni generali di contratto¹⁰⁹¹.

Con la riforma si crea dunque una netta distinzione tra queste due categorie contrattuali e, alla seconda, si applica l'art. 1171 *Code civil*, di cui si dirà ampiamente in seguito¹⁰⁹². Si introduce quindi una specifica disciplina delle

¹⁰⁸⁷ Cfr. par. 1.5.

¹⁰⁸⁸ R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, cit., p. 814 ss.

¹⁰⁸⁹ Il testo dell'articolo è il seguente: «le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties».

¹⁰⁹⁰ Sui vari testi che si sono succeduti e le posizioni adottate dalle camere del Parlamento cfr. TH. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *D.*, 2018 p. 124 ss.; F. CHÉNÉDÉ, *La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres*, in *AJCA*, 2018, 1, p. 25; M. MEKKI, *La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » !*, in *RDC*, 2019, 2, p. 112 ss.

¹⁰⁹¹ Il testo dell'articolo era il seguente (peraltro applicabile ai contratti conclusi tra il 1 ottobre 2016 e il 1 ottobre 2018 : «le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.

Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties».

¹⁰⁹² Cfr. par. 5.11.

clausole abusive nel diritto comune dei contratti, che prevede che siano repute come non scritte qualora creino un eccessivo squilibrio tra gli obblighi delle parti.

5.3 La causa nei contratti sinallagmatici

5.3.1 I contratti commutativi

Nel caso dei contratti sinallagmatici in generale e, soprattutto, in relazione ai contratti commutativi, è usuale l'affermazione secondo cui la causa dell'obbligazione di una parte è costituita dall'obbligazione dell'altro contraente¹⁰⁹³. Di conseguenza, le obbligazioni delle parti costituiscono le une la causa delle obbligazioni dell'altra. Tale considerazione è sovente espressa con formulazioni siffatte: «la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre»¹⁰⁹⁴; dottrina e giurisprudenza sostengono che la causa debba essere valutata in relazione all'insieme delle obbligazioni della parte, cosicché la valutazione sia svolta sull'insieme del contratto e non in relazione ad ogni singola obbligazione¹⁰⁹⁵. Tale orientamento, peraltro, è confermato dall'attuale art. 1169 del *Code civil*, che fa riferimento al carattere illusorio o derisorio della controprestazione, così chiarendo che la stessa deve essere valutata in maniera unitaria e globale.

Tale conclusione non è peraltro inficiata dall'eccezione rappresentata dai casi in cui la giurisprudenza richiede che l'obbligazione abbia una causa specifica, come nel caso della clausola di non concorrenza¹⁰⁹⁶. In tali casi, infatti, non si tratta di un apprezzamento frammentato della causa relativo alla singola obbligazione, quanto piuttosto di un controllo ulteriore rispetto ad una clausola che viene considerata

¹⁰⁹³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilateral*, I, Paris, 4^e ed., 2016, p. 436. Ad esempio, si suole affermare che la causa sia costituita da una controprestazione «sérieuse», cfr. Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 1995, n° 94-11.783, in *Bull. civ.* I, n° 481.

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11420, in *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.*, 2009, p. 719, obs. B. Fages.

¹⁰⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit., p. 436. Il dibattito si è posto anche in relazione alla *clause de réclamation*, su cui v. par. 2.6.1.

¹⁰⁹⁶ Cass. soc., 10 juil. 2002, n° 00-45135, in *RDC*, 2003, 1, p. 17, obs. J. Rochfeld; in *SSL* 2002 n° 1085, p. 9, obs. A. Chirez; in *RTD civ.* 2003, 58, obs. J. Hauser; in *JCP G* 2002, II, 10162, note F. Petit.; cfr. anche P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, cit., p. 96.

come un contratto autonomo che, in ragione delle notevoli limitazioni che comporta per il debitore, deve essere adeguatamente bilanciata da una controprestazione¹⁰⁹⁷.

Questa nozione di causa, tuttavia, rischia di coincidere con quella di oggetto¹⁰⁹⁸, rendendola così sostanzialmente inutile: da questo punto di vista, già nella celebre critica anti-causalista di Planiol si sottolineava che l'assenza di causa dell'obbligazione coinciderebbe con l'assenza di oggetto della controprestazione e, quindi, l'obbligazione sarebbe comunque nulla. Sotto questo profilo, tuttavia, la dottrina ha già ampiamente sottolineato che l'assenza dell'oggetto rende nulla tale obbligazione, ma non anche quella dell'altro contraente¹⁰⁹⁹: l'obbligazione dell'altro contraente è invece nulla in quanto priva di causa proprio in ragione dell'inesistenza dell'oggetto. La causa quale condizione di validità del contratto permette quindi di annullare l'intero contratto e di esaminare in maniera interdipendente le obbligazioni dei contraenti¹¹⁰⁰.

Ma vi è di più. La necessità e la diversità della causa rispetto all'oggetto non si dà solo nel bisogno di estendere il giudizio di nullità all'intero contratto, ma anche nella differente modalità con cui viene valutato il contenuto delle obbligazioni dei contraenti. Il giudizio causale, infatti, fa sì che non ci si focalizzi sulla semplice esistenza dell'impegno, ma anche sul rapporto tra le reciproche obbligazioni: il giudizio, infatti, è inevitabilmente strutturato in maniera relazionale e non concerne la sola esistenza, ma anche - in senso lato - l'adeguatezza di ciò che viene scambiato.

Tale elemento e la sua importanza si comprendono ancor più profondamente ponendo mente al giudizio sulla causa espletato in relazione alla singola clausola. In tali casi, infatti, sarebbe estremamente difficile argomentare che il contratto sia

¹⁰⁹⁷ E. SCHLUMBERGER, *La validité de la décote de prix d'une clause de bad leaver*, in *BJS*, janv. 2017, p. 23 ss.

¹⁰⁹⁸ Anche in tale caso, la disciplina dell'oggetto, nonché della relativa sanzione in caso di sua assenza o illiceità, antecedentemente alla riforma era riferita all'obbligazione e non al contratto, sulla falsariga del concetto di causa di obbligazione. Ne consegue che l'obbligazione senza oggetto è nulla, ma questo non comporta di per sé la nullità dell'obbligazione dell'altra parte; questa è nulla poiché priva di causa.

¹⁰⁹⁹ Vi è qui un'importante differenza rispetto al diritto italiano, dove causa e oggetto si riferiscono all'intero contratto e, quindi, l'assenza dell'elemento si riferisce direttamente e senza ulteriore bisogno di mediazioni al contratto *tout court*.

¹¹⁰⁰ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, cit., p. 437-438.

privo di oggetto: l'assenza di causa, invece, deriva dallo squilibrio nel rapporto tra le obbligazioni generato dalla clausola stessa.

5.3.2 (segue) *Un caso di scuola*

La sezione commerciale della Corte di Cassazione si è occupata¹¹⁰¹, anche recentemente, di un'applicazione che si potrebbe definire classica¹¹⁰² della nozione di assenza di causa e della conseguente nullità del contratto.

I fatti del caso deciso sono i seguenti: nel 2005 il *manager* e direttore generale di una società (Mécasonic) aveva concluso, in nome della Mécasonic, un contratto di appalto di servizi con una società (PGCD), della quale il *manager* stesso era socio unico ed amministratore. Il contratto prevedeva l'esecuzione di diverse prestazioni consistenti nella creazione e lo sviluppo di filiali all'estero, l'organizzazione e la partecipazione a saloni professionali, la realizzazione di strategie di vendita nei paesi scelti e la ricerca di nuovi clienti.

Il contratto non veniva mai eseguito; quando nel 2007 la società Mécasonic rimuoveva dalle sue funzioni il manager e risolveva il contratto, la società PGDC agiva in giudizio per ottenere il pagamento della caparra penitenziale. La Mécasonic, sollevava numerose eccezioni e domande riconvenzionali, tra cui quella di nullità del contratto per assenza di causa. La *Cour d'Appel* dichiarava la nullità del contratto per assenza di causa, dato che il contratto prevedeva che fossero affidate a PGCD l'esecuzione di prestazioni che rientravano tra le competenze dell'amministratore di Mécasonic.

La *Cour de cassation* ha confermato la sentenza della *Cour d'Appel*, in quanto le obbligazioni assunte dalla PGDC corrispondevano alle funzioni che spettavano all'amministratore della società. Di conseguenza, le obbligazioni assunte dalla società Mécasonic erano prive di alcuna reale controprestazione e il contratto

¹¹⁰¹ Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, in *Bulletin*; in *D.*, 2013, p. 686, note D. Mazeaud; *ibidem* p. 391, obs. S. Amrani-Mekki e M. Mekki; in *Rev. sociétés*, 2013, p. 160, note A. Reygrobellet.

¹¹⁰² Nello stesso senso cfr. Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, in *D.*, 2011, p. 57, note F. Marmoz; in *Rev. Sociétés*, 2010, p. 462, obs. A. Lienhard; *ibidem*, 2011, p. 424, note J.-P. Dom; in *RJDA* 2010, n° 1162.

doveva ritenersi nullo. Occorre sottolineare che la Suprema Corte non ha accolto nemmeno il secondo motivo di ricorso, nel quale si sosteneva che lo stipendio del manager era stato diminuito del 40%, le sue competenze ridotte e che il contratto con la PGDC era stato concluso proprio in ragione di questa diminuzione. La *Cour de cassation* ritiene il motivo non fondato, limitandosi a riaffermare quanto già statuito dalla *Cour d'Appel*.

Tale sentenza costituisce un esempio di applicazione che potremmo definire «tradizionale» della causa: concerne infatti un contratto privo di alcuna controprestazione reale, in quanto la medesima attività deve essere svolta, in forza di un'ulteriore e precedente obbligazione, dal medesimo debitore.

Alcune osservazioni ulteriori meritano di essere fatte. Innanzitutto, aspetto fondamentale del giudizio è che il soggetto con cui era stato concluso il contratto di consulenza era riconducibile in maniera diretta all'amministratore della società stessa e la prestazione di consulenza era la medesima, cosicché la società avrebbe dovuto pagare due volte il corrispettivo per il medesimo servizio, svolto sostanzialmente dallo stesso soggetto¹¹⁰³. Chiaramente diverso, invece, sarebbe stato il caso in cui i servizi svolti dalla PGDC fossero stati differenti dalle attribuzioni del *manager*, caso in cui non si sarebbe configurata l'assenza di causa¹¹⁰⁴.

In secondo luogo, la dottrina che ha analizzato questa sentenza ha sottolineato che la conclusione del contratto con la PGDC era del tutto inutile per la Mécasonic. Tale considerazione è ambigua e può portare a sovrapporre piani differenti. Il nucleo del giudizio causale, infatti, non sta nell'utilità, intesa quale vantaggio che

¹¹⁰³ Infatti, la *Cour de cassation* ha deciso un caso simile in senso differente, cfr. Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-19685, in *RDC*, obs. L. Sautonie-Laguionie e G. Wicker. In tale caso la convenzione di *management* non è ritenuta automaticamente priva di causa, poiché era stata conclusa da una *société par actions simplifiée*, in relazione alla quale la legge prevede come necessaria solamente la presenza del presidente e dispone che si possa liberamente determinare la struttura manageriale della stessa. La *Cour de cassation* ha confermato la decisione del giudice di merito che aveva dichiarato valido un contratto di *management* concluso con una società che non aveva alcun legame con la società contraente e quindi non si verificava alcuna sovrapposizione soggettiva col soggetto preposto a svolgere le funzioni di direzione e amministrazione.

¹¹⁰⁴ Un caso analogo affrontato dalla giurisprudenza italiana è Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit., su cui cfr. ROPPO, *Causa concreta, una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 964.

la società trae dal contratto, ma nel fatto che il contratto sia sostanzialmente privo di alcuna controprestazione, così da risolversi in un trasferimento unilaterale di ricchezza. Qualora infatti il medesimo contratto fosse stato concluso con una società terza, non riconducibile all'amministratore, esso sarebbe stato parimenti inutile per la Mécasonic, ma non sarebbe stato privo di causa.

La dottrina ha inoltre rilevato come in questo caso la nozione di causa permetta di reprimere un abuso dell'amministratore che agisce in conflitto di interessi. Se da un punto di vista pratico la considerazione è condivisibile, essa rischia di comportare una confusione sul piano teorico: un conto è l'eventuale inefficacia/invalidità degli atti compiuti dal rappresentante in conflitto di interessi, un conto è l'assenza di causa del contratto. Il giudizio causale è indipendente dalla constatazione di un abuso da parte dell'amministratore e deve essere tenuto chiaramente distinto da questo.

Conferma quanto sopra evidenziato un unrecentissimo caso¹¹⁰⁵ analogo, in cui la *Cour de cassation* ha escluso la nullità di una convenzione di *management* per assenza di causa asserendo che non vi era coincidenza tra il *manager* e la società con la quale il contratto era stato concluso, e che in ogni caso le prestazioni svolte dalla contraente non rientravano fra quelle svolte dall'amministratore e, quindi, non si poteva ritenere che il contratto fosse privo di causa.

5.3.3 (segue) Un caso controverso: l'assenza di causa del contratto di intermediazione

La *Cour de cassation*, sezione commerciale¹¹⁰⁶, ha giudicato circa la validità di un contratto di intermediazione attraverso il prisma della causa. Tale decisione presenta notevoli spunti di interesse, non solo per la modalità con cui viene

¹¹⁰⁵ Cass. com., 12 déc. 2018, n° 16-15217, in *Gaz. Pal.*, 26 mars 2019, obs. C. Barrillon; nello stesso senso anche Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26167, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00038629755&fastReqId=1395133109&fastPos=1>.

¹¹⁰⁶ Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, in *JCP G*, 2014, p. 1337, note J. Ghestin; in *AJCA*, 1 octobre 2014, n° 7, p. 280, obs. J. Dubarry; in *D.*, 2014, p. 2488, obs. N. Dorandeu; in *RTD civ.*, 2014, p. 884, obs. H. Barbier.

effettuato il giudizio causale, ma anche per il rapporto che viene tracciato tra l'art. L. 442-6, comma 1 *Code de commerce* (nella versione antecedente alla recentissima riforma), concernente le pratiche commerciali abusive, ed il giudizio causale¹¹⁰⁷.

I fatti del caso sono i seguenti: una società tipografica, Offset du Haut-Vivarais (OHV), realizzava stampe per confezioni di prodotti farmaceutici per le società Excelvision e Excelvision AG (appartenenti al medesimo gruppo). Il 27 settembre 2005 OHV concludeva un contratto di intermediazione con Centragroup-Fareva, società creata nel gennaio dello stesso anno e facente parte del medesimo gruppo di Excelvision e Excelvision AG. Sulla base di tale accordo Centragroup-Fareva si impegnavano a svolgere attività di mediazione tra OHV e Excelvision e Excelvision AG, mentre OHV si obbligava a versare alla mediatrice, a titolo di commissione, il 35% del fatturato concernente le prestazioni di stampa effettuate per Excelvision e Excelvision AG. Nel marzo 2007 OHV contestava sia l'ammontare, sia il fondamento stesso del debito: in seguito a ciò dapprima Excelvision, in seguito Excelvision AG interrompevano le relazioni commerciali con OHV, mentre Centragroup-Fareva richiedeva il pagamento delle commissioni. OHV conveniva allora in giudizio le tre società, agendo per sentir dichiarare la nullità del contratto di mediazione, la restituzione delle commissioni indebitamente pagate ed ottenere il risarcimento del danno subito in ragione della rottura della relazione commerciale, mentre la mediatrice agiva per ottenere il pagamento delle commissioni dovute in base al contratto.

La *Cour de cassation*, confermando sul punto la decisione della *Cour d'appel* di Nîmes, asserisce che il contratto di mediazione è nullo in quanto privo di causa, poiché non corrispondeva ad alcun «servizio effettivo» realizzato dal mediatore.

In relazione alla nullità del contratto di mediazione, la *Cour de cassation* conferma la sentenza di merito; come risultava da quanto sostenuto dalla stessa Centragroup-Fareva, secondo cui il contratto di mediazione non rappresentava che l'ufficializzazione di servizi resi in precedenza dalla stessa, OHV, Excelvision e Excelvision AG avevano già una relazione commerciale e, quindi, Centragroup-

¹¹⁰⁷ J. DUBARRY, *Un contrat de courtage encourt la nullité pour absence de cause s'il ne procure aucun service effectif*, in *AJCA*, 2014, p. 280.

Fareva non rendeva alcun servizio effettivo e, in quanto mediatrice, Centragroup non poteva avvantaggiarsi della precedente intermediazione fra le suddette società al fine di esigere il pagamento di commissioni. Il fatto stesso che, secondo quanto sostenuto da Centragroup, il contratto di mediazione serviva solamente ad ufficializzare l'intervento della stessa nel mettere in contatto di OHV e le società del gruppo Fareva dimostra già di per sé l'esistenza di relazioni tra OHV, Excelvision ed Excelvision AG precedenti rispetto alla conclusione del contratto di intermediazione e che, quindi, «questa non corrispondeva ad alcun servizio effettivo»¹¹⁰⁸.

Tralasciando in questa sede gli aspetti concernenti la rottura brutale delle relazioni commerciali ed il conseguente danno¹¹⁰⁹, tale sentenza presenta plurimi profili di interesse circa il giudizio causale. L'aspetto più rilevante è che si sia adottato quale parametro per valutare l'esistenza della causa il fatto che il mediatore fornisca un servizio effettivo e non la semplice esistenza o meno della

¹¹⁰⁸ Il testo della sentenza è il seguente: «mais attendu qu'après avoir relevé que la société OHV effectuait l'impression des emballages et étiquettes utilisées par les sociétés Excelvision et Excelvision AG et que la convention de courtage litigieuse, ultérieurement signée le 27 septembre 2005 entre la société OHV et la société Centragroup-Fareva, prévoyait le versement à celle-ci par celle-là d'une rémunération pour le service de courtage rendu, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la société Centragroup-Fareva ne justifie d'aucune relation avec la société OHV autre que la facturation des commissions litigieuses, et qu'en qualité de courtier elle ne peut se prévaloir de la mise en relation préexistante de la société OHV avec les sociétés Excelvision et Excelvision AG pour exiger une rémunération sur toutes les opérations passées par la suite directement entre elles ; qu'il relève encore que la convention de courtage avait, selon les termes mêmes des sociétés Excelvision et Excelvision AG, pour seul objectif « d'officialiser l'intervention de la société Centragroup-Fareva dans les relations entre les sociétés du groupe Fareva et la société OHV », et que cette affirmation démontre à elle seule l'existence de relations antérieures entre la société OHV et les sociétés Excelvision et Excelvision AG ; que de ces constatations faisant ressortir que les relations commerciales entre les sociétés Excelvision et Excelvision AG d'une part, la société OHV, d'autre part, étaient antérieures à la signature de la convention de courtage, et que celle-ci ne correspondait à aucun service effectif, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à un moyen que ses constatations rendait inopérant, a exactement déduit que la convention était nulle pour défaut de cause ; que le moyen n'est pas fondé».

¹¹⁰⁹ Per un approfondimento sul punto cfr. D. FERRIER, *Concurrence-Distribution*, in *D.*, 2015, n° 16, p. 943 ss.; N. DORANDEU, *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme*, in *D.*, 2014, n° 43, p. 2488 ss.; H. BARBIER, *La victime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie qui s'est immédiatement reconvertie a-t-elle droit à des dommages-intérêts ? De l'interdiction de réparer sans préjudice*, obs. sous Paris, pôle 5, ch. 5, 28 janv. 2016, n° 14/13036, in *RTD civ.*, 2016, p. 361 ss.; J.-L. FOURGOUX, *Transparence et pratiques restrictives de concurrence. - Règles de fond*, in *JurisClasseur Commercial*, fasc. 281, 19 Janvier 2016, n° 251; N. MATHEY, *Rupture brutale de relations commerciales établies, sans préavis*, comm. sous Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, in *JCP E*, n° 42, 16 Octobre 2014, p. 1520 ss.

controprestazione. Tale terminologia, originale rispetto alla nozione di causa, è di chiara ispirazione commercialistica¹¹¹⁰, poiché riprende direttamente il testo dell'art. L. 442-6, I, 1 *Code de commerce*, che sanziona chi tenta di ottenere da un *partner* commerciale un vantaggio che non corrisponda ad alcun servizio commerciale effettivamente realizzato o che sia manifestamente sproporzionato in relazione al valore del servizio reso¹¹¹¹.

La causa dell'obbligazione viene determinata sulla base di un concetto del *Code de commerce* attinente alla disciplina e tutela del mercato: ciò comporta che la valutazione si sposti in maniera netta dalle obbligazioni di ogni contraente ad una valutazione del contratto e del rapporto sussistente tra le stesse. Da un lato, si abbandona un approccio analitico, tendente a scomporre le obbligazioni delle parti; dall'altro da un giudizio di esistenza ci si muove verso una valutazione della congruità delle rispettive prestazioni.

Ciò implica anche un mutamento della funzione del giudizio causale: la disposizione del *Code de commerce* costituisce infatti un vero e proprio ordine pubblico commerciale ed è finalizzata a realizzare una *policy* volta a correggere clausole e contratti che non rispettino tale ordine. Espletare il giudizio causale secondo i canoni dell'art. L. 442-6 *cod. comm.* significa quindi riprenderne la funzione, ossia controllare il contenuto dell'accordo sulla base della razionalità concorrenziale che esso è diretto a realizzare¹¹¹².

¹¹¹⁰ H. BARBIER, *La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ?*, in *RTD civ.*, 2014, p. 886.

¹¹¹¹ Il testo dell'art. L. 442, I, 1° *code de commerce* (nella versione antecedente alla riforma) è il seguente: «engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité.»

¹¹¹² Cfr. par. 1.11.

La sentenza è vicina ad una corrente giurisprudenziale che, vedendo nell'art. L. 442-6 *cod. comm.* una disposizione dell'ordine pubblico di mercato, aveva dichiarato nulli in quanto illeciti contratti che non rispettavano detta norma. La decisione è stata invece criticata dalla dottrina che ha ritenuto che i giudici del merito avrebbero dovuto altresì indagare se la controprestazione non fosse in realtà già stata effettuata, in ragione del fatto che la causa può essere costituita anche da un'obbligazione già eseguita¹¹¹³.

5.3.4 (segue) *Contratto di licenza di marchio e redditività*

La *Cour de cassation*¹¹¹⁴ si è altresì occupata del rapporto tra causa e redditività del contratto, nonché degli effetti sulla causa derivanti da un mutamento delle circostanze di mercato che alteri notevolmente il rapporto tra le prestazioni delle parti¹¹¹⁵. Il caso deciso dalla Sezione commerciale aveva ad oggetto un contratto di licenza del marchio «Les Complices», concessa dalla società Les Complices alla società Yang design, la quale si impegnava a corrispondere, a titolo di *royalties*, il 10% sulle vendite dei prodotti contraddistinti da tale marchio, oltre a dei minimi convenzionalmente stabiliti. Lo sfruttamento commerciale del marchio, tuttavia, non portava i ricavi sperati ed i minimi risultavano decisamente superiori rispetto al 10% del volume d'affari realizzato. Dato che Yang non corrispondeva le *royalties*, Les Complices ricorreva per ottenere l'ingiunzione al pagamento, alla quale Yang faceva opposizione.

Condannata al pagamento dai giudici di merito, Yang ricorreva in Cassazione, sostenendo che la causa dell'obbligazione fosse venuta a mancare e

¹¹¹³ J. GHESTIN, *Nullité pour absence de cause d'un contrat de courtage faite de service effectif*, note sous Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, in *JCP G*, 2014, n° 52, p. 2359 ss.

¹¹¹⁴ Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, in *D.* 2014, p. 1915, note D. Mazeaud; in *AJCA*, 2014, p. 78, obs. J. Dubarry

¹¹¹⁵ Sul valore di tale sentenza, in ragione della composizione della *Cour de cassation* che l'ha pronunciata e del fatto che non è stata pubblicata nel *Bulletin* cfr. J. GHESTIN, *L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l'imprévision ?*, in *JCP G.*, 2014, p. 1971 ss.

che, quindi, il contratto dovesse essere annullato¹¹¹⁶ o caducato¹¹¹⁷: questo perché l'evoluzione del contesto economico del mercato tessile e la diminuzione delle vendite nel settore della grande distribuzione avevano comportato un notevole squilibrio economico, rendendo quanto pattuito nel contratto non sostenibile.

La *Cour de cassation* che prima della riforma del 2016 non disponeva degli artt. 1186 e 1195 *Code civil*, tramite i quali sono state introdotte le fattispecie della *caducation* e della *imprévision*, si trova ad affrontare due questioni principali: innanzitutto, se la redditività del contratto faccia parte della causa dell'obbligazione e, quindi, se la sua mancanza possa comportare la nullità dell'accordo; in secondo luogo, quale sia il momento in cui debba essere valutata l'esistenza della causa e se il suo venir meno nel corso dell'esecuzione del contratto possa comportarne la nullità.

Yang aveva infatti fondato il proprio ricorso su due sentenze della Suprema corte che avevano rispettivamente statuito che la scomparsa della causa in un contratto ad esecuzione continuata ne comporta la caducazione¹¹¹⁸; ed altresì che il sopravvenuto mutamento delle circostanze economiche che comporti un eccessivo squilibrio del contratto così come voluto dalle parti possa privare l'obbligazione di una delle stesse di una reale controprestazione e, quindi, di causa¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ Sotto il profilo di mancanza della causa, cfr. Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, in *Bull. civ.* I, n° 286; in *D.*, 1997, p. 500, note P. Reigné; in *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. J. Mestre; in *RTD com.*, 1997, p. 308, obs. B. Bouloc. La mancanza di redditività era stata in passato sanzionata anche tramite la disciplina dell'errore, cfr. Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.012, in *D.*, 2011, p. 3052, note N. Dissaux; Cass. com., 1 oct. 2013, n° 12-23.337, in *D.*, 2014, p. 893, obs. D. Ferrier; in *Rev. sociétés*, 2013, p. 683, obs. S. Prévost; in *RTD civ.*, 2014, p. 109, obs. H. Barbier; Cass. Com., 10 déc. 2013, n° 12-23.115, in *D.*, 2014, p. 893, obs. D. Ferrier; in *RTD civ.*, 2014, p. 109, obs. H. Barbier.

¹¹¹⁷ La giurisprudenza ha in passato sanzionato la mancanza di profittabilità con tale sanzione, cfr. Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369, in *D.* 2010, p. 2481, note D. Mazeaud; p. 2485, note Th. Genicon; *ibidem*, 2011, p. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson; in *RTD civ.*, 2010, p. 782, obs. B. Fages; *ibidem*, 2011, p. 87, obs. P. Deumier.

¹¹¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, in *D.*, 2008, p. 2937; *ibidem*, 2009, p. 747, chron. P. Chauvin e C. Creton; in *RTD civ.*, 2009, p. 111, obs. J. Hauser; *ibidem*, p. 118, obs. B. Fages.

¹¹¹⁹ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, in *D.*, 2010, p. 2481, note D. Mazeaud; *ibidem*, p. 2485, note Th. Genicon; in *D.*, 2011, p. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson; in *Defrénois*, 2011, p. 811, obs. J.-B. Seube; in *Dr. et patr.*, févr. 2011, p. 68, obs. P. Stoffel-Munck; in *Gaz. Pal.*, 13 janv. 2011, p. 17, obs. D. Houtcieff; in *JCP G*, 2010, p. 1056, note T. Favario; in *JCP G*, 2011, 63, n° 9, obs. J. Ghestin; in *JCP E*, 2010, p. 2108, note S. Le Gac-Pech; in *LPA*, 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. Choné; in *RDC*, 2011, p. 34, obs. E. Savaux; in *RTD civ.*, 2010, p. 782, obs. B. Fages.

Tuttavia, prima di analizzare quale sia il momento in cui deve essere valutata l'esistenza della causa, occorre giudicare se la redditività economica del contratto per la licenziataria costituisca un'obbligazione assunta dalla licenziante, oppure se essa facesse parte dell'alea economica insita in ogni accordo e, quindi, il rischio concernente i profitti realizzati tramite le vendite dei prodotti contraddistinti dal marchio concesso in licenza dovesse essere sostenuto integralmente dalla licenziante¹¹²⁰.

Affrontare il giudizio relativo all'*imprévision* tramite la causa dell'obbligazione, a prescindere dalla sua correttezza ed agli esiti a cui lo stesso porta, impone infatti di valutare se la redditività dipendente dall'utilizzo del marchio facesse parte della controprestazione pattuita e fosse dunque «entrata» nella causa dell'obbligazione.

Sul punto la statuizione della *Cour de cassation*, che approva il giudizio della *Cour d'Appel de Paris*¹¹²¹, è netto: «la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat». Viene dunque approvata la decisione dei giudici di merito, ai quali spetta l'analisi della causa in concreto: nel caso di specie, questa risiede nell'obbligazione di mettere a disposizione della licenziataria il marchio e non nel procurarle un profitto dall'utilizzo dello stesso¹¹²². Di conseguenza, il fatto che la società Yang, in ragione delle particolari condizioni di

¹¹²⁰ Y.-M. LAITHIER, *La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables*, in *RDC*, 2014, III, p. 345.

¹¹²¹ Cour d'Appel Paris, pôle 5, ch. 11, 28 sept. 2012, n° 10/23553, JurisData n° 2012-023775.

¹¹²² Vi sono numerosi strumenti giuridici che possono far sì che tale redditività sia parte integrante delle obbligazioni delle parti, ma che non sono stati adottati nel caso di specie. Y.-M. LAITHIER, *La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables*, menziona, ad esempio, l'elevare la redditività a condizione dell'obbligazione (lecito qualora la stessa non dipenda dalla mera volontà del contraente), considerare la redditività come qualità essenziale dell'oggetto, tale per cui possa comportare l'annullamento del contratto per errore (anche se occorre considerare l'irrelevanza dell'errore sul valore), oppure prevedere che la redditività sia elemento di definizione della controprestazione e, quindi, che la sua assenza comporti la nullità per mancanza di causa, o che il suo venir meno comporti la caducazione (queste due ultime soluzioni rinviano alle precedenti giurisprudenza della *Cour de cassation*, in particolare alle sentenze Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14800, in *Bull. civ.* I, n° 286; Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n° 07-17.646, cit.; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, cit.).

mercato, non sia riuscita ad assicurarsi il profitto che si attendeva non priva la sua obbligazione di causa. La sentenza si iscrive nel solco di alcune decisioni¹¹²³ precedenti, che avevano negato rilevanza causale alla redditività del contratto e si pone in aperta contraddizione con l'arresto *Point club vidéo*¹¹²⁴ sopra analizzato.

La *Cour de cassation* adotta una nozione oggettiva della causa¹¹²⁵, poiché non conferisce rilevanza giuridica alle finalità soggettive delle parti¹¹²⁶ (nel caso di specie, l'ottenere un profitto maggiore rispetto alle *royalties* da versare alla titolare del marchio). Si pongono al centro del giudizio causale le obbligazioni delle parti e le si valuta nel loro rapporto di scambio, superando così quella giurisprudenza, nonché quell'orientamento dottrinale, che aveva voluto fare rientrare all'interno del giudizio causale la valutazione dell'effettivo raggiungimento degli obiettivi personali dei contraenti.

La dottrina che ha analizzato tale sentenza si è concentrata sul rapporto tra l'aspetto soggettivo ed oggettivo nella definizione della causa. Si sottolinea che la sentenza conferma che la causa deve essere determinata ed analizzata «in maniera contrattuale»¹¹²⁷, considerando lo specifico accordo. Tale posizione è confermata dalla statuizione della *Cour de cassation* che non nega che l'aspetto della redditività

¹¹²³ Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.452, JurisData n° 2007-038248; in *JCP G*, 2007, II, p. 10119, note Y.-M. Sérinet; in *CCC*, 2007, comm. 196, obs. L. Leveneur; in *D.*, 2007, p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki; in *RDC*, 2008, p. 231, obs. D. Mazeaud; Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, JurisData n° 2009-048750; in *RDC*, 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.*, 2009, p. 719, obs. Fages; Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, JurisData n° 2014-005362; in *JCP G* 2014, p. 1116, note J. Ghestin.

¹¹²⁴ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14800, in *Bull. civ.* I, n° 286.

¹¹²⁵ L. LEVENEUR, *Le contrat de licence de marque est moins rentable qu'espéré : le licencié peut-il refuser de payer la redevance convenue ?*, in *CCC*, n° 6, Juin 2014, comm. 123, § 5; D. MAZEAUD, *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile...*, cit., p. 1915 ss.

¹¹²⁶ CH. CARON, *La cause du contrat de licence de marque*, in *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2014, comm. 77, n° 6; J. DUBARRY, *L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause*, in *AJCA*, 2014, II, p. 78 afferma invece che la *Cour de cassation* ammetta implicitamente che la causa intesa quale controprestazione possa essere compresa e valutata soggettivamente. Tale affermazione tuttavia non convince: la *Cour de cassation* non afferma che i motivi personali possano integrare la causa dell'obbligazione, ma che le parti possano, nella definizione delle rispettive obbligazioni, integrare alcuni di questi all'interno del contratto, così conferendogli rilevanza contrattuale, ed è proprio ciò che non è avvenuto nel caso di specie.

¹¹²⁷ J. GHESTIN, *L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l'imprévision ?*, cit., p. 1971.

possa essere integrato nelle obbligazioni delle parti, affermando tuttavia che, nel caso di specie, così non è stato¹¹²⁸.

Non si può invece seguire l'opinione di chi afferma che la valutazione della causa sarebbe stata «soggettivamente oggettiva»¹¹²⁹, poiché essa è comunque basata sulla volontà dei contraenti. Tale analisi tradisce una confusione di fondo tra la determinazione della causa in concreto e quindi sulla base delle specifiche obbligazioni convenute dai contraenti, frutto dell'accordo delle loro volontà, e la nozione di causa soggettiva, così come proposta dalla dottrina e seguita da una parte della giurisprudenza, secondo cui la causa deve essere valutata sulla base degli obiettivi delle singole parti.

Tale impostazione confonde infatti un giudizio incentrato sull'analisi dello specifico contratto e quindi necessariamente sulla volontà delle parti, con un apprezzamento soggettivistico, dove si dà rilevanza ai motivi. Il fatto che i motivi delle parti possano entrare all'interno del contratto ed anche della causa pare, da questo punto di vista, di scarsa rilevanza: ogni contraente è mosso da motivi specifici, di cui alcuni entreranno all'interno del campo contrattuale; la questione non sta quindi nel determinare la natura di motivo degli aspetti dell'obbligazione, ma nel fatto che l'analisi della *Cour de cassation* combina un'analisi oggettiva, che esclude la rilevanza dei fini e delle aspirazioni personali dei contraenti con un'analisi in concreto, così da determinare la causa-controprestazione sulla base delle specifiche obbligazioni, valutando l'effettiva esistenza e la sussistenza di un rapporto di scambio accettabile per l'ordinamento.

La terminologia, sotto alcuni aspetti, può rivelarsi ambigua: quando si afferma che non sono presi in considerazione gli obiettivi personali delle parti, ci si riferisce ai vantaggi che le stesse si attendono di ricavare dal contratto, ma che non fanno parte delle obbligazioni pattuite. Essi sono distinti dallo scopo dell'operazione economica realizzata tramite l'accordo; ciò che invece non viene

¹¹²⁸ Y.-M. LAITHIER, *La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables*, cit., p. 345.

¹¹²⁹ CH. DELANGLE, *La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective*. - *À propos de Cass. com.*, 18 mars 2014, n° 12.29-453, in *JCP Entreprise et Affaires*, 2015, p. 1224 ss.

esaminato è il ritorno economico che la singola parte si attende di ricevere grazie al contratto.

Si concorda quindi, almeno in parte, con chi ha affermato la causa sia nuovamente valutata dalla giurisprudenza come nozione oggettiva, che permette di combattere uno squilibrio strutturale, a prescindere dal fatto che il contratto concluso garantirà alle parti, nei fatti, la redditività economica da questi attesa¹¹³⁰. Ciò che invece non ci sembra condivisibile è che tale controllo, oltre che oggettivo, debba qualificarsi anche come astratto, nonché l'asserzione secondo cui lo squilibrio che può essere combattuto tramite tale nozione sia solamente quello derivante dalla assenza della controprestazione.

Circa il primo aspetto: se da un lato il controllo non è soggettivo, ciò non significa che esso non penetri all'interno della dimensione del singolo contratto, rimanendo al livello del tipo. Al contrario, come afferma la giurisprudenza, la causa deve essere apprezzata dai giudici del merito, che sono i soli competenti a valutare le obbligazioni delle parti e, quindi, le rispettive controprestazioni, sulla base delle quali si determina la causa del contratto¹¹³¹. Da ciò consegue che il controllo sia effettuato in concreto, ossia prendendo in considerazione lo specifico contratto concluso dalle parti¹¹³².

Ciò è ulteriormente confermato dalla statuizione secondo cui il fatto che la redditività del contratto non faccia parte della causa deriva dall'analisi della volontà delle parti, così come interpretata dai giudici di merito¹¹³³. Ne consegue che l'analisi della causa è sì oggettiva, nel senso prima specificato, ma non è certo astratta; al contrario, essa richiede una valutazione caso per caso, volta ad apprezzare il contenuto delle rispettive obbligazioni.

Non si può nemmeno concordare *in toto* sul fatto che lo squilibrio sanzionato tramite l'assenza di causa sia solamente quello che si traduce

¹¹³⁰ D. MAZEAUD, *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile...*, in *D.*, 2014, 2014, p. 1915 ss.

¹¹³¹ H. BARBIER, *La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ?*, cit., p. 885; D. MAZEAUD, *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile...*, cit., p. 1915 ss.

¹¹³² Y.-M. LAITHIER, *La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables*, cit., p. 346.

¹¹³³ J. DUBARRY, *L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause*, cit., p. 78.

nell'assenza di controprestazione. Tale formula è pressoché «rituale» e deriva dalla concezione ottocentesca del controllo sulla causa. Tuttavia, essa non corrisponde al giudizio espletato dalle corti, come peraltro dimostrato dal caso concernente il contratto di mediazione sopra esaminato¹¹³⁴ e come verrà ulteriormente dimostrato in seguito. Il richiamo all'assenza della controprestazione è una *fictio* , volta a giustificare la sanzione del contratto tramite il giudizio causale anche quando esso realizza uno scambio, che viene tuttavia reputato eccessivamente sproporzionato e, quindi, irrazionale. Questa visione, d'altronde, è confermata dalla medesima dottrina, la quale afferma che: «la cause permet de garantir la rationalité de l'engagement contractuel. Elle évite, dans un contrat synallagmatique à titre onéreux, que le contrat soit affecté par un déséquilibre structurel inadmissible»¹¹³⁵.

Il problema centrale, allora, non è se il controllo si limiti all'inesistenza *tout court* , ma quale sia la frontiera di questo squilibrio inammissibile, come essa debba essere determinata, come si rapporti alle circostanze del caso concreto e quali siano le finalità di tale sanzione.

La seconda questione, attinente al momento in cui debba essere valutata la causa, rimane in secondo piano in ragione della decisione adottata in relazione alla prima. Infatti, una volta accertato che la redditività del contratto non facesse parte del contratto di licenza, la Suprema Corte non si trova a dover prendere una posizione chiara sulla questione; si limita invece ad affermare che la causa è condizione di validità nella formazione del contratto. Tale inciso ha dato adito ad interpretazioni contrastanti: una parte della dottrina vi ha letto un superamento dei precedenti orientamenti della Suprema Corte, anche in ragione del fatto che il ricorso riprendeva chiaramente le statuizioni della *Cour de cassation* ¹¹³⁶ che approvavano tale posizione. Un'altra parte, invece, ha ritenuto che detta

¹¹³⁴ Cfr. par. 5.3.3.

¹¹³⁵ D. MAZEAUD, *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile.*, cit., p. 1915 ss.

¹¹³⁶ Y.-M. LAITHIER, *La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables*, cit., p. 345; D. MAZEAUD, *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile.*, cit., p. 1915 ss.

formulazione non escluda, ma anzi confermi, la costruzione giurisprudenziale relativa alla *caducation*¹¹³⁷.

L'ellittica statuizione sembra riaffermare una concezione classica del giudizio causale, per il quale risultano irrilevanti gli avvenimenti sopravvenuti nel corso dell'esecuzione del contratto¹¹³⁸. La questione sarà analizzata più approfonditamente in seguito; qui basti dire che dopo l'approvazione della riforma e l'introduzione delle disposizioni concernenti la *caducation* e l'*imprévision*, che sono ora distinte dalle norme che riprendono il giudizio causale, la questione riceve una regolamentazione propria¹¹³⁹.

5.3.5 (segue) *Causa e contratto di fornitura*

La causa del contratto è stata al centro di una serie di sentenze della *Cour de cassation* in cui tale nozione è stata utilizzata al fine di valutare la validità di contratti di fornitura che prevedevano dei minimi o obbligazioni di esclusiva, senza che il fornitore si impegnasse ad eseguire una controprestazione dal valore corrispondente.

Un arresto recente¹¹⁴⁰ conferma una decisione della Cour d'appel di Bourges¹¹⁴¹ che aveva dichiarato l'accordo valido.

¹¹³⁷ J. GHESTIN, *L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l'imprévision ?*, cit., p. 1973; H. BARBIER, *La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ?*, cit., p. 885, afferma che nella presente sentenza la *Cour de cassation* si limiterebbe ad escludere dal giudizio causale, in ragione dell'accordo delle parti, la rilevanza della redditività del contratto, senza pertanto escludere che l'esistenza della causa possa essere valutata nel corso dello svolgimento del contratto. Cfr. anche J. DUBARRY, *L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause*, cit., p. 78; CH. DELANGLE, *La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective . - À propos de Cass. com., 18 mars 2014, n° 12.29-453*, cit., p. 1224 ss.

¹¹³⁸ D. MAZEAUD, *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile...*, cit., p. 1915 ss.; Cass. com. 30 juin 1987, n° 84-16.752, JurisData n° 1987-001373, in *Bull. civ.* 1987, IV, n° 163.

¹¹³⁹ Come peraltro già suggerito dalla dottrina, cfr. J. GHESTIN, *L'intérêt normatif d'un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l'imprévision ?*, cit., p. 1973.

¹¹⁴⁰ Cass. com., 11 mars 2014 n° 12-29.820, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028734659>.

¹¹⁴¹ Cour d'Appel de Bourges, 11 octobre 2012, n° 12/00427, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Bourges/2012/RB2C0CC726E98CB6FEE89>.

Nel caso di specie, l'*exploitant d'un fond de commerce* aveva concluso un contratto di fornitura con la Pitault distribution impegnandosi ad acquistare almeno € 38.000,00 di bevande all'anno per sette anni. Come controprestazione per tale impegno Pitault si era obbligata a mettere a disposizione dell'acquirente degli arredamenti mobili per *dehors* da utilizzare nell'attività commerciale.

Dato che il creditore cessava di ordinare prodotti dalla fornitrice, questa agiva in giudizio per ottenere il risarcimento del danno causato dall'inadempimento ed al pagamento di una somma a titolo di restituzione per il materiale messo a disposizione. L'*exploitant* sosteneva che il contratto fosse nullo per assenza di causa della propria obbligazione, in quanto l'impegno di acquisto non aveva alcuna controprestazione da parte della Pinault: il valore degli arredamenti da questa messi a disposizione (circa 6.000,00 €) era infatti del tutto sproporzionato dal valore dei propri obblighi di acquisto (266.000,00 € nel corso dei sette anni).

La *Cour de cassation*, invece, distanziandosi da precedenti decisioni¹¹⁴², ha ritenuto che il contratto non fosse nullo, poiché l'impegno dell'acquirente era controbilanciato dal materiale messo a disposizione del fornitore e dai profitti che questo garantiva al rivenditore nell'esercizio della sua attività¹¹⁴³. La Corte fa quindi un controllo debole sulle sentenze di merito, limitandosi a controllare che l'obbligo di esclusiva abbia una controprestazione, senza entrare nel merito del valore delle rispettive prestazioni. Una soluzione analoga è stata seguita da una recentissima sentenza della *Cour d'Appel de Paris*¹¹⁴⁴, che ha affermato che la clausola di esclusiva trovava il proprio corrispettivo in una *remise*.

5.3.6 (segue) *Causa e patto parasociale*

¹¹⁴² Era stato ritenuto nullo un contratto di fornitura esclusiva nel quale il fornitore concedeva un prestito di importo molto basso cfr. Cass. com. 14 oct. 1997, n° 95-14.284, in *Deffrénois*, 1998, p. 1040, obs. D. Mazeaud; Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749, in *Bull. civ.* IV, n° 21; in *D.*, 2005, p. 639; *ibidem*, p. 1085, chron. T. Lambert; *ibidem*, p. 2836, obs. S. Amrani-Mekki; *ibidem*, 2006, p. 512, obs. D. Ferrier; in *RTD com.*, 2005, p. 825, obs. B. Bouloc.

¹¹⁴³ Sul valore non particolarmente rilevante – per ragioni procedurali - di tale giurisprudenza cfr. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 174-180.

¹¹⁴⁴ Cour d'Appel de Paris, 3 juillet 2019, n° 17/21047, in *lextenso.fr*.

La *Cour de cassation*¹¹⁴⁵ si è recentemente occupata della validità, sotto il profilo dell'esistenza e della liceità della causa, di un patto parasociale ed in particolare della clausola cosiddetta *bad leaver*¹¹⁴⁶. Questo è il primo caso in cui la Suprema Corte si è occupata della validità di tale clausola¹¹⁴⁷, anche se alcune sentenze precedenti si erano occupate di pattuizioni simili¹¹⁴⁸, sovente concernenti patti di opzione che prevedevano come condizione necessaria al fine di poter esercitare il diritto che il beneficiario fosse dipendente della società¹¹⁴⁹. Il caso ha coinvolto vari profili di diritto contrattuale e diritto del lavoro¹¹⁵⁰: in questa sede saranno analizzati criticamente i primi.

¹¹⁴⁵ Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *RDC*, 2017, p. 21, obs. E. Savaux; in *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, n° 30, p. 60, note J.-M. Moulin; in *BJS*, janv. 2017, n° 1, p. 23, note E. Schlumberger; in *RDS*, 2017, p. 85, note Y. Marjault; in *D.*, 2016, p. 1309; in *JCP E*, 29 sept. 2016, p. 1504, note S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Bignebat; in *JCP G*, 2016, p. 939, note F. Azoulay; in *JCP E*, 2016, p. 1554, note M. Caffin-Moi; in *D.*, 2016, p. 2042, note D. Baugard et N. Borgia; *ibidem*, p. 2365, obs. E. Lamazerolles; in *AJCA*, 2016, p. 391, obs. C. Coupet.

¹¹⁴⁶ Anche in Francia, così come in Italia, si sta ampliando la tendenza a controllare la validità di clausole e contratti legati alla vita societaria, cfr. M. MEKKI, *Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle*, in *JCP N*, 18 nov. 2016, p. 5 ss. che afferma: «plus généralement en droit des sociétés, certaines clauses aménageant certains droits fondamentaux rattachés à la qualité d'associé (droit de rester associé, droit de vote, devoir de contribuer aux pertes ou droit de participer aux bénéfices) sont désormais sous haute surveillance et pourraient être réputées non écrites si elles sont rédigées de manière exorbitante : clause qui porte une atteinte excessive au principe de la contribution aux pertes et de la participation aux bénéfices (C. civ., art. 1832) ; clauses de sortie qui permettraient à une société de mettre fin unilatéralement à une filiale commune sans raison légitime ; clause d'exclusion qui permettrait de faire sortir un associé (buy or sell, shot gun...) si elle repose sur des conditions potestatives; une clause qui limiterait de manière excessive le droit de vote d'un associé ; une clause de garantie de passif environnemental qui obligerait, en raison de la gravité de la pollution, le vendeur à payer à l'acquéreur une somme plus élevée que le prix d'acquisition. » Cfr. anche, in relazione alle possibili applicazioni in questo settore del nuovo art. 1170 *Code civil*, D. SAVOURÉ, *Le contenu du contrat et le contrôle du juge*, in *JCP N*, 28 avril 2017, p. 1165 ss.

¹¹⁴⁷ D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *D.*, 2016, p. 2042 ss.

¹¹⁴⁸ Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17349, in *AJCA*, 2014, p. 231, obs. J.-M. Moulin; in *Rev. sociétés*, 2015, p. 36, note M. Michineau; in *RTD civ.*, 2014, p. 642, obs. H. Barbier; in *JCP E*, 2014, p. 1317, note B.V. Dondero; Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-28164, in *BJS*, avr. 2015, n° 113h5, p. 188, note Schiller S., dove però non si esamina l'esistenza e la liceità della causa di tali pattuizioni.

¹¹⁴⁹ Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-45281, in *JCP S*, 2007, p. 1655, note R. Vatinet; Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47180, in *JCP S*, 2006, p. 1539, note R. Vatinet.

¹¹⁵⁰ Circa i quali si rimanda a E. SCHLUMBERGER, *La validité de la décote de prix d'une clause de bad leaver*, in *BJS*, janv. 2017, p. 23, n° 11 ss.; D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 16 s.; Y. MARJULT, *Validité des clauses de bad leaver imposées à un actionnaire salarié*, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978, in *RDS*, 2017, p. 85 ss.; F. AZOULAY, *Bad Leaver. - Le mécanisme du bad leaver appliqué au salarié investisseur dans un LBO n'est pas illicite*, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *JCP G*, 2016, p. 939 ss.; S. SCHILLER, J.-M. LEPRETRE e P. BIGNEBAT, *Décote de prix des actions en cas de licenciement : oui, mais...*, in *JCP E*, 29 septembre 2016, p. 1504 ss.; C. COUPET, *Validité d'une*

La vicenda prende le mosse dall'attribuzione ad una dipendente¹¹⁵¹ della Novedia solutions¹¹⁵² di 5.128 azioni della società sulla base dell'art. L. 225-197-1 *code de commerce*: tale attribuzione veniva effettuata a titolo gratuito, come ulteriore forma di retribuzione della dipendente ed al fine di coinvolgerla nella gestione societaria. Contestualmente¹¹⁵³ la dipendente concludeva un patto parasociale con Novedia, società controllante di Novedia solutions, nel quale si prevedeva una clausola cosiddetta di *bad leaver*. In particolare, si stabiliva che in caso di licenziamento per qualsiasi ragione (a parte il licenziamento per colpa grave) la dipendente sarebbe stata tenuta a cedere tutte le proprie azioni alla metà del prezzo fissato da un esperto nominato dal tribunale.

Circa tre anni dopo, il 25 marzo 2009, la dipendente veniva licenziata e promuoveva due procedimenti: il primo al fine di ottenere la dichiarazione di illegittimità del licenziamento; il secondo per ottenere la stima del valore delle azioni, di cui chiedeva in seguito il pagamento¹¹⁵⁴. Novedia corrispondeva la metà del valore, sulla base di quanto previsto nel patto parasociale; la dipendente, contestando la validità e l'efficacia della clausola del patto, agiva per ottenere il pagamento della residua parte del prezzo. I giudici del merito respingevano le domande, affermando che il patto parasociale fosse valido e che la clausola non prevedesse una forma di sanzione pecuniaria proibita dall'art. L. 1331-2 *code du travail*¹¹⁵⁵.

In particolare, la *Cour d'Appel* di Versailles affermava che tale clausola fosse parte integrante dell'equilibrio del contratto, funzionale ad una migliore retribuzione della dipendente, ma anche ad un suo coinvolgimento nella gestione della società ed interessamento allo sviluppo del valore dell'impresa, che le

clause de bad leaver liant une salariée, obs. sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *AJCA* 2016, p. 391 ss.

¹¹⁵¹ Dapprima direttrice di una filiale e poi divenuta direttrice commerciale.

¹¹⁵² Antecedentemente denominata Smart up.

¹¹⁵³ Il patto viene concluso il 3 aprile, quindi qualche mese dopo l'attribuzione delle azioni, avvenuta il 17 gennaio 2006.

¹¹⁵⁴ Il valore delle azioni veniva stimato in € 155.276.

¹¹⁵⁵ Su tale aspetto cfr. J.-M. MOULIN, *Le sort d'un mécanisme de bad leaver en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, in *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, n° 30, p. 60 ss.

venivano concessi come controprestazione dell'attività prestata¹¹⁵⁶. La promessa irrevocabile di vendita delle azioni ad un prezzo scontato si inseriva dunque in tale contesto e rispondeva all'interesse per il quale Novedia e la dipendente avevano concluso il patto parasociale; tale clausola non poteva essere considerata illecita per il solo fatto che la promessa di vendita ed il relativo sconto fossero collegati al contratto di lavoro. Peraltro, le azioni in questione erano state attribuite gratuitamente alla dipendente¹¹⁵⁷ e le modalità di stima del loro valore - effettuata da un soggetto terzo e indipendente - non erano contestate dalle parti. La dipendente ricorreva in cassazione articolando varie censure alla decisione dei giudici di merito.

Innanzitutto, sosteneva che il consenso prestato alla conclusione del patto parasociale non potesse considerarsi libero, in quanto la stessa si trovava in uno stato di soggezione nei confronti di Novedia solutions, il cui rappresentante era presente al momento della conclusione del patto¹¹⁵⁸: il contratto doveva quindi considerarsi invalido. Tale motivo di ricorso faceva riferimento all'elaborazione giurisprudenziale sui vizi del consenso e, in particolare, la violenza economica¹¹⁵⁹ (che è stata la base del nuovo art. 1143 *Code civil*¹¹⁶⁰, che la prevede come causa di

¹¹⁵⁶ Cour d'appel Versailles, 20 mars 2014, n° 12/06860, JurisData n° 2014-007155: «cette clause participe en effet de l'équilibre général du contrat qui s'inscrit dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, avantages consentis en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise.

Cet équilibre qui résulte de la commune intention des parties justifie en conséquence le lien établi entre la perte de la qualité de salarié et celle d'associé mais aussi la promesse consentie par Mme Y.. de cession de ses droits sociaux et celle de la société Novedia de rachat des droits sociaux cédés et encore la détermination anticipée d'un commun accord de la valeur de rachat des parts cédées, affectée dans certains cas d'une décote, variant suivant les motifs pour lesquels Mme Y.. serait amenée à cesser sa collaboration au sein de l'entreprise.

La cause de la stipulation contractuelle de la décote de 50 % appliquée en cas de licenciement de Mme Y.. pour un motif autre que la faute grave ou lourde réside précisément dans l'intérêt en considération duquel la société Novedia et Mme Y.. ont conclu le pacte d'associés et l'équilibre contractuel ainsi recherché. Cette cause n'est pas illicite par le seul fait que la perte de la qualité d'associé et la décote critiquée seraient liés au sort du contrat de travail.»

¹¹⁵⁷ Il 18 gennaio 2008, momento dell'attribuzione definitiva delle azioni, queste avevano un valore di € 34.290.

¹¹⁵⁸ Sulla funzione della presenza della società terza rispetto ai due contraenti e sui suoi effetti cfr. S. SCHILLER, J.-M. LEPRÊTRE e P. BIGNEBAT, *Décote de prix des actions en cas de licenciement : oui, mais..*, cit., n° 11.

¹¹⁵⁹ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932, in *Bull. civ.* I, n° 108.

¹¹⁶⁰ Il quale prevede: «il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il

annullamento del contratto), che non poteva tuttavia essere esplicitata per ragioni procedurali¹¹⁶¹, in quanto la domanda era stata originariamente formulata solamente in relazione alla violazione dell'art. 1843-4 *Code civil*¹¹⁶², non più applicabile al caso di specie in ragione di un recente *revirement* giurisprudenziale¹¹⁶³.

La *Cour de cassation* rileva che, da un lato, l'argomentazione relativa allo *status* di dipendente, che le avrebbe impedito di negoziare il contratto, avrebbe dovuto essere posta a fondamento di una domanda di annullamento per vizio del consenso affinché i giudici di merito fossero tenuti ad esaminare anche tale situazione di fatto; dall'altro che i giudici di merito, pur riconoscendo che alla conclusione del patto avesse partecipato anche Novedia solutions, avevano ritenuto che la dipendente non si trovasse in un rapporto di soggezione con la contraente Novedia, con la quale non aveva alcun rapporto di lavoro.

Il motivo di censura che qui più interessa concerne tuttavia l'illiceità della causa del patto. Sulla base del fatto che la liceità della causa deve essere valutata in relazione ai motivi determinanti dell'impegno di ciascuna parte, la ricorrente sosteneva che l'impegno di cedere le azioni a prezzo dimezzato in caso di licenziamento fosse motivata dal presupposto che il licenziamento fosse legittimo (e quindi che l'interruzione del rapporto di lavoro fosse imputabile alla dipendente); nel caso di specie, quindi, l'illegittimità del licenziamento comportava l'illiceità della causa della pattuizione¹¹⁶⁴.

Come sottolineato dalla dottrina, il motivo di ricorso¹¹⁶⁵ è formulato in maniera confusa rispetto alle nozioni in questione. Da un lato, infatti, esso invoca

n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.»

¹¹⁶¹ E. SCHLUMBERGER, *La validité de la décote de prix d'une clause de bad leaver*, cit., n° 3.

¹¹⁶² D. BAUGARD et N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 7.

¹¹⁶³ Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26915, in *Bull. civ.* IV, n° 48; in *D.*, 2014, p. 759, obs. A. Lienhard; *ibidem*, p. 2434, note B. Dondero; *ibidem*, 2015, p. 529, obs. S. Amrani-Mekki e M. Mekki; in *Rev. sociétés*, 2014, p. 366, note J. Moury; in *AJCA*, 2014, p. 127, obs. I. Urbain-Parleani, a cui è seguito l'intervento del legislatore, che ha modificato il testo in questione: cfr. l'ordonnance n° 2014-863, 31 juillet 2014.

¹¹⁶⁴ E. SCHLUMBERGER, *La validité de la décote de prix d'une clause de bad leaver*, cit., n° 7.

¹¹⁶⁵ M. CAFFIN-MOI, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *JCP E*, 2016, p. 1554 ss. Il motivo è così formulato: «alors, en outre, que l'obligation contractée sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite est dépourvue d'effet ; que la licéité de la cause s'apprécie au regard des mobiles ayant déterminé l'engagement des parties ; qu'en l'espèce, l'engagement de Mme X., salarié et actionnaire de la société SMART UP, de rétrocéder ses titres à un prix dégradé en cas

esplicitamente l'illiceità della causa, da individuarsi nei motivi che hanno determinato l'impegno delle parti, dall'altro si afferma che la promessa irrevocabile di cessione a prezzo dimezzato trovasse la propria causa nel fatto che la rottura del rapporto di lavoro fosse imputabile alla dipendente e, quindi, che il licenziamento fosse legittimo. Ne consegue che, in ragione dell'illegittimità del licenziamento, dichiarata dal *Conseil des prud'hommes*, la clausola doveva essere privata di efficacia o giudicata parzialmente nulla¹¹⁶⁶. Secondo questa seconda prospettazione, l'illiceità della causa si darebbe non perché i motivi che hanno portato una parte a concludere l'accordo sono illeciti, ma in relazione al fatto che la dipendente avesse acconsentito alla pattuizione sul presupposto che il licenziamento fosse legittimo.

Mentre il ricorso si focalizza sull'illiceità del contratto, analizzando le ragioni che hanno portato la dipendente a prestare il proprio consenso alla conclusione dell'accordo, la *Cour de cassation*, confermando il giudizio della *Cour d'Appel de Versailles*, fornisce invece un'analisi incentrata sulla causa dell'obbligazione. La Suprema corte riafferma infatti che la clausola partecipava dell'equilibrio generale del contratto e che quindi la *Cour d'Appel* aveva giustamente concluso che la stessa non era illecita¹¹⁶⁷.

L'analisi non concerne l'eventuale illiceità dei motivi delle parti, quanto piuttosto l'operazione realizzata tramite il patto parasociale ed il suo equilibrio. Ciò emerge anche dalla terminologia impiegata («equilibrio generale del contratto» e «controprestazione»), propria del giudizio relativo all'esistenza della causa dell'obbligazione. In secondo luogo, la Corte analizza la validità della clausola di

de démission ou de licenciement trouvait sa cause dans l'imputabilité de la rupture contractuelle envisagée, ce qui supposait qu'elle fût licite ; qu'en retenant néanmoins que l'engagement litigieux trouvait sa cause dans l'équilibre général recherché par les parties dans leurs relations contractuelles, de sorte que la licéité du licenciement envisagé était sans effet sur la validité de cet engagement, la cour d'appel a violé l'article 1131 du code civil, ensemble l'article 1134 du même code».

¹¹⁶⁶ D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 11.

¹¹⁶⁷ «Attendu, de troisième part, qu'ayant relevé que la clause prévoyant la décote de la valeur des actions en cas de licenciement participait de l'équilibre général du contrat et s'inscrivait dans un processus d'amélioration de la rémunération de l'intéressée mais également d'association à la gestion et d'intéressement au développement de la valeur de l'entreprise, en contrepartie de son activité au profit de cette entreprise, la cour d'appel en a justement déduit que la cause de la convention litigieuse n'était pas illicite».

bad leaver non in relazione ai motivi che hanno determinato le parti, ma sulla base dell'operazione realizzata tramite il contratto: si ritiene che essa faccia parte dell'economia dell'accordo e che quindi non sia priva di controprestazione. In terzo luogo, tale disamina viene effettuata non solamente in relazione al patto parasociale, ma prendendo anche in considerazione l'attribuzione delle azioni alla dipendente.

Leggendo la sentenza si nota una parziale dissociazione tra il linguaggio utilizzato dalla *Cour de cassation*, che in alcuni passaggi riprende i motivi di ricorso concernenti la liceità della causa¹¹⁶⁸, mentre in altri, anche in relazione all'effettivo giudizio espletato, fa riferimento all'esistenza della causa¹¹⁶⁹. Ciò fa sì che la sentenza sia rilevante per le modalità di svolgimento del controllo sulla causa dell'obbligazione e non di liceità; i profili infatti, più che inestricabilmente legati, sono sovrapposti, in ragione della parziale alterità tra i motivi di ricorso e la decisione finale. Diverso sarebbe stato qualora la Corte avesse ritenuto che il patto parasociale fosse contrario all'ordine pubblico, in quanto permetteva alla società madre di approfittare di un notevole sconto sul prezzo delle azioni anche nel caso in cui il licenziamento fosse ingiustificato¹¹⁷⁰.

In relazione al giudizio sull'esistenza dell'obbligazione, è interessante notare che la Suprema Corte non svolge l'analisi esaminando il solo patto parasociale, ma anche in relazione all'attribuzione delle azioni, al fine di valutare le rispettive controprestazioni e l'equilibrio tra le stesse. Tale operazione è discutibile: da un lato infatti, il patto parasociale è stato concluso con Novedia, mentre l'attribuzione di azioni è stata effettuata nel contesto del rapporto di lavoro, che intercorreva tra la dipendente e Novedia solutions; dall'altro si può altresì sostenere che tale attribuzione era da considerarsi quale mera forma di retribuzione

¹¹⁶⁸ E. SAVAUX, *Pour un temps encore : la cause comme instrument de contrôle de la validité des pactes d'actionnaires*, obs. sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *RDC*, 2017, p. 21 ss.

¹¹⁶⁹ D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 12.

¹¹⁷⁰ D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 12. Pone invece particolare attenzione – nella valutazione della causa di una clausola di un contratto di lavoro – alle vicende del rapporto di lavoro (soprattutto circa la modifica delle persone che occupavano i ruoli apicali della direzione), nonché ai vantaggi che il dipendente procurava all'impresa Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-25841, in *RDC*, 2013, p. 1321, obs Th. Genicon; in *JCP S*, 2013, act. 197, obs. L. Dauxerre.

della dipendente e che, quindi, non potesse giustificare una clausola che prevedesse una decurtazione netta della metà del valore delle azioni¹¹⁷¹. Di conseguenza, la controprestazione della vendita delle azioni avrebbe dovuto ravvisarsi nell'obbligazione di corrispondere il prezzo da parte della società madre¹¹⁷².

Per quanto concerne il primo aspetto, la decisione si inserisce in quel filone giurisprudenziale e dottrinale che sostiene che la causa debba essere valutata in relazione all'effettivo accordo concluso, nello specifico contesto in cui si inserisce; le corti non hanno analizzato se tra i contratti sussistesse un collegamento negoziale; tuttavia, il ragionamento svolto è analogo a quello che caratterizza l'analisi della causa dei contratti collegati. D'altronde, come si vedrà in seguito¹¹⁷³, la medesima operazione viene effettuata nel giudizio sulla causa dei contratti di garanzia, in cui il rapporto è quantomeno trilaterale. In relazione al secondo aspetto, esso non è esplicitamente analizzato dalla *Cour de cassation*; tuttavia, la soluzione prescelta indica chiaramente che la controprestazione è stata valutata in relazione a tutto l'«insieme contrattuale», ossia ai contratti collegati.

Da queste considerazioni deriva che più che l'equilibrio contrattuale¹¹⁷⁴ la giurisprudenza ha considerato l'equilibrio dell'operazione economica globalmente intesa, facendo così ricorso ad una nozione sempre più centrale sia nel diritto francese, sia nel diritto italiano. Tale nozione è vicina a quella di economia del contratto: la dottrina ha dibattuto dei possibili rischi che essa comporta, perché a partire dalla giurisprudenza *Point club vidéo*¹¹⁷⁵ essa è stata associata ad una soggettivazione della causa: ciò ha fatto sì che essa fosse contestata¹¹⁷⁶ nonostante

¹¹⁷¹ E. SCHLUMBERGER, *La validité de la décote de prix d'une clause de bad leaver*, cit., n° 9.

¹¹⁷² D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 12.

¹¹⁷³ V. par. 5.4.

¹¹⁷⁴ È stato giustamente rilevato che quando la Cour de Cassation fa riferimento all'equilibrio contrattuale è difficile comprendere a quale contratto faccia riferimento, cfr. D. BAUGARD e N. BORGA, *L'admission ambiguë des clauses de bad leaver*, cit., n° 12.

¹¹⁷⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, in *Bull. civ.* I, n° 286; in *D.*, 1997, p. 500, note P. Reigné; in *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. J. Mestre; in *RTD com.*, 1997, p. 308, obs. B. Bouloc; in *Defrénois* 1996, art. 36381, p. 1015, note Ph. Delebecque. Si inseriscono in questo solco giurisprudenziale: Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.452, in *D.*, 2007, p. 2966, obs. S. Amrani-Mekki e B. Fauvarque-Cosson; Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, in *RTD civ.*, 2009, p. 719, obs. B. Fages.

¹¹⁷⁶ H. BARBIER, *La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de "l'équilibre général du contrat"*, in *RTD civ.*, 2016, p. 614 ss.

l'utilità che presenta per l'analisi della causa dei contratti collegati o complessi¹¹⁷⁷. Così non è nel caso di specie, dove la considerazione dell'equilibrio contrattuale evita di ricadere nella valutazione dei motivi personali delle parti, esplicitamente evocati dalla ricorrente in relazione alla liceità della causa. Lo stesso può dirsi del termine «interêt» utilizzato dalla Corte d'appello: mentre usualmente rimanda ai motivi delle parti, nel caso di specie esso è riferito ad entrambi i contraenti del patto parasociale e si riferisce allo scopo del contratto, inteso in maniera molto vicina alla causa concreta ed allo scopo pratico del negozio, così come inteso nella disciplina italiana.

La sentenza non prende invece posizione sul *quantum* della diminuzione del valore delle azioni. Non si afferma, come pure si sarebbe potuto fare secondo un'impostazione classica, che la diminuzione del 50% del prezzo delle azioni rende comunque esistente il prezzo e che, non essendo prevista la fattispecie della *lésion*¹¹⁷⁸, tale clausola rimane valida; se ne apprezza invece il senso e la razionalità nel contesto dell'operazione realizzata, in relazione alla quale appare comunque bilanciata.

Da queste considerazioni si possono dedurre alcune conseguenze: nel caso di specie al centro dell'analisi non era la liceità della causa e quindi anche dei motivi dei contraenti, quanto piuttosto la validità di una clausola, penalizzante per una delle parti, in relazione alla causa dell'obbligazione. Il giudizio non si limita a valutare quanto convenuto nel patto parasociale, ma si considera tutta l'operazione in ragione del fatto che tale contratto è evidentemente legato all'attribuzione delle azioni. Si valuta quindi l'equilibrio generale dell'operazione, andando anche oltre il fatto che la società che ha attribuito le azioni non è la medesima contraente del patto parasociale e si considera che l'operazione è equilibrata e lecita.

¹¹⁷⁷ Su detta nozione cfr. J. MESTRE, *L'économie du contrat*, in *RTD civ.*, 1996, p. 901 ss.; S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Paris, 2004; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, in *JCP G.*, 2001, p. 423 ss.

¹¹⁷⁸ G. CHANTEPIE, *La lésion, entre désir et déni*, in *Dossier : La lésion, un instrument de justice contractuel*, in *AJ Contrat*, 2018, n° 3, p. 104 ss.

5.3.7 Causa e contratti aleatori: la rendita

Mentre in Italia l'utilizzo più consistente ed innovativo di causa e meritevolezza è stato effettuato soprattutto in relazione a contratti aleatori, in Francia esso ha invece riguardato i contratti commutativi¹¹⁷⁹. Ciò, tuttavia, non ha escluso che si ponesse il problema dell'esistenza della *cause de l'obligation* anche in relazione ai contratti aleatori; un esempio molto rilevante è quello dei contratti di assicurazione, soprattutto circa le clausole *claims made*, precedentemente analizzate¹¹⁸⁰.

Un altro esempio è quello della rendita vitalizia. In tale ambito, la giurisprudenza francese presenta notevoli somiglianze con quella italiana¹¹⁸¹, sia in relazione ai problemi che si sono posti, sia in relazione alle soluzioni fornite. In particolare, anche in Francia la questione della nullità del contratto per assenza di causa si è posta in due casi: quando la durata della vita del vitalizante, in ragione di una grave malattia, rende sproporzionato il valore tra le reciproche prestazioni; quando il valore del bene o del capitale attribuito è sproporzionato rispetto al valore delle prestazioni fornite dal vitalizante.

L'art. 1974 *Code civil* prevede che la rendita vitalizia stipulata per una persona che è morta nel momento in cui il contratto diviene efficace non produce alcun effetto¹¹⁸². L'art. 1975 *Code civil* estende la medesima sanzione alla rendita contratta da persona che decede nei venti giorni successivi alla conclusione del contratto¹¹⁸³. Tali norme specificano che l'alea, ossia l'incertezza circa l'effettiva

¹¹⁷⁹ In relazione ai derivati *OTC* non risultano decisioni rilevanti concernenti la causa. In Cass. 3° civ., 19 mai 2016, n° 15-15.047, in www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032557708 utilizzando la teoria della causa il contratto di *swap* è stato dichiarato caducato in ragione del venir meno del contratto principale di *leasing* finanziario al quale il derivato era collegato in maniera dipendente.

¹¹⁸⁰ Cfr. par. 2.6.1.

¹¹⁸¹ Sulla quale cfr. par. 3.3.

¹¹⁸² L'art. 1974 dispone che: «tout contrat de rente viagère, créé sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, ne produit aucun effet».

¹¹⁸³ L'art. 1975 prevede che «il en est de même du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat».

misura delle prestazioni del vitalizante, anche in rapporto a quanto conferito dal vitaliziato, è requisito essenziale del contratto di rendita vitalizia.

La *Cour de cassation* ha altresì affermato che la sanzione specificamente prevista da tale disposizione non esime il giudice dall'esaminare la validità dell'accordo secondo le norme della parte generale del diritto dei contratti e, in particolare, tramite la causa. La giurisprudenza ha così affermato che la rendita è nulla per assenza di causa anche qualora la morte del vitaliziando sia percepita come imminente dal debitore, anche se avviene oltre il termine previsto dalla legge¹¹⁸⁴. Si è altresì affermato che è sufficiente la conoscenza della gravità dello stato di salute, a prescindere dall'effettiva causa del decesso¹¹⁸⁵.

Inoltre, sotto il secondo profilo, si è affermato che, benché le parti rimangano libere di determinare il canone della rendita, esso non può essere pari o inferiore ai frutti del bene, perché in tali casi il contratto non sarebbe più aleatorio¹¹⁸⁶.

La giurisprudenza francese si è posta il problema della validità della rendita in casi analoghi a quelli affrontati dalla giurisprudenza italiana ed è giunta a soluzioni molto simili: si ritiene che sia assente la *cause de l'obligation* quando, per la brevità della vita del vitaliziando per cause esistenti al momento della conclusione de contratto, oppure per la modestia del canone della rendita rispetto ai frutti che il bene stesso produce, il contratto costituisce uno spostamento di ricchezza a senso unico, privo di alcuna giustificazione razionale e che non realizza alcun interesse per il vitaliziando¹¹⁸⁷. L'alea non è quindi valutata come elemento a sé stante, ma secondo le modalità con cui incide sulle rispettive obbligazioni.

¹¹⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1977, no 75-14.566, in *Bull. civ.* I, n° 115, in *RTD civ.*, 1979, p. 398, obs. G. Cornu.

¹¹⁸⁵ Cass. 3^e civ., 2 févr. 2000, no 98-10.714, in *Bull. civ.* III, n° 26, in *JCP G*, 2000, II, n° 10289, note J.-F. Weber; Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 1996, n° 93-19.661, in *Bull. civ.* I, n° 184, in *D.*, 1996, p. 584, note Y. Dagherne-Labbe; in *Defrénois*, 1996, art. 36387, note A. Bénabent.

¹¹⁸⁶ Cass. 3^e civ., 4 juill. 2007, n° 06-14.122, in *Bull. civ.* III, no 125 ; Cass. 3^e civ., 16 juill. 1998, n° 96-12.720, in *Bull. civ.* III, n° 169 ; Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.913, in *Bull. civ.* I, n° 304.

¹¹⁸⁷ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 32.

5.4 Causa e contratti unilaterali

5.4.1 Una breve introduzione

Le riflessioni sviluppate circa la definizione della causa e le modalità di svolgimento del giudizio relativo alla sua esistenza non possono essere pedissequamente applicate in relazione ai contratti unilaterali. Infatti, l'unilateralità dell'impegno apparentemente impedisce di considerare la causa come la controprestazione convenuta, nonché di ritenere che il relativo giudizio si possa basare sulla conformità o accettabilità del negozio rispetto al paradigma considerato come corretto.

Il contratto unilaterale, infatti, si definisce per contrasto rispetto al contratto sinallagmatico ed è concepito quale accordo con il quale uno o più soggetti si obbligano senza che gli altri contraenti assumano un impegno reciproco¹¹⁸⁸. Ne deriva che l'archetipo contrattuale sul quale è modellata la disciplina della causa, ossia il contratto di scambio, non è, almeno a prima vista, applicabile a tali contratti, modellati secondo una logica differente.

Anche in relazione a detti contratti, tuttavia, prima della riforma trovavano applicazione le norme generali sulla causa: se tale requisito, infatti, costituisce giustificazione dello spostamento patrimoniale e giudizio sulla coercibilità giuridica dell'accordo, essa deve essere presente anche nei casi in cui questo non riproduce lo schema mercantile classico dello scambio di equivalenti (casi in cui, peraltro, il rischio della distorsione, dell'inefficienza o dell'abuso dell'attribuzione sembrano essere maggiori). Da un'altra prospettiva, i contratti unilaterali sono comunque integrati rispetto al paradigma utilitario dell'economia di mercato, nel contesto della quale svolgono una specifica funzione legata alla produzione ed alla circolazione della ricchezza: di conseguenza, a tale paradigma devono comunque fare riferimento.

¹¹⁸⁸ Art. 1106 *Code civil*, al. 2: «il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci».

Peraltro, i contratti unilaterali non sono necessariamente contratti a titolo gratuito¹¹⁸⁹, dove per l'appunto l'obbligazione del soggetto è motivata dallo spirito di liberalità ed è, quindi, priva di controprestazione¹¹⁹⁰; tali contratti costituiscono una frontiera dello scambio mercantile e, come tali, sono regolati diversamente, secondo specifici requisiti di forma¹¹⁹¹.

Ne consegue che, pur non potendosi quindi applicare in maniera immutata le riflessioni circa le modalità del controllo sopra illustrate, fanno comunque parte della categoria dei contratti a titolo oneroso¹¹⁹², in cui ogni contraente riceve dall'altro un vantaggio come controprestazione di ciò che lui stesso fornisce. Dall'apparente contraddizione sussistente tra un contratto che non prevede un impegno reciproco, ma che al tempo stesso necessita di un vantaggio come controprestazione a favore di colui che si impegna sorge la problematica dell'individuazione e, conseguentemente, dei parametri del controllo relativo alla causa dell'obbligazione.

La problematica non è risolta nemmeno dalla riforma del *Code civil*: pur essendo stata abolita la causa, infatti, il testo dell'art. 1169 *Code civil*, che prevede che un contratto a titolo oneroso (quindi anche unilaterale) sia nullo quando la controprestazione pattuita a vantaggio di colui che si impegna sia derisoria o illusoria, rischia di generare le medesime problematiche ed ambiguità, sia in relazione all'esistenza della controprestazione, sia in relazione alle modalità di apprezzamento della sua eventuale illusorietà. Per queste ragioni è opportuno analizzare la giurisprudenza (anche molto recente) sulla validità dei contratti unilaterali, utilizzando la causa quale strumento per sindacare la validità della *convention*, al fine di trarne indicazioni per risolvere l'apparente antinomia sussistente tra la definizione del contratto unilaterale e la necessità della controprestazione nelle norme attualmente vigenti.

¹¹⁸⁹ Art. 1107 *Code civil*, al. 2: «il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie».

¹¹⁹⁰ J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris, 2004, p. 106, n° 125.

¹¹⁹¹ Nell'ordinamento inglese non appartengono nemmeno alla categoria del *contract*, ma sono *deed*.

¹¹⁹² Art. 1107 *Code civil*, al. 1: «le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure».

5.4.2 La causa della fideiussione

La causa del contratto di fideiussione è stata oggetto delle analisi della giurisprudenza, in ragione della natura di contratto unilaterale, nonché del principio di accessorietà¹¹⁹³ rispetto all'obbligazione principale. La difficoltà di giungere a soluzioni univoche e convincenti è testimoniata dalla varietà di opinioni espresse in materia. Una parte della dottrina ha ritenuto che la fideiussione abbia una causa di liberalità¹¹⁹⁴ in ragione del fatto che il garante non ne trae, apparentemente, alcun vantaggio. H. CAPITANT era giunto ad affermare che la fideiussione è un atto astratto, privo di causa¹¹⁹⁵: tale opinione, formulata da uno dei più autorevoli studiosi della materia, dimostra in maniera evidente la difficoltà di trovare una soluzione coerente con la teoria della causa così come elaborata da dottrina e giurisprudenza in relazione agli altri contratti.

Tale soluzione, tuttavia, non appare giustificata dal dettato normativo, che non fornisce alcun elemento che faccia ritenere che la disciplina concernente la causa non si applichi ai contratti unilaterali, né da considerazioni di ordine sistematico¹¹⁹⁶, relative alla funzione svolta dalla causa dell'obbligazione¹¹⁹⁷. Una parte della dottrina ha allora ritenuto che la causa della fideiussione possa essere trovata nel rapporto tra debitore principale e garante¹¹⁹⁸: a tale rapporto è tuttavia estraneo il creditore, verso il quale il garante assume l'impegno; è quindi scorretto

¹¹⁹³ Sull'accessorietà della fideiussione e sulla difficoltà di distinguere tra tale caratteristica e la nozione di causa dell'obbligazione cfr. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, 2006, p. 259; PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^a ed., Paris, 2015, p. 210; D. HOUTCIEFF, *La cause de l'obligation de la caution entre persistance et rémanence*, comm. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, in *RDC*, 2017, p. 457 ss.

¹¹⁹⁴ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 533; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC e PH. PETEL, *Droit des sûretés*, 10^a ed., Paris, 2015, p. 86-87.

¹¹⁹⁵ H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3^a ed., 1927, Paris, p. 412 ss.

¹¹⁹⁶ Lo ribadisce anche Cass. com., 3 juin 2014, n 13-17643, in *RTD civ.*, 2014, p. 884, obs. H. Barbier, in relazione alla garanzia autonoma.

¹¹⁹⁷ Di conseguenza, tale tesi non ha avuto seguito né in dottrina, né in giurisprudenza, cfr. PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., p. 207 ss.

¹¹⁹⁸ L. AYNES e PH. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^a ed., Paris, 2011, p. 95 ss.

far dipendere la validità del contratto da un rapporto al quale risulta estraneo il creditore¹¹⁹⁹.

La giurisprudenza, a partire dalla celebre sentenza *Lampereur*¹²⁰⁰, ha asserito che la causa dell'obbligazione della fideiussione è costituita dal vantaggio che il creditore accorda al debitore principale in ragione della garanzia¹²⁰¹. Tale soluzione, sebbene criticata in dottrina da molteplici punti di vista¹²⁰², è stata seguita in maniera costante dalla giurisprudenza successiva¹²⁰³. Qualora la fideiussione sia contestuale al contratto principale, la causa consiste solitamente nella concessione del credito e quindi nell'obbligazione principale assunta del creditore¹²⁰⁴; qualora invece la fideiussione sia posteriore, occorre individuare un ulteriore vantaggio che giustifichi l'assunzione dell'obbligazione da parte del fideiussore¹²⁰⁵.

La fideiussione può essere prestata a fronte del pagamento di un compenso da parte del debitore principale oppure a titolo gratuito, ma non è questo l'elemento fondamentale al fine di determinarne la causa¹²⁰⁶. Infatti, dall'angolo visuale del contratto di fideiussione, tali problemi attengono al perché il terzo decida di farsi garante nei confronti del debitore, ossia ai motivi che determinano il garante a concedere la garanzia¹²⁰⁷: problemi che sono quindi concettualmente separati e non devono essere sovrapposti.

¹¹⁹⁹ M. BOURASSIN e V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e ed., Paris, 2018, p. 139.

¹²⁰⁰ Cass. com., 8 nov. 1972, n° 71-11.879, in *Bull. civ.* IV, n° 278, in *D.*, 1973, p. 753, note Ph. Malaurie; in *Gaz. Pal.*, 1973, p. 143, note D. Martin; in *RTD com.*, 1973, p. 294, obs. R. Houin.

¹²⁰¹ La *Cour de cassation* afferma che: «la cause de l'obligation [de la caution] était la considération de l'obligation prise corrélativement par [le créancier] à savoir l'ouverture de crédit à la société [débitrice]».

¹²⁰² Cfr., con argomentazioni differenti: J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, cit., p. 107; L. AYNES e PH. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, cit., p. 95.

¹²⁰³ Cfr., ad esempio, Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11229, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007491268; Cass. com., 16 févr. 1977, in *JCP*, 1979, II, 19154, obs. Ph. Simler; M. BOURASSIN e V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, cit., p. 140 ss.; CH. GIJSBERT, *Pourquoi s'engage-t-on à payer la dette d'autrui ? (quand la cause se réinvite dans le contentieux du cautionnement..)*, cit.

¹²⁰⁴ Cour d'Appel de Versailles, 31 oct. 1997, in *D.*, 1998, p. 10; in *RTD civ.* 1998, p. 421, obs. P. Crocq; in *Banque et droit*, 1999, p. 49, obs. F. Jacob.

¹²⁰⁵ M. BOURASSIN e V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, cit., p. 140.

¹²⁰⁶ Sostengono invece che la causa della fideiussione debba essere rinvenuta nei rapporti che legano debitore e garante L. AYNES e PH. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, cit., p. 95; J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, cit., p. 108.

¹²⁰⁷ M. BOURASSIN e V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, cit., p. 139.

Anche in relazione alla fideiussione, l'orientamento giurisprudenziale consolidato concepisce la *cause de l'obligation* secondo un modello di scambio fra la garanzia prestata ed il vantaggio concesso dal creditore al debitore. In tale prospettiva si sono rivelate particolarmente complesse sia l'identificazione del vantaggio per il fideiussore che possa costituire la causa del contratto, sia i criteri secondo cui valutare l'adeguatezza di tale vantaggio rispetto all'impegno assunto dal garante, così da valutarne la razionalità¹²⁰⁸. Il problema si è posto più da un punto di vista teorico che pratico sino a non molto tempo fa, in quanto la valutazione della validità della fideiussione tramite la causa era assai raro¹²⁰⁹. Tuttavia, recentemente, la giurisprudenza è stata chiamata più volte a pronunciarsi in materia e, in ragione di quanto sopra argomentato circa la riforma, è ragionevole ritenere che lo sarà anche sulla base delle nuove norme.

5.4.3 (segue) Le sentenze più recenti ed i labili confini di tale controllo

In un caso¹²¹⁰ che ha avuto ampia risonanza anche in dottrina, la *Cour de cassation* si trovava a giudicare della validità di una fideiussione concessa da un privato¹²¹¹ ad una società in liquidazione giudiziaria. Tale persona aveva già prestato una garanzia per € 58.500,00 per debiti antecedenti all'inizio della procedura concorsuale. In seguito all'inizio della procedura questi accettava di fornire un'ulteriore garanzia del debito precedentemente contratto dalla società, senza che si indagassero le ragioni di tale nuova obbligazione e senza che, almeno apparentemente, la banca concedesse alcunché in cambio. L'attrice agiva per il

¹²⁰⁸ D. MAZEAUD, *Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause*, comm. sous Cass. com. 17 mai 2017, n° 15-15746, in *D.*, 2017, p. 1694.

¹²⁰⁹ J. FRANÇOIS, *Droit civil, Les sûretés personnelles*, cit., p. 108; A.-S. BARTHEZ e D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, in *Traité de droit civil*, sous dir. J. Ghestin, Paris, 2010, p. 331; F. CHÉNEDÉ, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Paris, 2016, p. 93; PH. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Paris, 1988, p. 72-73.

¹²¹⁰ Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, in *Dalloz actualité*, 8 juin 2017, obs. X. Delpech; in *JCP G*, 2017, p. 842, obs. Y.-M. Serinet; in *D.*, 2017, p. 1694, note D. Mazeaud; in *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2017, p. 29, obs. D. Houtcieff; in *RDC*, 2017, p. 457, obs. D. Houtcieff; in *RDC*, 2017, p. 421, obs. Y.-M. Laithier; in *RTD civ.*, 2017, p. 640, obs. H. Barbier; in *JCP E*, 2017, p. 1667, obs. Ph. Simler; in *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, p. 21, obs. Ch. Albiges.

¹²¹¹ Dalle sentenze non è possibile comprendere chiaramente i rapporti intercorrenti tra questa persona e la società.

pagamento di quanto dovuto dal fideiussore il quale, tuttavia, asseriva che la seconda garanzia fosse nulla per assenza di causa.

Le corti di merito accoglievano la domanda della creditrice asserendo che, conosciuto lo stato di insolvenza della società, l'obbligazione del fideiussore non poteva ritenersi senza causa¹²¹². Questi impugnava la decisione e la Suprema Corte cassava la sentenza d'appello, asserendo che la semplice conoscenza dello stato di insolvenza della società e l'esistenza del debito non erano sufficienti a caratterizzare la causa dell'obbligazione del garante, che è invece costituita dal vantaggio concesso dal creditore al debitore¹²¹³.

La sentenza è rilevante in primo luogo perché dimostra che il controllo causale può avere rilevanti ricadute pratiche anche in relazione ai contratti unilaterali. Inoltre, mostra come gli stessi, pur non riproducendo direttamente lo schema dello scambio, possano essere controllati attraverso una logica analoga. La validità del contratto si misura rispetto al fatto che il sacrificio del contraente, in assenza dello spirito di liberalità, non sia privo di una controprestazione.

Nel caso di specie, invece, le corti di merito non avevano effettuato tale controllo, limitandosi a constatare che il garante non fosse in errore circa la situazione di insolvenza del debitore e che la causa fosse da ravvisare nel debito

¹²¹² Cour d'appel de Bordeaux, 12 janvier 2015, in *doctrine.fr*, afferma che: «[...] or ce raisonnement est inexact en la matière puisqu'il est acquis que non seulement il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée, mais qu'en outre le fait d'écarter l'erreur prétendue de la caution sur la situation financière de la cautionnée, dès lors que l'existence de la dette principale est constante, équivaut à éliminer l'absence de cause; il doit donc en être déduit qu'en l'espèce, M. X étant parfaitement avisé de ce que sa société avait fait l'objet d'un jugement de liquidation au moment où il a souscrit son engagement de caution, celui-ci n'était pas dépourvu de cause [...]».

¹²¹³ La *Cour de cassation* afferma che: «attendu que pour rejeter la demande de M. Y.. et le condamner à payer à la banque la somme de 100 000 euros, correspondant au montant de son engagement de caution au titre du compte courant n° [...] et des cessions de créances professionnelles impayées, l'arrêt énonce qu'il n'est pas interdit de se porter caution d'un débiteur dont l'insolvabilité est avérée et que le fait d'écarter l'erreur prétendue de la caution sur la situation financière de la cautionnée, dès lors que l'existence de la dette principale est constante, équivaut à éliminer l'absence de cause, puis retient qu'il doit en être déduit que, M. Y.. étant parfaitement avisé de ce que sa société avait fait l'objet d'un jugement de liquidation au moment où il a souscrit son engagement de caution, celui-ci n'était pas dépourvu de cause ;

Qu'en se déterminant par ces motifs, impropres à caractériser, en l'absence d'un avantage consenti par le créancier, la cause de l'engagement souscrit par M. Y.. après le prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal en garantie d'une dette antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la cour d'appel a privé sa décision de base légale».

preesistente. La Suprema Corte non avalla questa interpretazione, che riduce la causa dell'obbligazione all'assenza di vizi del consenso e alla accessorietà della fideiussione¹²¹⁴; invece, seguendo la giurisprudenza precedente¹²¹⁵, richiede che perché la fideiussione possa dirsi dotata di causa sia presente un *quid* in più, ossia un vantaggio concesso al creditore¹²¹⁶. Nel caso di specie questo era assente, poiché il debito era già stato contratto (e per lo stesso era già stata prestata una fideiussione) e non risultavano ulteriori impegni del creditore, come una dilazione dei termini di pagamento.

Di conseguenza, l'obbligazione del fideiussore è priva di causa, proprio perché priva di una controprestazione che la giustifichi¹²¹⁷. In ragione della controversia che le era stata sottoposta, tuttavia, la *Cour de cassation* non ha avuto modo di pronunciarsi sui criteri di verifica e di giudizio di tale vantaggio, fondamentali anche al fine di comprendere come verrà valutata l'illusorietà o la derisorietà della controprestazione sulla base delle disposizioni introdotte con la riforma.

Una recente sentenza della *Cour de cassation*¹²¹⁸ si è occupata della validità della fideiussione in relazione a tale aspetto. Nel caso di specie, una banca (Crédit industriel et commercial) accettava di rinnovare, a tempo determinato¹²¹⁹, le linee di credito concesse ad una società (AMG Compagnie) in difficoltà finanziarie, a condizione che i soci fondatori ed amministratori della stessa aumentassero l'importo delle garanzie già concesse, sino a raggiungere la cifra di un milione di euro. Tali fideiussioni venivano prestate per un periodo di cinque anni, mentre le linee di credito venivano rinnovate solamente per alcuni mesi. In seguito, le stesse

¹²¹⁴ CH. GIJSBERT, *Pourquoi s'engage-t-on à payer la dette d'autrui ? (quand la cause se réinvite dans le contentieux du cautionnement..)*, comm. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15.746, in *Revue des procédures collectives*, n° 1, janv. 2018, comm. 22; F. CHÉNEDÉ, *La cause est morte.. vive la cause ?*, in *CCC*, 2016, dossier 4, spéc. n° 15.

¹²¹⁵ D. HOUTCIEFF, *La contrepartie convenue du cautionnement ou la cause de l'obligation de la caution*, obs. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, in *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2017, p. 29.

¹²¹⁶ Y.-M. SERINET, *Chron. Droit des contrats*, in *JCP G*, 2017, doct. 842, n° 4.

¹²¹⁷ PH. SIMLER, *Chron. Sûretés - Droit des sûretés*, in *JCP E*, 7 déc. 2017, n° 49, doct. 1239, n° 7.

¹²¹⁸ Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16839, in *D.*, 2017, p. 2148; in *AJCA*, 2018, p. 47, note E. Mouial-Bassilana; in *Gaz. Pal.*, n° 39, p. 37, note C. Berlaud; in *RTD com.*, 2017, p. 972, note D. Legeais.

¹²¹⁹ Mentre antecedentemente esse erano concesse a tempo indeterminato.

erano rinnovate altre due volte; scaduto tale termine il creditore agiva per ottenere il pagamento del credito, mentre il fideiussore eccepiva la nullità delle fideiussioni per assenza di causa.

In relazione a ciò che in questa sede più interessa¹²²⁰, la *Cour d'Appel* di Parigi, confermando la sentenza di primo grado, dichiarava le fideiussioni valide, asserendo che la causa delle stesse fosse da rinvenire nella concessione e nel mantenimento del credito effettuato ad AMG¹²²¹. La *Cour de cassation* confermava la sentenza di secondo grado, asserendo che la fideiussione non è priva di causa per il semplice fatto che essa sia stata concessa per un periodo di cinque anni mentre le linee di credito sono state rinnovate solamente per alcuni mesi.

L'azione dei garanti si basava principalmente sull'annullamento del contratto per vizi del consenso¹²²², ed in particolare per dolo della banca e violazione del dovere di informazione gravante su questa, in quanto si sosteneva che i garanti si fossero impegnati ritenendo che il credito fosse rinnovato a tempo indeterminato, come era avvenuto sino a qualche mese prima. È su tali aspetti che si concentra la decisione della *Cour d'appel*, che non esamina approfonditamente la proporzionalità ed adeguatezza degli impegni delle parti, ma constata che i garanti fossero pienamente informati¹²²³ della situazione e del fatto che le linee di credito fossero rinnovate per una durata determinata, senza che la banca assumesse alcun impegno circa il loro successivo rinnovo. La sentenza della *Cour de cassation* contiene un riferimento all'illusorietà della controprestazione; l'assenza del riferimento ai motivi concernenti l'annullamento per vizio del consenso è dovuta al

¹²²⁰ La sentenza ha attirato l'attenzione anche in relazione ai profili di diritto bancario, cfr. D. LEGEAIS, *Devoirs et responsabilité du banquier lors de l'octroi et la rupture du crédit*, note sous Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16.839, in *RTD com.*, 2017, p. 972 ss.; C. BERLAUD, *Fin de concours bancaires : absence de responsabilité de la banque*, note sous Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16839, in *Gaz. Pal.*, 14 nov. 2017, n° 39, p. 37 ss.

¹²²¹ «[...] la cause objective des cautionnements du 11 mars 2011 et 16 juin 2011 est l'obtention, ou le maintien des concours qui ont été effectivement accordés au débiteur principal durant cette période jusqu'au terme fixé».

¹²²² Sulla frequente sovrapposizione tra causa e vizi del consenso in materia di fideiussione A.-S. BARTHEZ e D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, cit., p. 332 ss.

¹²²³ Peraltro, la *Cour de cassation* ha chiarito che gli obblighi di informazione gravanti sul creditore professionale non coincidono e non devono essere sovrapposti alla causa della fideiussione, v. Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14447; M. BOURASSIN e V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, cit., p. 138-139.

fatto che la *Cour de cassation* non ritenga che questi debbano essere esaminati approfonditamente, in quanto manifestamente infondati.

La dottrina ha asserito che la sentenza in questione possa essere interpretata in due modi: o la *Cour de cassation* ha ritenuto che la semplice concessione del credito da parte della banca sia sufficiente, senza che ci si debba interrogare circa la sua proporzionalità rispetto all'impegno del garante; oppure la *Cour de cassation* ha ritenuto che, nel caso di specie, la *Cour d'appel de Paris* avesse già svolto correttamente tale controllo (d'altronde, l'apprezzamento della causa compete ai giudici del merito)¹²²⁴. La *Cour de cassation* si limita ad approvare il giudizio della *Cour d'appel*, senza fornire indicazioni circa i criteri del giudizio causale relativo alla fideiussione. Di conseguenza, non sembra che da tale sentenza possano trarsi indicazioni circa la proporzionalità dei giudizi, né che da essa possa dedursi che sia sufficiente la mera esistenza di un vantaggio qualsiasi.

5.4.4 (segue) Conclusione sulla causa della fideiussione

La causa dell'obbligazione, antecedentemente alla riforma, si è rivelata un utile strumento anche al fine di analizzare la validità del contratto di fideiussione, in relazione al quale, data la sua unilateralità ed accessorietà, le applicazioni giurisprudenziali erano state in passato assai rare.

La giurisprudenza ha utilizzato una metodologia d'analisi che si basa su criteri analoghi a quelli utilizzati in relazione ai contratti sinallagmatici, richiedendo che alla prestazione del garante corrisponda comunque un *quid* che viene concesso da colui che riceve la garanzia¹²²⁵. Il fatto che la fideiussione si inserisca in un rapporto trilaterale e che, quindi, questo vantaggio non sia percepito dal garante, ma dal terzo debitore, non modifica il nucleo fondamentale dell'analisi, ossia che

¹²²⁴ E. MOUIAL-BASSILANA, *Cause de l'engagement de caution : l'insuffisance de l'avantage consenti par le créancier n'entraîne pas la nullité*, note sous Cass. com. 25 octobre 2017, n° 16-16.839, in *AJCA*, 2018, p. 47 ss.

¹²²⁵ Y.-M. LAITHIER, « *L'avenir d'un passé* » : *la cause de l'engagement de la caution*, cit., p. 422.

all'impegno del garante debba comunque corrispondere un vantaggio che lo giustifichi e che ne «spieghi» la funzione.

Da tali pronunce giurisprudenziali possono inoltre essere tratte alcune indicazioni circa il giudizio causale. Innanzitutto, anche in queste sentenze il controllo svolto dalla Suprema Corte è un controllo in concreto, effettuato sullo specifico accordo o, meglio, sui contratti con cui viene realizzata l'operazione¹²²⁶. Al fine di individuare il vantaggio concesso dal creditore è infatti necessario analizzare lo specifico accordo, senza che la sua esistenza possa essere determinata *a priori* e in astratto.

In secondo luogo, anche in tali sentenze si segue la logica funzionale del controllo causale oggettivamente inteso, volto ad individuare la specifica funzione del contratto nel contesto dell'operazione economica. Circa la fideiussione, essa è valida se il creditore concede un vantaggio al debitore: o concede il credito, che altrimenti non sarebbe stato effettuato, oppure un ulteriore vantaggio che giustifichi il sacrificio del garante¹²²⁷ e che permetta di comprenderne la *ratio*.

In terzo luogo, tale giurisprudenza evidenzia la differenza tra la causa e l'oggetto dell'obbligazione: nel contratto unilaterale il creditore non è corrispondentemente debitore e, quindi, l'identità tra esistenza della causa e dell'oggetto non sussiste. Inoltre, evidenzia ulteriormente l'elemento relazionale della causa, che viene apprezzata rispetto alle specifiche concessioni delle parti.

Tale giurisprudenza, tuttavia, mostra altresì l'estrema difficoltà che sussiste, nei contratti unilaterali, nel valutare la proporzionalità della causa o, secondo la normativa attuale, l'illusorietà o derisorietà della controprestazione. Se, infatti, si può agevolmente apprezzare l'esistenza o meno di un vantaggio concesso dal creditore, lo stesso non può dirsi circa l'adeguatezza di tale vantaggio rispetto alla garanzia assunta dal fideiussore. La garanzia del credito è infatti accessoria rispetto all'obbligazione principale, usualmente frutto di un contratto avente una propria

¹²²⁶ PH. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, cit., p. 208 sottolinea l'importanza del carattere triangolare della relazione contrattuale.

¹²²⁷ M. BOURASSIN e V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, cit., p. 139. Ad esempio, in Cour d'Appel Grenoble, 15 juin 2017, n° 15/04102, JurisData n° 2017-012710 tale vantaggio era costituito da un prolungamento del termine del credito.

causa autonoma. Per questa ragione risulta sovente difficile distinguere la causa della fideiussione rispetto al suo carattere necessariamente accessorio. Inoltre, tali caratteristiche fanno sì che sia estremamente complicato individuare dei parametri in relazione ai quali svolgere tale giudizio. Infatti, la struttura unilaterale del contratto fa sì che non siano applicabili i parametri dell'ottimo paretiano e di Kaldor - Hicks volti a valutare l'efficienza del contratto¹²²⁸.

5.5 Causa e tipicità del contratto

Al fine di sistemattizzare la copiosa giurisprudenza in materia la dottrina francese ha tracciato una distinzione tra la causa di contratti definiti *typiques* ed i contratti *atypiques*. Come detto, il *Code Napoléonien*, a differenza di quello italiano, non prevede una differente disciplina circa il controllo causale o di meritevolezza tra queste categorie di contratti: non vi sono diverse discipline applicabili a *contrats* «nommés» e «innommés». Inoltre, quello che in Italia viene definito contratto tipico corrisponde al *contrat nommé* francese e non alla definizione di *contrat typique* fornita dalla dottrina.

Ciò precisato, un'autorevole dottrina ha affermato che occorrerebbe distinguere fra la causa dell'obbligazione nei contratti tipici ed in quelli atipici.

I contratti tipici sono quelli che riproducono un modello contrattuale strutturato dalla legge, dalla giurisprudenza o dalla prassi¹²²⁹: di conseguenza, i contratti tipici non sono solamente quelli regolati dal legislatore, ma tutti quelli che hanno una diffusione tale da rendere riconoscibile un modello al quale possono essere ricondotti.

Tale distinzione, utilizzata in relazione all'esistenza della causa, determina il controllo che deve essere esercitato dal giudice: mentre per i contratti tipici la causa deve essere valutata in maniera astratta, valutando la rispondenza del contratto al tipo, in relazione ai contratti atipici tale modello deve essere esercitato in concreto.

¹²²⁸ M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, cit.

¹²²⁹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, cit., p. 40 ss.

Tale raffinata costruzione dottrinale ci sembra possa essere messa in discussione per numerose ragioni.

Innanzitutto, è discutibile la distinzione tra contratti tipici e atipici su cui riposa la classificazione. Infatti, oltre all'assenza di basi normative, la distinzione è fondata prendendo come modello l'art. 1322 codice civile italiano: tuttavia tale articolo definisce come tipici i contratti «nommés», non i contratti che abbiano una diffusione tale da poter assurgere a modelli. Di conseguenza, tale argomento di diritto comparato si basa su un collegamento non propriamente corretto. In secondo luogo, la distinzione non riposa su basi solide e la distinzione tra contratti tipici ed atipici è sovente estremamente difficile da tracciare perché non ci sono criteri chiari per determinare quando un modello contrattuale – strutturato dalla giurisprudenza o dalla prassi – sia sufficientemente diffuso così da assurgere alla qualifica di contratto tipico¹²³⁰.

Tuttavia, è soprattutto in relazione alla valenza euristica ed alla utilità rispetto alla funzione della causa che tale teoria risulta criticabile.

Infatti, in relazione ai contratti tipici, essa riduce il controllo sull'esistenza della causa ad un controllo astratto di rispondenza al tipo: oltre a basarsi su una teoria della causa – quella italiana – che è stata da tempo superata da dottrina e giurisprudenza, tale teoria non permette di controllare in concreto l'effettiva esistenza ed adeguatezza delle rispettive prestazioni, che, come si è visto, costituisce uno dei problemi centrali del giudizio causale. Inoltre, non fornisce criteri per valutare l'incidenza delle singole clausole del contratto sulla causa, poiché non prevede un'analisi del contenuto della specifica pattuizione.

Da un'altra prospettiva, essa non contiene indicazioni circa il controllo sull'esistenza della causa nei contratti atipici, ossia quelli in relazione ai quali tale giudizio si rivela più complicato¹²³¹: in relazione ad essi si richiama alle teorie concernenti l'esistenza di una controprestazione e, quindi, non apporta significativi elementi innovativi per lo svolgimento dell'analisi.

¹²³⁰ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 510 ss.

¹²³¹ J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, cit., p. 141 ss.

Tale teoria, se ha il merito di sottolineare l'importanza del controllo giudiziale sul contratto e su come la diffusione di modelli contrattuali possa guidare il giudice nella valutazione di elementi necessari, la cui assenza può far presumere l'assenza di causa, si rivela tuttavia limitante rispetto al contenuto dell'analisi dei contratti tipici e non fornisce criteri nuovi per l'analisi dei contratti atipici. Tale distinzione nella classificazione dei contratti non è stata introdotta con la riforma del *Code civil* e, come si dirà, le norme che riprendono il giudizio causale presentano un controllo in concreto in relazione a tutti i contratti.

5.6 Causa e interesse

Autorevole dottrina ha definito la causa come l'interesse¹²³² in ragione del quale ciascun contraente si impegna. Tale teoria presenta una serie di elementi di originalità del giudizio causale, sia in relazione all'elemento del controllo, sia in relazione alla funzione.

Il concentrarsi sull'interesse¹²³³, invece che sulla controprestazione, permette di analizzare la causa tramite la medesima nozione anche nei contratti in cui la controprestazione non è direttamente individuabile. La teoria di chi considera la causa come controprestazione, infatti, è costruita sul modello dei contratti sinallagmatici commutativi, mentre richiede ulteriori costruzioni e «forzature» per essere applicata ai contratti sinallagmatici aleatori, nonché ai contratti unilaterali.

In relazione ai primi, si è messo in rilievo il ruolo giocato dall'alea, tale per cui l'esistenza dell'alea andrebbe a sostituire l'esistenza della controprestazione¹²³⁴, mentre in relazione ai secondi occorrerebbe distinguere tra contratti unilaterali reali e contratti unilaterali consensuali: nei contratti reali la causa risiederebbe nella

¹²³² J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., asserisce che l'emersione della causa come interesse risale agli anni '90 del secolo scorso.

¹²³³ Su tale nozione cfr. P. LASCOUMES, *Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie*, in *Droit et intérêt*, t. I, a cura di Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, Bruxelles, 1990, p. 103 ss., spéc. p. 108, che lega la ricerca dell'interesse alla ricerca di una razionalità strumentale rispetto al fine predefinito.

¹²³⁴ In questo senso F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., n° 343.

consegna antecedente della cosa¹²³⁵, mentre nei contratti consensuali essa andrebbe ricercata all'esterno del contratto, in un momento antecedente o successivo alla conclusione dell'accordo¹²³⁶.

La causa concepita quale interesse permette inoltre di rapportare l'impegno di una parte all'interesse che l'altro contraente ha per tale impegno e, quindi, alla specifica ragione per cui lo stesso si obbliga¹²³⁷. In ragione di tale aspetto la nozione di interesse risulta estremamente problematica ed in ragione di ciò la dottrina ha tentato operazioni definitorie e delimitative: essa infatti rischia di coincidere con i motivi personali di ciascun contraente e di far rientrare all'interno del giudizio causale la discrezionalità che li contraddistingue.

La nozione di interesse, infatti, è proteiforme ed è difficile da definire in maniera chiara ed unitaria: la dottrina ha sottolineato che l'interesse, anche per ragioni etimologiche¹²³⁸, può essere concepito quale legame tra il bisogno di un soggetto ed un bene o prestazione, ritenuti idonei per soddisfare tale bisogno¹²³⁹. Da questo punto di vista, utilità ed interesse sono interdipendenti e complementari: l'utilità è la caratteristica della cosa in relazione alla ragione per cui il soggetto si obbliga per averla, l'interesse è la ragione per cui il soggetto si impegna per ottenere la cosa o la prestazione¹²⁴⁰. Il controllo sulla causa deve quindi concernere l'esistenza di tale interesse e, soprattutto, l'adeguatezza di quanto pattuito a

¹²³⁵ F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., n° 345; in giurisprudenza cfr. Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, n° 96-16.093, in *Bull. civ. I*, n° 55; in CCC, 1999, comm. 70, obs. L. Leveneur; Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1994, n° 92-21.317, in *Defrénois*, 1995, art. 36145, p. 1040, obs. D. Mazeaud; Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1974, in *Bull. civ. I*, n° 311.

¹²³⁶ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 26.

¹²³⁷ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 37 ha affermato che: «la définition de la cause comme un intérêt fait, en second lieu, sortir le contrôle de cet élément de la seule considération formelle d'une contrepartie. Relier la cause à l'intérêt permet en effet d'embrasser la compréhension et le contrôle de l'utilité du contrat : la présentation de la cause comme une contrepartie conduit le juge à une analyse formelle de l'existence d'un élément objectif, immédiatement identifiable, dont peu importent la consistance ou les qualités ; la prise en compte de l'intérêt permet de souligner la motivation concrète de l'acte juridique et de dépasser cette appréciation formelle. Dans cette approche, en effet, on considérera l'intérêt réel que représente la contrepartie pour son bénéficiaire ou, en l'absence d'une contreprestation apparente, on analysera l'intérêt réel recherché».

¹²³⁸ La parola interesse (*intérêt*) deriva dal latino *quod inter est*, ossia ciò che sta in mezzo.

¹²³⁹ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 28; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 59; G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des PDEC*, a cura di P. Rémy-Corlay e D. Fenouillet, Paris, 2003, p. 156.

¹²⁴⁰ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 28.

soddisfarlo, ossia l'utilità che le prestazioni di un contraente hanno per l'altro. Sono considerate come un riconoscimento di tale prospettiva, ad esempio, la sentenza dell'*affaire Point club vidéo*¹²⁴¹ e le sentenze relative al contratto di *franchising* (sotto l'aspetto del necessario valore del *savoir faire* concesso dal *franchisor*).

I sostenitori di tale approccio hanno riconosciuto i potenziali rischi che lo stesso comporta, soprattutto legati alla definizione dagli interessi da prendere in considerazione e la distinzione tra questi ed i motivi. Si è quindi affermato che il rapporto di utilità da prendere in considerazione è, in generale, solo quello oggettivo ed astratto; l'utilità individuale e soggettiva della prestazione per l'altro contraente, invece, deve essere valutata solamente qualora sia entrata a far parte dell'economia del contratto¹²⁴². L'interesse rilevante viene inoltre limitato all'interesse ragionevole, sulla base del fatto che la causa è espressione dell'esigenza di razionalità che impone l'ordinamento, tale per cui l'atto di volontà che obbliga il soggetto deve essere intellegibile e comprensibile agli altri consociati¹²⁴³. Per l'apprezzamento di tale interesse, è proposta la distinzione tra interesse oggettivo e soggettivo: il primo rileva nel caso di contratti tipici, il secondo nel caso di contratti atipici¹²⁴⁴.

L'identificare la causa con l'interesse ha il pregio di rompere lo schema classico secondo cui la causa dell'obbligazione deve essere individuata nell'oggetto dell'obbligazione dell'altra parte; da questa assimilazione derivano, da un lato, la sostanziale sovrapposizione tra i due concetti e, quindi, la scarsa utilità della nozione di causa; dall'altro, l'astrattezza del controllo, che potrebbe essere limitato alla semplice individuazione dell'esistenza dell'oggetto a prescindere dalla sua consistenza ed adeguatezza. Inoltre, tale approccio permette di evidenziare

¹²⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, in *Bull. civ.* I, n° 286; in *D.*, 1997, p. 500, note P. Reigné; in *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. J. Mestre; in *RTD com.*, 1997, p. 308, obs. B. Bouloc; in *Deffrénois* 1996, art. 36381, p. 1015, note Ph. Delebecque.

¹²⁴² Si è infatti affermato che: «la cause ne peut pas intégrer l'utilité subjective de la chose, c'est-à-dire l'adéquation du bien au besoin individuel du preneur», cfr. J. ROCHFELD, *Rep. Civ. Dalloz*, v. *Cause*, cit., n° 47.

¹²⁴³ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 50 ss.; PH. MALAURIE, L. AYNES e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, 8^a ed., 2016, p. n° 620.

¹²⁴⁴ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 56.

l'interdipendenza tra le varie obbligazioni e la loro funzione rispetto all'operazione economica realizzata con il contratto.

Occorre tuttavia sottolineare che tale teoria presenta alcuni punti deboli che ne rendono le applicazioni imprevedibili e, anche, discutibili.

In primo luogo, la definizione di interesse non è chiara e può essere difficilmente distinta da altri elementi già precedentemente utilizzati in relazione al controllo causale. Il fatto che il contraente che si impegna abbia una ragione per farlo è il principio fondamentale del paradigma utilitaristico, sul quale si basa la teoria liberale del contratto. Ciò detto, il motivo per il quale il contraente si impegna è irrilevante, essendo invece rilevante per l'ordinamento che l'atto di volontà sia comprensibile per i consociati: a tal fine, esso deve essere conforme al principio utilitario che sta alla base dell'ordine attributivo del mercato.

Ne consegue che né la causa, né l'interesse possono essere rapportati ai motivi dei contraenti, che non sono entrati a far parte delle rispettive obbligazioni, ma devono necessariamente trovare i propri parametri di valutazione all'interno del contratto stesso (o nei contratti collegati). Tale principio, peraltro, emerge in maniera chiara anche dalle opere di coloro che propongono di considerare la causa quale interesse: nel momento in cui si analizza in cosa debba consistere lo stesso, si analizzano gli impegni dell'altro contraente, ritornando quindi alla nozione di controprestazione.

D'altro canto, la definizione di interesse come elemento che si frappone tra l'utilità ed il bisogno è quanto meno fumosa ed è difficile discernere la differenza rispetto alla constatazione per cui il bisogno - e la conseguente necessità di soddisfarlo - spinga il contraente ad impegnarsi al fine di conseguire una determinata utilità. L'interesse o deve essere valutato in maniera oggettiva (e quindi coincide sostanzialmente con la controprestazione convenuta), oppure deve prendere in considerazione anche i motivi per i quali i contraenti si sono impegnati e valutare in relazione a questi l'effettiva utilità della controprestazione; tuttavia, così facendo, si ricadrebbe nelle problematiche della causa soggettiva, già precedentemente evidenziate.

Peraltro, la giurisprudenza citata da tale corrente dottrinarica, piú che conferire rilevanza alla causa quale interesse, conferma invece l'approccio secondo cui la causa consiste nella controprestazione convenuta, che deve tuttavia essere valutata in concreto, come adeguata ed utile rispetto a ciò che viene scambiato. Ne sono un esempio le vendite di pacchetti azionari a prezzi irrisori: tali contratti, che sarebbero forse giudicati nulli secondo la teoria del prezzo vile, sono considerati validi, in ragione di ulteriori pattuizioni del contratto (o di contratti collegati), che giustificano l'operazione economica cosí strutturata.

Se la nozione di interesse può risultare utile a far emergere che il controllo deve essere esercitato in concreto, circa lo specifico contratto, e che il giudizio sulla causa è un giudizio di adeguatezza del contratto rispetto ad un paradigma, esso rischia tuttavia di spingere l'interprete a prendere in considerazione elementi che a questo dovrebbero essere esterni. La nozione di interesse, infatti, rischia di far sí che il giudizio sull'utilità della prestazione ricevuta sia svolto in relazione ai motivi del contraente e non in relazione all'obbligazione assunta da quest'ultimo. La nozione di interesse sembra quindi spostare il *focus* del giudizio causale dallo scambio realizzato tramite l'operazione economica al rapporto di adeguatezza della prestazione rispetto alle finalitá che si pone il contraente.

La dottrina sembra consapevole di tale aspetto, tanto che afferma che l'interesse deve essere valutato (quantomeno in relazione ai contratti tipici) in maniera oggettiva e che deve essere ragionevole. A prescindere dalla distinzione tra contratti tipici ed atipici, su cui si è già detto, si rileva come tali ulteriori precisazioni sembrano riportare la nozione di interesse alla nozione di controprestazione, seppure allargata e meglio precisata in relazione ai contratti aleatori ed unilaterali.

5.7 La causa quale controprestazione e, specificamente, quale controprestazione convenuta

Una definizione ricorrente identifica la causa dell'obbligazione con la controprestazione dell'altra parte¹²⁴⁵. Secondo questa impostazione ogni impegno trova la propria ragione nella controprestazione che ci si attende di ricevere grazie al contratto: viene così instaurata una relazione diretta tra il sacrificio di un contraente ed il bene o la prestazione che ci si intende procurare.

La verifica sull'esistenza della causa è, quindi, la verifica dell'esistenza di una controprestazione «seria»¹²⁴⁶. Secondo le prospettive più rigide di tale approccio, l'interprete si limita al controllo dell'esistenza di tale controprestazione, a prescindere dalla valutazione del rapporto che la stessa ha con l'impegno dell'altra parte. A parte il limite della serietà, differentemente declinato da dottrina e giurisprudenza, si segue l'approccio tipico del codice liberale ottocentesco secondo cui il giudice rimane all'esterno del negozio, limitandosi a controllare la sussistenza degli elementi previsti quali necessari affinché il modello contrattuale sia giuridicamente coercibile (cioè che l'impegno non sia, in assenza di causa di liberalità, ingiustificato).

Ne consegue che rimangono esterni a tale approccio non solo i motivi dei contraenti, ma anche qualsivoglia considerazione circa l'adeguatezza e la proporzionalità delle rispettive obbligazioni, nonché circa la realizzabilità dell'operazione economica divisata tramite il contratto. Identificando la causa con la controprestazione e slegandone la valutazione dall'impegno assunto, la causa è considerata come un elemento del contratto, del quale si può verificare l'esistenza. Una volta considerata l'esistenza della controprestazione, ciò è sufficiente a giustificare l'impegno.

Come si può facilmente notare, tale prospettiva presenta vari ordini di problemi: innanzitutto, propone un controllo solamente astratto, che non prende in considerazione gli elementi e le specificità del singolo contratto; in secondo luogo, esso risulta difficilmente applicabile al di fuori dell'ambito dei contratti

¹²⁴⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT e E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique* cit., n° 262; F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, cit., n° 339 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, JurisData n° 2009-048750; in *RDC*, 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.*, 2009, p. 719, obs. B. Fages.

¹²⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, cit.

sinallagmatici commutativi; in terzo luogo, esso tende ad identificare causa di un'obbligazione ed oggetto dell'obbligazione corrispondente, «appiattendo» la causa sull'oggetto.

È soprattutto in relazione alla prima questione che un'autorevole dottrina seguita da numerosi altri autori e dalla giurisprudenza, nonché dai progetti di riforma del *Code civil* e che si è riflessa, infine, nel nuovo art. 1169 *Code civil*, ha proposto di considerare la causa quale controprestazione convenuta¹²⁴⁷. Tale tesi si basa sull'analisi della giurisprudenza recente e dimostra come le Corti, al fine di controllare l'esistenza della causa, prendano in considerazione quello che è effettivamente pattuito dai contraenti: valutano l'esistenza in concreto di una controprestazione, nonché la sussistenza di clausole che privino l'obbligazione di sostanza e che, quindi, rendano illusorio o derisorio l'impegno.

Tale dottrina ripercorre criticamente la giurisprudenza ed identifica il criterio della controprestazione convenuta come quello fondamentale al fine di determinare l'esistenza della causa, anche rispetto ai contratti aleatori ed ai contratti unilaterali. In relazione ai primi, infatti, se il risultato dell'evento incerto determina l'effettiva entità delle prestazioni, il contratto prevede comunque la possibilità di una controprestazione¹²⁴⁸; ad esempio, nell'assicurazione, la copertura¹²⁴⁹ quale protezione dal rischio del sinistro. In relazione ai secondi, la controprestazione deve essere ricercata all'esterno dell'accordo: ad esempio, in quelli reali nella consegna della cosa; nelle garanzie nel vantaggio che il creditore concede al debitore. Tale controprestazione, inoltre, può essere passata o futura: è passata qualora essa sia già stata concessa, è futura qualora la parte si impegni ad assumere un impegno in un secondo momento.

Secondo tale teoria il campo di analisi al fine di individuare la causa e, quindi, all'interno del quale si deve muovere il giudice è limitato al contratto o all'insieme di contratti collegati. La causa deve essere determinata in relazione alle pattuizioni

¹²⁴⁷ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit.

¹²⁴⁸ Sul rapporto tra causa e alea cfr. PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET e M. MEKKI, *Droit des obligations*, cit., p. 298-299.

¹²⁴⁹ Anche autorevole dottrina ha rilevato tale aspetto, sottolineando come l'assicurazione possa essere concepito anche come un contratto di scambio fra il pagamento del premio e la copertura del rischio, cfr. M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, cit., p. 430 ss.

dei contraenti e non facendo riferimento alla loro sfera soggettiva. Ne consegue che, da un lato, tale interpretazione porta ad includere nel giudizio causale tutto ciò che è convenuto e che contribuisce a determinare le rispettive prestazioni, dall'altro esso ha un valore escludente rispetto a tutto ciò che vi sta fuori.

In opposizione alle teorie dell'interesse e della soggettivazione della causa¹²⁵⁰ riporta l'attenzione sul contratto e sull'operazione tramite lo stesso realizzata: il giudizio sulla causa deve basarsi su tali elementi, che determinano i reciproci diritti ed obbligazioni e che sono non solo conosciuti, ma pattuiti e, quindi, vincolanti per entrambe le parti.

Ulteriore elemento rilevante è la specificazione del fatto che il giudizio si deve concentrare sulla controprestazione convenuta: ciò significa che il controllo è esercitato in concreto, senza fermarsi alla rispondenza del contratto rispetto al modello. Ciò permette, da un lato, di condurre l'analisi più approfonditamente, valutando in concreto ciò che è stato convenuto, andando oltre l'apparente presenza o assenza della controprestazione; dall'altro lato, permette di ampliare l'ambito di indagine ai contratti collegati ed alle ulteriori vicende che integrano l'operazione economica.

Il principale problema di tale teoria, invece, sembra essere la sovrapposizione fra la causa e l'oggetto¹²⁵¹. Ciò non solo in relazione ai casi in cui la struttura del contratto non permette di identificare due reciproche controprestazioni, ma anche e soprattutto in relazione al tipo di controllo che deve essere svolto sul rapporto tra le obbligazioni. Benché tale teoria metta in luce il rapporto di interdipendenza tra le rispettive obbligazioni, essa non effettua un'analisi approfondita della causa quale strumento di valutazione della relazione tra le obbligazioni delle parti e, di conseguenza, non fornisce parametri e criteri al fine di valutarne l'esistenza e di identificare la razionalità di tale controllo.

¹²⁵⁰ In generale, per un'analisi recente e completa sul ruolo dei motivi e della soggettivazione della causa cfr. TH. GENICON, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, a cura di W. Dross e Th. Favario, Paris, 2014, p. 202 ss.; J. ROCHFELD, *Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français*, in *RDC*, 2013, p. 1601 ss.

¹²⁵¹ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 25.

5.8 Le ragioni della riforma del *Code civil*

Prima di analizzare le disposizioni della riforma rilevanti per l'oggetto dell'indagine, al fine di comprendere le *rationes* ed i mutamenti che la stessa comporta è estremamente interessante analizzare quali sono le ragioni¹²⁵² che hanno spinto il legislatore francese ad effettuare una riforma tanto ambiziosa, che si inserisce in un quadro di generale rinnovamento del diritto privato¹²⁵³. La riforma del *Code civil* è stata preceduta da numerosi progetti, alcuni provenienti direttamente della *Chancellerie*, altri di gruppi di studiosi, che hanno proposto come riformare in maniera organica il diritto francese delle obbligazioni e dei contratti. L'*ordonnance* e la successiva *loi de ratification* si inseriscono quindi in un processo generale volto a modernizzare il diritto francese e ad innovarlo sotto molteplici aspetti.

Esse rispondono alle attese ed alle critiche che, nel corso del tempo, sono state rivolte al diritto francese per plurime ragioni. Da un lato, era ormai usuale constatare la distanza tra i testi delle disposizioni ed il diritto applicato: regole, anche rilevanti, erano state create dalla giurisprudenza, altre profondamente modificate nella loro applicazione. Inoltre alcune disposizioni, ritenute oscure o foriere di incertezza della decisione, rendevano il diritto francese meno «attraente» per gli investitori rispetto ad altri sistemi giuridici, specialmente quelli di *common law*.

Il *Rapport au Président de la République* fornisce numerosi spunti per esaminare le motivazioni della riforma e le *rationes* che hanno guidato il legislatore. In primo luogo, si afferma che la riforma si è resa necessaria in ragione del fatto che il *Code civil* risente del tempo trascorso dalla sua emanazione. Da un lato occorre modificare o inserire regole nuove, rese necessarie da un mutato contesto

¹²⁵² In generale, sugli obiettivi della riforma, cfr. M. SÉJEAN, *The French Reform of Contracts: an Opportunity to Tie Together the Community of Civil Lawyers*, in *Louisiana Law Review*, 2016, p. 1151 ss.

¹²⁵³ Nel 2006 erano state riformate le garanzie; attualmente, è in corso la riforma della responsabilità civile e, secondo i propositi del legislatore, dovrebbe altresì essere effettuata la riforma della disciplina dei contratti speciali.

socio-economico. Dall'altro occorre codificare le innovazioni giurisprudenziali, delle quali non vi è traccia nel testo di legge e che, a volte, sono addirittura contraddittorie rispetto allo stesso. Uno dei vantaggi di un sistema di *civil law* rispetto ad uno di *common law*, infatti, consiste nel poter conoscere il diritto applicabile tramite la lettura del testo normativo: qualora questo non sia possibile, così come nel caso francese ante-riforma, il sistema giuridico perde la propria appetibilità ed espone gli operatori a notevoli incertezze.

In secondo luogo, occorre aumentare la chiarezza, la comprensibilità e la certezza delle decisioni¹²⁵⁴. Inoltre, traspare la volontà di rendere il *Code civil* di nuovo un modello, così come era stato il *Code napoléonien*, di ritornare ad essere egemonici, con tutto ciò che ne consegue anche da un punto di vista culturale e socio-politico.

In terzo luogo, il *Rapport* cita espressamente il rapporto *Doing business* della Banca Mondiale, che stila una classifica dei sistemi giuridici più appetibili per gli investitori stranieri: in tale rapporto, gli Stati che adottano il *common law* risultano preferibili rispetto a quelli di *civil law*, ritenuti meno favorevoli. La riforma vorrebbe quindi invertire questa tendenza e rendere il sistema francese maggiormente appetibile nell'arena globale della competizione tra gli ordinamenti, così da attrarre investimenti esteri.

Il fatto che siano presi in considerazione tali documenti e che ci si ponga esplicitamente come obiettivo quello dell'attrattività del proprio modello, in una evidente logica di competizione fra ordinamenti, risulta interessante, oltre che innovativo rispetto alle finalità usualmente perseguite tramite il diritto privato: ciò rende infatti evidente la primazia di una logica di mercato, secondo cui un sistema deve essere innanzitutto attraente per gli investitori; ciò comporta altresì che il diritto sia considerato come un bene e, come tale, valutabile.

In relazione a questo obiettivo, si afferma esplicitamente che sono stati presi come modello le raccolte di principi di diritto contrattuale di *soft law*, come i Principi Unidroit e i PECL, il DRAFT e i *Principes de droit contractuel commun*,

¹²⁵⁴ Obiettivo che sarebbe stato raggiunto secondo J.-P. GRANJEAN, *Un nouvel espace pour le droit des affaires*, in *Gaz. Pal.*, hors-serie n° 3, 12 juin 2017, p. 17.

elaborati da la *Société de législation comparée et l'association Henri Capitant des amis de la pensée juridique française*. Ciò è rilevante sia in relazione alle innovazioni che implica per il sistema delle fonti del diritto, sia circa la razionalità e gli obiettivi che vengono perseguiti tramite il diritto contrattuale: tramite lo stesso si cerca di aumentare l'efficienza del sistema economico nel suo complesso, rispondendo alle attese degli attori economici e, al tempo stesso, tentando di modellare le relazioni contrattuali secondo ciò che ci si prefigura come ottimale. La loro menzione spinge infatti l'interprete a prenderli in considerazione nell'esame delle *rationes* delle nuove disposizioni, particolarmente rilevanti al fine di interpretare le regole sul contenuto del contratto ed i controlli realizzati tramite le stesse.

In tale prospettiva, si nota che la riforma, a prescindere da cosa si pensi circa le finalità del diritto privato, non convince né circa i mezzi adottati - si è sottolineato, infatti, che il mondo degli affari non percepiva tale riforma come una priorità¹²⁵⁵ - né, soprattutto, circa l'efficacia delle soluzioni adottate¹²⁵⁶. Se da un lato, infatti, l'appetibilità del diritto privato dei contratti non comporta necessariamente l'attrazione di investimenti esteri in Francia - le parti potrebbero scegliere come legge applicabile il diritto francese, pur svolgendo l'operazione in un luogo differente, o scegliere come foro competente una corte francese, così legandosi al territorio francese solo per gli aspetti concernenti la *litigation* - dall'altro il capitale transnazionale normalmente sceglie il luogo dei propri investimenti in relazione a parametri differenti, quali la normativa fiscale, dei mercati finanziari o societaria, nonché rispetto a particolari aspetti amministrativi, piuttosto che per l'appetibilità del diritto contrattuale. È inoltre noto che nella scelta dello Stato in cui effettuare l'investimento, gli attori prendono in considerazione numerosissimi fattori, molti dei quali non giuridici. Anche nell'ambito del diritto, poi, vi sono aspetti - come il diritto tributario o il diritto del lavoro - che sono

¹²⁵⁵ M. MEKKI, *Reform of Contract Law and Business World*, in *ERCL*, 2017, p. 434.

¹²⁵⁶ I pratici del diritto hanno messo in evidenza che alcune delle disposizioni maggiormente innovative e rilevanti della riforma, tra cui l'*imprévision* (art. 1195) e l'art. 1171 non sono apprezzate dalle imprese e da coloro che redigono i testi contrattuali, a causa dell'importante ruolo che viene assegnato al giudice e dell'incertezza delle loro applicazioni, cfr. E. BROCHIER, *Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification*, in *RDC*, 2018, hors-serie, p. 37 ss.

maggiormente rilevanti nella valutazione dell'investimento rispetto al diritto contrattuale.

Inoltre, come si argomenterà in seguito, la disciplina sembra essere più orientata ad una strutturazione dei rapporti economici ed un controllo della loro razionalità tipica di un mercato nel quale agiscono piccole e medie imprese: la tutela, anche tramite clausole generali, di un determinato equilibrio tra le obbligazioni, infatti, si rende necessaria quando le parti non hanno i mezzi per realizzare tali obiettivi da sole, oppure quando negoziano in posizioni di asimmetria informativa o di potere negoziale tale da non poter addivenire autonomamente ad un contratto equilibrato. Tali disposizioni, invece, non risultano particolarmente attraenti per gli investitori internazionali, che dispongono spesso di un'assistenza specializzata che permette di valutare attentamente il quadro giuridico in cui si inserisce l'accordo, nonché di adottare le misure adeguate affinché il contratto protegga i loro interessi.

5.9 I nuovi artt. 1168, 1169 e 1170 *Code civil*

Il nuovo art. 1128 *Code civil* prevede che, affinché un contratto sia valido, sono necessari il consenso delle parti, la loro capacità di contrarre ed un contenuto lecito e certo¹²⁵⁷. Come si argomenterà, le regole e le funzioni che, antecedentemente alla riforma, erano realizzate dall'oggetto e dalla causa, sono ora confluite nelle disposizioni concernenti il contenuto del contratto. Ciò è confermato anche dal *Rapport au Président de la République*, che argomenta esplicitamente in tal senso e giustifica l'introduzione della nozione di contenuto, non prevista dalla previgente normativa (ma utilizzata nei progetti europei di armonizzazione del diritto contrattuale), con una sua supposta maggiore chiarezza¹²⁵⁸.

¹²⁵⁷ Tale norma prevede: «sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain.»

¹²⁵⁸ Nel *Rapport au Président de la République*, cit., sous-section 3, si afferma: «le contenu du contrat, terme adopté par plusieurs instruments européens d'harmonisation du droit, inclut ce qui relève en droit français de l'objet et de la cause. La présente sous-section reprend donc, en les modernisant et en les adaptant à l'évolution de la vie économique, les dispositions qui relèvent dans

Con particolare riguardo alla causa, l'art. 1162, riprendendo la giurisprudenza e la dottrina consolidate in materia di illiceità¹²⁵⁹, statuisce che: «le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties». Sulla base di una soluzione giurisprudenziale¹²⁶⁰ già adottata dalla *Cour de cassation* nel 1998, l'illiceità del motivo comporta la nullità del contratto anche se esso era proprio di una sola delle parti e se non era conosciuto dall'altra. Tale aspetto segna una decisa differenza con la disciplina italiana, secondo cui i motivi illeciti determinano la nullità del contratto solo se sono comuni ad entrambi i contraenti e ragione esclusiva della contrattazione.

Per quanto concerne l'esistenza della causa dell'obbligazione, occorre invece concentrarsi sugli articoli 1168-1170 *Code civil*; oltre ad essi, al fine di indagare il tema del controllo giudiziale sul contratto, non si può inoltre trascurare il nuovo articolo 1171 *Code civil*, che costituisce sicuramente una delle novità più importanti e dibattute della riforma.

Il primo di questi prevede che: «dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement». Il nuovo art. 1169 *Code civil* dispone che: «un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire». L'art. 1170 *Code civil*, codificando la giurisprudenza *Chronopost*¹²⁶¹ e, più in generale, i giudizi effettuati tramite la causa sulla singola clausola del contratto, statuisce invece che:

le code civil de l'objet du contrat, et codifie certaines solutions jurisprudentielles qui avaient été - plus ou moins artificiellement - rattachées à la notion de cause».

¹²⁵⁹ PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET e M. MEKKI, *Droit des obligations*, Paris, 14^a ed., 2017, p. 268.

¹²⁶⁰ Nel *Rapport au Président de la République*, cit., sous-section 3, si afferma: «par ailleurs est reprise la solution jurisprudentielle selon laquelle le contrat est nul lorsque l'une des parties poursuit un but illicite, même si l'autre partie n'avait pas connaissance de ce but (article 1162)».

¹²⁶¹ Nel *Rapport au Président de la République*, cit., sous-section 3, si legge: «l'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité».

«toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite».

La nuova normativa scompone il controllo che era effettuato tramite la causa in funzione dell'elemento che deve essere controllato: l'intero accordo o una sua specifica clausola. Come si vedrà in seguito, tale scomposizione permette altresì di interrogarsi circa l'identità o differenza del parametro tramite il quale valutare la controprestazione o l'incisione della «sostanza» dell'obbligazione essenziale.

L'art. 1168 *Code civil* riprende la nozione classica secondo cui nei contratti sinallagmatici la non equivalenza delle prestazioni delle parti non è, generalmente causa di nullità del contratto. Si esclude la previsione della *lésion*, oggetto di un ampio dibattito in dottrina, e si riafferma un principio cardine del diritto contrattuale classico: l'equivalenza tra le rispettive obbligazioni è determinata dalle rappresentazioni delle parti e non da un criterio oggettivo ed esterno, che si dà autonomamente. È, sostanzialmente, una trasposizione della concezione secondo cui il prezzo non è entità separata e distinta dal valore, ma coincidente: esso è corretto nella misura in cui corrisponde all'incontro della domanda e dell'offerta su un mercato concorrenziale. Da ciò deriva altresì che non vi è un meccanismo per determinare un prezzo corretto che sia alternativo alla dinamica del mercato e possa sostituirsi o affiancarsi ad essa, cosicché ogni intervento non meramente demolitorio sul prezzo, salvi casi eccezionali, non può che concernere il meccanismo di formazione dello stesso.

L'art. 1169 *Code civil* riprende le utilizzazioni della causa antecedenti alla riforma precedentemente analizzate, con alcune rilevanti chiarificazioni. In primo luogo, si riferisce a tutti i contratti a titolo oneroso, siano essi sinallagmatici o unilaterali, commutativi o aleatori¹²⁶². Dissipa quindi quei dubbi che si erano manifestati in giurisprudenza e dottrina circa l'applicabilità della disciplina della

¹²⁶² Nel *Rapport au Président de la République*, cit., sous-section 3, si afferma: «ainsi, l'ordonnance codifie la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation sur la nullité des contrats à titre onéreux lorsque, au moment de la formation du contrat, la contrepartie convenue est inexistante ou dérisoire, étant observé que le champ de cet article dépasse celui des contrats synallagmatiques et commutatifs, de sorte qu'y sont également soumis les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux (article 1169)».

causa ai contratti a titolo aleatorio ed ai contratti unilaterali¹²⁶³. In chiave comparatistica, la disposizione fornisce spunti interessanti anche in relazione al dibattito italiano circa i contratti aleatori, in relazione ai quali si continua a volte ad affermare che la causa risieda nell'alea *tout court*, eludendo qualsivoglia controllo sulle reciproche obbligazioni¹²⁶⁴.

In secondo luogo, esso chiarisce che la valutazione sul carattere non derisorio né illusorio delle controprestazioni deve essere fatto in relazione al momento della conclusione del contratto e non ad un momento successivo¹²⁶⁵. Si risolve così la controversia sulla *disparition de la cause* prevedendo che il controllo previsto dall'art. 1169 *Code civil* si debba riferire al momento di formazione dell'accordo. D'altronde la riforma consacra due norme innovative: l'art. 1195 *Code civil* che codifica l'*imprévision* e l'art. 1186 *Code civil* che codifica la *caducité*, di cui si dà in seguito¹²⁶⁶. La norma specifica altresì che il controllo deve essere effettuato in relazione alla controprestazione convenuta¹²⁶⁷, evitando il riferimento agli interessi delle parti¹²⁶⁸ o ai motivi perseguiti, che avevano invece occupato un posto centrale nella riflessione sulla *subjectivation de la cause*.

L'art. 1170 *Code civil*, infine, codifica il controllo giudiziale del contratto sulle singole clausole¹²⁶⁹ - già manifestatasi nell'elaborazione giurisprudenziale e

¹²⁶³ G. CHANTEPIE e M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016, p. 356.

¹²⁶⁴ Cfr. più ampiamente par. 4.2.

¹²⁶⁵ Come già affermato da una parte rilevante della giurisprudenza, cfr. Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-12.192, in *Bull. civ.* IV, n° 54 Cass. 3° civ., 25 oct. 1977, n° 76-10.816, in *Bull. civ.* III, n° 355; Cass. 3° civ., 17 juill. 1996, n° 93-19.432, in *Bull. civ.* III, n° 193, in *Defrénois* 1996, p. 1357, note Ph. Delebecque; Cass. 1° civ., 3 déc. 2002, n° 00-11.264, in *RJDA*, 2003, n° 461; Cass. 1° civ., 3 avr. 2007, n° 05-11.405, in *Bull. civ.* I, n° 139, in *RDC*, 2007, p. 712, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.* 2007, p. 566, obs. B. Fages; Cass. 1° civ., 19 juin 2008, n° 06-19.753, in *Bull. civ.* I, n° 174; in *RDC* 2009, p. 1129, obs. Y.-M. Laithier; si veda anche Cass. com., 30 juin 1987, n° 84-16.752, in *Bull. civ.* IV, n° 163; in *RTD civ.*, 1988, p. 346, obs. J. Mestre; Cass. 3° civ., 8 mai 1974, n° 73-10.820, in *Bull. civ.* III, n° 188, in *D.* 1975, jur., p. 305, note Ch. Larroumet.

¹²⁶⁶ Cfr. par. 5.11.

¹²⁶⁷ Tale aspetto è stato criticato da una parte della dottrina, che aveva proposto di utilizzare il termine «intérêt», cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, in *RDC*, 2015, p. 639; oppure di «avantage attendu», cfr. O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 289).

¹²⁶⁸ PH. MALAURIE, L. AYNES e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 346.

¹²⁶⁹ H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, 2016, p. 259 ss. L'Autore osserva come la prevalenza delle sanzioni parziali, tese a modificare ed a conservare il contratto, si manifesti altresì nelle disposizioni

dottrinale¹²⁷⁰ - la cui validità deve essere valutata in relazione agli effetti delle stesse sull'operazione economica¹²⁷¹ divisata dalle parti.

Si prevede¹²⁷² la possibilità, tramite l'intervento giudiziale, di eliminare le clausole del contratto che vanifichino l'obbligazione principale del debitore¹²⁷³. Tale obbligazione è la ragione per la quale l'altro contraente si vincola; da questo punto di vista, quindi, una clausola che privi di contenuto l'obbligazione essenziale fa venire meno la ragione stessa dell'impegno dell'altra parte¹²⁷⁴. La disposizione è volta a preservare un equilibrio minimo tra le obbligazioni dei contraenti, al fine di salvaguardare il nucleo dello scambio. Come ha rilevato la dottrina, nonostante con la riforma si sia eliminata dai requisiti del contratto la causa, la norma richiama

concernenti l'esecuzione del contratto ed i rimedi previsti in caso di inadempimento, tra cui cfr. l'art. 1195 *Code civil*, che introduce la fattispecie dell'*imprévision*; in chiave critica cfr. LAITHIER, *Comment le hardship s'invite à tort en droit français*, in *Chron. Revue des contrats*, 2015, p. 458 ss.

¹²⁷⁰ In particolare tramite il giudizio causale, cfr. R. SEFTON-GREEN, *La cause ou la justice à l'aune du juge*, cit., p. 141.

¹²⁷¹ Dando altresì rilevanza al contesto ed alle modalità con cui il contratto è stato concluso, cfr. H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 254.

¹²⁷² Occorre peraltro sottolineare la vaghezza del testo legislativo, che non specifica cosa sia la *substance* dell'obbligazione e non indica parametri e criteri di valutazione al fine di comprendere quando essa sia vanificata, cfr. PH. DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *RDC*, 2015, p. 759; sull'ambiguità di alcuni termini introdotti dalla riforma cfr. TH GENICON, *Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, in *RDC*, 2015, p. 630 ss.

¹²⁷³ Come indicato nel *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* e anche dalla dottrina (PH. DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, cit., p. 759) la disposizione codifica l'elaborazione giurisprudenziale dell'*affaire Chronopost* (cfr. par. 2.6.3). Le decisioni successive a tale sentenza erano state estremamente differenti e perfino contraddittorie, fino alla sentenza Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, in *RDC*, 2010, p. 1253, obs. O. Deshayes; *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1832, obs. D. Mazeaud; *JCP* 2010, p. 787, obs. D. Houtcieff; in *JCP E*, 2010, p. 1790, obs. Stoffel Munck; in *Contr. conc. cons.*, 2010, comm. n° 220, obs. L. Leveneur, nella quale si è stabilito che si reputa non scritta solamente la clausola limitativa della responsabilità, che vanifica la portata dell'obbligazione principale. Sull'*arrêt Chronopost* ed il controllo giudiziale del contratto cfr. D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?*, in *D.*, 2010, 1832 ss.; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale en droit franco-anglais*, Paris, 2000; D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 143 ss.; J.-P. CHAZAL, *Théorie de la cause et justice contractuelle: à propos de l'arrêt Chronopost*, in *Semaine Juridique G.*, n° 29, 15 juillet 1998, 152.

¹²⁷⁴ F. CHÉNEDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, p. 656, 659. Sulla causa come ragione dell'impegno della parte cfr. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 416.

un elemento del controllo causale¹²⁷⁵, poiché valuta come la singola clausola incida sull'obbligazione principale del debitore¹²⁷⁶.

Inoltre, si amplia notevolmente la portata del controllo della clausola sia rispetto alle applicazioni precedenti alla riforma, sia rispetto ai controlli introdotti dalla disciplina comunitaria, che concernono determinate categorie di soggetti o determinati settori. L'art. 1170 *Code civil* ha infatti una portata generale, poiché può trovare applicazione in relazione ad ogni clausola, a prescindere dalla categoria del contratto o dalla qualità dei contraenti¹²⁷⁷.

Tale disposizione presenta numerosi punti di contatto con il giudizio di meritevolezza effettuato sulla singola clausola atipica: la clausola è valutata in relazione all'operazione economica divisata ed agli effetti che ha sullo scambio convenuto. Tale valutazione, i cui criteri e parametri non sono definiti con precisione, è rimessa all'organo giudicante, il cui intervento è finalizzato a preservare l'effettività dell'obbligazione principale.

La riforma, pur specificando alcuni elementi rispetto agli orientamenti giurisprudenziali sul giudizio causale, non ne chiarisce un aspetto fondamentale, ossia quali siano i criteri ed i parametri da prendere in considerazione al fine di valutare gli effetti della singola clausola sull'obbligazione essenziale.

Infatti, il legislatore non ha specificato quale sia il livello di incisione di quella che, antecedentemente, sarebbe stata la *cause de l'obligation*; questo può anche risultare un aspetto positivo, poiché è difficile immaginare una soglia che si applicabile in tutti i casi e che, peraltro, renderebbe astratto il controllo; tuttavia,

¹²⁷⁵ Circa la riproduzione del giudizio causale tramite alcune disposizioni introdotte con la riforma cfr. H. BARBIER, *La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat »*, in *RTD civ.*, 2016, p. 614; E. MOUIAL-BASSILANA, « *Déséquilibre significatif* »: entre droit des pratiques restrictives et droit commun des contrats en France, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 407 ss.

¹²⁷⁶ PH. DELEBECQUE, *Article 1168 : clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, cit., 759 s. Più in generale, circa la teoria della *cause contrepartie*, cfr. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, cit., p. 111 ss.

¹²⁷⁷ La disposizione prevede quindi un controllo più ampio rispetto a quello sviluppato dalla elaborazione giurisprudenziale successiva all'*arrêt Chronopost*, che aveva previsto un controllo analogo solo in relazione alle clausole limitative della responsabilità del debitore.

non ha nemmeno chiarito esplicitamente le *rationes* del controllo¹²⁷⁸, né quali siano gli elementi da prendere in considerazione e secondo che criteri.

A questi problemi si aggiungono alcune difficoltà legate alla definizione e, quindi, comprensione dei concetti utilizzati nel testo legislativo, soprattutto in relazione all'art. 1170 *Code civil*¹²⁷⁹. La norma, seguendo una dichiarata finalità di promozione e semplificazione del linguaggio e, quindi, di comprensibilità della regola¹²⁸⁰, fa tuttavia riferimento a nozioni atecniche e nuove¹²⁸¹. Ci si riferisce, in particolare, al «privare di sostanza», nonché al concetto di «obbligazione essenziale»¹²⁸².

Se la sanzione (il reputare come non scritto) è già stata ampiamente analizzata da dottrina, anche in ragione delle sue applicazioni giurisprudenziali¹²⁸³, non è invece chiaro come si determini l'incisione della sostanza dell'obbligazione. La dottrina maggioritaria asserisce condivisibilmente che la norma riprende la giurisprudenza *Chronopost*¹²⁸⁴ e le ulteriori applicazioni giurisprudenziali della causa al fine di dichiarare nulla una clausola del contratto¹²⁸⁵; ciò non toglie che

¹²⁷⁸ Al di là dell'obiettivo, chiaro ed esplicito, di far sì che non vi siano contratti in cui l'impegno di una delle due parti sia, in realtà, illusorio, le modalità e le soglie rispetto alle quali valutare l'illusorietà possono variare notevolmente a seconda della *ratio* del controllo. Ad esempio, svolge una finalità di protezione del mercato se esso è orientato a sanzionare accordi estremamente sproporzionati che siano il frutto di squilibri di potere negoziale o informativo; svolge una funzione «classica» se esso invece, basandosi comunque sulla signoria della volontà ed una concezione liberale del soggetto, è volto a sanzionare i contratti in cui la controprestazione manchi *in toto* o sia non seria, quindi solo quelli in cui lo scambio sia sostanzialmente assente.

¹²⁷⁹ Anche se pure in relazione alle nozioni previste dall'art. 1169 *Code civil*, specialmente in relazione alla nozione di controprestazione, si presentano problemi definitori.

¹²⁸⁰ Cfr. *Rapport au Président de la République*, cit., sous-section 3.

¹²⁸¹ Tale aspetto è stato criticato dalla dottrina, cfr. O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 292.

¹²⁸² Per una critica di tale concetto, e del suo carattere artificiale, dato che il contratto si compone di diverse obbligazioni, a volte slegate tra loro, fra le quali non è possibile individuarne una essenziale cfr. TH. GENICON, *Le régime des clauses limitatives des réparation : état des lieux et perspectives*, in *RDC* 2008, p. 990; PH. JESTAZ, *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges P. Raynaud*, Paris, 1985, p. 279.

¹²⁸³ Su tale sanzione cfr. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Paris, 2010, *passim*; nonché il recentissimo intervento giurisprudenziale Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23169, PB, in *D.*, 2019, p. 1033, note A. Etienney; in dottrina G. CATTALANO, *Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ?*, in *RDC*, 2019, 3, p. 73 ss.

¹²⁸⁴ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, cit.

¹²⁸⁵ Si fa riferimento, in particolare, alla giurisprudenza *Faurecia II*, Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, cit.

l'espressione sia foriera di ambiguità, soprattutto in relazione alla determinazione di cosa si intenda per sostanza dell'obbligazione¹²⁸⁶, nonché in relazione al livello della sua privazione affinché la disposizione sia applicabile. Un ragionamento analogo può essere svolto in relazione al concetto di obbligazione essenziale: risulta infatti difficile comprendere quali siano esattamente i confini di tale obbligazione, nonché quali siano gli elementi del contratto che partecipano alla sua determinazione¹²⁸⁷.

5.10 L'art. 1171 *Code civil*

Con la riforma è stato altresì introdotto l'art. 1171 *Code civil*, il quale prevede che: «dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.»

La disposizione rappresenta un'assoluta novità¹²⁸⁸ in relazione al *Code civil* ed al diritto comune delle obbligazioni. Essa si basa sulla distinzione, introdotta con la riforma, tra i contratti de *gré à gré* ed i contratti *d'adhésion*, come definiti all'art. 1110 *Code civil*¹²⁸⁹. Questi ultimi sono quelli in cui un gruppo di clausole non è

¹²⁸⁶ Si è affermato che essa si riferisce alla «donnée économique», cfr. G. CHANTEPIE e M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., p. 361 ; M. MEKKI, *Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle*, cit., p. 5 ss.

¹²⁸⁷ Ad esempio, nel caso *Chronopost* la clausola in questione era una clausola di limitazione della responsabilità in caso di inadempimento. Qualora la nozione fosse interpretata in maniera restrittiva, si potrebbe sostenere che tale clausola non incide sull'obbligazione essenziale; adottando invece un'interpretazione olistica, che valuta come le clausole si riflettano anche sul comportamento delle parti e le relative sanzioni, emerge invece chiaramente come questa possa privare di contenuto l'impegno del debitore.

¹²⁸⁸ Nel *projet d'ordonnance* era addirittura previsto che la disposizione non si riferisse solamente ai *contrats d'adhésion*, ma a tutti i contratti. In seguito alla forte contrarietà espressa dal mondo imprenditoriale, il suo ambito di applicazione è stato limitato ai *contrats d'adhésion*.

¹²⁸⁹ Sulle modifiche intervenute nella formulazione dell'art. 1110 e 1171 *Code civil* tra l'*Ordonnance* e la *loi de ratification* cfr. N. BLANC, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *RDC*, 2018, *hors-serie*, p. 20 ss. Sul conflitto tra le due camere del

liberamente negoziabile dai contraenti, ossia è determinato *a priori* da una parte senza che possa essere effettuata alcuna trattativa volta a modificarne il contenuto su richiesta dell'altra parte.

L'art. 1171 prevede che, in relazione a tale categoria di contratti, tutte le clausole che creano un eccessivo squilibrio fra i diritti e le obbligazioni delle parti siano da considerarsi come non scritte. Tale squilibrio non può essere valutato prendendo in considerazione l'oggetto principale del contratto, né l'adeguatezza del prezzo rispetto alla prestazione. La norma presenta alcuni problemi di interpretazione, specie in relazione alla definizione del contratto di adesione; ad esempio, non è chiaro se la determinazione dell'«ensemble de clauses» debba essere svolta su base qualitativa o quantitativa; se il fatto che il contratto sia redatto da un terzo esso possa inficiare o meno la sua categorizzazione come *contrat d'adhésion*; quali siano i criteri per determinare la negoziabilità delle clausole¹²⁹⁰.

La disposizione, le cui fonti di ispirazione sono da reperire in una norma del codice del consumo¹²⁹¹ e una del codice del commercio¹²⁹², permette al giudice di valutare gli effetti di una clausola in relazione ai diritti ed alle obbligazioni che essa genera per le parti, così da reprimere squilibri che risultino eccessivi. Lo squilibrio non deve essere valutato né in relazione all'adeguatezza del prezzo, né all'oggetto del contratto: aderendo alla teoria neoliberale¹²⁹³, che considera il sistema dei prezzi quale strumento che, se in grado di funzionare correttamente, permette la migliore allocazione delle risorse¹²⁹⁴, si vuole garantire l'operatività della dinamica concorrenziale e la repressione delle clausole che rendano il prezzo non

Parlamento francese circa la redazione di questi due articoli cfr. F. CHÉNEDÉ, « *La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres* », in *AJ Contrat*, 2018, p. 25 ss.

¹²⁹⁰ Su tali problematiche cfr. N. BLANC, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, cit., p. 20 ss.

¹²⁹¹ Cfr. art. L. 212-1 (precedentemente L. 132-1) *code de la consommation*.

¹²⁹² Cfr. art. L. 442-6 *code de commerce*.

¹²⁹³ G. LARDEUX, *En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique*, in *L'équilibre du contrat*, Paris, 2012, p. 59 sottolinea le contraddizioni tra i principi dell'autonomia della volontà e dell'economia di mercato da un lato ed una fissazione autoritativa del giusto prezzo dall'altro.

¹²⁹⁴ M.R. FERRARESE, *The Truth of the Market*, in *Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, a cura di B. Lomfeld, A. Somma e P. Zumbansen, Cambridge, 2016, p. 321 ss.

trasparente¹²⁹⁵. Si è infatti affermato che tale disposizione prevede un controllo degli squilibri giuridici e non economici¹²⁹⁶. Inoltre, nonostante le derivazioni della norma, essa costituisce un passaggio ulteriore rispetto alle innovazioni portate dai *droits spéciaux*, perché non è basata sullo *status* dei contraenti, ma sulla differenza del modello contrattuale¹²⁹⁷.

L'art. 1171 *Code civil* è estremamente interessante, anche in relazione alla disciplina della causa¹²⁹⁸, per numerose ragioni: innanzitutto, perché il problema della causa, come già detto, concerne il rapporto tra le reciproche obbligazioni e, quindi, è contiguo alla valutazione dell'eccessivo squilibrio, come dimostrano le sentenze più recenti¹²⁹⁹. D'altronde, tale aspetto emerge anche nel contesto italiano dalla pronuncia Cass., sez. un., 5 maggio 2016, n. 1940¹³⁰⁰, laddove si è affermato che la clausola *claims made* può essere valutata sulla base delle norme concernenti le clausole abusive del consumatore (anche se, come si è detto¹³⁰¹, tale affermazione necessita di ulteriori specificazioni circa l'oggetto del controllo). Il problema che si pone - ossia la limitazione dell'obbligazione della compagnia d'assicurazione - è infatti il medesimo; ciò che cambia è, invece, l'intensità dell'incisione delle rispettive prestazioni al fine di dichiarare l'invalidità della clausola.

In secondo luogo, la disposizione è rilevante perché esprime la concezione e, conseguentemente, la funzione della negoziazione secondo il legislatore. Da ciò dipende la diversità dei controlli ed il fatto che non sia stata mantenuta la previsione così come redatta nel *projet de réforme*, che prevedeva *tout court* la nullità delle clausole che creassero un eccessivo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni delle parti.

¹²⁹⁵ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 575-578; F. CHÉNEDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., p. 659.

¹²⁹⁶ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 308.

¹²⁹⁷ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 306.

¹²⁹⁸ Ad ulteriore riprova cfr. una recente decisione della *Cour de cassation* che, valutando la sussistenza della causa, ha valutato se vi fosse un «déséquilibre significatif de la convention», cfr. Cass. 3^e civ., 12 juill. 2018, n° 17-20497, in *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27 ss., obs. D. Houtcieff.

¹²⁹⁹ Cfr. par. 5.14.

¹³⁰⁰ Cit.

¹³⁰¹ Cfr. par. 4.1.

Essa è infine interessante poiché deriva direttamente dalle norme di diritto speciale volte alla tutela della concorrenza ed alla tutela del consumatore. Queste regolamentazioni, di provenienza o notevolmente influenzate dal diritto dell'UE, influiscono quindi il diritto comune dei contratti. Risulta quindi proficuo esaminare come muti la razionalità delle norme di diritto comune e come si svolga il giudizio sullo squilibrio nell'ambito del diritto generale dei contratti.

Occorre inoltre notare che gli artt. 1170 e 1171 *Code civil* presentano la medesima *ratio*, diretta alla repressione di clausole che alterino sensibilmente l'equilibrio del contratto¹³⁰² o privino lo scambio della sua ragion d'essere¹³⁰³; la differenza risiede, da un lato, nel grado di intensità di tutela da accordare al contraente svantaggiato (maggiore nel caso di clausole predisposte da uno dei contraenti)¹³⁰⁴; dall'altro, nell'oggetto del controllo: mentre l'art. 1171 non può concernere né l'oggetto né il prezzo, con l'art. 1170 si valuta l'effetto della clausola sull'obbligazione essenziale del debitore, che sovente concerne proprio l'oggetto o il prezzo¹³⁰⁵.

L'oggetto del controllo, tuttavia, non può dirsi nemmeno completamente differente, così da ritenere che qualora sia applicabile l'art. 1170 *Code civil*, non lo sia mai l'art. 1171 *Code civil* e viceversa. Basti pensare che per il giurista francese l'esempio archetipico cui si riferisce l'art. 1170 *Code civil* concerne la nullità di una clausola limitativa di responsabilità¹³⁰⁶, che è altresì un esempio tipico di clausola abusiva sanzionata dalla giurisprudenza, perché crea un eccessivo squilibrio fra i diritti e i doveri delle parti. Una clausola che non concerne direttamente l'oggetto o il prezzo può tuttavia eliminare la «sostanza»

¹³⁰² Si è affermato che «articles 1170 and 1171 establish a true policy of the contractual clauses» e che essi favoriscono l'oggettivazione dello scambio, cfr. M. MEKKI, *Reform of Contract Law and Business World*, cit., p. 443; N. BLANC, *L'équilibre du contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2019, 2, p. 155 ss.

¹³⁰³ Sul rapporto tra queste due disposizioni cfr. M. LATINA, *Le régime des clauses non négociables, hors du contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2019, 2, p. 160 ss.

¹³⁰⁴ M. MEKKI, *Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle*, cit., p. 5 ss. sottolinea la problematicità del rapporto tra queste due disposizioni.

¹³⁰⁵ Sulle differenze tra queste due disposizioni O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 294 ss.

¹³⁰⁶ Cfr. la giurisprudenza *Chronopost*, par. 2.6.3.

dell'obbligazione essenziale, ad esempio perché rende privo di conseguenze il suo inadempimento. Ne consegue che, se una clausola che concerne l'oggetto e il prezzo non può essere sanzionata sulla base dell'art. 1171 *Code civil*, non è altrettanto vero che una clausola che non li concerna direttamente non possa essere invalidata tramite il dispositivo dell'art. 1170 *Code civil*, così da poter essere sanzionata anche qualora il contratto non sia *d'adhésion* e, quindi, l'art. 1171 *Code civil* non sia applicabile. Di conseguenza, le differenti modalità del controllo non comportano una completa alterità fra le due discipline.

Da un lato, tramite l'art. 1170 *Code civil*, si tendono a sanzionare clausole che non eliminano *in toto* la controprestazione (come le *clauses de réclamation*¹³⁰⁷ o le *clauses de limitation de responsabilité*¹³⁰⁸): il confine tra equilibrio procedurale ed equilibrio sostanziale, quindi, si rivela meno netto di quello che può inizialmente apparire quando si prendono in considerazione le singole clausole.

Ciò emerge anche dal dibattito sviluppatosi in relazione al testo del progetto di riforma, in cui il controllo di cui all'originaria versione dell'art. 1171 *Code civil* (nel *projet* art. 1169) non era limitata ai soli contratti le cui condizioni sono predisposte da uno solo dei contraenti. La dottrina ha rilevato che, qualora il testo di tale disposizione non fosse stato modificato, l'art. 1170 *Code civil* (nel *projet* art. 1168) sarebbe risultato inutile, in quanto i casi in cui questo sarebbe stato applicabile sarebbero comunque ricaduti nel campo di operatività dell'art. 1171 *Code civil*¹³⁰⁹.

D'altronde, le ambiguità terminologiche degli artt. 1110 *Code civil* e 1171 *Code civil* possono comportare notevoli incertezze, a partire dalla definizione di contratto d'adesione, in relazione alla quale si determina l'esperibilità del relativo controllo. Non è infatti chiaro cosa sia un insieme di clausole e quali siano le condizioni necessarie affinché lo stesso sussista. Dalla norma non è infatti possibile evincere se lo stesso debba essere apprezzato da un punto di vista quantitativo (il

¹³⁰⁷ Cfr. par. 2.6.1.

¹³⁰⁸ Cfr. par. 2.6.3; cfr anche D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons*, in *D.*, 2008, p. 1776 ss.

¹³⁰⁹ PH. DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *Revue des contrats*, 2015, III, p. 760; S. BROS, *Article 1169: le déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2015, 762.

muro di clausole sottratte alla negoziabilità) oppure qualitativo (la rilevanza delle clausole sottratte) e, in ogni, caso quale sia la soglia affinché il contratto sia considerato *d'adhésion*. In secondo luogo, un notevole margine di apprezzamento è lasciato dal fatto che non si specifichi quali siano le clausole che possano essere sanzionate, ossia se possano essere repute come non scritte solamente le clausole non negoziabili o anche quelle che sono negoziabili.

Non vi è poi un'indicazione degli elementi da prendere in considerazione nella valutazione dello squilibrio tra diritti ed obbligazioni: se esso debba essere generato dalle singole clausole o se debba essere apprezzato in relazione all'intero contratto. Quest'ultima soluzione sembra preferibile, in quanto lo squilibrio deve essere apprezzato in generale, al fine di valutare se non vi siano altre clausole che invece bilanciano l'accordo, ed è peraltro stata adottata anche in relazione al *Code de la consommation* e al *Code de commerce*, circa il quale si poneva un problema analogo.

Occorre infine dare conto di due ulteriori disposizioni che, pur non replicando funzioni attribuite alla causa antecedentemente alla riforma, introducono controlli sul contratto, implementando almeno parzialmente la razionalità già evidenziata.

L'art. 1143 *Code civil* introduce una nuova forma di *violence*, che comporta l'annullamento del contratto; la disposizione prevede che: «il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif». La disposizione, che riproduce alcune soluzioni giurisprudenziali innovative elaborate prima della riforma¹³¹⁰ che traevano spunto dai *droits spéciaux*¹³¹¹, prevede una nuova tipologia di vizio del consenso¹³¹².

La fattispecie, il cui ambito è stato circoscritto con la *loi de ratification*, prevede plurime condizioni: uno stato di dipendenza di una parte nei confronti

¹³¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, in *Bull. civ.*, 2002, I, n° 108; in *D.*, 2002, p. 2844 ss., obs. D. Mazeaud; in *CCC*, 2002, n° 121, obs. L. Leveneur.

¹³¹¹ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2018, p. 254-256.

¹³¹² Un analogo percorso di evoluzione dell'ordinamento in Italia è esaminato da A. GENTILI E V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr e impr.*, 2018, p. 148 ss.

dell'altra; un abuso di tale stato da parte del contraente «forte»; il fatto che tale abuso sia perpetrato dal contraente e non da un terzo; il fatto che non sarebbe stato possibile ottenere un siffatto impegno senza l'abuso di tale stato di dipendenza; il fatto che il vantaggio tratto dal contraente sia manifestamente eccessivo¹³¹³. La disposizione prevede quindi un'ulteriore forma di controllo dell'equilibrio economico del contratto: esso trova applicazione, tuttavia, solamente quando le condizioni della contrattazione e lo squilibrio siano tali da far ritenere che la volontà non si sia formata correttamente e che, quindi, che il contratto non rispetti la razionalità del sistema.

La seconda disposizione è l'art. 1186 *Code civil*, il quale dispone che: «un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement».

Come affermato da autorevole dottrina, tale disposizione è in entrambe le proprie parti «hanté par la théorie de la cause»¹³¹⁴. Essa riunisce la disciplina di due situazioni differenti, che meritano di essere analizzate separatamente. I commi 2 e 3, infatti, codificano la disciplina del collegamento contrattuale, che era stata sviluppata dalla giurisprudenza, così come in Italia, tramite la teoria della causa. L'articolo del *Code civil* recepisce le soluzioni giurisprudenziali¹³¹⁵, stabilendo che

¹³¹³ Su tali requisiti cfr. O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 257 ss.

¹³¹⁴ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 392.

¹³¹⁵ Cass., ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21.345 e 16-21.947, in *JCP G* 2018, p. 543 note F. Buy; in *Gaz. Pal.*, 18 sept. 2018, p. 27, obs. D. Houtcieff; in *RTD civ.*, 2018, p. 388, obs. H. Barbier; Cass. Com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552, PB, *RDC* 2017, 4, p. 11, comm. Th. Genicon; Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703, PB, *RDC* 2017, 4, p. 11, comm. Th. Genicon; CCC, novembre 2017,

il venir meno di un contratto comporta la *caducité* degli altri contratti destinati a realizzare la medesima operazione economica. Ciò, tuttavia, solo nel caso in cui il collegamento negoziale fosse conosciuto dalla parte contro cui la *caducité* viene invocata.

Il primo comma, invece, si presta a molteplici letture e pone innumerevoli problemi. Mentre una parte della dottrina ha ritenuto che lo stesso non presenti alcun contenuto precettivo, un altro orientamento ha invece rimarcato che occorra attribuire significato alla disposizione¹³¹⁶. È chiaro che la norma è destinata a riaprire il dibattito sulla *disparition de la cause*, che era invece stato superato dalla giurisprudenza maggioritaria (lo stesso può dirsi del contesto italiano, dove si è evidenziato che i difetti funzionali della causa devono essere risolti tramite le fattispecie della risoluzione e della presupposizione)¹³¹⁷.

Occorre formulare un avvertimento relativo all'aspetto linguistico della disposizione, che può generare ambiguità nell'analisi comparatistica: l'art. 1186 parla di *éléments essentiels*; alla semplice lettura di tale sintagma il giurista italiano pensa istantaneamente all'art. 1325 c.c., che fa riferimento ai requisiti essenziali del contratto. Tuttavia, tale equiparazione (che porterebbe a pensare immediatamente al venir meno della causa o dell'oggetto) è meno automatica di quel che sembra: infatti, causa e oggetto nel diritto francese erano *conditions de validité* dell'obbligazione, di modo che il dibattito circa la natura di elemento essenziale è più aperto di quel che possa sembrare ad una prima lettura.

Ciò detto, sarà la giurisprudenza a determinare effettivamente l'ambito operativo della disposizione, chiarendo quali debbano essere considerati elementi essenziali. Si rileva tuttavia che, benché si potrebbe inizialmente pensare

comm. 218, comm. L. Leveneur; Cass ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, in *Bull. civ.*, 2013 ch. Mixte, n. 1; in *D.*, 2013, p. 1658, note D. Mazeaud; in *RDC*, 2013, p. 1331, note Y.-M. Laithier. In dottrina cfr. TH. GENICON, *Les contrats interdépendants*, in *Contratti*, 2011, p. 108 ss.; S. AMRANI-MEKKI, *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, in *Défrenois*, 2002, p. 355 ss.; S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, Paris, 2001; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 1999, Paris; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, 1975, Paris.

¹³¹⁶ Su tale dibattito cfr. O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 393 ss. ed i riferimenti ivi contenuti.

¹³¹⁷ Cfr. par. 3.6.2.

all'impossibilità sopravvenuta dell'oggetto, il *Code civil* regola autonomamente tali casi con specifiche disposizioni¹³¹⁸. Sembra allora che l'ambito della disposizione riprenda la dottrina della *disparition de la cause*, senza tuttavia chiarirne in alcun modo l'ambito operativo: si affronterebbero tramite tale disposizione casi che in Italia, ma anche in Inghilterra¹³¹⁹ e in Germania¹³²⁰, sono esaminati tramite la lente della risoluzione, ossia rimedi attinenti al momento funzionale e non genetico del contratto. La sanzione prevista è la *caducité*, della quale tuttavia non si chiariscono in alcun modo gli effetti, cosicché anche questi dovranno essere determinati da dottrina e giurisprudenza.

5.11 Il nuovo controllo sul contenuto contratto e le sue razionalità

Già prima della riforma la dottrina dibatteva della «crisi del contratto» e del postulato liberale dell'autonomia della volontà¹³²¹, messo in discussione da interventi di tipo modificativo dell'accordo¹³²² - sia legislativi, sia giudiziali, sia di autorità indipendenti¹³²³ - e dalla ricerca di un equilibrio minimo tra le prestazioni, collegato alla tutela della concorrenza¹³²⁴. La riforma del diritto contrattuale francese, prendendo dichiaratamente come modelli¹³²⁵ i progetti di armonizzazione

¹³¹⁸ Si pensa alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta dell'oggetto, regolata dagli artt. 1218, al. 2; 1351 e 1351-1 *Code civil*; alla condizione sospensiva e risolutiva, regolate dagli artt. 1304 ss.

¹³¹⁹ Si veda la dottrina della *frustration of purpose*.

¹³²⁰ Si pensa al § 313, comma 1 BGB.

¹³²¹ CH. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, cit., p. 8 ss.

¹³²² CH. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction*, cit., p. 22 ss.

¹³²³ B. FAGES, *Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la « chose » des parties?*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 154 ss.

¹³²⁴ D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 138 ss.

¹³²⁵ Sono altresì indicati il *projet Terré* e l'*avant-projet Catala* e le norme di elaborazione giurisprudenziale.

del diritto contrattuale di origine europea e transnazionale¹³²⁶ e codificando una parte della giurisprudenza formatasi in materia di causa, conferma tale tendenza.

Il controllo sul contenuto del contratto previsto dalle norme analizzate si muove quindi in parziale continuità con la giurisprudenza più recente, abbandonando invece le soluzioni legate alla *subjectivation*. L'abolizione della causa non comporta l'abolizione delle funzioni e dei controlli che tramite la stessa erano realizzati: tramite l'art. 1162 *Code civil*, viene mantenuto il controllo di liceità; tramite gli artt. 1169 e 1170 *Code civil*, invece, possono essere espletate le medesime funzioni realizzate con la *cause de l'obligation*.

Antecedentemente alla riforma il dibattito dottrinale si era concentrato soprattutto sul giudizio concernente l'abolizione della causa. Una parte della dottrina era favorevole¹³²⁷ poiché tale nozione era fonte di incertezza, in ragione della vaghezza ed indeterminatezza del concetto: consentiva infatti un controllo ed un intervento giudiziario sul contratto ampi; inoltre, essa era sconosciuta a molti altri ordinamenti, specialmente quelli di *common law*, che invece attraevano notevolmente gli attori del commercio transnazionale. Altra dottrina, invece, prospettava la necessità di mantenere le funzioni realizzate tramite la causa¹³²⁸, sia in un'ottica di giustizia sostanziale, sia di corretto funzionamento del mercato; inoltre si evidenziava che, dato che la causa non permeava solamente le disposizioni specifiche, ma l'intera logica del sistema, il ragionamento causale sarebbe comunque rimasto negli schemi di ragionamento dei giuristi.

In seguito alla riforma, invece, il dibattito si è concentrato e si concentra da un lato sull'interpretazione da attribuire alle disposizioni che, come detto,

¹³²⁶ Si fa riferimento, in particolare, ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti, al DRAFT *Common Frame of Reference*, ai Principi Unidroit ed al codice Gandolfi.

¹³²⁷ C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots. À propos du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *D.*, 2015, p. 814; L. AYNÈS, *La cause, inutile et dangereuse*, in *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 40–41; S. ROWAN, *The New French Law of Contract*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 1 ss.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Towards an important reform of the French Civil Code*, in *Montesquieu Law Review*, 2015, p. 2 ss.

¹³²⁸ TH. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, in *D.*, 2015, p. 1551 ss.; J. GHESTIN, *Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats?*, in *ERCL*, 2005, p. 396 ss.; D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme !*, in *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 39 ss.; F. CHÉNÉDÉ, *La cause est morte.. vive la cause ?*, cit.

introducono una terminologia nuova rispetto al linguaggio del diritto dei contratti, dall'altro sulle funzioni che tramite di esse vengono realizzate e, in particolare, sulle identità e divergenze rispetto al giudizio causale.

Circa il secondo profilo, la dottrina ampiamente maggioritaria ritiene che tramite le nuove orme possa essere realizzato un controllo sostanzialmente analogo a quello realizzato precedentemente alla riforma tramite la *cause du contrat* e la *cause de l'obligation*¹³²⁹. Come detto, l'art. 1162, con l'importante novità, in realtà già anticipata dalla giurisprudenza¹³³⁰, relativa alla non necessarietà della conoscenza della violazione dell'ordine pubblico da parte di tutti i contraenti, prevede il medesimo controllo sul contratto che era realizzato attraverso l'illiceità della causa.

Al centro del dibattito sono, soprattutto, gli artt. 1169 e 1170 *Code civil*. La dottrina maggioritaria asserisce che, tramite il primo, si realizzano le funzioni usualmente attribuite al giudizio causale relative al controllo sull'esistenza della causa. Con la seconda, inoltre, si asserisce che sia stata codificata la giurisprudenza *Chronopost*, che prevede la valutazione della clausola in relazione all'economia generale del contratto e le sue funzioni. Queste due disposizioni si inseriscono quindi nel solco dell'evoluzione giurisprudenziale iniziata negli anni '90 del secolo scorso, con la quale si è avuto un *renouveau de la cause*, in ragione del mutamento del paradigma delle decisioni e delle funzioni che tramite la stessa potevano essere realizzate.

Tramite le due disposizioni il legislatore ha fatto una scelta relativa alle varie interpretazioni del giudizio causale. In primo luogo, si è rinunciato alla disciplina della *disparition de la cause* (che è semmai ripresa dal nuovo art. 1186 *Code civil*). In secondo luogo, si è chiarito che il controllo deve essere fatto in relazione alle controprestazioni convenute dai contraenti. Da un lato, ciò esclude che si possano prendere in considerazione i meri motivi che hanno determinato le parti a

¹³²⁹ G. WICKER, *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?*, in *D.*, 2015, p. 1557; G.B. FERRI, "Une cause qui ne dit pas son nom". *Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del "Code civil"*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 1 ss.

¹³³⁰ M. BILLIAU, *Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXIe siècle*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, Paris, p. 119.

contrattare, nonché i vantaggi che esse si aspettavano di trarre dal contratto: tali aspetti possono rilevare solo in quanto siano entrati nel contratto e, quindi, siano stati presi in considerazione nella determinazione dell'equilibrio dello scambio¹³³¹. Dall'altro, la nuova formulazione del giudizio rende ancora più evidente che si tratta di un giudizio relazionale, concernente il rapporto tra le specifiche pattuizioni.

Tramite queste disposizioni si codifica un giudizio che oggettivizza il contratto, esaminando ciò che viene pattuito e scambiato. Inoltre, si codifica quella giurisprudenza che aveva già messo in discussione il postulato liberale classico, prevedendo un controllo di conformità delle pattuizioni. Tale processo è reso ancor più evidente dalla frammentazione della disciplina del contratto tra contratti negoziabili e non negoziabili e tracciando una distinzione relativa al controllo che può essere realizzato in base a tale profilo.

La questione che si pone in relazione agli artt. 1169 e 1170 *Code civil* è come determinare il limite del controllo: tale problema non può, chiaramente, essere affrontato senza porsi direttamente il problema della finalità del controllo stesso e della rappresentazione dei soggetti coinvolti. Se, infatti, le norme non fanno riferimento alla qualità dei contraenti ed alla situazione in cui è stato concluso il contratto, come si è visto la giurisprudenza vi faceva e vi fa esplicitamente o implicitamente riferimento quando espleta il giudizio causale.

In relazione all'art 1169 *Code civil* occorre esaminare come si possa determinare se la controprestazione sia illusoria o derisoria. La disposizione prevede che venga effettuato un giudizio sul rapporto tra le prestazioni delle parti e valutare quando il loro squilibrio – ossia, la differenza tra il valore delle stesse¹³³² – sia tale da fuoriuscire dall'ambito di applicazione dell'art. 1168 *Code civil*, secondo cui la mancanza di equivalenza tra le prestazioni non è causa di nullità del contratto, ed entri invece nel dominio del patologico, in quanto illusoria o derisoria.

¹³³¹ PH. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016, p. 26-27 afferma che gli art. 1169 e 1170 *Code civil* sono: «les avatars de la conception objective de la cause».

¹³³² Traccia il legame tra causa e valore J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, 1987, t. 194, préf. J.-P. Braud, p. 149-152.

Da questo punto di vista, l'esercizio di esegesi del testo non sembra di particolare aiuto: a parte indicare che lo squilibrio tra le prestazioni debba essere rilevante, l'analisi dei termini non permette di chiarire quali siano i confini di tali determinazioni. Tale aspetto emerge altresì dalla summenzionata differenza con la disciplina italiana, dove si distingue tra vendita a prezzo vile (nulla) e vendita a prezzo derisorio (valida): al di là dell'apparente diversità (nel contesto francese le due ipotesi sono considerate analoghe e comportano entrambe la nullità del contratto), non vi sono differenze rilevanti nelle applicazioni giurisprudenziali, che derivino da una diversa considerazione dei termini utilizzati.

La problematica, invece, deve essere analizzata tramite la valutazione di quello che si considera ammissibile come differenza tra il valore delle prestazioni scambiate e quello che invece si ritiene sfiorare nell'economicamente irrazionale e, quindi, nel giuridicamente invalido. Tale analisi non può prescindere dal contesto concreto nel quale il contratto è stato concluso¹³³³, così come dalle qualità delle parti. Ciò emerge chiaramente dalla giurisprudenza analizzata: dalle argomentazioni delle corti si può evincere chiaramente che le condizioni delle parti, le asimmetrie informative e di potere negoziale giocano un ruolo rilevante.

Ne consegue che i limiti di tale controllo non sono, né possono essere, generalmente predeterminati, né rigidi. In altri termini, il controllo causale diretto a svolgere le summenzionate funzioni non può che essere espletato in relazione ad ogni singolo caso: non si può dunque determinare *a priori* un coefficiente di squilibrio tra le varie prestazioni. Lo stesso può dirsi dell'art. 1170 *Code civil*: come si è visto, nelle decisioni giurisprudenziali che già avevano utilizzato la causa in tale maniera¹³³⁴ la prestazione non viene eliminata *in toto*, ma la clausola controversa ne diminuisce in maniera apprezzabile il valore. Si tratta quindi, anche in questo caso, di determinare quale sia il limite di incisione dello scambio che comporta la nullità della clausola.

Ci sembra che, nella valutazione di tali aspetti, debba rientrare una valutazione generale del contratto, di ciò che con lo stesso è pattuito e della

¹³³³ M. BOURASSIN, *Les évolutions relatives au contenu du contrat*, cit., p. 161 ss.

¹³³⁴ Cfr. par. 2.6.3.

razionalità degli impegni delle parti in relazione al contesto, prendendo necessariamente in considerazione anche le informazioni di cui le stesse dispongono, nonché del loro potere contrattuale. D'altronde, la volontà di consentire ai contraenti una scelta il più possibile razionale permea la riforma, come si può desumere anche dall'introduzione di un generale obbligo d'informazione dell'altro contraente, considerato quale norma di ordine pubblico¹³³⁵.

Premesso che solamente le applicazioni giurisprudenziali permetteranno di individuare i criteri seguiti e gli elementi presi in considerazione in tale valutazione, riteniamo che il controllo non potrà che concernere la razionalità del contratto (nella sua interezza o in relazione alla singola clausola) rispetto ad un paradigma di mercato; nella valutazione di tale razionalità giocheranno un ruolo determinante sia il contesto specifico della conclusione del contratto, sia le condizioni delle parti. In relazione a questi elementi si dovrà effettuare il giudizio di illusorietà e derisorietà della prestazione, nonché degli effetti della clausola sull'obbligazione principale.

Ulteriore elemento estremamente rilevante è l'introduzione dell'art. 1171 e la conseguente frammentazione del contratto «di diritto comune» fra contratto negoziato e contratto d'adesione. La disciplina del contratto viene frammentata in due categorie distinte¹³³⁶, i contratti liberamente negoziabili tra le parti e quelli in cui, per una qualsivoglia ragione, tale negoziazione non è possibile. Detta scomposizione ha notevoli conseguenze non solo in ragione degli specifici controlli che essa permette, ma anche perché modifica la maniera di concepire le nozioni fondanti del contratto di *civil law* recepite dal *Code napoléonien*.

¹³³⁵ L'art. 1112-1 *Code civil* prevede che: «celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants».

¹³³⁶ O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 309.

La disciplina del contratto muove infatti dalla concezione propria del razionalismo del soggetto, concepito quale libero, razionale e capace di autodeterminarsi nelle proprie scelte¹³³⁷. Tale presupposto è chiaramente fondato su un'astrazione, ossia la rappresentazione ontologica di un soggetto, slegato dal contesto e dai rapporti sociali, economici, politici, culturali nei quali lo stesso si muove, nonché la concezione dell'autonomia quale strumento di esercizio ed implementazione della libertà che si presuppone.

Il contratto, quale incontro di due atti di volontà, rappresenta l'estrinsecazione e la sintesi di tale autonomia¹³³⁸: così come il soggetto si dà quale paradigma astratto ed unitario, conseguentemente in maniera unitaria si dà il contratto, quale prodotto dell'atto di volontà dello stesso¹³³⁹. Ne consegue che, secondo l'impostazione tradizionale, non può che esserci solo un paradigma di regolamentazione generale del contratto.

D'altronde, la volontà libera, concepita quale dogma, è presentata come il fondamento stesso della vincolatività e della coercibilità dell'accordo. La rottura rispetto a tale paradigma¹³⁴⁰, filosofica ed economica, quindi giuridica¹³⁴¹, come argomentato¹³⁴² si è prodotta da tempo con il cambiamento di paradigma che ha comportato l'Unione europea e la regolamentazione di settore. Tuttavia, con il combinato disposto degli artt. 1110 e 1171 *Code civil* essa entra nella normativa di diritto comune¹³⁴³.

L'elemento davvero determinante, tuttavia, non è solo la frammentazione della disciplina del contratto, ma gli effetti che esso ha sul paradigma giuridico che l'unitarietà comportava e, di conseguenza, sui controlli giudiziali che lo stesso

¹³³⁷ J. ROCHFELD, v. *Cause*, cit., n° 50; R. FORNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, cit., p. 790 ss.; in generale cfr. cap. 1.

¹³³⁸ P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir*, cit., p. 14 ss.

¹³³⁹ TH. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *Recueil Dalloz*, 2018 p. 124 ss.

¹³⁴⁰ M. BRUSCHI, *La réforme du droit des contrats - Incidences sur l'assurance, la réassurance et l'intermédiation*, in *RDC*, 2018, p. 131.

¹³⁴¹ L. CADJET, *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, p. 178 ss.

¹³⁴² V. cap. 1.

¹³⁴³ Cfr. par. 1.11.

presupponeva, nonché sulle possibilità che tale mutamento di paradigma apre¹³⁴⁴. Se, infatti, la volontà non viziata e libera, quale fonte unica ed imprescindibile del contratto, era la garanzia di giustizia e di indiscutibilità del vincolo - come manifestato dalla ben nota espressione «qui dit contractuel dit juste»¹³⁴⁵ - la frammentazione della disciplina del contratto ed il riconoscimento del fatto che, in alcuni casi, l'accordo non sia solo non negoziato, ma proprio non negoziabile, stravolge il paradigma che stava alla base della sua regolamentazione¹³⁴⁶. Ciò si riflette sia nel ruolo della volontà, associato a quello della negoziazione, in generale e nei contratti d'adesione, sia sui controlli sui contratti *de gré à gré*.

Sul primo punto, occorre sottolineare che l'art. 1110 *Code civil*, nella distinzione fra contratto *de gré à gré* e d'adesione si focalizza sull'elemento della negoziabilità (quindi della possibilità di discutere e contrattare l'effettivo contenuto dell'accordo), più che su quello della volontà. Una prima scissione si ha tra volontà e negoziazione: mentre prima il consenso era di per sé espressione della volontà e della razionalità che in esso erano insite, quale strumento per giungere al miglior risultato possibile, adesso vi è una scissione tra consenso e negoziazione, e la razionalità massimizzatrice viene attribuita all'elemento della negoziazione (meglio, alla possibilità di negoziare), non al semplice consenso.

L'accordo, infatti, è presente anche nei contratti d'adesione; tuttavia, mancando un'effettiva trattativa fra le parti, il solo accordo non garantisce l'esplicazione della razionalità piena del soggetto: la non negoziabilità rende quindi necessario il controllo di determinate clausole che in virtù della mancata trattativa (e non della mancata accettazione) devono essere espunte dal contratto.

Da ciò derivano numerose conseguenze: innanzitutto, il soggetto e l'espressione della volontà non sono più considerati su un piano astratto, ma nella

¹³⁴⁴ Si afferma che il nuovo art. 1171 *Code civil*, così come le disposizioni del *code de commerce* e del *code de la consommation* concepiscono il contratto come una relazione segnata dai rapporti di forza, cfr. G. CHANTEPIE e M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, cit., p. 368.

¹³⁴⁵ Formula di A. Fouillée circa la quale cfr. par. 1.3.

¹³⁴⁶ L'importanza dell'effettiva negoziazione dell'accordo e la necessità di un controllo rafforzato qualora tale negoziazione non vi sia emergono anche dalla distinzione tra clausole negoziate e non negoziate prevista dall'art. 7 del CESL.

situazione concreta nella quale si conclude l'accordo; in secondo luogo, l'atto di volontà non è di per sé frutto di un agire libero ed autodeterminato: la sua razionalità ed incontestabilità, salvo parametri esterni, non si dà più per presupposto; in terzo luogo, tale razionalità, e l'efficienza che essa comporta rispetto alla contrattazione su un mercato concorrenziale, si dà con la negoziazione, ora distinta dall'atto di volontà e garanzia della correttezza e dell'adeguatezza dell'impegno assunto.

Alla frammentazione del soggetto causata dalla legislazione consumeristica e di tutela dell'impresa debole, che si basavano su presunzioni di asimmetrie informative o di potere contrattuale in ragione delle disparità fra i contraenti, si aggiunge ora la frammentazione del contratto, sulla base della sua effettiva negoziabilità. Venuto meno il presupposto del dogma della volontà, cade anche il principio di intangibilità dell'accordo da parte dell'organo giudicante.

Rinunciare al dogma della volontà e a ciò che ne consegue da un punto di vista di regolamentazione del contratto¹³⁴⁷ ha conseguenze non solo sul contratto d'adesione, nel quale si esprime in maniera netta tale rifiuto, ma anche in relazione alla disciplina del contratto di *gré à gré*. Infatti, quello che apparentemente può sembrare una divisione volta a ristabilire con rigidità il principio dell'autonomia in quegli ambiti in cui lo stesso si esplica, in realtà ne mina le fondamenta stessa, e porta a chiedersi in ogni caso specifico se tale situazione corrisponda effettivamente a quella del modello che si presuppone.

Una volta caduto il dogma e, con esso, le sue conseguenze, l'interprete è spinto a chiedersi se nel caso concreto la posizione delle parti e la specificità del contesto sia effettivamente garanzia dell'esplicazione di tale razionalità. Questo perché venuto meno il fondamento teorico-dogmatico dell'approccio tradizionale, il nuovo approccio si presenta come non formalista e legato ad una finalità

¹³⁴⁷ TH. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *D.*, 2018 p. 124, afferma: «c'est dire qu'en admettant que, au regard du droit commun, un contrat existe alors même que son contenu est l'oeuvre unilatérale d'une seule des parties, qui a fait en sorte que l'autre ne puisse modifier le projet qu'elle lui présentait, ayant pour seule alternative de l'accepter ou de le refuser en bloc, l'ordonnance du 10 février 2016 a pris acte de ce que la volonté des parties ne constitue plus l'alpha et l'oméga du contrat ; du moment qu'une volonté accepte le contenu d'un acte juridique qu'elle n'a ni élaboré ni pu discuter, cet acte peut accéder au titre de contrat, exactement comme quand la volonté des deux parties en a déterminé le contenu».

specifica: se la garanzia di efficienza del contratto è legata alla sua negoziazione, ci si può domandare se tale negoziazione si sia effettivamente svolta, se la stessa sia stata sufficientemente libera e come abbiano influito su di essa le costrizioni dettate dalla qualità dei contraenti e dalle necessità contingenti.

Tale affermazione è altresì giustificata da un'osservazione empirica relativa alla disciplina del diritto dei consumatori e del codice di commercio: in entrambi i casi, le norme protettive volte a tutelare i soggetti deboli sono state applicate in maniera espansiva della giurisprudenza, che non ha esitato ad allargare le frontiere del controllo e delle relative sanzioni anche a casi ai quali, secondo una lettura rigorosa del testo, esse non avrebbero potuto essere applicate.

5.12 Sul rapporto tra diritto comune e diritti speciali

La riforma ha altresì dimostrato che le razionalità portate dai «droits spéciaux» non sono rimaste confinate a specifici settori, ma che, essendo portatori di una visione diversa del contratto – in ragione di una diversa teoria socio-economica – essi sono penetrati direttamente dentro il diritto comune dei contratti¹³⁴⁸. L'art. 1171 *Code civil* ne è una prova lampante; tuttavia, la diffusione di tale razionalità ha influenzato anche i criteri e le modalità di svolgimento del giudizio causale e, quindi, le indicazioni che provengono da tale campo meritano attenzione in relazione a tutte le disposizioni qui analizzate. Ne è una riprova il riferimento sempre più frequente allo squilibrio eccessivo al fine di valutare se il contratto sia dotato di causa o meno¹³⁴⁹.

¹³⁴⁸ D'altronde, le contaminazioni fra diritti settoriali e diritto comune dei contratti era già oggetto di attenzione da parte della dottrina già prima della riforma, cfr. D. MAZEAUD, *Droit commun et droit de la consommation, Nouvelles frontières ?*, in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 697 ss.; ID., *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux*, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, a cura di G. Pignarre, Paris, 2005, p. 73 ss.; CH. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, 2009, p. 9 ss.

¹³⁴⁹ Cfr. par. 5.14.

Il passaggio teorico è estremamente rilevante perché pone in tensione la teoria liberale classica del mercato e del contratto, adottando paradigmi differenti; inoltre, perché la legislazione di settore, anche grazie ad interpretazioni giurisprudenziali estensive, si fa pervasiva e penetra all'interno del diritto comune dei contratti. Tale penetrazione avviene in due maniere: da un lato, si ampliano gli ambiti ed i margini di applicazione della legislazione speciale, incrementando il numero di casi in cui tali norme e la loro *rationes* trovano applicazione; dall'altro, tale concezione del contratto e della funzione dei controlli pervadono gli istituti di diritto comune, modificandone la teoria e la razionalità.

Infine, occorre sottolineare che le summenzionate disposizioni comportano un ampliamento del ruolo dell'organo giudicante¹³⁵⁰, che acquisisce poteri di controllo sul contratto sempre più penetranti¹³⁵¹. La rilevanza ed i margini di operatività di tali norme si prestano infatti a molteplici interpretazioni ed applicazioni derivanti dalla sensibilità dello specifico organo giudicante ed agli interessi cui si ritiene opportuno accordare tutela nel caso concreto¹³⁵².

La dottrina è divisa nell'individuazione della fonte che ha prevalso come ispirazione per il legislatore. Ci sembra che il legislatore abbia maggiormente tratto ispirazione dalla legislazione consumeristica¹³⁵³, sia in ragione dei limiti del controllo – ossia il fatto che oggetto e prezzo non possano essere presi in considerazione nella valutazione dello squilibrio – sia in ragione della sanzione prevista¹³⁵⁴, sia in ragione del fatto che manca la necessità che, oltre allo squilibrio, sia presente il tentativo di sottomissione (anche se si potrebbe argomentare che

¹³⁵⁰ TH. REVET, *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *D.*, 2018 p. 124 ss.; D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 355 ss.

¹³⁵¹ L'importanza del ruolo assegnato al giudice dalla riforma del *Code civil* è stata evidenziata anche dalla dottrina, come testimoniano gli interventi del *colloque* i cui atti sono stati pubblicati in: *Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 351 ss.

¹³⁵² D. MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, cit., p. 356; D. FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, cit., p. 359 ss.

¹³⁵³ Così anche PH. MALAURIE, L. AYNÈS e PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, cit., p. 346, i quali affermano altresì che la giurisprudenza formatasi in materia di diritto del consumo sarà utilizzata per determinare i criteri da prendere in considerazione nella valutazione dello squilibrio.

¹³⁵⁴ M. CHAGNY, *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 115 ss.

questo aspetto è sostituito dal fatto che un insieme di clausole è non negoziabile, il che è di per sé sufficiente a dimostrare l'imposizione da parte di un contraente e la coercizione della volontà altrui).

La distinzione tra le fonti di ispirazione rileva al fine di comprendere come il legislatore si sia rappresentato i problemi generati dalla conclusione di contratti d'adesione e, quindi, la funzione del relativo controllo sulle clausole abusive. Infatti, mentre da un lato il *code de la consommation* prevede un controllo procedurale sulla formazione dell'accordo¹³⁵⁵, tale per cui sono sanzionate quelle clausole che comportano una mancanza di trasparenza del prezzo e della prestazione apparentemente pattuita, così alterandone il valore, il *code de commerce* prevede un controllo diretto sul rapporto tra le prestazioni delle varie parti e anche del prezzo¹³⁵⁶.

Questa distinzione dipende dal fatto che il legislatore ha considerato i due problemi come differenti tra loro, e quindi necessitanti soluzioni differenti¹³⁵⁷. Mentre si ritiene che il problema del consumatore sia quello dell'assenza di informazione, che può portare alla conclusione di un contratto non trasparente nel suo contenuto (in ragione di clausole che ne alterano indirettamente l'equilibrio), nel *code de commerce* si è direttamente affrontato il problema del rapporto tra imprese aventi un differente potere negoziale, che può portare ad un contratto squilibrato.

Non si indagherà in questa sede il tema, ampiamente dibattuto, concernente le modalità di interazione e il rapporto fra diritti speciali e diritto comune¹³⁵⁸; ciò

¹³⁵⁵ La CGUE ha chiarito che il controllo previsto in materia consumeristica concerne solamente le: «clauses qui revêtent un caractère accessoire par rapport à celles qui définissent l'essence même du rapport contractuel.» (CJUE, 30 avr. 2014, C-26/13, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c/ OTP Jelzálogbank Zrt).

¹³⁵⁶ C. GRIMALDI, *L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale : une nouvelle pratique restrictive de concurrence ?*, in *RDC*, 2017, p. 470 ss.

¹³⁵⁷ Sulla diversità delle sanzioni delle clausole abusive previste dal diritto dei consumatori, dal diritto commerciale e dal diritto comune dei contratti cfr. C. GRIMALDI, *La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2017, p. 86 ss., comm. Cour d'Appel de Paris, 6 sept. 2016, n° 15/21026.

¹³⁵⁸ M. BOURASSIN, *Les évolutions relatives au contenu du contrat*, cit., p. 163 ss. sostiene che il diritto comune dei contratti non dovrebbe trovare applicazione quando si applicano i *droits spéciaux*; in senso invece parzialmente diverso cfr. M. CHAGNY, *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats*, in *RTD com.* 2016, p. 451 ss., che

che interessa invece mettere in evidenza è che, importando nel campo del diritto comune alcune soluzioni proprie dei *droits spéciaux*, il legislatore ne ha importato anche la razionalità. Su quella propria del diritto del consumo si è già detto¹³⁵⁹: di conseguenza, si evidenzieranno alcuni aspetti propri della normativa del *Code de commerce*, introdotta nel 2008, e che può influenzare non solo l'art. 1171 *Code civil*¹³⁶⁰, ma anche l'art. 1169 e 1170 *Code civil*. D'altronde, anche prima della riforma erano frequenti le associazioni tra la causa e tale norma.

Il rapporto tra questi due campi del diritto è divenuto oggetto di studio di esperti di entrambe le materie, come hanno evidenziato le reciproche contaminazioni, nonché la pervasività delle logiche concorrenziali e la loro

argomenta a favore di una convivenza delle norme speciali e quelle di diritto comune, sia in ragione del fatto che il diritto della concorrenza non è un diritto particolare, sia in ragione del fatto che l'art. 1171 *Code civil* è una norma di ordine pubblico. L'Autrice afferma: «dans la logique d'une insertion de la disposition dans le code civil, aucune limitation n'a été prévue *ratione personae* quant aux bénéficiaires de la protection. Le contrôle des clauses abusives en droit commun a vocation à jouer au-delà des dispositifs spécifiques aménagés par le droit de la consommation et par le droit des pratiques restrictives de concurrence et, ce faisant, à combler les interstices laissés vacants par les droits spéciaux». Ed altresì: «la circonstance qu'un type donné de clause fasse l'objet d'une disposition spécifique ne devrait pas empêcher la règle sur le déséquilibre significatif de jouer. Telle est du moins la solution que la Cour de cassation a d'ores et déjà retenue, dans le cas de la clause pénale, aussi bien pour l'article L. 442-6-I-2° du code de commerce que pour la règle consumériste, considérant que les dispositions de l'article 1152 du code civil ne font pas échec à l'application de ces règles appréhendant le déséquilibre significatif». Sul rapporto tra queste disposizioni cfr. anche O. DESHAYES, TH. GENICON e Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, cit., p. 300 ss.; N. BLANC, *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, cit., p. 20 ss.; X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du Code civil*, cit., p. 2174 ss.; G. DURAND-PASQUIER, *Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme*, in *JCP N*, 1 avril 2016, p. 41; A. HONTEBEYRIE, *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, in *D.*, 2016, p. 2180 ss., la quale mette in evidenza come le due principali differenze tra le disposizioni, concernenti la competenza giudiziaria e le sanzioni, siano in realtà meno nette di quanto possa sembrare ad una prima analisi; sul rapporto tra l'art. 1171 *Code civil*, l'art. L. 442-6, I, 2° *code de commerce* e l'art. L. 212-1 *code de la consommation* cfr. F.-X. LICARI, *Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ?*, in *Revue Lamy Droit civil*, n° 144, 1 janvier 2017; PH. MALINVAUD, D. FENOUILLET e M. MEKKI, *Droit des obligations*, cit., p. 330-332 sostengono che tali disposizioni dovrebbero essere applicate congiuntamente. Sulle influenze dei *droits spéciaux* v. anche A.-C. MARTIN, *Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence*, in *RDC*, 2019, 2, p. 128 ss.

¹³⁵⁹ Cfr. par. 1.10.

¹³⁶⁰ Pone in evidenza gli stretti legami tra l'art. L. 442-6, I, 2° *code de commerce* e l'art. 1171 *Code civil* M. BEHAR-TOUCHE, *Le nouveau théorème d'Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2017, p. 81 ss.

introiezzazione in istituti di diritto comune¹³⁶¹. Ciò è tanto più vero in relazione alla causa, nozione fondante che concerne il rapporto tra le prestazioni e la funzione del contratto¹³⁶². Tale contaminazione emerge evidentemente sia dal ripensamento dottrinale della nozione di causa, sia dalle applicazioni giurisprudenziali, che considerano (esplicitamente o implicitamente) le qualità delle parti, il contesto di mercato e l'equilibrio delle prestazioni, oltre ad utilizzare terminologia che deriva direttamente dalla legislazione speciale.

Nel solco dell'evoluzione giuridica sopra evidenziata, i controlli su singole clausole, relativi all'alterazione dello scambio ed all'eccessivo squilibrio delle prestazioni, si sono espansi da singole normative di settore fino a divenire parte integrante del diritto comune dei contratti, assumendo una portata generale. Emerge quindi una propensione alla ricerca di equilibrio tra le obbligazioni dei contraenti¹³⁶³ tramite l'ampliamento di controlli un tempo effettuati con il giudizio causale¹³⁶⁴. Nel *Rapport au Président de la République*¹³⁶⁵ si afferma che la riforma propone soluzioni efficaci, adatte ad un'economia di mercato, ed al tempo stesso attente all'equilibrio tra i doveri e le obbligazioni delle parti. Proprio a causa dell'attenzione al mercato concorrenziale e dell'introduzione di disposizioni derivanti dal diritto del consumo e della concorrenza vi è chi ha asserito che la riforma propone una visione economicistica del contratto¹³⁶⁶, volta a promuovere la rispondenza dell'accordo ai parametri di mercato ed alla repressione delle clausole che fuoriescano da detto schema.

In questo senso anche le disposizioni che prevedono un intervento giudiziale sul contratto, volte ad assicurare l'equilibrio tra diritti ed obbligazioni, sono

¹³⁶¹ Sul rapporto tra leggi del mercato e controllo sull'equilibrio del contratto cfr. P. CATALA, *Les lois du marché*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, p. 201.

¹³⁶² La dottrina ha da tempo asserito che la causa risponda alla domanda «cur debetur?».

¹³⁶³ H. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., p. 248; TH. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *D.*, 2015, p. 1217.

¹³⁶⁴ H. BARBIER, *La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de «l'équilibre général du contrat»*, cit., 616 ss.; Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2016, n° 15-12.360, in *D.*, 2016, p. 1076.

¹³⁶⁵ *Rapport au Président de la République*, cit.

¹³⁶⁶ F. ROUVIÈRE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, cit., p. 600 ss.

finalizzate alla tutela della concorrenza¹³⁶⁷. D'altronde, dottrina e giurisprudenza hanno rilevato come l'art. 442-6 *Code de commerce* (così come l'attuale art. L. 442-1 e seguenti *code de commerce*) presenti numerose connessioni con la disciplina della causa relativamente al controllo del rapporto e l'effettività delle rispettive prestazioni¹³⁶⁸.

L'art. L. 442-6 *Code de commerce* (e l'attuale art. L. 442-1 e seguenti *Code de commerce*) non è una norma che, secondo la concezione classica, è volta a tutelare direttamente la concorrenza, poiché la sua applicazione prescinde dal fatto che, nel mercato di riferimento in cui si inserisce il contratto, la concorrenza sia alterata¹³⁶⁹. La norma è infatti volta ad intervenire su contratti che sono squilibrati in ragione del diverso potere contrattuale fra le parti, tale per cui un contraente è in grado di imporre agli altri delle condizioni eccessivamente squilibrate. Da questi elementi emerge come il legislatore abbia ritenuto che il contratto che non realizza un'efficiente allocazione delle risorse e, conseguentemente, una massimizzazione del valore della transazione, debba essere corretto dal giudice al fine di riequilibrare quel rapporto negoziale che nella realtà non è equilibrato e, quindi, efficace. Essa è volta a reprimere i comportamenti «néfastes pour l'économie (et pour le consommateur)»¹³⁷⁰.

Sulla *ratio* della norma si è già detto più ampiamente¹³⁷¹; in questa sede si vuole evidenziare in chiave storica un elemento fondamentale dell'applicazione di tale norma, che è stato consacrato con la recente riforma, la quale ne ha ampliato la portata.

¹³⁶⁷ E. MOUIAL-BASSILANA, «*Déséquilibre significatif*»: entre droit des pratiques restrictives et droit commun des contrats en France, cit., 392 ss.

¹³⁶⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif?*, cit., p. 13; Cour d'Appel de Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651, JurisData n° 2013-015022; Cour d'Appel Paris, 1 octobre 2014, n° 13/16336, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2014/RE063A630619EE9FC6984.

¹³⁶⁹ M. MALAURIE-VIGNAL, *Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif?*, in CCC, juillet 2015, p. 10 ss.; A.-S. CHONE-GRIMALDI, *Abus d'exploitation : le retour ?*, in LEDICO, nov. 2018, p. 5, distingue tra la funzione dell'art. L. 420-2 *code de commerce* e gli artt. 1169 *Code civil* e L. 442-6 *code de commerce*.

¹³⁷⁰ Trib. Paris, pole 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n° 11/17941, JurisData n° 2013-019306. Ciò si riflette sulla sanzione prevista, cfr. Trib. Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, in D. 2015, p. 943, obs. D. Ferrier; in AJCA 2015, p. 39, obs. C. Pecnard; in RTD com., 2014, p. 785, chron. M. Chagny, che si basa su Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-17.458.

¹³⁷¹ V. par. 1.10.

L'art. L. 442-6 *Code de commerce* (versione antecedente alla riforma) è stato oggetto di un'applicazione estensiva. È stato infatti applicato anche al di fuori del contesto per il quale essa era stata concepita: il suo campo di applicazione non è più limitato ai contratti della grande distribuzione¹³⁷²; inoltre, la nozione di «partenaire» adottata è ampia: la norma può essere applicata anche ad un singolo contratto, se la sua esecuzione è continuata nel tempo¹³⁷³. Infine, accade che i giudici presumano la sottomissione in ragione dello squilibrio, senza condurre un'analisi più approfondita¹³⁷⁴. Inoltre, tramite tale norma, diversamente dal diritto dei consumatori, può essere oggetto di controllo anche il prezzo¹³⁷⁵.

La valutazione di tale squilibrio, nel *Code de commerce*, si basa da un lato su clausole tipizzate, che sono quindi considerate di per sé come invalide, dall'altro su una norma aperta, che permette di sanzionare le clausole che generano un significativo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni delle parti. La sanzione prevista era, teoricamente, la responsabilità, ma la giurisprudenza ha argomentato applicato

¹³⁷² Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, in *RDC*, 2017, p. 470, comm. C. Grimaldi, *L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale : une nouvelle pratique restrictive de concurrence ?*; Tribunal de commerce de Paris, 12 décembre 2013, n° 11/18274, *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais.

¹³⁷³ Avis CEPC, n° 15-01 du 22 janvier 2015. Pour l'application à des contrats qui ne concernent pas des partenaires commerciaux *stricto sensu*, v. Cour d'appel de Paris 21 septembre 2016, n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4; Cour d'appel d'Aix-en-Provence 10 mars 2016, n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04; Cour d'appel de Grenoble 10 mai 2016, n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0; Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324; Cour d'appel de Nancy 14 février 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7. *Contra*: Cour d'appel de Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800; Cour d'appel d'Orléans 25 février 2016, n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5; Cour d'appel de Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB; CA Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453. – CA Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427; Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2.

¹³⁷⁴ *Contra* Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030653730, où l'on affirme qu'il faut effectivement vérifier l'absence de pouvoir de négociation du partenaire faible.

¹³⁷⁵ Cour d'Appel de Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R6C3449A5BD41D1903E52>.

la nullità a tali clausole¹³⁷⁶. Affinché tali clausole siano considerate abusive, tuttavia, non è sufficiente che creino uno squilibrio eccessivo, ma è altresì necessario che derivino da una «sottomissione» del contraente debole da parte del contraente forte. La giurisprudenza ed il dibattito dottrinale su tale requisito sono, sin dall'entrata in vigore della norma, molto accesi: in particolare, in ragione di una giurisprudenza piuttosto *souple* nell'accertare tale requisito, che ha spesso considerato che la presenza della clausola abusiva comportasse essa stessa una presunzione dell'ulteriore requisito.

Tale orientamento è stato contraddetto dalla giurisprudenza più recente, che ha invece considerato necessario l'accertamento, nella pratica, della sottomissione dell'altro contraente¹³⁷⁷, anche tramite un'analisi delle rispettive posizioni sul mercato dei due contraenti¹³⁷⁸. La negoziazione del contratto – che invece esclude l'imposizione dello stesso - viene, anche in questo caso, assunta quale elemento determinante al fine della sanzione della clausola: in presenza di una negoziazione lo squilibrio della clausola non può essere sanzionato, in quanto si ritiene che la negoziazione comporti esplicitazione della razionalità, che giustifica la ragion d'essere della clausola abusiva¹³⁷⁹. Lo squilibrio deve essere valutato prendendo in considerazione il contenuto globale del contratto, nonché le modalità della sua negoziazione ed esecuzione¹³⁸⁰.

¹³⁷⁶ C. GRIMALDI, *La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif*, cit., p. 86 ss., analizza le sanzioni previste dall'art. L. 442-6 *code de commerce* ed argomenta a favore della nullità per illiceità di una clausola che crea uno squilibrio significativo; Trib. Paris, 1 juill. 2015, n° 13/19251, cit.; 7 juin 2013, n° 11/08674, in *RTD com.*, 2013, p. 500, obs. M. Chagny; in *CCC*, 2013, comm. 208, note N. Mathey; Trib. Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, cit.

¹³⁷⁷ Cour d'Appel Paris, 16 févr. 2018, n° 16/05737, in *LEDICO*, avril 2018, p. 5; obs. G. Toulouse.

¹³⁷⁸ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28013, in *LEDICO*, janv. 2017, n° 110a8, note M. Behar-Touchais; Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27865. L'aspetto della sottomissione avvicina la disciplina qui analizzata a quella consumeristica, dato che in entrambi i casi la finalità è controllare e riequilibrare una situazione nella quale una delle due parti è costretta a subire le imposizioni dell'altra, G. PARLÉANI, *Le devenir du déséquilibre significatif*, in *AJCA*, juin 2014, p. 108.

¹³⁷⁹ Nelle sentenze riveste grande importanza l'accertamento relativo alla negoziazione, cfr. Cour d'Appel de Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651, cit.; Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, *JurisData* n° 2015- 004113; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, *JurisData* n° 2014-014939.

¹³⁸⁰ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13 -27525, in *LEDC*, avril 2015, obs. N. Leblond.

5.13 I primi orientamenti giurisprudenziali concernenti la riforma del *Code civil*

In ragione della recente approvazione della riforma non vi sono ancora consistenti orientamenti giurisprudenziali da poter esaminare. Tuttavia, iniziano ad esservi alcune pronunce hanno fatto riferimento alle nuove disposizioni sia in quanto norme *ratione temporis* direttamente applicabili sia, invece, come ulteriore argomentazione a sostegno della decisione adottata. Le prime sono ancora molto rare per ragioni temporali. Le nuove norme sono infatti applicabili solamente ai contratti conclusi in seguito al 1 ottobre 2016 e 1 ottobre 2018¹³⁸¹. Tuttavia, anche gli arresti che hanno solamente menzionato le nuove disposizioni al fine di sostenere la decisione presa sono di grande interesse, perché rivelano quali siano i primi indirizzi che la giurisprudenza intende seguire. Risulta quindi utile effettuare un'analisi delle sentenze più recenti che hanno menzionato le nuove disposizioni o, comunque, adottato il linguaggio dalle stesse proposto, nonché quelle che hanno applicato le nuove regole.

¹³⁸¹ Sulle questioni relative all'applicazione della riforma nel tempo, nonché i differenti indirizzi giurisprudenziali manifestatisi cfr. Cass. soc., 9 janv. 2019, n° 17-22.788, in www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038069952&fastReqId=1293260198&fastPos=1; Cass. 3° civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170, PB; in *D.*, 2019, p. 300, note M. Mekki; in *AJ Contrat*, 2019, p. 94, obs. D. Houtcieff; Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2018, n° 17-15.620, PB; in *D.*, 2018, p. 1156, obs. F. Vialla; Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-12.906 : JurisData n° 2017-018137, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 29, note D. Houtcieff; A. Bénabent, *Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats [art. 16 de la loi du 20 avril 2018]*, in *D.*, 2018, p. 1024; D. MAINGUY, *Pour l'entrée en vigueur immédiate des nouvelles règles du droit des contrats*, in *D.*, 2016, p. 1763; Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411, in *JCP G.*, 2017, p. 306, note G. Pignarre; in *JCP G.*, 2017, obs. Y.-M. Serinet; in *D.*, 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson; in *RDC*, 2017, p. 415, note Th. Genicon; Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-12906, in *D.*, 2017, p. 1911; in *RTD Civ.*, 2017, p. 837, obs. H. Barbier; J.-B. Seube, *Les dispositions transitoires de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *Defrénois*, 24 mai 2018, p. 19; Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20103 et 16-20104, P+B+R+I; H. BARBIER, *Les normes non encore en vigueur doivent-elles éclairer l'interprétation des normes en vigueur ?*, in *RTD civ.*, 2019, p. 317 ss.; G. LOISEAU, *Contrat de travail. Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail*, in *JCP S.*, 2017, 1356, n° 45; A. QUESNE, *Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel*, in *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 ss.; G. CHANTEPIE, *Inapplicabilité de l'ordonnance du 10 février 2016 aux contrats conclus avant son entrée en vigueur*, in *AJ contrat*, 2018, p. 477 ss.

Una sentenza della *Cour de cassation*¹³⁸² ha escluso che una clausola limitativa della responsabilità fosse invalida. Nel caso di specie non era ancora applicabile, *ratione temporis*, il nuovo diritto dei contratti; tuttavia, facendo applicazione dell'art. L. 113-1 *code des assurances* – la cui interpretazione, legata alla *cause de l'obligation*, permette di considerare nulle le clausole di esclusione della garanzia che limitino eccessivamente la copertura – si è affermato che la clausola non creava uno squilibrio eccessivo tra l'assicuratore e l'assicurato e che essa «ne mettaient pas à néant l'objet de la garantie». Mentre la seconda espressione è ricorrente in materia e riprende il linguaggio causalista, la prima riprende la terminologia del nuovo art. 1171 *Code civil*.

Ciò è rilevante per due ragioni: in primo luogo, perché tale terminologia viene utilizzata in un settore in cui, prima della riforma, si faceva generalmente riferimento alla causa e, quindi, all'eliminazione dell'obbligazione essenziale. Secondo la nuova terminologia, più che un riferimento all'eccessivo squilibrio ci si sarebbe potuti attendere un riferimento al fatto che la clausola «privasse di sostanza» l'obbligazione essenziale dell'assicurato. Ciò rende chiaro quanto i confini fra le due tipologie di giudizio siano fluidi, nonché quanto il secondo possa essere modellato sul primo, allargando le maglie del controllo. Il secondo aspetto concerne le intersezioni tra art. 1171 *Code civil* e controlli sul contratto previsti dai *droits spéciaux*: laddove non sono indicati i criteri di giudizio, potrebbe essere adottato quello dell'eccessivo squilibrio.

Un accostamento analogo in tema di causa e squilibrio eccessivo è stato effettuato in una decisione in materia di locazione¹³⁸³. Al termine della locazione per disdetta del locatario, il conduttore invocava una clausola aggiunta in un momento successivo al contratto, che prevedeva il rimborso integrale dei costi sopportati per i lavori che lo stesso aveva svolto nell'immobile. Il locatore sosteneva che tale patto fosse privo di causa, in quanto il canone pattuito era molto modesto e doveva essere considerato quale controprestazione dei costi sostenuti dal

¹³⁸² Cass. 3° civ., 22 nov. 2018, n° 17-26424, in *LEDA*, janv. 2019, p. 5, obs. C. Charbonneau.

¹³⁸³ Cass. 3° civ., 12 juill. 2018, n° 17-20497, in *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27, obs. D. Houtcieff; Cass. 3° civ., 18 avr. 2019, n° 18-10693, in *Gaz. Pal.*, 17 sept. 2019, p. 222, obs. D. Houtcieff

conduttore per i lavori di miglioramento, che quindi non potevano essere addossati al locatore. La *Cour de cassation*, basandosi sulla statuizione dei giudici di merito, respingeva tale argomentazione, asserendo che il patto di indennizzazione non comportava uno squilibrio eccessivo del contratto.

La sentenza, non pubblicata nel *Bulletin* e, quindi, priva dell'importanza che tale pubblicazione conferisce (anche come valore di precedente), costituisce tuttavia un ulteriore caso in cui la *Cour de cassation* ragiona sulla causa in termini di squilibrio eccessivo, avvalendosi non della terminologia dei nuovi artt. 1169 e 1170 *Code civil*, ma del nuovo art. 1171 *Code civil*. Tale aspetto è rilevante sia per quanto concerne i rispettivi ambiti di applicazione, sia per quanto concerne le modalità dei controlli che verranno effettuati sulla base di quello che, prima della riforma, era il giudizio causale¹³⁸⁴.

Tra l'altro, la valutazione dello squilibrio eccessivo è stata anche recentemente utilizzata dalla *Cour de cassation*¹³⁸⁵ per valutare se un accordo dovesse essere considerato un contratto di vendita o una promessa unilaterale: confermando la tesi dei giudici di merito, la Suprema Corte ha ritenuto che, dato lo squilibrio tra le reciproche prestazioni, nonostante il *nomen iuris* attribuitovi dalle parti, il patto non poteva essere ritenuto un contratto sinallagmatico, e che si trattasse invece di una promessa unilaterale.

Una sentenza ha recentemente riesaminato la questione del prezzo vile¹³⁸⁶. La *Cour d'Appel de Nîmes* aveva giudicato nullo per assenza di causa un contratto di vendita di partecipazioni sociali ad un prezzo irrisorio rispetto al reale valore della società. Leggendo i motivi si comprende che la cessione delle partecipazioni doveva essere la controprestazione nel contesto di una «cessione incrociata» di partecipazioni di società che, tuttavia, non ha avuto luogo. Di conseguenza la *Cour de cassation* conferma la sentenza di merito che aveva annullato il contratto per

¹³⁸⁴ D. HOUTCIEFF, *La cause et le déséquilibre*, in *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27.

¹³⁸⁵ Cass. 3^e civ., 7 juin 2018, n° 17-18.670, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037078045&fastReqId=1025268471&fastPos=1.

¹³⁸⁶ Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 15-22.861, in *Bull. civ.* (poi corretta con la sentenza Cass. 3^e civ., 21 juin 2018, n° 15-22.861).

assenza di causa, poiché il prezzo previsto dal solo contratto concluso era del tutto irrisorio rispetto al valore della partecipazione.

Una particolarità dell'argomentazione della sentenza consiste nel fatto che si afferma che le parti, con l'accordo poi giudicato nullo, avevano rotto l'equilibrio che avevano stabilito con un precedente contratto, con il quale si erano cedute reciprocamente (e in senso inverso) le partecipazioni delle due società in questione. L'aspetto che merita di essere sottolineato è che si fa riferimento all'equilibrio contrattuale per valutare l'esistenza della *cause de l'obligation*.

Un'ulteriore sentenza della *Cour de cassation*¹³⁸⁷ si è occupata dell'assenza di causa per derisorietà del prezzo. Da un lato, la Suprema Corte ha ribadito che la causa deve essere valutata al momento della conclusione del contratto e non successivamente. Dall'altro, ha asserito che il prezzo della vendita del bene doveva essere valutato non in relazione al valore dell'attività e degli utili o perdite che con esso venivano realizzati, ma in relazione al valore del bene in sé. La Suprema corte ha quindi annullato la sentenza della *Cour d'appel de Douai* che aveva invece giudicato valida la vendita della barca per il prezzo di un euro, in ragione del fatto che l'attività che con la stessa veniva effettuata non generava utili, ma perdite.

Infine, una sentenza della *Cour de cassation*¹³⁸⁸ ha cassato una sentenza del *Tribunal de proximité de Marseille*, che aveva fatto applicazione delle disposizioni riformate e, in particolare, dell'art. 1186 *Code civil*. Il nucleo della vicenda concerne l'applicazione delle leggi nel tempo: in base all'art. 9 dell'*Ordonnance*, infatti, l'art. 1186 riformato non era applicabile nel caso di specie. La dottrina che ha commentato la sentenza, tuttavia, ha sottolineato che, da un lato, nel caso di specie, più che l'art. 1186, sarebbe stato applicabile l'art. 1195¹³⁸⁹; dall'altro, il rifiuto di applicare la teoria della *caducité* ad un contratto concluso

¹³⁸⁷ Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.219, in *Bull. civ.*

¹³⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2018, n° 17-24.347, in *JCP E*, 4 oct. 2018, act. n° 737; in *LEDC*, nov. 2018, p. 2, obs. M. Latina; in *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 ss., comm. A. Quesne.

¹³⁸⁹ M. LATINA, *Application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016*, in *LEDC*, nov. 2018, p. 2; A. QUESNE, *Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel*, in *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 ss.

antecedentemente alla riforma¹³⁹⁰ sembra un'ulteriore conferma del fatto che la causa deve essere valutata al momento della conclusione del contratto e che non sia riproposta la teoria della *disparition de la cause*¹³⁹¹.

Vi sono poi sentenze di merito che hanno applicato le nuove disposizioni del *Code civil*.

Una sentenza del *Tribunal de grande instance de Paris*¹³⁹² ha affrontato il tema, classico, della nullità del contratto per prezzo vile. I fatti erano i seguenti: una brochure di un'associazione organizzatrice viaggi proponeva la locazione di un *bungalow* in Corsica per due settimane nel mese di agosto, con mezza pensione, per € 789. Il cliente inviava l'accettazione dell'offerta con il relativo acconto. L'associazione asseriva allora che la *brochure* era errata e che il prezzo indicato doveva intendersi per persona. Il *Tribunal*, adito dal cliente che chiedeva la condanna dell'associazione a rispettare il contratto, asseriva che il contratto doveva ritenersi concluso secondo i termini indicati dalla *brochure*; tuttavia, esso era nullo in base all'art. 1169 *Code civil*, dato che la controprestazione (ossia il prezzo) era derisoria.

Tale decisione, che è chiaramente influenzata dalle circostanze del caso concreto¹³⁹³, porta tuttavia ad interrogarsi circa i limiti del controllo previsto dall'art. 1169 *Code civil*, specie in relazione al fatto che l'art. 1168 *Code civil* dispone che la non equivalenza delle prestazioni non è di per sé causa di nullità del contratto. Il prezzo previsto dal contratto in questione, pur sproporzionato rispetto alla prestazione fornita, non può certo definirsi inesistente; prevale, in tale decisione, un approccio che tende ad estendere le maglie del controllo, valutando

¹³⁹⁰ Ciò anche in ragione del fatto che la *Cour de cassation* ha invece manifestato la tendenza ad interpretare il diritto precedente la riforma alla luce delle nuove disposizioni, cfr. J.-B. SEUBE, *Les dispositions transitoires de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *Defrénois*, 24 mai 2018, p. 19 ss.

¹³⁹¹ In questo senso anche *Cour d'Appel de Paris*, 3 juillet 2019, n° 17/21047, cit., che equipara direttamente la vecchia versione dell'art. 1131 *Code civil* ed il nuovo art 1169 *Code civil* ed afferma che: «pour apprécier la validité ou la nullité du contrat pour défaut de cause, il convient d'examiner uniquement les éléments du contrat et non ses conditions d'exécution».

¹³⁹² *Tribunal de grande instance de Paris*, 4^e ch., 1^{re} sect., 27 juin 2017, n° 17/07192, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff.

¹³⁹³ D. HOUTCIEFF, *La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire ?*, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32

la consistenza delle prestazioni dalla prospettiva della verosimiglianza delle stesse rispetto alla dinamica di mercato. Tale applicazione porta a ritenere che, come argomentato, le corti potrebbero adottare dei criteri ampi nell'applicazione degli artt. 1169 e 1170 *Code civil*, valutando le circostanze del caso concreto, le qualità delle parti ed il contesto della negoziazione dell'accordo.

Un altro caso nel quale sono state applicate le nuove disposizioni concerne un contratto di *franchising*¹³⁹⁴. Un *franchisor* impone ai *franchisee* di concludere un contratto di prestazione di servizi per la gestione delle vendite *online* con un intermediario (facente parte del gruppo del *franchisor*). Alcuni *franchisee* impugnavano detto contratto sostenendo che sia nullo per assenza di causa, in quanto tali servizi erano già ricompresi all'interno del contratto di *franchising* e, quindi, esso costituiva una semplice duplicazione di quanto già corrisposto per l'affiliazione commerciale. Il *Tribunal* respinge tale argomentazione, asserendo invece che il contratto sia dotato di causa. L'aspetto rilevante concerne il fatto che il Tribunale segue l'elaborazione giurisprudenziale antecedente alla riforma, rendendo chiaro che l'interpretazione dei nuovi articoli sarà comunque influenzata dalla disciplina più recente concernente la causa.

¹³⁹⁴ Trib. com. Paris, 19^e ch., 4 oct. 2017, n° 2017025630, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff.

6. CAUSA E MERITEVOLEZZA NEL DIRITTO ITALIANO

CONTEMPORANEO

SOMMARIO: 6.1 La nuova concezione dell'ordine concorrenziale ed il ruolo di causa e meritevolezza. - 6.2 Sul rapporto tra causa e meritevolezza. - 6.3 Il giudizio sulle singole clausole del contratto. 6.4 I criteri del giudizio causale e di meritevolezza, il rapporto con i diritti speciali. - 6.5 Gli insegnamenti da trarre dalla riforma francese e dalle più recenti applicazioni giurisprudenziali della *cause de l'obligation*. - 6.6 Sul rapporto tra causa e tipo. - 6.7 Omonimia e diversità dei giudizi: l'art. 1322 comma 2, l'art. 2645^{ter}, l'art. 2043.

6.1 La nuova concezione dell'ordine concorrenziale ed il ruolo di causa e meritevolezza

Tramite l'analisi condotta nei precedenti capitoli è stato dimostrato come causa e meritevolezza si siano evolute nel tempo in relazione alla concezione economica e socio-politica del contratto. Tracciando le linee di evoluzione del sistema del diritto contrattuale a partire dal *Code civil*, il sistema giuridico non è stato esaminato come autonomo, ma come collegato ed intrecciato con le evoluzioni della società e dei saperi. Al tempo stesso il sistema non è integralmente sovradeterminato, ma mantiene un carattere semi-autonomo - legato al linguaggio ed alle forme della propria creazione ed evoluzione - e contribuisce esso stesso a strutturare il sistema economico e le relazioni sociali¹³⁹⁵.

Si è evidenziato come l'evoluzione della normativa europea da un lato e la costituzionalizzazione del diritto privato dall'altro abbiano modificato la concezione del contratto e la funzione del controllo giudiziale sullo stesso, seguendo obiettivi almeno parzialmente differenti. Una considerazione analoga può essere svolta in relazione al contesto francese, dove hanno avuto una notevole influenza lo sviluppo della normativa europea e dei *droits spéciaux* da un lato ed il *solidarisme contractuel* dall'altro.

¹³⁹⁵ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere. Edizione critica*, cit., Q. 4, § 38, p. 456 ss.; F. ENGELS, *Letter to Conrad Schmidt, 27.10.1890*, cit., p. 56 ss.

L'analisi della giurisprudenza ha permesso di mettere in luce plurimi aspetti: tra questi risaltano sia l'ampiezza dell'utilizzo delle applicazioni di causa e meritevolezza, sia la pluralità ed anche la diversità delle finalità perseguite. Tramite l'analisi delle sentenze relative al controllo realizzato sul contratto e sulle specifiche clausole sono state sottolineate le razionalità seguite in tale controllo e la sua intensità.

Si può affermare che la problematica della causa, originariamente impostata soprattutto come questione definitoria, è divenuta sempre più questione operativa: dalla tematica concernente la definizione della causa quale elemento del contratto si è passati a quella dei limiti del controllo effettuato sul contratto e sulle sue clausole.

Tale passaggio è avvenuto sia in Italia, sia in Francia alla fine del XX secolo: nel primo caso è stato guidato elaborazioni circa la causa concreta, nel secondo dal movimento di *renouveau de la cause*. Queste riflessioni sono state accompagnate da un lato dalle novità introdotte con le norme europee: in particolare, dalla disciplina delle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed altresì dai controlli specificamente previsti per i contratti *b2b*; dall'altro, dalla costituzionalizzazione del diritto privato e dalla rinnovata riflessione sul *solidarisme contractuel*.

È fondamentale identificare le ragioni dell'espansione del controllo giudiziale tramite causa e meritevolezza, nonché i punti di rottura che hanno comportato una svolta nel controllo effettuato sul contratto, poiché ciò permette di comprendere quali siano gli scopi perseguiti e le modalità di effettuazione di tale giudizio.

Se la matrice europea dell'evoluzione del diritto contrattuale in Francia ed in Italia è comune (e riteniamo che tale matrice, soprattutto negli sviluppi degli ultimi anni, sia stata determinante), causa concreta e *renouveau de la cause* hanno beneficiato di influenze parzialmente differenti in relazione al contesto giuridico nazionale.

La causa in concreto si è mossa ancora sul piano definitorio dell'elemento causale, ma ha costituito il grimaldello tramite il quale è stato compiuto l'ulteriore passaggio alla dimensione operativa. Una volta modificato il concetto di causa

ed il suo oggetto di indagine, la connessione con il giudizio di meritevolezza permette di attribuirvi un nuovo contenuto, che viene mobilitato per modificare ed ampliare il controllo sul contenuto del contratto.

In Francia il passaggio è parzialmente differente, poiché la causa dal punto di vista discorsivo rimane comunque inscritta nell'ambito degli elementi del contratto, non solo sul piano normativo, ma anche nelle applicazioni giurisprudenziali. La differenza con il contesto italiano si misura soprattutto sul piano delle influenze delle logiche redistributive che la causa concreta ed il diritto privato italiano, anche tramite la buona fede, hanno manifestato e, quindi, nel rapporto che implicitamente esse stabiliscono fra autonomia privata ed ordinamento giuridico. La *subjectivation de la cause* è solo in parte influenzata, da un punto di vista «macroeconomico», dal *solidarisme contractuel*: lo rielabora in chiave individuale, ponendo il problema dell'equilibrio delle prestazioni nell'ottica della tutela degli obiettivi personali dei contraenti e della loro realizzabilità. Diverso il caso della Costituzione in Italia, che ha influenzato il diritto privato in chiave solidaristica, instillando una concezione dell'equilibrio tra le prestazioni volto non solo alla tutela degli obiettivi dei contraenti, ma anche in un'ottica redistributiva.

Tuttavia, riteniamo che la disamina delle applicazioni più recenti di causa e meritevolezza sia in Francia sia in Italia dimostrino che l'influenza europea e la sua razionalità abbiano prevalso. In Francia ciò è provato dalla riforma del *Code civil* e dalla razionalità che permea le disposizioni relative al controllo del contenuto del contratto¹³⁹⁶. In Italia, dall'analisi della giurisprudenza risulta che la medesima razionalità abbia guidato la giurisprudenza nelle decisioni che hanno fatto applicazione di causa e meritevolezza. La logica costituzionale non è certo venuta meno, ma la maggior parte delle volte essa funge da *ratio* giustificatrice, più che da vera e propria *ratio decidendi*.

¹³⁹⁶ «[...] l'*agire* dei soggetti - che si rapportano l'un l'altro sul mercato per il tramite dei loro prodotti, e in assenza di una coordinazione cosciente - deve obbedire alla razionalità economica già 'dedotta' nel primo capitolo. È, ancora una volta, il tema di una *fondazione macrosociale del comportamento individuale*.» R. BELLOFIORE, *Le avventure della socializzazione*, Milano-Udine, 2018, p. 65.

Considerazioni sostanzialmente analoghe possono essere svolte in relazione al contesto francese, dove l'influenza della normativa consumeristica, nonché del *Code de commerce*, entrambe volte (seppure in maniera differente) alla creazione e protezione del mercato concorrenziale, hanno notevolmente influenzato il contenuto ed i criteri del giudizio causale, mentre le istanze del *solidarisme contractuel* sono state sostanzialmente abbandonate.

È necessario concentrarsi ora su alcune problematiche aperte e che possono essere affrontate, nel quadro teorico delineato nello svolgimento della tesi, alla luce dell'analisi della giurisprudenza più recente. Dopo aver esaminato il rapporto tra causa e meritevolezza, si svolgeranno alcune ulteriori considerazioni circa il contenuto, i criteri e le finalità di tali giudizi nel contesto delle trasformazioni del diritto contrattuale contemporaneo. Si metteranno quindi in evidenza i percorsi evolutivi del sistema francese che possono fornire spunti ricostruttivi, nonché suggerire possibili percorsi evolutivi in relazione al contesto italiano; si argomenterà sulla cessata centralità della problematica del rapporto fra causa e tipo; si tratteranno le distinzioni che intercorrono fra i differenti usi dell'espressione «meritevole di tutela» nel diritto privato italiano.

6.2 Sul rapporto tra causa e meritevolezza

Esaminata la copiosa giurisprudenza formatasi in materia occorre chiedersi quale sia la linea di demarcazione e la distinzione che intercorre tra causa e meritevolezza nel diritto italiano.

Da un punto di vista testuale le due nozioni mantengono la propria autonomia, essendo oggetto di disposizioni diverse. Tuttavia, dato che il giudizio di meritevolezza valuta gli interessi perseguiti dai contraenti e che la causa è definita sin dall'emanazione del codice del 1942 come la funzione economico-sociale del contratto, è da tempo chiaro l'inestricabile nesso tra questi due istituti. Inoltre, come evidenziato è sempre stato difficile trovare una dimensione autonoma della meritevolezza; infatti, benché nelle intenzioni del legislatore dovesse avere un ruolo

ed una sfera di applicazione separata e distinta dalle altre nozioni del diritto contrattuale, gli esempi proposti dal legislatore stesso circa il controllo di meritevolezza portavano a soluzioni realizzabili tramite altre disposizioni e, in particolare, quelle relative alla liceità della causa¹³⁹⁷.

Dopo la caduta del fascismo la meritevolezza è stata equiparata alla liceità. Anche l'Autore che ha conferito un nuovo statuto alla causa ed al suo ruolo nell'ordinamento non è riuscito ad affrancare pienamente la meritevolezza dal giudizio di liceità¹³⁹⁸: è rimasta quindi pressoché inutilizzata dalle corti¹³⁹⁹, venendo (raramente) citata quale argomento ulteriore e non come norma fondante la decisione.

Un punto di rottura nell'applicazione della meritevolezza è ravvisabile nella giurisprudenza contemporanea: l'art. 1322, comma 2 c.c. assume un ruolo centrale nelle decisioni delle corti, che hanno iniziato a farne una copiosa e diretta applicazione. Tuttavia, anche tale utilizzo merita di essere ulteriormente problematizzato ed indagato. Molte di tali sentenze, infatti, non utilizzano solamente la meritevolezza, ma endiadi come «causa e meritevolezza»¹⁴⁰⁰, oppure sintagmi come la «meritevolezza della causa»¹⁴⁰¹, «causa meritevole» e simili.

Come si argomenterà di seguito, riteniamo che analizzando la giurisprudenza si può notare che tali espressioni hanno un significato analogo: alla differenza del significato non corrisponde una diversità del giudizio espletato.

Esaminando le espressioni si nota che a volte la meritevolezza viene utilizzata quale sostantivo¹⁴⁰², così da comporre un'endiadi con la causa, altre volte come aggettivo¹⁴⁰³, altre ancora come caratteristica della causa¹⁴⁰⁴.

¹³⁹⁷ Cfr. par. 2.3-2.4.

¹³⁹⁸ Ci si riferisce, chiaramente, a G.B. Ferri, sul cui pensiero cfr. par. 2.7.

¹³⁹⁹ P. GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in *Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, III, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, p. 59 ss.

¹⁴⁰⁰ Endiadi che si ritrova, ad esempio, in Cass., 18 giugno 2018, n. 16049, cit.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

¹⁴⁰¹ Espressione ad esempio utilizzata in Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, cit.

¹⁴⁰² Ad esempio causa e meritevolezza.

¹⁴⁰³ Ad esempio causa meritevole.

¹⁴⁰⁴ Ad esempio la meritevolezza della causa.

Ci sembra che la ragione della diversità di tali significanti sia da rinvenire nella differente modalità con cui gli istituti in questione sono previsti dal codice: mentre la causa è prevista quale elemento del contratto, la meritevolezza è invece esplicitamente presentata come giudizio. Da ciò deriva che la causa, quando viene concepita nelle decisioni come elemento e non come giudizio, viene aggettivata e specificata: la caratteristica (l'essere meritevole o non meritevole) è il risultato del giudizio sulla causa.

Questa ambivalenza si riflette anche nel linguaggio della dottrina e della giurisprudenza, nel quale si possono rinvenire espressioni quali «giudizio sulla causa», oppure «giudizio causale»: la causa è concepita nel primo caso come elemento, nel secondo come giudizio. Tuttavia, a tale duplicità non corrisponde una diversità di contenuti: in entrambi i casi il giudizio espletato, il suo oggetto ed i suoi criteri sono i medesimi.

L'ambivalenza deriva dalla doppia funzione della causa, che è deputata ad esprimere sia la funzione del contratto, sia un giudizio di validità su tale funzione, che è un giudizio di compatibilità con l'ordinamento giuridico¹⁴⁰⁵. Come affermato da autorevole dottrina, la causa svolge una duplice funzione, poiché essa è: «ragion sufficiente per vincolarsi e parametro di compatibilità con il diritto del vincolo»¹⁴⁰⁶.

Vi sono inoltre ulteriori ragioni che hanno a nostro avviso portato gli interpreti a fare innovativo ricorso al giudizio di meritevolezza, autonomamente oppure in *combine* con la causa, senza che ciò possa tuttavia portare a ritenere che i due istituti abbiano portata precettiva diversa.

La meritevolezza era istituto che non era sostanzialmente mai stato oggetto di applicazioni giurisprudenziali e che, quindi, si prestava ad essere utilizzata come strumento per il rinnovamento del controllo sul contratto al fine di perseguire scopi innovativi. Tale funzione avrebbe potuto più difficilmente essere realizzata tramite la sola causa: la fondamentale novità della causa in concreto (che ha aperto la via per gli sviluppi successivi) aveva mutato e definito il concetto di causa (ciò che essa

¹⁴⁰⁵ Cfr. par. 2.8.

¹⁴⁰⁶ A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1485.

esprime e, quindi, cosa si deve «guardare»), ma non ancora il contenuto ed i parametri del giudizio (il «come» lo si deve guardare e giudicare).

La meritevolezza è risultata poi particolarmente funzionale poiché una parte rilevante dei contratti oggetto di tale giudizio erano e sono contratti atipici, cui è applicabile l'art. 1322 comma 2 c.c. Tale aspetto non è di per sé determinante, dato che il nuovo controllo è stato esperito anche su contratti tipici¹⁴⁰⁷, ma è un elemento che ha favorito il ricorso alla meritevolezza.

Inoltre, al fine di estendere il controllo giudiziale alla singola clausola del contratto è stato inizialmente necessario fare ricorso alla meritevolezza. Questo non perché la medesima operazione giuridica non potesse essere effettuata tramite la causa¹⁴⁰⁸, ma perché l'art. 1322, comma 2 c.c. permetteva di effettuare tale estensione in maniera meno dirompente rispetto alla giurisprudenza ed alla dottrina consolidate. Si è messo in evidenza come l'adozione della nozione di causa del contratto (diversamente dalla *cause de l'obligation*) rendesse più complicato asserire che una singola clausola privasse di causa l'intero accordo. È infatti più immediato affermare che una clausola privi di effettivo contenuto l'obbligazione di una delle parti, piuttosto che elimini la causa dell'intero contratto: ciò non sarebbe giuridicamente errato - come dimostra il fatto che tale operazione sia stata in seguito compiuta -, ma è risultato più semplice effettuare detto passaggio tramite la meritevolezza.

Infine, la meritevolezza ha permesso di sanzionare, sia in relazione al contratto, sia in relazione a singole clausole, accordi nei quali la causa non era assente *tout court* secondo l'impostazione classica, ma sussisteva uno squilibrio notevole delle obbligazioni delle parti. La conduzione dell'analisi attraverso la lente dell'art. 1322, comma 2 c.c. invece che dell'assenza di causa ha permesso di superare più facilmente gli ostacoli legati ad un controllo che avrebbe potuto essere percepito come fondato solamente sullo squilibrio delle prestazioni, ossia un

¹⁴⁰⁷ R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, cit., p. 329-330; così già proponeva G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 374; cfr. anche M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 94. La distinzione tra controllo dei contratti tipici e atipici va perdendosi, cfr. R. ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0*, cit., p. 162 ss.

¹⁴⁰⁸ Come dimostra sia la sentenza più recente in tema di clausole *claims made*, sia l'esperienza francese.

controllo sulla proporzionalità, contrario ai principi dell'economia liberale propri del codice. Il riferimento alla meritevolezza della causa ha permesso di non affrontare direttamente il giudizio sull'esistenza/inesistenza della causa: affermarne la non meritevolezza ha fatto sì che non si dovesse esplicitamente dichiarare l'assenza di causa *tout court*.

Analizzate criticamente le ragioni del ricorso al giudizio di meritevolezza occorre ritornare alla domanda iniziale, ossia se la differenza fra i significanti e la differenziazione delle espressioni sottendano giudizi sul contratto diversi oppure no. Come già anticipato, riteniamo che la risposta debba essere negativa: il controllo espletato tramite la meritevolezza equivale sostanzialmente a quello sull'esistenza della causa in concreto¹⁴⁰⁹ (e, in alcuni casi, a quello sulla liceità della stessa).

Esaminati i casi in cui l'art. 1322, comma 2 c.c. ha trovato applicazione, riteniamo che tali giudizi siano sostanzialmente analoghi: la «riscoperta» della meritevolezza coincide con l'espansione e lo sviluppo delle potenzialità operazionali del giudizio causale; come si è evidenziato, dalla copiosa giurisprudenza analizzata non emergono ruoli distinti e differenti di questi due giudizi.

La diversità dei significanti deriva dalla duplicità del ruolo della causa, al tempo stesso espressione della funzione del contratto (della quale si giudica la meritevolezza) e giudizio di compatibilità di tale funzione rispetto all'ordinamento (che, invece, coincide con quello di meritevolezza). Quando si prende in considerazione il primo di tali aspetti, allora la causa è aggettivata come meritevole o meno; quando si prende in considerazione il secondo, allora si utilizza l'endiadi e si fa riferimento alla causa in concreto ed alla meritevolezza.

Il giudizio di meritevolezza coincide con quello sull'esistenza della causa: è sulla presenza della stessa che si concentra. Quando la giurisprudenza asserisce che la causa concreta non è meritevole di tutela asserisce che è assente oppure illecita. Esaminando l'oggetto e la funzione del giudizio causale e del giudizio di meritevolezza ci si avvede che essi sono i medesimi. L'oggetto è, in entrambi i casi,

¹⁴⁰⁹ Così anche G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 551-552.

la funzione oggettiva, considerata da una prospettiva economica, che il contratto è diretto a realizzare, sintesi degli impegni delle parti così come configuratisi in concreto.

L'obiettivo è controllare che tale assetto di interessi sia compatibile con l'ordinamento, ossia con il paradigma che lo stesso prefigura come corretto, che si muova entro i suoi limiti, che sono quelli della dinamica del mercato concorrenziale¹⁴¹⁰. Un esempio lampante di tale sovrapposibilità è la giurisprudenza sulle clausole *claims made*¹⁴¹¹: con il *revirement* giurisprudenziale del 2018 si è affermato che non si debba valutare se siano meritevoli, ma se esse privino il contratto di assicurazione di causa. Tuttavia, a fronte di tale evoluzione, non è stato modificato né l'oggetto del giudizio, né i criteri ed i parametri secondo cui deve essere svolto¹⁴¹².

Se il giudizio di meritevolezza è stato affrancato da quello di liceità e, quindi, ha acquisito una valenza autonoma e positiva¹⁴¹³, tuttavia coincide con quello relativo all'esistenza della causa in concreto. D'altronde, il fatto che tra i due istituti non si possa notare una chiara distinzione emerge anche dal fatto che la maggior parte dei contributi tende a considerare il rapporto tra meritevolezza e liceità, mentre non esamina il rapporto tra meritevolezza ed esistenza della causa, né il problema dei criteri e dell'ambito del giudizio *ex art.* 1322, comma 2 c.c. rispetto a quelli del giudizio causale.

6.3 Il giudizio sulle singole clausole del contratto

L'assoggettamento delle singole clausole del contratto al giudizio causale e di meritevolezza è stata sicuramente una delle innovazioni fondamentali in materia,

¹⁴¹⁰ G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, cit., p. 108, 128; P. BARCELLONA e C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2002, p. 190-192.

¹⁴¹¹ Cfr. par. 4.1.9.

¹⁴¹² Circa tali aspetti si rinvia a R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 690-691.

¹⁴¹³ G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., p. 213.

sintomo della mutata concezione del contratto e, al tempo stesso, propulsione per l'innovazione del giudizio causale.

In quasi due secoli, a parte qualche isolata proposta dottrinarica, non era stata avanzata l'ipotesi di controllare le singole clausole del contratto tramite tale giudizio, né vi erano state soluzioni giurisprudenziali in tal senso. Peraltro, l'elemento che distingue l'applicazione contemporanea anche da tali rare proposte è che non implica che la causa sia riferita ad ogni singola clausola del contratto (di modo che ogni clausola debba avere la propria causa), ma che venga comunque presa in considerazione come elemento dell'intero contratto. Il requisito causale non è individualizzato rispetto alle singole pattuizioni; al contrario, si analizza l'effetto della clausola sull'intero contratto. L'influenza che la singola clausola può avere sull'operazione realizzata con il contratto, la cui considerazione emerge già da alcune disposizioni speciali, come l'art. 1895 c.c.¹⁴¹⁴ e gli artt. 1975-1975 *Code civil*¹⁴¹⁵, viene ora generalizzato ed esteso da un punto di vista sistematico, proprio attraverso il filtro della causa.

La teoria della causa in concreto in relazione al contesto italiano (che, come si è detto, riflette un processo per certi aspetti simile a quello del *renouveau de la cause*), ha consentito di valutare la causa del contratto in relazione alle specifiche pattuizioni dell'accordo e, quindi, come le stesse influiscano sulle prestazioni. Tale passaggio è stato necessario al fine di ritenere possibile che la causa possa essere incisa, modificata e financo esclusa da una o più singole clausole del contratto. Ciò richiede che sia svolta un'analisi olistica dell'accordo, che prenda in considerazione tutti i suoi elementi ed il rapporto tra gli stessi.

Ma ciò implica altresì un ampliamento del giudizio causale, dato che nei casi analizzati la clausola limita l'obbligazione principale, ma non la priva totalmente di contenuto: si valuta come essa incida sull'obbligazione principale. Tale evoluzione è ulteriore prova della sempre maggiore considerazione del contratto quale operazione economica e della rilevanza di tale aspetto in relazione alle valutazioni giuridiche.

¹⁴¹⁴ In materia di assicurazione.

¹⁴¹⁵ In materia di rendita vitalizia.

Occorre altresì evidenziare il carattere innovativo di un ulteriore passaggio, rimasto in secondo piano sia nelle riflessioni dottrinali, sia nell'argomentazione delle sentenze che hanno adottato tali soluzioni: quello che porta a ritenere nulla la clausola che incida la causa dell'accordo. Ragionando secondo l'impostazione classica la causa del contratto o è presente o manca e, in quest'ultimo caso, è l'intero contratto ad essere nullo, non una sua singola clausola. Secondo tale prospettiva il contratto privo di causa, anche se in ragione di una clausola, dovrebbe essere nullo: dato che la causa è elemento unitario del contratto, la sua assenza dovrebbe comportare la nullità dell'intero accordo.

Esaminare, invece, come incida la clausola sull'accordo e, se del caso, eliminarla, significa effettuare una valutazione dell'operazione ed analizzare le singole pattuizioni in relazione alla stessa. L'approccio adottato deriva, evidentemente, dai diritti speciali, nei quali sono stati introdotti numerosi controlli circa gli effetti delle clausole sull'intero contratto. Inoltre, comporta una valutazione della clausola come elemento che può risultare irrazionale rispetto al contratto e che, quindi, può essere sanzionato ed invalidato.

Tale aspetto è fondamentale poiché, mentre nei casi di scuola è l'intero contratto ad essere completamente privo di causa, nelle recenti applicazioni giurisprudenziali che hanno riguardato la singola clausola il contratto non era, secondo i canoni tradizionali, del tutto privo di causa, ma soltanto fortemente squilibrato in favore degli interessi di una parte (oltre che concluso in un contesto caratterizzato da asimmetrie informative e di potere negoziale). Il prendere in considerazione attraverso la lente della causa e della meritevolezza la singola clausola modifica le modalità con cui tale giudizio viene espletato.

Questo anche in ragione della sanzione, che non è la nullità dell'intero contratto, ma della singola clausola: ciò è da un lato un'originale espressione del più generale principio di conservazione del contratto; dall'altro fa sì che la conseguenza del giudizio causale non sia altrettanto demolente e, quindi, che i criteri attraverso cui viene espletato possano essere meno rigidi.

Tuttavia, non è certo sufficiente limitarsi a constatare che tale evoluzione ha permesso di esaminare e sanzionare tramite il giudizio causale non solo la semplice

inesistenza della causa, ma anche lo squilibrio tra le prestazioni; occorre altresì esaminare come tale squilibrio sia preso in considerazione. L'analisi critica della giurisprudenza ha infatti permesso di evidenziare che, nella valutazione della causa e della meritevolezza, ciò che viene preso in considerazione non è il semplice squilibrio tra le prestazioni. Anzi, le corti, evidentemente conscie del rischio di avallare un controllo sul contratto dipendente dalla valutazione del giudice circa il valore delle prestazioni e del conseguente potere di comminare la sanzione qualora questo non sia ritenuto adeguato, hanno più volte ribadito che il semplice squilibrio tra le prestazioni non è di per sé causa di nullità dell'accordo.

D'altronde, l'equilibrio tra le prestazioni non è imposto da alcuna disposizione di legge; in Italia, nella disciplina generale del contratto è prevista la rescissione per lesione, che per essere applicata richiede tuttavia uno specifico stato soggettivo; nel contesto francese, la riforma del *Code civil* non ha consacrato il rimedio della *lésion*, ma altre disposizioni particolari che richiedono comunque la presenza di una situazione soggettiva particolare.

Le sentenze analizzate valorizzano l'elemento dello squilibrio attraverso la prospettiva della razionalità, che è intesa come razionalità economica¹⁴¹⁶. Lo squilibrio generato dalla clausola non comporta di per sé il venir meno della causa del contratto; tale squilibrio è invece rilevante quando esso sia del tutto irragionevole secondo le logiche del mercato (ossia non possa considerarsi riconducibile alla legge della domanda e dell'offerta ed al soggettivo apprezzamento della prestazione) e, quindi, si possa presumere che queste non abbiano funzionato correttamente. Tale problema richiede un'analisi più approfondita, che prenda in considerazione i criteri del giudizio causale e di meritevolezza, nonché il rapporto che intercorre con i diritti speciali.

¹⁴¹⁶ Sotto quest'ultimo profilo si potrebbe tracciare un'analogia, benché si tratti di concetti completamente differenti, applicati in contesti e con conseguenze diversi, con il criterio di valutazione della *reasonable business person* del *common law*, che ha ispirato, anche attraverso le raccolte di regole contrattuali transnazionali, il concetto di «ragionevolezza» nell'interpretazione e nella valutazione del contratto e delle sue clausole.

6.4 I criteri del giudizio causale e di meritevolezza, il rapporto con i diritti speciali

Dato che interrogarsi sulla causa equivale ad interrogarsi sul ruolo del contratto e sul rapporto tra autonomia e legge, quindi sulle strutture fondamentali dell'ordinamento, la prospettiva da adottare per esaminare il ruolo della causa è necessariamente sistematica.

Si è evidenziato come il giudizio sulla causa in concreto non dissoci l'elemento causale dal giudizio di compatibilità rispetto all'ordinamento e come lo stesso non abbia come fine esclusivo la tutela degli interessi dei contraenti, ma sia funzionale ad implementare il paradigma dello scambio che, in senso lato, l'ordinamento prefigura come corretto¹⁴¹⁷. Tale aspetto merita di essere approfondito ulteriormente, anche perché il paradigma cui si fa riferimento non è statico, ma dinamico; inoltre, è un paradigma sia procedimentale, sia di contenuto, che non predispone valori fissi e determinati *a priori*, ma che considera la possibilità che tali valori mutino entro uno spazio di oscillazione¹⁴¹⁸.

La dottrina ha correttamente evidenziato che il giudizio sulle clausole abusive di matrice consumeristica (così come i controlli sul contenuto del contratto nei rapporti *b2b*) ed il giudizio causale hanno contenuto ed ambiti di riferimento necessariamente divergenti: mentre i primi mirano a controllare ed intervenire su un rapporto che considerano squilibrato in ragione delle particolari relazioni fra le parti, il secondo, al contrario, è destinato ad essere applicato a tutti i contratti, a prescindere dalla natura e dalla qualità delle parti e dal rapporto di forza tra le stesse.

Prima facie tali giudizi hanno non solo ambiti di applicazione differenti, ma anche finalità, contenuti e logiche operazionali diverse. Tuttavia, tramite la disamina della giurisprudenza e della riforma del *Code civil* si è sottolineato come i diritti speciali abbiano esercitato una notevole influenza sul giudizio causale e di meritevolezza ed abbiano inciso sia sul linguaggio adottato nel loro espletamento,

¹⁴¹⁷ Cfr. cap. 1.

¹⁴¹⁸ Cfr. par. 1.10-1.11.

sia sul contenuto delle decisioni prese. Con ciò non si intende affermare che tali giudizi si equivalgano, ma che la loro apparente, radicale estraneità, corretta da un punto di vista teorico, rischia di non cogliere il loro sviluppo nelle applicazioni giurisprudenziali e, soprattutto, il mutamento della concezione del contratto che vi è alla base.

La causa ed i diritti speciali mantengono ambiti di intervento e razionalità differenti; tuttavia, ciò che non è immediatamente percepibile e che merita invece di essere evidenziato è come la concezione dei diritti speciali influenzi il controllo effettuato tramite il giudizio causale, oltre che le modalità e gli obiettivi perseguiti con questo. In altri termini, si tratta di comprendere come si sia giunti alle attuali applicazioni del giudizio causale e di meritevolezza, quale sia la razionalità che vi sta alla base, le influenze che ne determinano l'applicazione ed i fini perseguiti.

L'aspetto a nostro avviso rilevante è quello che concerne i criteri per effettuare il controllo di compatibilità con l'ordinamento. Se la causa esprime la razionalità dell'accordo e garantisce che esso sia socialmente intellegibile anche per gli altri consociati, è rispetto a tale razionalità che occorre definire il contenuto ed i criteri del giudizio in esame; ed è proprio in relazione alla definizione di tale parametro di razionalità ed intellegibilità sociale che la concezione del contratto avanzata dai diritti speciali e dal diritto dell'UE ha esercitato la maggiore influenza.

Si è evidenziato come secondo l'approccio classico il controllo causale fosse sostanzialmente formale, privo di effettiva valenza operativa al di fuori dei casi di scuola¹⁴¹⁹; si è altresì analizzato come nel tempo si sia tentato di utilizzarlo per perseguire divergenti finalità di politica del diritto, tuttavia con risultati giurisprudenziali deludenti¹⁴²⁰.

Tale quadro è mutato con l'utilizzo contemporaneo, sempre più esteso ed incisivo¹⁴²¹, che dipende da una nuova concezione del mercato e dell'ordine concorrenziale¹⁴²², nonché del ruolo del giudice. Riteniamo che nella strutturazione e nell'espansione di tale giudizio abbia inciso notevolmente la concezione del

¹⁴¹⁹ Cfr. par. 2.1-2.4.

¹⁴²⁰ Cfr. par. 2.5.

¹⁴²¹ Cfr. cap. 3, 4, 5.

¹⁴²² Cfr. par. 1.9-1.12.

contratto introdotta dai diritti speciali, che ha permeato il sistema in quanto espressione della costituzione economica dell'UE.

Le innovazioni portate dai diritti speciali e la rispondenza ad una differente concezione economica sono state sottolineate¹⁴²³: qui occorre evidenziare l'influenza che esse hanno avuto sul controllo causale in ragione della modificazione della concezione della razionalità dell'accordo. Come si è argomentato, è in ragione di tale nuova rappresentazione che il giudizio causale e di meritevolezza è stato applicato alle singole clausole del contratto, che sono state invalidate in ragione dello squilibrio (dovuto al contesto concreto in cui era stato concluso l'accordo) e non dell'assenza completa di causa. Ciò che è mutato è la concezione di cosa debba considerarsi irrazionale¹⁴²⁴ e, quindi, quando sia giustificato affermare che il contratto sia privo di causa.

Dapprima la constatazione del carattere irrealistico del modello classico e, in seguito, l'adozione di norme specificamente volte a correggere le asimmetrie informative e di potere contrattuale¹⁴²⁵, secondo una differente impostazione teorica ed una diversa concezione del mercato e del controllo legislativo e giudiziario dell'autonomia privata, hanno fatto sì che si ampliasse il campo di operatività del giudizio causale, in relazione sia all'oggetto¹⁴²⁶, sia al grado di incisività del controllo.

Non è accidentale che il giudizio causale abbia trovato i più efficaci utilizzi giurisprudenziali¹⁴²⁷ in casi in cui, benché non fossero applicabili normative di settore, tra le parti vi era uno squilibrio sia informativo sia di potere negoziale tale per cui il contratto non poteva essere considerato come il frutto dell'attenta considerazione e valutazione di entrambi i contraenti, ma sostanzialmente come

¹⁴²³ Cfr. cap. 1; R. FURNASARI, *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, cit., p. 785 ss.

¹⁴²⁴ Evidenzia che il problema non sia lo squilibrio in sé, ma l'irrazionalità e, quindi, l'inefficienza del contratto A. GENTILI, *L'invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, a cura di F. Ruscello, Roma, 2012, p. 106 ss.

¹⁴²⁵ F. GALGANO, *Prefazione*, in *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, di N. Zorzi Galgano, in *Tratt. dir. comm. econ.*, dir. da F. Galgano, Padova, 2012, p. XIII-XIV.

¹⁴²⁶ Estendendo il controllo anche alle singole clausole.

¹⁴²⁷ Tali aspetti sono stati messi in evidenza sia nel corso dell'analisi della giurisprudenza italiana nei cap. 3 e 4, sia della giurisprudenza francese nel cap. 5.

l'imposizione di una parte ai danni dell'altra. Infatti, tale posizione di forza aumenta notevolmente la possibilità che un contraente imponga all'altro un contratto che sia notevolmente squilibrato o, addirittura, sostanzialmente privo di valore.

Valutare l'imposizione dell'accordo e la presenza di pattuizioni che sono prive di senso (mercantile) rispetto all'operazione economica perseguita ed agli interessi di una parte, e ciò non perché il consenso di quest'ultima sia viziato o essa abbia errato nelle proprie valutazioni personali, ma perché non ha potuto incidere effettivamente sulla loro formulazione e determinazione, costituisce il passaggio teorico che ha permesso di rinnovare e conferire al giudizio causale e di meritevolezza nuovi ambiti di operatività.

Occorre una breve specificazione di carattere terminologico: razionalità è termine che, sovente, viene utilizzato come neutro, come univocamente dato e scevro da connotazioni politiche; tuttavia, così non è dato che la razionalità si configuri in relazione ad un'impostazione politica e ad una progettualità sociale. La razionalità in questione, tramite la cui lenti viene effettuato il giudizio causale, è prevalentemente la razionalità del mercato concorrenziale e dei suoi meccanismi di funzionamento (ed infatti, nei casi in cui tale razionalità è messa in discussione, si hanno applicazioni differenti)¹⁴²⁸: proprio per questo è fondamentale mettere in risalto le trasformazioni della concezione del mercato nel tempo e quali influenze abbiano avuto sulla teoria del diritto contrattuale, che si riflettono inevitabilmente sulla causa in ragione del suo ruolo sistemico.

Modificando la concezione «naturalista» del mercato concorrenziale e, quindi, del contratto come *a priori* razionale, istanze di controllo e *governance* del mercato vengono integrate nel controllo sull'accordo e sulle sue clausole¹⁴²⁹. La razionalità del contratto non si misura più solamente in base alla semplice esistenza

¹⁴²⁸ Rispetto a tale razionalità si manifestano le differenze negli approcci giurisprudenziali e dottrinali che, invece, adottano come criterio determinante quello di una diversa logica redistributiva, sulla base degli art. 2 e 3 cost. Tale razionalità, infatti, non corrisponde a quella della tutela ed implementazione del mercato concorrenziale, ma alla realizzazione di una diversa distribuzione della ricchezza secondo canoni di giustizia sociale ed equilibrio commutativo delle prestazioni.

¹⁴²⁹ Ad esempio Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Banca dati Pluris*, ha giudicato immeritevole un patto tra farmacisti che era contrario alla «effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato».

di uno scambio, ma in base all'accettabilità, secondo paradigmi di mercato, di quanto pattuito.

Tale processo ha fatto sì che i contratti e le clausole valutate e sanzionate tramite la causa fossero simili a quelle rispetto alle quali trovano applicazione le normative settoriali. Questo non perché l'ambito di applicazione delle disposizioni sia il medesimo, ma perché l'esistenza o l'assenza della causa è valutata sempre più spesso attraverso i medesimi canoni di razionalità. In altri termini, si considera la causa assente o immeritevole non perché lo scambio manchi *in toto*, ma perché quella determinata pattuizione o accordo non risultano razionali, ossia compatibili con una contrattazione che si sia sviluppata ed abbia portato ad un accordo che rispetti le logiche del mercato concorrenziale¹⁴³⁰.

È sotto questo profilo, allora, che si manifesta la *liaison dangereuse* che causa e meritevolezza intrattengono con i diritti speciali: essa non si configura come assimilazione o integrazione, ma dipende dall'evoluzione della razionalità del sistema, che si esprime anche attraverso il controllo causale.

Sulla base di queste considerazioni il giudizio causale assume un nuovo ruolo: si modifica la frontiera tra ciò che (per quanto apparentemente errato) è frutto della valutazione delle parti e, quindi, sta all'interno del meccanismo di mercato (che in quanto tale non merita, secondo il sistema del codice, di essere sanzionato) e ciò che, invece, ne è esterno, in quanto frutto della distorsione di detta logica.

Da un punto di vista argomentativo la legittimità di tali controlli giudiziali è sovente rafforzata dalla percezione dei contratti e delle clausole sanzionate come ingiusti e, quindi, da invalidare anche alla luce dei principi stabiliti negli artt. 2, 3 e 41 cost.; tuttavia, generalmente ciò avviene senza che si adotti una concezione economica rispondente a quella del dettato costituzionale, che potrebbe portare a controllare ed intervenire sul contratto al fine di affermare e praticare una diversa distribuzione della ricchezza¹⁴³¹.

¹⁴³⁰ Un ragionamento simile viene svolto in relazione alla forma in Cass., ord., 27 aprile 2017, n. 10447, cit., dove si mette in evidenza che la tutela della parte debole ha come fine anche la tutela del mercato.

¹⁴³¹ D'altronde, se si sanzionasse il patto in quanto contrario a disposizioni costituzionali esso sarebbe direttamente nullo, senza che sia necessario argomentare circa la sua meritevolezza.

La sanzione dello squilibrio tra le prestazioni non mira, quindi, a colpire quella che appare come un'ingiustizia commutativa, ma il frutto di una contrattazione che porta ad un risultato non efficiente in quanto il dispositivo concorrenziale non ha potuto funzionare correttamente. La causa diviene la norma attraverso cui controllare tale razionalità ed eventualmente sanzionare la clausola o il contratto.

Da tale impostazione derivano importanti conseguenze anche sul piano dei criteri e dei limiti di tale giudizio. I criteri sono quelli volti a vagliare le modalità di formazione dell'accordo, il suo contesto e la possibilità che l'ordine concorrenziale abbia svolto la propria funzione disciplinante. I limiti del controllo sono da individuarsi in relazione a tale criterio: lo squilibrio viene sanzionato nella misura in cui si ritiene che il dispositivo abbia funzionato correttamente.

Così, ad esempio, sono state invalidate clausole *claims made* che limitavano la garanzia dell'assicurato, pur senza eliminarla¹⁴³², mentre non è stato sanzionato il patto parasociale che creava un notevole squilibrio tra i diritti dei soci, in quanto liberamente contrattato, oltre che razionale nel contesto di un accordo più ampio¹⁴³³.

Si modifica anche la concezione classica del prezzo e della sua intangibilità in quanto frutto della legge della domanda e dell'offerta. Nonostante non siano proposti nuovi meccanismi di *pricing*, dato che il dispositivo volto a determinare il prezzo di beni e diritti rimane comunque il mercato concorrenziale - ed infatti, dalla prospettiva degli economisti, il dibattito sulla giustizia del prezzo non è pregnante, in quanto il prezzo formatosi sul mercato concorrenziale è *ipso facto* giusto¹⁴³⁴ - si ammette la possibilità che tale meccanismo di formazione non funzioni correttamente e, quindi, non sia corretto nemmeno il prezzo formatosi tramite lo stesso¹⁴³⁵. Da qui l'eliminazione della clausola che pur non incidendo apertamente sul prezzo e l'oggetto (non essendo quindi stata presa in considerazione e valutata

¹⁴³² Cfr. par. 4.1.

¹⁴³³ Cfr. par. 3.6.2.

¹⁴³⁴ E. BROUSSEAU, *L'économiste, le juriste et le contrat*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, p. 160 ss.

¹⁴³⁵ D'altronde è la stessa CGUE ad affermare che il controllo sul prezzo non contrasta necessariamente con i principi di concorrenza e libero mercato, cfr. CGUE, 3 giugno 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros*, in *Contratti*, 2010, p. 880, con nota di A. Viglianisi Ferraro.

dalle parti come incidente su un elemento essenziale del contratto nel corso della negoziazione), in realtà lo modifica sensibilmente, oppure la nullità del contratto *tout court*.

Occorre inoltre evidenziare che tali applicazioni di causa e meritevolezza provano che la distinzione fra clausole che concernono il prezzo e l'oggetto e le altre clausole del contratto sia in realtà meno netta di quanto possa apparire, quantomeno da una delle due prospettive attraverso cui può essere vagliata la questione. Se, infatti, è piuttosto agile distinguere quali clausole concernano indirettamente il prezzo e, quindi, non possano essere giudicate sulla base della normativa consumeristica, non è altrettanto semplice asserire quali clausole concernano direttamente il valore delle prestazioni. Tale aspetto può essere rilevante per quanto concerne il giudizio causale e di meritevolezza. Infatti, il contratto o la clausola possono essere sanzionati se ed in quanto siano privi (o facciano venire meno) la causa: ci si aspetterebbe quindi che il contratto sanzionato sia completamente privo di oggetto o di prezzo, oppure che la clausola lo elimini *in toto*, dato che l'elemento del contratto analizzato deve essere tale da far venire meno la ragione dell'impegno secondo i criteri che sono stati evidenziati.

Tuttavia, come l'analisi della giurisprudenza ha dimostrato i confini non sono necessariamente così netti. Infatti, sono stati sanzionati per assenza di causa contratti che, apparentemente, presentavano un'attribuzione di prestazioni, ma che in pratica, per la maniera in cui erano congegnati e le clausole che vi erano inserite, realizzavano sostanzialmente uno scambio di ricchezza a senso unico. Ancora, come dimostra in maniera esemplare la giurisprudenza *Chronopost*, il contratto può essere privato di causa anche da una clausola che non concerna direttamente l'oggetto o il prezzo, come la clausola di limitazione della responsabilità.

L'applicazione di causa e meritevolezza non dipende da alcuna caratteristica soggettiva dei contraenti; tuttavia, esse trovano applicazione prevalentemente in quelle situazioni che, in concreto, sono le più idonee a generare un'irrazionalità dell'accordo, ossia quelle in cui vi è un notevole squilibrio tra le parti. Svolgono

quindi sempre più una funzione regolatoria in relazione al mercato, seguendo le trasformazioni del diritto privato sulla base del diritto dell'UE¹⁴³⁶.

Sotto tale profilo si potrebbe dire che, da un punto di vista operativo, il controllo causale è norma che funge al tempo stesso da pilastro e da chiusura del sistema, tramite la quale si sanziona l'accordo o sue clausole quando non trovano applicazione le disposizioni di settore che prevedono, tra l'altro, una soglia di incisione dell'equilibrio delle prestazioni almeno apparentemente più bassa¹⁴³⁷.

È chiaro che tale impostazione interpreta causa e meritevolezza in stretta interdipendenza con la logica del mercato e della sua regolazione. Alle critiche di chi ha affermato che la causa non possa ridursi al dispositivo mercantile, in quanto essa deve esserci anche in relazione ai contratti gratuiti¹⁴³⁸, si può replicare che tale aspetto, sicuramente corretto, trascurava però il nucleo della questione, che si trova invece proprio in questa interdipendenza. La causa nei contratti gratuiti è sicuramente necessaria, ma è causa di liberalità, che indaga i motivi dei contraenti e che funge quale *ratio* giustificatrice di un'attribuzione che fuoriesce dai parametri mercantili. Si tratta di un'eccezione, non della norma, come emerge dalle elaborazioni sia in Italia, sia in Francia.

6.5 Gli insegnamenti da trarre dalla riforma francese e dalle più recenti applicazioni giurisprudenziali della *cause de l'obligation*

¹⁴³⁶ Sul diritto privato regolatorio si vedano i contributi in P. SIRENA e A. ZOPPINI, *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018; F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma, 2016; nel fascicolo tematico *Le droit privé réglementaire européen*, in *RIDE*, 2018; A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

¹⁴³⁷ Il discorso è analogo al dibattito sviluppatosi in Francia in seguito alla pubblicazione del *projet de réforme*, dove il controllo di cui all'attuale art. 1171 *Code civil* (nel *projet d'ordonnance* si trattava dell'art. 1169) non era limitato ai soli *contrats d'adhésions*, ma era previsto per tutti i contratti: in tale caso, il controllo previsto dall'attuale art. 1170 *Code civil* (nel *projet d'ordonnance* si trattava dell'art. 1168) sarebbe stato molto limitato, trovando applicazione solamente nei casi in cui il controllo concernesse direttamente l'oggetto o il prezzo.

¹⁴³⁸ F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata. Il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Torino, 2015, p. 96.

Nel corso della tesi le evoluzioni del diritto francese ed italiano non sono state analizzate come blocchi autonomi e separati, ma connessi. L'approccio teorico sviluppato esamina il sistema come multilivello e multistratificato¹⁴³⁹: da qui l'importanza del diritto europeo e transnazionale, ma anche del diritto comparato. Come si è evidenziato, il diritto comparato ha una sempre maggiore importanza nelle decisioni giurisprudenziali, dove viene utilizzato non solo come argomentazione al fine di conferire legittimità alla soluzione prescelta, ma anche al fine di individuare la soluzione più corretta.

Gli ordinamenti italiano e francese, oltre ad avere una matrice comune, sono integrati nel medesimo sistema di fonti del diritto metanazionale e, in particolare, europeo. Studiare come questi ordinamenti abbiano reagito a tali influenze, e se lo abbiano fatto in maniera analoga o divergente, conduce ad una più profonda conoscenza dei sistemi giuridici ed anche della politica del diritto che gli stessi perseguono. Tale aspetto risulta ancora più rilevante in ragione del fatto che la recente riforma del *Code civil* ha avuto una notevole eco nel contesto italiano¹⁴⁴⁰, ed anche in Italia si inizia a dibattere di una possibile riforma del codice civile.

Quali spunti possono essere tratti dalla riforma e delle più recenti applicazioni del giudizio causale che, benché basate sulle disposizioni precedenti, sono chiaramente influenzate dalle disposizioni riformate? Come si è evidenziato¹⁴⁴¹, non può certo dirsi che all'eliminazione della causa sia corrisposta un'eliminazione delle sue funzioni, soprattutto per quanto concerne i controlli effettuati sul contratto. Un sistema nel quale la causa svolge la funzione di pilastro del diritto contrattuale,

¹⁴³⁹ Cfr. DA. KENNEDY, *A World of Struggle*, Princeton-Oxford, 2016, p. 175: «yet global life is governed less by a functioning system of rules and institutions than by a hodgepodge of local, national, and international norms, made, interpreted, enforced, or ignored by all manner of public and private actors. We live in a world of conflicting and multiplying jurisdictions, in which people assert the validity or persuasiveness of all manner of rules to one another with no decider of last resort. The footprint—official and unofficial—of national rules and national adjudication extends far beyond their nominal territorial jurisdiction. Every sovereign territory is penetrated by the effects of rules made and enforced elsewhere. And then there are the many overlapping private arrangements, financial institutions, and payment systems, an alternate world of private ordering through contracts and corporate forms, standards bodies».

¹⁴⁴⁰ C. TENELLA SILLANI, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. Conte; A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2018, p. 537 ss.

¹⁴⁴¹ Cfr. par. 5.9-5.12.

anche in relazione alla formazione culturale dei giuristi, non abolisce le funzioni svolte tramite la stessa con la semplice eliminazione della disposizione.

In secondo luogo, la riforma ha consacrato un controllo generalizzato sia sul contratto, sia sulle singole clausole. Sotto tale profilo, non è determinante che essi siano tipici o atipici, quanto piuttosto determinare il contenuto dell'accordo o gli effetti della clausola sull'obbligazione. Le disposizioni di cui agli artt. 1169 e 1170 *Code civil*, applicabili a tutti i contratti a titolo oneroso, sono chiaramente redatte secondo il modello del contratto di scambio. In ragione della pressoché unanime opinione secondo cui in tali norme si ritrova il contenuto e le funzioni del giudizio causale antecedente alla riforma, se ne possono trarre due conclusioni, rilevanti anche per il diritto italiano: il primo è che la causa esprime appieno la propria valenza e le proprie funzioni in relazione al paradigma dello scambio. Il secondo è che anche i contratti che, solitamente, sono considerati strutturalmente diversi rispetto ai contratti commutativi (ossia i contratti aleatori ed i contratti unilaterali) gravitano intorno a tale schema e la causa viene valutata in relazione a questo¹⁴⁴².

In terzo luogo, in relazione all'intero contratto è determinante analizzare l'effettiva consistenza della prestazione e, in relazione alla singola clausola, valutare come essa incida sulla prestazione dovuta. Tale disamina deve essere oggettiva e deve essere effettuata prendendo in considerazione le obbligazioni delle parti, non i loro motivi. Il percorso di *subjectivation de la cause*, che aveva avuto numerosi riconoscimenti giurisprudenziali, è stato sostanzialmente abbandonato nelle decisioni più recenti ed accantonato dalla riforma¹⁴⁴³; di conseguenza sono state scartate le soluzioni che tendevano ad integrare nel controllo causale anche un controllo circa la rispondenza del contratto agli obiettivi ed alle aspettative personali di ciascun contraente.

¹⁴⁴² Così come si è cercato di mettere in evidenza in relazione, ad esempio, ai *my way* (cfr. par. 3.1); ai derivati (cfr. par. 3.2); alla rendita vitalizia (cfr. par. 3.3).

¹⁴⁴³ In relazione al controllo dell'esistenza della causa. Non è così, chiaramente, per quanto concerne l'illiceità della causa, dove i motivi hanno notevole rilevanza, anche se non conosciuti dall'altro contraente (come detto, questo costituisce una notevole differenza rispetto all'ordinamento italiano). Anche se alcune ambiguità rimangono, come nella sentenza Cass. 3^e civ., 18 apr. 2019, n° 18-10693, cit., dove la *Cour de cassation* fa riferimento ad i motivi che sono entrati nel campo del contratto e che sono stati oggetto di pattuizione, ma sembra in realtà esaminare i motivi personali di uno dei contraenti.

In quarto luogo, vi è una notevole vicinanza tra il controllo causale ed il controllo sulle clausole del contratto di derivazione consumeristica. Lo dimostrano non solo i punti di contatto tra gli art. 1170 e 1171, ma soprattutto il fatto che le sentenze più recenti che applicano il giudizio causale adottino il linguaggio dell'art. 1171, ossia quello dello squilibrio significativo tra le obbligazioni ed i diritti delle parti¹⁴⁴⁴. Vi è un sostanziale slittamento nei criteri del giudizio causale, che adotta quello del notevole squilibrio.

Infine, benché non sia codificata una distinzione in relazione ai contraenti o al contesto della contrattazione, anche dall'analisi della giurisprudenza francese emerge chiaramente la rilevanza delle condizioni della contrattazione e delle asimmetrie tra le parti: in altri termini, la valutazione della razionalità dell'accordo e della clausola sono determinati anche in base a tali elementi.

6.6 Sul rapporto tra causa e tipo

Nell'analisi dell'utilizzo contemporaneo di causa e meritevolezza è stata volutamente lasciata in secondo piano una questione che ha a lungo impegnato la dottrina italiana, con rilevanti ricadute da un punto di vista applicativo: il rapporto tra la causa ed il tipo. Non è stata approcciata direttamente per vari ordini di motivi, in ragione dei quali si ritiene che essa non sia attualmente centrale nell'analisi del giudizio causale e di meritevolezza.

In primo luogo, pensiamo che le autorevoli elaborazioni dottrinali che hanno sviluppato dapprima la teoria della causa come funzione economico-individuale e, in seguito, come causa concreta abbiano sostanzialmente chiarito l'alterità ed i differenti ambiti di rilevanza di causa e tipo. Mentre la prima attiene alla funzione del contratto, il secondo attiene ad un determinato modello di regolazione degli interessi dei contraenti¹⁴⁴⁵. La causa in concreto ha definitivamente distinto il

¹⁴⁴⁴ Cfr. par. 5.13.

¹⁴⁴⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 247; E. GABRIELLI, *Causa, tipo y teoria del contrato*, in *Jus civile*, 2013, p. 661 ss. Per una diversa valutazione della questione ed un ruolo differente attribuito al tipo, con notevoli ricadute applicative, cfr. F. DELFINI,

controllo causale da quello tipologico¹⁴⁴⁶, conferendogli autonomia e spazio operativo anche in relazione ai contratti tipici: ciò comporta che l'analisi della causa prescinde sostanzialmente da quella relativa al tipo.

Considerando quanto si è argomentato, anche in relazione al rapporto tra causa e meritevolezza, ne deriva che in relazione al giudizio analizzato l'atipicità o meno del contratto non è rilevante al fine di determinare o escludere l'applicazione di tali giudizi. Se l'atipicità è stata il presupposto per applicare l'art. 1322, comma 2 c.c. in maniera innovativa, estendendolo anche alle singole clausole, occorre al tempo stesso richiamare quanto si è affermato in relazione al carattere strumentale (e non dipendente da un'effettiva diversità rispetto al giudizio causale) della sua utilizzazione¹⁴⁴⁷. D'altro canto, la nozione di meritevolezza della causa è stata utilizzata anche in relazione a contratti tipici. Come si è messo in evidenza nell'analisi delle singole fattispecie cui è stato applicato detto giudizio, in ragione dei suoi obiettivi, dei criteri e della razionalità, esso può trovare applicazione in relazione a tutti i contratti e le clausole, a prescindere dalla loro tipicità o meno.

Inoltre, nell'ordinamento francese il controllo causale ha avuto un'evoluzione analoga, nonostante non vi fosse e non vi sia alcuna disposizione che differenzi il controllo sui contratti tipici e atipici. Come si è evidenziato¹⁴⁴⁸, l'autorevole dottrina che ha analizzato il rapporto tra causa e tipo in Francia ha adottato una nozione di tipo differente da quella utilizzata dal codice civile italiano e ne ha tratto conclusioni in una prospettiva differente. Inoltre, l'assenza di una disposizione analoga all'art. 1322, comma 2 c.c. non ha impedito che i due ordinamenti si evolessero in maniera simile anche in relazione al controllo sulle singole clausole. Per di più, con la recente riforma è stata eliminata la disposizione che prevedeva la distinzione tra *contrats nommés* e *innommés*, senza che ciò comporti rilevanti conseguenze applicative.

Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 564 ss.

¹⁴⁴⁶ E. GABRIELLI, *Causa, tipo y teoria del contrato*, cit., p. 662 ss.

¹⁴⁴⁷ Cfr. par. 6.2.

¹⁴⁴⁸ Cfr. par. 5.6.

Ugualmente, le nuove disposizioni relative al contenuto del contratto, che come si è criticamente evidenziato riproducono alcune delle precedenti applicazioni giurisprudenziali della causa¹⁴⁴⁹, non prevedono distinzioni di sorta in ragione del tipo contrattuale: al contrario, esse concernono il contenuto di qualsivoglia contratto.

In ragione di tutti questi aspetti riteniamo che la problematica attinente al rapporto tra causa e tipo sia stata sostanzialmente risolta e che, quindi, attualmente non meriti un'attenzione specifica e diretta. D'altronde, ciò è confermato anche dalla copiosa giurisprudenza esaminata, nella quale la problematica del tipo presenta una rilevanza del tutto marginale. Lo stesso può dirsi della dottrina che ha più di recente affrontato il tema: il problema del rapporto fra causa e tipo non è stato al centro dell'analisi e non ha avuto un carattere determinante.

Causa e meritevolezza concernono la concezione del contratto, il ruolo socioeconomico attribuitovi, nonché il rapporto tra autonomia, legge e ruolo dei privati nell'organizzazione sociale. Rispetto a ciò il tipo c'entra relativamente poco: la tipicità di un accordo è, in tale prospettiva, sintomo di una sua diffusione su ampia scala ed un suo riconoscimento, da un punto di vista astratto, come schema di regolazione degli interessi da parte del sistema.

Ciò non fa sì che in relazione ad un accordo tipico il giudizio causale possa dirsi aprioristicamente risolto con esito positivo, ma solamente che l'ordinamento ritiene astrattamente valido un determinato schema di regolazione degli interessi delle parti. Presunzione, tuttavia, in senso atecnico e per nulla assoluta dato che, come si è visto, anche in relazione a contratti tipici il giudizio causale e di meritevolezza ha avuto numerose applicazioni.

Se la questione del tipo è stata centrale soprattutto in seguito all'emanazione del codice, in seguito all'elaborazione della teoria della causa concreta e degli utilizzi della causa nel diritto contrattuale contemporaneo, essa non riveste più un'importanza centrale. Anche in relazione alla qualificazione del contratto¹⁴⁵⁰, come si è visto, non si tratta di identificare il tipo tramite la causa, quanto piuttosto

¹⁴⁴⁹ Cfr. par. 5.10-5.11.

¹⁴⁵⁰ Cfr. par. 2.9.

di identificare lo scopo del contratto al fine di determinare la disciplina applicabile da un punto di vista regolatorio. Anche tale aspetto, quindi, è in realtà tutto interno alla problematica della causa e non ha a che fare con il tipo inteso come schema di organizzazione degli interessi prefissato legislativamente.

6.7 Omonimia e diversità dei giudizi: l'art. 1322 comma 2, l'art. 2645^{ter}, l'art. 2043 c.c.

Considerato quanto si è argomentato circa il contenuto, la razionalità e la portata del giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, comma 2 c.c.* ed il rapporto con la causa concreta, si può agevolmente intuire che lo stesso non abbia sostanzialmente nulla a che spartire con la nozione di meritevolezza che è ripresa sia dall'art. 2645-*ter* c.c., sia dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia di fatto illecito. Così come l'espressione «buona fede» è utilizzata per identificare due nozioni differenti ed autonome, così anche in relazione agli usi della meritevolezza si verifica un caso di omonimia.

L'art. 2645-*ter* c.c.¹⁴⁵¹, introdotto nel 2005¹⁴⁵² ed oggetto di un ampio dibattito dottrinale, richiama esplicitamente la realizzazione di interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322, comma 2 c.c.* come criterio di selezione dei casi in cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri possono essere destinati ad uno

¹⁴⁵¹ Il cui testo è il seguente: «gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo».

¹⁴⁵² La disposizione è stata introdotta con il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con l'art. 39-*novies* della L. 23 febbraio 2006, n. 51.

specifico fine ed essere quindi separati dal patrimonio, con potenziale lesione dei creditori del soggetto conferente¹⁴⁵³.

Tralasciando in questa sede l'analisi approfondita della disposizione, si sottolinea che l'esplicito riferimento al criterio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2 c.c. è stato ampiamente contestato in dottrina, in quanto inidoneo a fungere quale criterio di selezione degli interessi alla cui realizzazione possono essere destinati determinati beni; inoltre, e soprattutto, si è sottolineato il fatto che in tale ambito detto giudizio non possa che avere un contenuto differente rispetto a quello relativo al contratto.

Mentre una corrente minoritaria ha ritenuto che il controllo di meritevolezza si esaurisca nel controllo di liceità e che esso debba essere così interpretato anche in relazione all'art. 2645-ter¹⁴⁵⁴, ritenendo quindi legittimo ogni atto di destinazione che non sia illecito, la dottrina maggioritaria ha invece ampiamente contestato tale approccio¹⁴⁵⁵.

In particolare, si è asserito che il giudizio di meritevolezza del contratto è indissociabilmente legato alla dimensione dello scambio e quindi del mercato, diversamente da quello sull'atto di destinazione¹⁴⁵⁶, dove lo scambio è invece necessariamente assente. Il controllo di meritevolezza, nel caso dell'art. 2645-ter c.c. dovrebbe essere più penetrante ed incisivo rispetto a quello di cui all'art. 1322, comma 2 c.c., in relazione alle finalità per cui esso è predisposto e per i notevoli rischi di frode cui la disposizione potrebbe prestarsi.

¹⁴⁵³ Cfr. sul punto tre recenti decisioni di corti di merito, Trib. Genova, 25 giugno 2016, n. 2234, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 49; Trib. Cuneo, 26 luglio 2017, n. 788, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 49; Trib. Bologna, 18 gennaio 2018, n. 189, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, pag. 399, con nota di M. Turci, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p. 22 ss.

¹⁴⁵⁴ G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 79; G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 13.

¹⁴⁵⁵ A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 115; P. SPADA, *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 203; G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 328 ss.; A. MORACE PINELLI, *Sub art. 2645-ter*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2017, p. 114 ss.; F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2465-ter cod. civ.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 169.

¹⁴⁵⁶ A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, cit., p. 113 ss.

Inoltre, è il testo della norma stessa ad individuare una serie di soggetti «deboli» alla cui tutela i beni individuati possono essere destinati. La tipicità dell'art. 2645-ter è quindi contraddittoria con il giudizio sull'atipicità cui si riferisce l'art. 1322, comma 2 c.c.¹⁴⁵⁷

Il criterio di meritevolezza ex art. 2645-ter c.c. è criterio di selezione degli interessi che abbiano rilevanza sociale tale per cui è accettabile che un patrimonio venga separato e destinato alla protezione degli interessi di un determinato soggetto. È quindi, altresì, criterio di selezione tra interessi e valori contrastanti: quello alla protezione del soggetto cui la destinazione del patrimonio è volta e quelli dei creditori protetti dalla responsabilità patrimoniale ex art. 2740 c.c. del debitore, il cui patrimonio è diminuito in ragione dell'atto di destinazione¹⁴⁵⁸.

I due giudizi sono dunque differenti, poiché concernono ambiti, criteri, razionalità e finalità diversi. D'altronde, nelle prospettive di riforma dell'art. 2645-ter c.c. si è proposto di adottare un altro criterio di selezione, che sia al tempo stesso più preciso e maggiormente idoneo alla scelta degli interessi da tutelare, oltre che maggiormente prevedibile.

Anche nell'ambito dell'illecito aquiliano è stata ed è utilizzata l'espressione «interessi meritevoli di tutela» al fine di identificare quegli interessi che, pur non assurgendo al rango di diritti soggettivi o interessi legittimi, non sono indifferenti per l'ordinamento e la cui lesione comporta un danno ingiusto, con il conseguente diritto al risarcimento¹⁴⁵⁹.

L'utilizzo dell'espressione in materia di illecito aquiliano, frutto di una felice intuizione di F. Galgano¹⁴⁶⁰, ha permesso di superare le ritrosie della giurisprudenza circa gli interessi che potevano essere protetti tramite l'art. 2043 c.c. ed ha così permesso all'universo della responsabilità civile, riletta alla luce dei principi costituzionali, di fungere quale strumento di tutela di situazioni in cui si svolge la

¹⁴⁵⁷ E. RUSSO, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di beni mobili registrati (art. 2645-ter cod. civ.)*, in *Vita not.*, 2006, p. 1243 ss. Secondo tale Autore il giudizio di meritevolezza non riguarderebbe gli effetti dell'atto, ma il suo contenuto e le sue motivazioni.

¹⁴⁵⁸ A. MORACE PINELLI, *Sub art. 2645-ter*, cit., p. 115-116.

¹⁴⁵⁹ Per un'approfondita ed analitica disamina dell'evoluzione giurisprudenziale in materia cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, cit, p. 867 ss.

¹⁴⁶⁰ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit., p. 1 ss.

personalità dell'individuo¹⁴⁶¹, che tuttavia non hanno la consistenza di diritti soggettivi.

In combinato disposto con la clausola generale di ingiustizia del danno, la meritevolezza di tutela secondo l'ordinamento giuridico¹⁴⁶² funge da criterio di bilanciamento e selezione fra opposti interessi¹⁴⁶³, così da individuare quali proteggere tramite la disciplina dell'illecito aquiliano¹⁴⁶⁴.

L'espressione ha il pregio di instaurare un parallelismo tra i confini dell'atipicità del contratto e l'atipicità dell'illecito¹⁴⁶⁵, tuttavia, tale parallelismo esaurisce le analogie; infatti, per quanto concerne la razionalità del giudizio ed il ruolo nel sistema l'espressione non ha nulla a che spartire con il giudizio di meritevolezza sul contratto. Il sostantivo «meritevolezza», dato il carattere fluido ed il riferimento a scelte valoriali, si presta facilmente all'utilizzo in situazioni che richiedano un criterio di bilanciamento che sia una clausola generale (quindi adattabile in concreto), a seconda della specifica situazione sulla quale si deve giudicare. Tuttavia, l'identità del termine non deve portare ad una confusione in merito alle razionalità dei giudizi, che rimangono autonome ed indipendenti.

¹⁴⁶¹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 79 ss., 193 ss. Sul carattere dirompente dell'elaborazione di Rodotà in materia di responsabilità civile cfr. M. FRANZONI, *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 653 ss. Contro questa impostazione del problema della responsabilità civile, in particolare circa il concetto di ingiustizia come criterio determinante al fine di individuare le lesioni risarcibili cfr. M. BARCELLONA, *Sub art. 2043*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 91 ss.

¹⁴⁶² F. GALGANO, *Diritto civile*, in *Tratt. Galgano*, III, Padova, 2015, p. 156-160.

¹⁴⁶³ G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, 2017, Torino, p. 232 ss.

¹⁴⁶⁴ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 883 ss. Sulla complessità del problema dell'ingiustizia cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 225 ss.

¹⁴⁶⁵ F. GALGANO, *Diritto civile*, III, cit., p. 159.

CONCLUSIONI

Causa e meritevolezza sono state oggetto di un'incessante riflessione dottrinale ed applicazione giurisprudenziale: fulcro del sistema di diritto contrattuale, la loro disamina permette di analizzare le trasformazioni del contratto e del ruolo di questo nella società e nel sistema economico, cogliendone le sempre maggiori implicazioni anche da una prospettiva regolatoria. Premesso che già le argomentazioni sviluppate nel sesto capitolo, nel quale sono state tratte le conseguenze dall'analisi svolta nei capitoli precedenti, hanno un carattere conclusivo della problematica affrontata nella presente ricerca, occorre svolgere alcune brevi considerazioni che richiama i vari passaggi dell'argomentazione svolta e ne evidenzino il *fil rouge*.

Al fine di comprendere i mutamenti concernenti il giudizio causale e di meritevolezza è necessario collocare l'analisi all'interno di un quadro teorico in costante evoluzione, che esprime razionalità e scelte politiche differenti e, a volte, contrastanti. Un quadro multilivello e stratificato, che deve essere colto nella propria complessità al fine di svolgere un'indagine sistematica. Ci si è concentrati sul profilo funzionale di questi istituti, esaminando la dimensione valutativa ed il giudizio di compatibilità che tramite gli stessi viene svolto: compatibilità che necessita di un parametro di riferimento, costituito dall'ordinamento e dalle logiche che lo stesso esprime, che sono stati a loro volta approfonditamente studiati.

Per comprendere causa e meritevolezza è quindi necessario esaminarle da un lato in costante dialettica con le trasformazioni dell'ordinamento e delle finalità del diritto contrattuale, dall'altro in chiave genealogica al fine di comprendere le origini e la razionalità dei vari processi evolutivi che si intersecano in materia. L'analisi in una prospettiva di *longue durée* e comparata permette di cogliere le continuità e le fratture delle trasformazioni, di esaminare le tendenze senza smarrirsi nella molteplicità caotica delle singole decisioni giurisprudenziali.

Si è sostenuto che il controllo effettuato sul contratto tramite causa e meritevolezza muta con il variare della concezione dell'ordine concorrenziale e del contratto, oltre che con le scelte relative al dispositivo più appropriato per realizzare

la migliore allocazione e distribuzione delle risorse. L'affermazione secondo cui la causa esprime la razionalità del contratto ed il perché dell'accordo, rendendolo socialmente intellegibile, è stata indagata approfonditamente, esaminando come ciò si rifletta nel controllo giurisprudenziale e nelle proposte interpretative della dottrina. In tale prospettiva si sono delineate le fasi che hanno coinciso con i cambiamenti e l'affermazione di concezioni socio-economiche e filosofiche differenti e si è dimostrata la loro influenza sul sistema giuridico e sul contratto.

Tali aspetti non sono stati esposti come semplici postulati, ma sono stati esaminati nel corso dell'analisi ed utilizzati come costante riferimento al fine di comprendere, in chiave sistematica, le trasformazioni del giudizio causale e di meritevolezza.

Si è quindi tracciata l'evoluzione dell'ordinamento a partire da quello che è stato definito come diritto liberale classico sino all'epoca contemporanea; sono state evidenziate le razionalità di ciascuna fase rispetto alla funzione assegnata al contratto non solo nel sistema giuridico, ma anche nell'ordine sociale, con una costante dialettica interdisciplinare. Ciò ha permesso di mettere in luce gli sviluppi di tali concezioni e di distinguere aspetti che possono a prima vista sembrare simili, così come di cogliere la complessità, la stratificazione ed anche gli elementi socio-culturali legati al contesto di tali trasformazioni.

Nel secondo capitolo sono state esaminate le evoluzioni del giudizio causale nelle varie epoche storiche, dimostrando come vi sia una sostanziale corrispondenza tra la concezione del diritto contrattuale e le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali concernenti il giudizio causale. Si è inoltre dimostrato come il punto di svolta, sia in Italia sia in Francia, debba essere collocato fra gli anni '90 e 2000, dove sulla base delle influenze della legislazione consumeristica e dei controlli relativi ai contratti *b2b*, una nuova concezione del mercato ha modificato la modalità di pensare l'intervento conformativo sul contratto e, quindi, il ruolo del giudice. Nel contesto italiano la costituzionalizzazione del diritto privato ha giocato un ruolo determinante soprattutto dal punto di vista argomentativo, più che dal punto di vista dell'effettiva implementazione dei principi sanciti dalla Costituzione, secondo la razionalità socio-economica di cui la stessa è portatrice. D'altronde, una

trasformazione analoga si è verificata anche nel contesto francese, dove non è avvenuta alcuna costituzionalizzazione del diritto privato, ma che ha analogamente subito le influenze del diritto europeo.

Nel terzo capitolo, tramite l'analisi delle sentenze in materia di causa e meritevolezza, sono state affrontate alcune delle problematiche giuridiche più rilevanti del diritto contrattuale; si è inoltre tentato di individuare ed esaminare la *ratio* che possa ricondurre a sistema decisioni settoriali, a volte tra loro contrastanti. Ciò ha permesso di argomentare come, benché causa e meritevolezza siano istituti generali del tutto indipendenti dalla qualità delle parti o dalla tipologia di contratto, nell'applicarle le corti prendano in considerazione il contesto in cui l'accordo è concluso e le asimmetrie informative e di potere negoziale tra le parti, oltre all'effettiva negoziazione del contratto. Il giudizio causale e di meritevolezza, tramite cui si valuta la razionalità dell'accordo, prende in considerazione tali elementi al fine di valutare quando il contratto sia frutto del libero consenso delle parti e del giudizio di equivalenza alla base di ogni scambio e quando esso presenti, invece, un carattere patologico, in quanto tale giudizio di equivalenza non ha potuto essere svolto correttamente.

Tale disamina ha riguardato anche altri aspetti centrali del diritto contrattuale, come quello dell'alea: si sono messe in luce le analogie di struttura intercorrenti tra il contratto commutativo e quello aleatorio, inteso quale scambio di possibilità. Ciò ha consentito di valutare quali sono i paradigmi del giudizio causale, inteso come giudizio di razionalità dello scambio diviso dalle parti, e quali criteri per il suo espletamento possono essere tratti dalle decisioni giurisprudenziali.

Nel quarto capitolo tale analisi è stata svolta in relazione al controllo sulle singole clausole, esaminando le ragioni per le quali il giudizio su di esse è stato dapprima esperito tramite la meritevolezza ed in seguito tramite la causa, senza che ne siano stati sostanzialmente modificati i parametri. Ciò ha permesso di considerare il giudizio causale come un giudizio sull'equilibrio dello scambio, di valutare la preferenza del sistema per un rimedio conservativo dell'accordo, di tracciare le origini di tale controllo - che sono da rinvenire nella legislazione

comunitaria - e di evidenziare come la razionalità da quest'ultima portata sia penetrata nell'ordinamento.

Nel quinto capitolo si è analizzato il giudizio causale nell'ordinamento francese contemporaneo. Sono state esaminate le sentenze più recenti, individuando quali soluzioni elaborate nel contesto del *renouveau de la cause* siano state mantenute e quali, invece, abbandonate. Si è dimostrato che l'indagine del controllo svolto tramite causa e meritevolezza è attuale nonostante l'eliminazione, con la riforma del *Code civil*, della *cause* come *condition* di validità del contratto. Questo sia perché le nuove disposizioni svolgono pressoché le medesime funzioni - e, anzi, grazie all'introduzione dell'art. 1171 *Code civil* (ed anche degli artt. 1142 e 1186 *Code civil*) il controllo si è addirittura ampliato -, sia perché la giurisprudenza fa un consistente utilizzo della *cause* in relazione ai contratti cui *ratione temporis* è ancora applicabile il precedente *Code civil*, sovente argomentando anche attraverso le nuove disposizioni e quindi tracciando un parallelismo diretto tra queste e la *cause*.

Nel sesto capitolo tali trasformazioni sono state ricondotte a sistema, affrontando le questioni più pregnanti relative al giudizio causale. È stato evidenziato come la nuova concezione dello scambio si rifletta nel giudizio causale e di meritevolezza e come sia tramite questo implementata; si è argomentato che, a prescindere dalle differenze normative e terminologiche, il giudizio di meritevolezza coincide con quello sull'esistenza della causa.

Riteniamo che l'utilizzo sempre più esteso di questi istituti, anche in relazione alle singole clausole del contratto, è dovuto allo sviluppo di una nuova razionalità governamentale, derivante dalla concezione del mercato e degli interventi sul contratto proprio della normativa europea, che è penetrata dapprima tramite norme settoriali ed in seguito si è estesa, modificando l'interpretazione degli istituti di diritto comune.

Si è quindi sostanzialmente consolidato un controllo pervasivo dell'accordo e delle sue clausole tramite causa e meritevolezza, fondato su un mutato contesto socio-economico; tali controlli sono direttamente legati alle trasformazioni dell'ordinamento e della razionalità dello stesso, oltre che alla nuova funzione del

diritto contrattuale, considerato in relazione ad un sistema concorrenziale che deve essere costruito ed organizzato tramite norme giuridiche: queste evoluzioni modificano i termini del giudizio di compatibilità effettuato tramite causa e meritevolezza.

Tale trasformazione porta l'interprete ad interrogarsi sui criteri e le modalità di svolgimento di tali giudizi, nonché ad esaminare criticamente le finalità assegnate al diritto contrattuale. Tali mutamenti non coinvolgono solamente causa e meritevolezza, ma tutto il sistema di diritto contrattuale e, quindi, permettono di considerare in maniera sistematica le spinte centrifughe delle trasformazioni e di individuare le linee fondamentali di tali evoluzioni, interrogandosi anche sul ruolo del giudice e sulla sua formazione in relazione alle finalità da perseguire tramite il controllo giudiziale del contratto.

Ciò permette altresì di aprire un dibattito nel quale, in un periodo di trasformazioni e di proposte di ricodificazione, si rimetta al centro la storicità e la politicità del diritto contrattuale e si discuta del ruolo di questo nella società contemporanea.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

- AA.VV., *La validité des clauses “de réclamation” dans les contrats d’assurances de responsabilité en droit français*, in *Rev. Lamy droit civ.*, 2005, juillet-août, p. 57 ss.;
- ACHILLE D., *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 37 ss.;
- AGRIFOGLIO G., *Abuso di dipendenza economica e asimmetria nei contratti tra imprese (B 2 b)*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1333 ss.;
- ALESSI R., *Crisi dei diritti nazionali, riposizionamento dei valori e ruolo della scienza giuridica*, in *Scienza giuridica e prassi*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2011, p. 187 ss.;
- ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 961 ss.;
- ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss.;
- ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2017;
- ALLAVENA V., *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 952 ss.;
- ALPA G. e PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997;
- ALPA G., *CESL, Fundamental Rights, Genral Principles, Rules of Contract Law*, in *Riv. dir. comm. int.*, 2012, p. 837 ss.;
- ALPA G., *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 5 ss.;
- ALPA G., *Diritto civile italiano*, Bologna, 2018;
- ALPA G., *Diritto privato europeo*, Milano, 2016;
- ALPA G., *I « Principles of European Contract Law » predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss.;
- ALPA G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, 2004, p. 345 ss.;
- ALPA G., *L'applicazione dei diritti umani e dei diritti fondamentali ai rapporti tra privati: note sul modello inglese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 141 ss.;
- ALPA G., *L'ordinamento sportivo tra autonomia e costituzione*, in *Il caso Genoa. Alla ricerca di un giudice*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2005, p. 25 ss.;
- ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 541 ss.;

- ALPA G., *La disciplina della concorrenza e la correttezza nell'attività commerciale*, in *Econ. dir. terziario*, 2002, p. 359 ss.;
- ALPA G., *La responsabilità civile. Principi*, 2017, Torino;
- ALPA G., *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss.;
- ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012;
- ALPA G., *Les nouvelles frontières du droit des contrats*, in *Mélanges Ghestin*, 2001, Paris, p. 12 ss.;
- ALPA G., *The Making of Consumer Law and Policy in Europe and Italy*, in *EBLR*, 2018, p. 589 ss.;
- ALTHUSSER L., *Pour Marx*, Paris, 2005 (1^a ed. 1965);
- ALVISI C., *Subfornitura e autonomia collettiva*, Padova, 2002;
- AMADIO G., *Attribuzioni liberali e «riqualificazione della causa»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 491 ss.
- AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 9 ss.
- AMAN JR. A.C., *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1998, p. 783 ss.;
- AMIN S., *The Law of Worldwide Value*, New York, 2010;
- AMMANNATI L., *Il rapporto tra concorrenza e welfare di fronte alla crisi e dopo il "Fiscal Compact"*, in *Costituzione, economia, globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Napoli, 2013, p. 3 ss.;
- AMRANI-MEKKI S., *Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats*, in *Défrenois*, 2002, p. 355 ss.;
- ANGELICI C., *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016;
- ANGELONE M., *Diritto privato "regolatorio", conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle "authorities"*, in *Nuove Autonomie*, 2017, p. 441 ss.;
- AQUARONE A., *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960;
- ARBANT-MICHEL G., *Les relations entre les clauses et le contrat*, th. Multycop. Montpellier, 2001, n° 533 ss.;
- ARMAND-PREVOST M. e RICHARD D., *Le contrat déstabilisé – De l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel*, in *JCP G*, 1979, I, doc. 2952;
- ARNAUD A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969;
- ARNAUD N. e ARNAUD A.-J., *Une doctrine de l'état tranquillisante : le solidarisme juridique*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 21, 1976, p. 131 ss.;
- ARRIGHI G., *Adam Smith in Beijing*, London-New York, 2007;
- ARRIGHI G., *The Long Twentieth Century*, London-New York, 2010 (1^a ed. 1994);
- ARSENAULT M.P., *The Effects of Political Institutions on Varieties of capitalism*, Cham, 2017;
- ASCARELLI T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 435 ss.;

- ASCARELLI T., *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Studi in tema di contratti*, a cura di T. Ascarelli, Milano, 1952, p. 91 ss.;
- ASCARELLI T., *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in Th. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England*, Milano, 1960; G.W. Leibniz, *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, Milano, 1960, p. 3 ss.;
- ASCARELLI T., *Il contratto plurilaterale*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952;
- ASCARELLI T., *Sul concetto unitario del contratto di assicurazione*, in *Saggi giuridici*, 1949, p. 397 ss.;
- ATIAS CH., *Philosophie du droit*, Paris, 3^a ed., 2012;
- AUDREN F., *Le « moment 1900 » dans l'histoire de la science juridique française*, in *Le « moment 1900 »*, a cura di O. Jouanjan e É. Zoller, Paris, 2015, p. 55 ss.;
- AULETTA G., *L'impresa dal codice di commercio del 1882 al codice civile del 1942*, in *Scritti giuridici*, t. 8, Milano, 2001, p. 205 ss.;
- AYNES L. e CROCQ PH., *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^a ed., Paris, 2011;
- AYNES L., *La cause, inutile et dangereuse*, ' in *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 40 ss.;
- AYNÈS L., *Le juge et le contrat : nouveaux rôles ?*, in *RDC*, 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 14 ss.;
- AZOULAY F., *Bad Leaver. - Le mécanisme du bad leaver appliqué au salarié investisseur dans un LBO n'est pas illicite*, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *JCP G*, 2016, p. 939 ss.;
- BAKER J.H., *The Law Merchant and the Common Law Before 1700*, in *Cambridge Law Journal*, 1979, p. 38 ss.;
- BALESTRA L., *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.;
- BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000;
- BARASSI L., voce *Causa*, in *Enc. giur. it.*, III (parte II), Milano, 1905, p. 921 ss.;
- BARBA A., *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017;
- BARBA A., *Studi sull'abuso di dipendenza economica*, Padova, 2018;
- BARBERA M., *I lavoratori subordinati e le organizzazioni collettive*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2006, p. 315 ss.;
- BARBIER H., *La cause au gré du pouvoir souverain des juges du fond ?*, in *RTD civ.*, 2014, p. 886 ss.;
- BARBIER H., *La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat »*, in *RTD civ.*, 2016, p. 614ss.;
- BARBIER H., *La victime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie qui s'est immédiatement reconvertie a-t-elle droit à des dommages-intérêts ? De l'interdiction de réparer sans préjudice*, obs. sous Paris, pôle 5, ch. 5, 28 janv. 2016, n° 14/13036, in *RTD civ.*, 2016, p. 361 ss.;

- BARBIER H., *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *RTD civ.*, 2016, p. 259 ss.;
- BARBIER H., *Les normes non encore en vigueur doivent-elles éclairer l'interprétation des normes en vigueur ?*, in *RTD civ.*, 2019, p. 317 ss.;
- BARBIER H., *Par-delà le contrat, l'opération*, in *RTD civ.*, 2018, p. 642 ss., obs. sous Cass. 3^e civ., 31 mai 2018, n° 16-25.829, in *Bull. civ.*; Cass. 3^e civ., 29 mars 2018, n° 17-15.042, in *Bull. civ.*; Cass. 3^e civ., 12 avr. 2018, n° 17-13.118, in *Bulletin*; Cass. com. 30 mai 2018, n° 16- 26.403 e 16-27.691, in *Bull. civ.*;
- BARCELLONA E., *Clausole di put & call a prezzo predefinito*, Milano, 2004;
- BARCELLONA E., *Contratti derivati meramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swaps tra banche e clienti: le condotte e i contratti*, a cura di D. Maffeis, Milano, 2013, p. 91 ss.;
- BARCELLONA E., *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 542 ss.;
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.
- BARCELLONA M., *Della causa*, Padova, 2015;
- BARCELLONA M., *I derivati e la causa negoziale: L'«azzardo» oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza (parte I)*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 576;
- BARCELLONA M., *I derivati e la causa negoziale. Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche (parte II)*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 881 ss.;
- BARCELLONA M., *I derivati e la circolazione della ricchezza: tra ragione sistemica e realismo interpretativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1097 ss.;
- BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 46 ss.
- BARCELLONA M., *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano, 1980
- BARCELLONA M., *L'« idea del sociale » nella teoria del diritto privato. Il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 717 ss.;
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305 ss.;
- BARCELLONA M., *La causa del contratto e il «prezzo vile»: giudizio causale e trasparenza negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 503 ss.;
- BARCELLONA M., *Sub art. 2043*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 59 ss.;
- BARCELLONA P. e CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2002
- BARCELLONA P., *Appunti per una discussione sullo stato delle istituzioni e il ruolo della D.C.*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 59 ss.;
- BARCELLONA P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977;
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969;

- BARCELLONA P., *Stato e mercato*, in *Norma e impresa*, a cura di F. Fenghi, Milano, 1978, p. 124 ss.;
- BARCELLONA P., *Un nuovo rapporto fra istituzioni e popolo organizzato*, contributi alla “Tavola rotonda” su *Questione comunista e direzione dello Stato*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 653 ss.;
- BARCELLONA P., voce *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Dig. priv.*, XV, IV ed., Torino, 1997, p. 459.
- BARTHEZ A.-S. e HOUTCIEFF D., *Les sûretés personnelles*, in *Traité de droit civil*, sous dir. J. Ghestin, Paris, 2010;
- BATIFFOL H., *La « crise du contrat » et sa portée*, in *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, Paris, 1968, p. 13 ss.;
- BATTELLI E., *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto meramente di specialità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 437 ss.;
- BAUGARD D. e BORGHA N., *L’admission ambiguë des clauses de bad leaver*, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *D.*, 2016, p. 2042 ss.;
- BEALE H., *The “Europeanisation” of Contract Law*, in *Exploring the Boundaries of contract*, a cura di R. Halson, Aldershot, 1996, p. 23 ss.;
- BEHAR-TOUCHAIS M., *Le nouveau déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2019, 4, p. 37 ss.
- BEHAR-TOUCHÉ M., *Le nouveau théorème d’Archimède : des partenaires qui sont réciproquement incontournables négocient librement, et échappent tous deux au déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2017, p. 81 ss.;
- BEIGNIER B. e BEN HADJ YAHIA S., *Droit des assurances*, Paris, 2015;
- BELLI G., *L’alea contrattuale: tra autonomia privata e speculazione economica*, Napoli, 2016;
- BELLOFIORE R., *Le avventure della socializzazione*, Milano-Udine, 2018;
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002;
- BENEDETTI A.M., voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 370 ss.;
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969;
- BERLAUD C., *Fin de concours bancaires : absence de responsabilité de la banque*, note sous Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16839, in *Gaz. Pal.*, 14 nov. 2017, p. 37 ss.;
- BERMAN H.J., *The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)*, in *A lawyer’s guide to international business transactions: the law of international commercial transactions (lex mercatoria)*, a cura di W. S. Surrey e D. Wallace, Philadelphia, 1983;
- BERTI DE MARINIS G., *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rates swap*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 899 ss.;
- BERTI DE MARINIS G., *I contratti derivati: corretta allocazione del rischio e meritevolezza degli interessi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 450 ss.;

- BESSONE M. e ROPPO E., *La causa nei suoi profili attuali. (Materiali per una discussione)*, in *Causa e consideration*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova, 1984, p. 3.
- BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969;
- BESSONE M., *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.*, 1978, p. 1327;
- BESSONE M., *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico «tecnologico»*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 326-329;
- BETTI E., *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, p. 200-202;
- BETTI E., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1941, p. 324 ss.
- BETTI E., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 222;
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960 (3^a ed.)
- BETTI E., voce *Causa (Diritto romano)*, in *Nov. Dig.*, III, Torino, 1959, p. 30-32.
- BETTI E., voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, XXIV, Roma, 1949, p. 506-508.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1984, p. 431 ss.
- BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, III, Milano, 2015, p. 447 ss.;
- BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1993;
- BIEBRICHER TH., *Neoliberalism and Law: The Case of the Constitutional Balanced-Budget Amendment*, in *German Law Journal*, 2016, p. 835 ss.;
- BIENAYME A., *L'intérêt du consommateur dans l'application du droit de la concurrence*, in *RIDE*, 1995, p. 378 ss.;
- BIGOT J., KULLMANN J. e MAYAUX L., *Les assurances des dommages*, cit., p. 605 ss.
- BILLIAU M., *Regards sur l'application par la Cour de cassation de quelques principes du droit des contrats à l'aube du XXI^e siècle*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, 2001, Paris, p. 119 ss.;
- BIROCCHI I., *Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Il Cinquecento*, Torino, 1997.
- BLANC N., *Contrat d'adhésion et déséquilibre significatif après la loi de ratification*, in *RDC*, 2018, hors-série *Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018*, p. 20 ss.;
- BLANC N., *L'équilibre du contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2019, 2, p. 155 ss.;
- BOCCARA B., note sous Trib. com. Grenoble, 12 mai 1969, in *JCP* 1970, II, p. 16155.
- BOGLIONE A., *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009, p. 480
- BÖHM F., *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Ordo (Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)*, 1966, p. 75 ss.;

- BONELLI E., *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, p. 33 ss.;
- BONILINI G., *Ancora in tema di vitalizio assistenziale*, in *Contratti*, 2000, p. 870 ss.;
- BONILINI G., *Atipicità contrattuale e vitalizio alimentare*, in *Contratti*, 1999, p. 132 ss.;
- BONINI R., *Disegno storico del diritto privato italiano*, Bologna, 1996.
- BONNARD J., *Droit des assurances*, Paris, 2016;
- BONNEAU TH., *Droit bancaire*, Paris, 12^a ed., 2017;
- BORGES J.L., *Altre inquisizioni*, Milano, 2019 (1^a ed. 1960);
- BOSCO D., *Réforme du droit des obligations et pratiques restrictives : observations sur la question des « clauses abusives »*, in *L'influence e la réforme du droit des obligations sur le droit des affaires*, a cura di C. Bloch, A. Cerati-Gauthier e V. Perruchot-Triboulet, Paris, 2018, p. 16 ss.;
- BOSELLI A., voce *Alea*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, p. 473 ss.
- BOURASSIN M. e BRÉMOND V., *Droit des sûretés*, 7^a ed., Paris, 2018;
- BOURASSIN M., *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, 2006;
- BOURASSIN M., *Les évolutions relatives au contenu du contrat*, in *La réforme du droit des obligations : quelles(r)évolutions pour la vente immobilière ?*, in *Annales des loyers* 2016, n° 07-08, p. 153 ss.;
- BOZZI G., *I contratti preparatori*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, I, *I contratti di vendita*, a cura di D. Valetino, Torino, 2007, p. 160
- BRAUDEL F., *Civilisation matérielle, économie et capitalisme (XV-XVIII siècle)*, Paris, 1979, t. 1, 2, 3;
- BRECCIA U., *Causa*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. III, a cura di G. Alpa, U. Breccia e A. Liserre, Torino, 1999, p. 1 ss.;
- BRECCIA U., *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 1999, p. 376-379
- BRECCIA U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 241 ss.; così come di «tramonto», cfr.
- BRECCIA U., *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 687 ss.;
- BRECCIA U., *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 5 ss.;
- BREDIN J.D., *La loi du juge*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, XXXVI, a cura di P. Fouchard, P. Kahn, A. Lyon-Caen, Paris, 1984;
- BRIMO A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, 3^a ed. 1978;
- BRIOLINI F., CAROTA L. e GAMBINI M. (a cura di), *Il contratto di rete: un nuovo strumento di sviluppo per le imprese*, Napoli, 2013;

- BRIZI L., *Le nuove categorie normative in materia di prodotti assicurativi finanziari*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 24 ss.;
- BROCHIER E., *Le point de vue de l'avocat sur le nouveau droit des obligations après ratification*, in *RDC*, 2018, hors-serie, p. 37 ss.;
- BROS S., *Article 1169: le déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2015, p. 762 ss.;
- BROS S., *L'interdépendance contractuelle*, Paris, 2001; J.-B. SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, 1999, Paris;
- BROUSSEAU E., *L'économiste, le juriste et le contrat*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, p. 153 ss.
- BRUSCHI M., *La réforme du droit des contrats - Incidences sur l'assurance, la réassurance et l'intermédiation*, in *RDC*, 2018, p. 131 ss.;
- BRUTTI M., *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, 2018, p. 49 ss.
- BUFNOIR C., *Propriété et contrat*, Paris, 1900;
- BUREAU D. e MOLFESSIS N., *L'asphyxie doctrinale*, in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Paris, 2009, p. 45;
- BÜRGE A., *Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, in *RTD civ.*, 2000, p. 1 ss.;
- BUSCHE J., *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 2009;
- BUSNELLI F.D., *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 287 ss.;
- CABRILLAC M., MOULY CH., CABRILLAC S. e PETEL PH., *Droit des sûretés*, 10^a ed., Paris, 2015;
- CADIET L., *Une justice contractuelle, l'autre*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, p. 177 ss.
- CAFAGGI F., *Private Regulation in European Private Law*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di A. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak e E. du Perron, Alphen aan den Rijn, 4^a ed., 2011, p. 91;
- CAFAGGI F., *The Making of European Private Law: Governance Design*, in *Making European Private Law*, a cura di F. Cafaggi et H. Muir-Watt, Cheltenham-Noorthampton 2008, p. 289 ss.;
- CAFFIN-MOI M., note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *JCP E*, 2016, p. 1554 ss.
- CAGLI L., *L'assicurazione obbligatoria per gli avvocati*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 399 ss.
- CALAIS-AULOY J., *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *RTD civ.*, 1994, p. 239 ss.;
- CALVINO I., *Le città invisibili*, Milano, 2018 (1^a ed. 1993);
- CALVO R., *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, IV, Milano, 2012;

- CAMILLERI E., *Dal preliminare ai preliminari: la frammentazione dell'istituto e la disciplina della trascrizione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 98 ss.;
- CAMPBELL D., *Welfare economics for capitalists: the economic consequences of judge Posner*, in *Cardozo Law Review*, 2012, p. 2233 ss.;
- CANALE D., *The Many Faces of the Codification of Law in Modern Continental Europe*, in *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, a cura di D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, E. Pattaro e alii, Dordrecht, 2009, p. 135 ss.;
- CANDIAN A., *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 685 ss.;
- CAPALDO G., *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004;
- CAPECCHI M., *Riflessi operativi della sentenza delle Sezioni Unite sul preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 399 ss.;
- CAPITANT H., *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3^a ed., 1927, Paris;
- CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Paris, 1923;
- CAPITANT H., TERRÉ F. e LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, Paris, 2000;
- CAPUTO NASSETTI F., *Causa, alea, mark-to-market e upfront nei contratti di swap di pagamenti e opzioni sui tassi di interesse*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 321 ss.;
- CAPUTO NASSETTI F., *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011;
- CAPUTO NASSETTI F., *Profili legali degli interest rate swaps e degli interest rate and currency swaps*, in *Dir. comm. intern.*, 1992, p. 80 ss.;
- CAPUTO NASSETTI F., voce *Strumenti finanziari derivati*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 911, 917-918.
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Le culture giuridiche nel fascismo*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1105 ss.;
- CARASSALE I., *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 595 ss.;
- CARBONNIER J., *Les obligations*, Paris, 2000, 22^a ed.;
- CARLEO A., MOTTURA C.D. e MOTTURA L., *Sul «valore» di un derivato. Argomentazioni in margine alla disputa tra amministrazioni pubbliche e banche*, in *Contratti*, 2011, p. 385 ss.;
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940;
- CARON CH., *La cause du contrat de licence de marque*, in *Communication Commerce électronique*, n° 10, Octobre 2014, comm. 77;
- CARON F., *Les deux révolutions industrielles du XX^e siècle*, Paris, 1997;
- CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da E. Gabrielli e P. Rescigno, *I contratti in generale*, I, Torino, 2006, p. 538 ss.;
- CASO R., *Abuso di potere contrattuale e subfornitura industriale*, Trento, 2012, disponibile a eprints.biblio.unitn.it/4171/1/Caso_Abuso.pdf;
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2011;

- CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007;
- CASTRONOVO C., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 905 ss.;
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, p. 21 ss.;
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 5 ss.;
- CASTRONOVO C., *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, I-II, p. XXVI ss.
- CATALA P., *Les lois du marché*, in *Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, 2001, p. 201;
- CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, p. 21,
- CATAUDELLA A., *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo della meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, II, Milano, 1971, p. 173-181;
- CATAUDELLA A., *La donazione mista*, Milano, 1970;
- CATAUDELLA A., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008 p. 627 ss.;
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966;
- CATERINA R., *Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2017, p. 201 ss.;
- CATTALANO G., *Clause abusive : la Cour de cassation ouvre-t-elle la porte de l'éternité ?*, in *RDC*, 2019, 3, p. 73 ss.
- CESERANI F., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 536;
- CESERANI F., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle coverage trigger disputes*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 59;
- CESERANI F., *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 805 ss.;
- CHAGNY M. e PERDRIX L., *Droit des assurances*, Paris, 2014;
- CHAGNY M., *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, in *RDC*, 2004, p. 861 ss.;
- CHAGNY M., *La généralisation des clauses abusives*, in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, a cura di Ph. Stoffel-Munck, Paris, 2015, p. 47 ss.;
- CHAGNY M., *Le droit des pratiques restrictives de concurrence et la réforme du droit commun des contrats*, in *RTD com.* 2016, p. 451 ss.;
- CHAGNY M., *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *AJ Contrats d'affaires - Concurrence - Distribution*, 2016, p. 115 ss.;

- CHANTEPIE G. e LATINA M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, 2016;
- CHANTEPIE G., *Inapplicabilité de l'ordonnance du 10 février 2016 aux contrats conclus avant son entrée en vigueur*, in *AJ contrat*, 2018, p. 477 ss.;
- CHANTEPIE G., *La lésion, entre désir et déni*, in *Dossier : La lésion, un instrument de justice contractuel*, in *AJ Contrat*, 2018, n° 3, p. 104 ss.;
- CHARMONT J., *La socialisation du droit*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 385 ss.;
- CHAZAL J.-P., *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil*, in *RTD civ.*, 2001, p. 265 ss.;
- CHAZAL J.-P., *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*, in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, a cura di W. Dross e Th. Favario, Paris, 2014, p. 227 ss.;
- CHAZAL J.-P., *Théorie de la cause et justice contractuelle: à propos de l'arrêt Chronopost*, in *JCP G.*, 15 juillet 1998, p. 152 ss.;
- CHENEDE F., « *La réforme du droit des contrats et le dialogue des chambres* », in *AJ Contrat*, 2018, p. 25 ss.;
- CHÉNÉDÉ F., *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *RDC*, 2015, p. 656 ss.;
- CHÉNÉDÉ F., *La cause est morte. vive la cause ?*, in *CCC*, 2016, dossier 4, spéc. n° 15.
- CHENEDE F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations-Innovations-Perspectives*, Paris, 2016;
- CHÉNÉDÉ F., *Raymond Saleilles, le contrat d'adhésion*, in *RDC* 2012, 1^{re} partie p. 241 ss.; 2^e partie p. 1017 ss.;
- CHIANALE A., *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi*, in *Notariato*, 2010, p. 45 ss.;
- CHONÉ-GRIMALDI A.-S., *Abus d'exploitation : le retour ?*, in *LEDICO*, nov. 2018, p. 5 ss.;
- CICERO C., *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*, in *Riv. notariato*, 2015, p. 609;
- CIOFFI C., *L'informazione la trasparenza e la causa dei contratti derivati*, Napoli, 2018;
- CIOFFI C., *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1517;
- CLARKE PH. H., *Curbing the Abuse of a Dominant Position Through Unfair Contract Terms Legislation: Australian and UK Comparison*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di L. Siliquini-Cinelli e A. Hutchison, Cham, 2017, p. 185 ss.;
- CLAUDEL E., *Les perspectives du droit européen des contrats*, in *Réformes du droit civil et vie des affaires*, a cura di M. Bourassin e J. Revel, Paris, 2014, p. 219 ss.;

- COESTER-WALTJEN M., *Party Autonomy and Consumer Protection*, in *EuCML*, 2014, p. 170 ss.;
- COLIN A., CAPITANT H. e JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Paris, 10^a ed., 1948;
- COLLINS H., *The Hybrid Quality of European Private Law*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia e S. Weatherill, Oregon, 2011, p. 453 ss.;
- CONTE G., *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 147 ss.;
- COOTER R. e ULEN TH., *Law and Economics*, Berkeley, 6^a ed., 2016;
- CORDES A., *The search for a medieval lex mercatoria*, in *Oxford University Comparative Law Forum*, 2003, 5, disponibile a <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>;
- CORNUT ST-PIERRE P., *La fabrique juridique des swaps*, Paris, 2019;
- CORRADINI D., *Garantismo e statualismo – Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, Bologna, 1977, p. 55 ss.
- CORRIAS P., *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 301 ss.;
- CORRIAS P., *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffei, Milano, 2014, p. 173 ss.;
- CORRIAS P., *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 41 ss.
- CORRIAS P., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 656 ss.;
- CORRIAS P., *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 749 ss.;
- CORRIAS P., *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 901 ss.;
- CORVI D., *Alea tra legge e mercato*, Napoli, 2016;
- COSCO G., *La complessità del preliminare e la causa "in concreto"*, in www.comparazionedirittocivile.it, maggio 2019.
- COSTI R., *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 777.
- COTTURRI G., *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, II, Milano, 1971, p. 98-99.
- COUPET C., *Validité d'une clause de bad leaver liant une salariée*, obs. sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *AJCA* 2016, p. 391 ss.;
- COURET A. e ALII, *Droit Financier*, Paris, 2^a ed. 2012;
- COURTIEU G., *Assurance de responsabilité, durée de la garantie: la nouvelle donne*, in *Resp. civ. ass.*, 2003, XII, chronique 30.

- COVIELLO L., *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, Milano, 1896;
- CSERES K.J., *Competition Law and Consumer Protection*, The Hague, 2005;
- D'ALBERGO S., *Democrazia e capitalismo di Stato*, in *Democr. e dir.*, 1973, p. 185 ss.;
- D'AMICO G., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 487 ss.;
- D'AMICO G., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014;
- D'AMICO G., *Sul cd. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 40 ss.;
- D'ANGELO AND., MONATERI P.G. e SOMMA A., *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005;
- D'ANGELO AND., *Principi Unidroit e regole causalistiche*, in *I contratti in generale. Aggiornamento 1991-1998*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1999, p. (235) 236-237.
- D'ANGELO AND., *Promessa e ragioni del vincolo. I. Profilo storico e comparatistico*, Torino, 1992;
- D'AURIA M., *La causa ed il ruolo dell'autonomia contrattuale*, in *Contratto di rete di imprese*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2016, p. 95 ss.:
- D'ORTA A.M., *Drag along a prezzo predefinito: elusione del divieto di patto leonino?*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, I, p. 717 ss.;
- DALE G. e EL-ENANY N., *The Limits of Social Europe: EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in *German Law Journal* 2013, p. 613 ss.;
- DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004;
- DARDOT P. e LAVAL CH., *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010;
- DE BELLIS M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012;
- DE BRUNHOFF S., *Marx on Money*, London-New York, 2015 (1^a ed 1973);
- DE CRISTOFARO G., *After Implementing Directive 2011/83/EU in the Member States: Are the National Provisions on Consumer Contracts Really Harmonised? Some Critical Remarks*, in *EuCML*, 2014, p. 217 ss.;
- DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1099 ss.;
- DE LUCA N., *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofiliachia o disorientamento?* in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 682 ss.;
- DE LY F., *International Business Law and Lex Mercatoria*, London, 1992;
- DE MATTEIS R., *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991;
- DE NOVA G., *I contratti derivati come contratti alieni*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, p. 15 ss.;
- DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2010;
- DE NOVA G., *Leasing*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 466 ss.;

- DE STROBEL D., *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Milano, 2008;
- DEIANA G., *Alcuni chiarimenti sulla causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 1 ss.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F. e BLARY-CLEMENT É., *Droit commercial*, Paris, 11^a ed., 2015;
- DEL PRATO E., *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 87 ss.;
- DELANGLE CH., *La fausse opposition de la cause objective et de la cause subjective. - À propos de Cass. com., 18 mars 2014, n° 12.29-453*, in *JCP Entreprise et Affaires*, 2015, p. 1224 ss.;
- DELAUME G., *The myth of lex mercatoria and state contracts*, in *Lex mercatoria and arbitration: a discussion of the new law merchant*, Thomas Carbonneau, 1990;
- DELEBECQUE PH., *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *RDC*, 2015, p. 759 ss.;
- DELFINI F., *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 545 ss.
- DELFINI F., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 893 ss.;
- DELFINI F., *I contratti aleatori nel codice civile italiano e nel codice civile e commerciale argentino e la assicurazione della responsabilità civile professionale*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 341 ss.;
- DELLACASA M., *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 330 ss.;
- DELLE MONACHE S., *Il contratto di rete tra imprese*, in *Judicium*, 2014, p. 9 ss.;
- DELPOUX C., *Durée de la garantie dans les assurances de responsabilité civile réglementée: un nouveau cas d'insécurité juridique*, in *Rev. gén. dr. ass.*, 2001, p. 33 ss.;
- DEMONT B., *L'aléa dans le contrat d'assurance*, Paris, 2013;
- DENOZZA F., *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, II, p. 46 ss.;
- DENOZZA F., *In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale*, in *ODCC*, 2016, p. 419 ss.;
- DENOZZA F., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *ODCC*, 2012, p. 5 ss.;
- DENOZZA F., *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, III, disponibile a: <http://rivistaodc.eu/edizioni/2015/3/saggi/sulle-tracce-di-una-vecchia-talpa-il-diritto-commerciale-nel-sistema-neoliberale/>;
- DEPITRE E., *Introduction à Dupont de Nemours, De l'exportation et de l'importation des grains*, Paris, 1911, p. I ss.;
- DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, Paris, 2^a ed., 2012;
- DERRIDA J., *Du droit à la philosophie*, Paris, 1990;

- DESHAYES O., GENICON TH. e LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2018;
- DESHAYES O., GENICON TH., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article* Paris, 2016;
- DHAINAUT I., *Les idées directrices de René Demogue en droit des contrats dans son traité des obligations en general*, in *Annales de l'École doctorale*, Université Lille II, vol. 6, 1999;
- DI GIANDOMENICO G. e RICCIO D., *I contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. Bessone*, XIV, Torino, 2005, p. 321 ss.;
- DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987;
- TH. DI MANNO (a cura di), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, 2014;
- DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 570 ss.;
- DI MAJO A., *Contratto e negozio. Line di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 89 ss.;
- DI MAJO A., *Contratto e reti. Le tutele*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 269 ss.;
- DI MAJO A., *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069.
- DI MAJO A., *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 115;
- DI MARZIO F., *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, p. 121 ss.
- DI PAOLO M., *Nuovi orientamenti in tema di causa del negozio giuridico*, in *Foro it.*, 1974, I, c. 228.
- DI RAIMO R., *Fisiologia e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese e F. Sartori, Pisa, 2010, p. 48-50.
- DI RAIMO R., *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 308 ss.;
- DIDIER P. e DIDIER PH., *Droit commercial*, t. 1, Paris, 2005;
- DISSAUX N. e JAMIN CH., *Réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Paris, 2016:
- DISSAUX N., *Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, p. 53 ss.;
- DIVIZIA P., *Patto di opzioni put and call*, in *Notariato*, 2017, p. 343 ss.
- DOLMETTA A., *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro "ragionevoli limiti" l'operatività in derivati*, in *Società*, 2016, p. 712.
- DOLMETTA A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013;

- DONAHUE C., *Benvenuto Stracca's de mercatura: was there a lex mercatoria in sixteenth-century Italy?*, in *From lex mercatoria to commercial law*, a cura di V. Piergiovanni, Berlin, 2005;
- DONAHUE C., *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, in *Chicago Journal of International Law*, 2004, p. 5 ss.;
- DORANDEU N., *Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme*, in *D.*, 2014, n° 43, p. 2488 ss.;
- DOSTALER G., *Les chemins sinueux de la pensée économique libérale*, in *L'Économie Politique*, 2009, 4, p. 42 ss.;
- DUBARRY J., *L'imprévisible sanction de l'imprévision par la caducité du contrat suite à la disparition de sa cause*, in *AJCA*, 2014, II, p. 78 ss.;
- DUBARRY J., *Un contrat de courtage encourt la nullité pour absence de cause s'il ne procure aucun service effectif*, in *AJCA*, 2014, p. 280 ss.;
- DURAND-PASQUIER G., *Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme*, in *JCP N*, 1 avril 2016, p. 40 ss.;
- EICHHORST M., *Germany*, in *The Insurance and Reinsurance Law Review*, 2016, par. III(3);
- ENGELS F., *Letter to Conrad Schmidt, 27.10.1890*, in *Marx and Engels on Law*, a cura di M. Cain e A. Hunt, London-New York-San Francisco, 1979, p. 56 ss.;
- ENGELS F., *Letter to J. Bloch, 21.9.1890*, in *Marx and Engels on Law*, a cura di M. Cain e A. Hunt, London-New York-San Francisco, 1979, p. 56;
- ERHARD L., *La Prosperité pour tous*, Paris, 1959;
- ERZEGOVESI L., *Il mercato degli strumenti finanziari derivati. Un'introduzione*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese e F. Sartori, Pisa, 2010, p. 19 ss.;
- EUCKEN W., *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern, 1952;
- EUCKEN W., *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 23 ss. (ed. or. *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, 1932, vol. 36, pp. 297 ss.);
- FABBIO PH., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2007;
- FABRE-MAGNAN M., *Critique de la notion de contenu du contrat*, in *RDC*, 2015, p. 639 ss.;
- FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, 1992;
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, I, Paris, 4^e ed., 2016;
- FACCI G., *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli - Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 104 ss.;
- FACCI G., *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 650 ss.;
- FACCI G., *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 153 ss.

- FACCI G., *Le clauseole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1136 ss.;
- FACCI G., *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1523 ss.;
- FAGES B. E AL., *Le Lamy Droit du contrat*, juin 2019 ;
- FAGES B., *Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la « chose » des parties?*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 154 ss.;
- FAUVARQUE-COSSON B., *Towards an important reform of the French Civil Code*, in *Montesquieu Law Review*, 2015, p. 2 ss.;
- FEMIA P., *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 287 ss.;
- FENGHI F., *Marxismo e critica del diritto privato*, in *Democr. e dir.*, 1975, p. 667 ss.;
- FENGHI F., *Programmazione economica e modo di produzione capitalistico*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, p. 242 ss.;
- FENOUILLET D., *Le juge et les clauses abusives*, in *RDC*, 2016, p. 358 ss.;
- FERRARESE M.R., *L'intertemporalità e i tempi vari del mondo giuridico globale*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 340 ss.;
- FERRARESE M.R., *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Sociologia del diritto*, 2005, II, p. 157 ss.;
- FERRARESE M.R., *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012;
- FERRARESE M.R., *The Truth of the Market*, in *Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, a cura di B. Lomfeld, A. Somma e P. Zumbansen, Cambridge, 2016, 321 ss.
- FERRERO E., *Contratto differenziale*, in *Contr. e impr.*, 1992, p. 475 ss.;
- FERRERO E., *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Econ. dir. terz.*, 1992, p. 400 ss.;
- FERRI G.B., *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897 ss.;
- FERRI G.B., *La causa e il tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;
- FERRI G.B., *La formazione del «civilista» europeo*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 463 ss.;
- FERRI G.B., *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 324 ss.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970;
- FERRI G.B., *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1040 ss.;
- FERRI G.B., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 1 ss.;

- FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, p. 127 ss.;
- FERRI G.B., “*Une cause qui ne dit pas son nom*”. *Il problema della causa del contratto e la riforma del terzo libro del “Code civil”*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 1 ss.;
- FERRIER D. e FERRIER N., *Droit de la distribution*, Paris, 8^a ed. 2017, p. 183 ss.;
- FERRIER D., *Concurrence-Distribution*, in *D.*, 2015, n° 16, p. 943 ss.;
- FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002;
- FINESSI A., *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1307 ss.;
- FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, 3^a ed., 2014;
- FLOUR J., AUBERT J.-L. e SAVAUX E., *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Paris, 14^a ed., 2010;
- FONTAINE M., *Évolutions récentes du droit belge des assurances*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, coordinato da J. Kullmann, Paris, 2010, p. 130 ss.
- FORNASARI R., *Crépuscule des idoles. De la fragmentation du sujet à la fragmentation du contrat*, in *ERPL*, 2019, p. 785 ss.
- FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1281 ss.
- FORNASARI R., *L'intervento giudiziale sul contratto: analisi normativa e politica del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 836 ss.;
- FORNASARI R., *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e resp.*, 2018, p. 685 ss.
- FORNASARI R., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1372 ss.;
- FORREST A., *The French Revolution*, Oxford, 1995;
- FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004;
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Paris, 1975;
- FOURGOUX J.-L., *Transparence et pratiques restrictives de concurrence. – Règles de fond*, in *JurisClasseur Commercial*, fasc. 281, 19 Janvier 2016, n° 251;
- FRANCO R., *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Milano, 2012;
- FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010;
- FRANÇOIS J., *Droit civil, Les sûretés personnelles*, Paris, 2004;
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.;
- FRANZONI M., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 51 ss.;

- FRANZONI M., *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, p. 350 ss.;
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, sub art. 1375, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2013;
- FRANZONI M., *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 72 ss.;
- FRANZONI M., *Introduzione. L'operazione assicurativa*, in *Diritto delle assicurazioni*, a cura di M. Franzoni, Bologna, 2016, p. 1 ss.;
- FRANZONI M., *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 416 ss.;
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da M. Franzoni, I, Milano, 2010, p. 905 ss.;
- FRANZONI M., *L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 884 ss.;
- FRANZONI M., *La «vicinanza della prova», quindi...*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 360 ss.;
- FRANZONI M., *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Jus civile*, 2017, p. 410 ss.;
- FRANZONI M., *La compensatio lucri cum damno secondo la Cassazione*, in *Resp. civ., prev.*, 2018, p. 1092 ss.;
- FRANZONI M., *Stefano Rodotà e gli studi sulla responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 653 ss.;
- FRISON-ROCHE M.-A., *Droit et économie*, in *Regards sur le droit*, a cura di F. Terré, Paris, 2010, p. 119 ss.;
- FRISON-ROCHE M.-A., *Volonté et obligation*, in *Archives de philosophie du droit*, «L'obligation», t. 44, Paris, 2000, p. 129 ss.;
- FROMONT M. e KNETSCH J., *Droit privé allemand*, Paris, 2^a ed., 2017;
- FUSARO A., *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 305 ss.;
- GABRIELLI E., *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1614 ss.;
- GABRIELLI E., *Causa, tipo y teoria del contrato*, in *Jus civile*, 2013, p. 651 ss.;
- GABRIELLI E., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, I, p. 575-576.;
- GABRIELLI E., *Contratti di put and call option, mutamento delle circostanze per regolazione del mercato ed eccessiva onerosità*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini, E. Quadri e D. Sinesio, Milano, vol. 2, 2008, p. 1339 ss.;
- GABRIELLI E., *I contraenti*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 113 ss.;
- GABRIELLI E., *Il codice di Napoleone, il contratto e "l'operazione economica"* in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, p. 1 ss.;
- GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93 ss.;

- GABRIELLI E., *Il rischio contrattuale*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, p. 625 ss.;
- GABRIELLI E., *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale. La risoluzione*, v. XIII, t. VIII, Torino, 2011, p. 341 ss.;
- GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2001;
- GABRIELLI E., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.;
- GABRIELLI E., *La nozione di contratto*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2780 ss.;
- GABRIELLI E., voce *Alea*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2000, p. 1 ss.;
- GABRIELLI G., *Operazioni su derivati: contratti o scommesse?*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1134 ss.;
- GABRIELLI G., *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. Notariato*, 1994, p. 23 ss.;
- GABRIELLI G., *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 328 ss.;
- GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 401 ss.;
- GALGANO F., *Diritto civile*, in *Tratt. Galgano*, II, Padova, 2015;
- GALGANO F., *Diritto civile*, in *Tratt. Galgano*, III, Padova, 2015;
- GALGANO F., *Diritto privato*, Padova, 17^a ed., 2017;
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2002;
- GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005;
- GALGANO F., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, p. 511 ss.;
- GALGANO F., *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1977 (1^a ed. 1974);
- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss.;
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001;
- GALGANO F., *Prefazione*, in *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, di N. Zorzi Galgano, in *Tratt. dir. comm. econ.*, dir. da F. Galgano, Padova, 2012, p. XIII-XIV.
- GALGANO F., *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici. La costituzione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, t. 1, Padova, 1977, p. 3 ss.;
- GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.* 2011, p. 311 ss.;
- GALGANO F., *Rapporti economici*, in *Comm. della costituzione*, a cura di Branca, art. 41, Bologna-Roma, 1982 p. 1 ss.;
- GALGANO F., *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 59 ss.;

- GALGANO F., voce *Vendita (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 484 ss.;
- GALGANO, F. *Le fonti del diritto privato*, in *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, 1988, p. 58-58/2;
- GALLO P., *Contratto e mercato*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2017;
- GALLO P., *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in *Scritti in onore di Giovanni Furguele*, III, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, p. 57 ss.
- GAMBARO A., *L'ambiguo destino del libro della proprietà*, in *Per i cinquant'anni del codice civile*, a cura di M. Sesta, Milano, 1994, p. 99 ss.;
- GARDELLA TEDESCHI B., voce *Vitalizio*, in *Dig. priv.*, v. XIX, Torino, 1999, p. 742 ss.;
- GAROFALO A.M., *Aleatorietà e causa nella rendita vitalizia e nell'interest rate swap*, Napoli, 2018;
- GAROFALO A.M., *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1205 ss.
- GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Paris, 2010;
- GAZZANIGA J.-L., *Domat et Pothier. Le contrat à la fin de l'Ancien régime*, in *Droits*, 1990, p. 37 ss.;
- GAZZARA M., *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013, p. 890 ss.
- GAZZARA M., *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1218.
- GAZZARA M., *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 943 ss.;
- GAZZARA M., *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 988 ss.;
- GAZZOLO T., *Antonio Gramsci e la teoria del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, p. 327 ss.;
- GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 53 ss.;
- GAZZONI F., *Il contratto preliminare*, Torino, 1998;
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009;
- GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2465-ter cod. civ.*, in *Giust. civ.*, 2006, p. 169 ss.;
- GENICON TH., *Défense et illustration de la cause en droit des contrats*, in *D.*, 2015, p. 1551 ss.;
- GENICON TH., *Le régime des clauses limitatives des réparation : état des lieux et perspectives*, in *RDC* 2008, p. 982 ss.;
- GENICON TH., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, a cura di W. Dross e Th. Favario, Paris, 2014, p. 181 ss.;

- GENICON TH., *Les contrats interdépendants*, in *Contratti*, 2011, p. 108 ss.;
- GENICON TH., *Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, in *RDC*, 2015, p. 630 ss.;
- GENTILI A. E CINTIO V., *I nuovi “vizi del consenso”*, in *Contr e impr.*, 2018, p. 148 ss.;
- GENTILI A., *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1479 ss.;
- GENTILI A., *L’equilibrio del contratto nei principi di diritto contrattuale europeo*, in AA.VV. *La riforma dei codici in Europa*, p. 204 ss.;
- GENTILI A., *L’invalidità dei contratti diseguali degli imprenditori*, in *Contratti tra imprese e tutela dell’imprenditore debole*, a cura di F. Ruscello, Roma, 2012, p. 83 ss.;
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1485;
- GENY F., *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899;
- GERBER D.J., *Constitutionalising the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the «New» Europe*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1994, p. 25 ss.;
- GHESTIN J., *Cause de l’engagement et validité du contrat*, Paris, 2006;
- GHESTIN J., *Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats?*, in *ERCL*, 2005, p. 396 ss.;
- GHESTIN J., *L’intérêt normatif d’un arrêt non publié relatif à la cause, la caducité et l’imprévision ?*, in *JCP G.*, 2014, p. 1971 ss.;
- GHESTIN J., *La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *JCP G*, 2013, p. 929 ss.;
- GHESTIN J., *Le pouvoir du juge d’annuler une clause en la qualifiant d’abusives malgré l’absence d’un décret prévu par la loi du 10 janv. 1978 sur l’information et la protection des consommateurs*, in *D.*, 1990, p. 289 ss.;
- GHESTIN J., LOISEAU G. e SERINET Y.-M., *La Formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, diretto da Ghestin, t. 2, Paris, 2013;
- GHESTIN J., *Nullité pour absence de cause d’un contrat de courtage faute de service effectif*, note sous Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, in *JCP G*, 2014, n° 52, p. 2359 ss.;
- GIJSBERT CH., *Pourquoi s’engage-t-on à payer la dette d’autrui ? (quand la cause se réinvite dans le contentieux du cautionnement.)*, comm. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15.746, in *Revue des procédures collectives*, n° 1, janv. 2018, comm. 22;
- GILOTTA S., *In tema di interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 135.
- GILSON R.J. e KRAAKMAN R., *Market Efficiency after the Financial Crisis: It’s Still a Matter of Information Costs*, in *Virginia Law Rev.*, 2014, p. 313 ss.;
- GIORGIANNI M., voce *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 547
- GIRINO E., *I contratti derivati*, Milano, 2001;

- GIROLAMI M., *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012;
- GITTI G. e VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008;
- GITTI G., *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 491;
- GITTI G., *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 83 ss.
- GIUDICI P., *Interest rate swap e nullità del contratto: sui pericoli sistemici dei derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 501 ss.;
- GODIN R., *En 2019, comme un parfum de crise financière*, in *Mediapart*, 26 dicembre 2018.
- GOLDIE-GENICON CH., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, 2009;
- GOLDMAN B., *Lex Mercatoria*, in *Forum Internationale* 3, nov. 1983, p. 3 ss.;
- GOLDMAN B., *The applicable law: general principles of law. The lex mercatoria*, in *Contemporary problems in international arbitration*, a cura di J. Lew, 1986;
- GOLECKI J., *Evolutionary Theories of Derivative Regulation*, in *The IEB International Journal of Finance*, 2012, p. 159 ss.;
- GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1950;
- GORLA G., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 36 ss.;
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit civil français et allemand*, thèse Dijon, 1912;
- GRAMSCI A., *Quaderni del carcere. Edizione critica*, Torino, 1977 (1^a ed. 1948-1951), Q. 4;
- GRANJEAN J.-P., *Un nouvel espace pour le droit des affaires*, in *Gaz. Pal.*, hors-serie n° 3, 12 juin 2017, p. 17 ss.;
- GRECO P. e COTTINO G., *Sub art. 1470*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962;
- GRIMALDI C., *L'absence de contrepartie aux réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur à l'occasion de la négociation commerciale : une nouvelle pratique restrictive de concurrence ?*, in *RDC*, 2017, p. 470 ss.;
- GRIMALDI C., *La fixation du prix*, in *RDC*, 2017, 3, p. 558 ss.;
- GRIMALDI C., *La sanction d'une clause créant un déséquilibre significatif*, in *RDC*, 2017, p. 86 ss., comm. Cour d'Appel de Paris, 6 sept. 2016, n° 15/21026;
- GRIMALDI C., *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots. À propos du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *D.*, 2015, p. 814 ss.;
- GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999;
- GRONDONA M., *Il problema dell'abuso tra tecnica e politica del diritto*, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Visintini, Napoli, 2016, p. 177 ss.;

- GRONDONA M., *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 727 ss.;
- GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 345 ss.;
- GROTIUS H., *De jure belli ac pacis*, trad. fr. *Le droit de la guerre et de la paix*, Paris, 2012, ed. originale 1625;
- GRUNDMANN S. e SCHÄFER S.M., *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *ERCL*, 2017, p. 459 ss.;
- GRUNDMANN S., *EC Consumer and EC Competition Law: How Related are They? Examining the Existing EC Contract Law Sources*, in *The Forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, a cura di H. Collins, The Hague, 2004, p. 209 ss.;
- GRUNDMANN S., *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *CMLR*, 2002, p. 269 ss.;
- GRUNDMANN S., KERBER W. e WEATHERILL S. (a cura di), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin - New York, 2001 ristampa 2012;
- GRUNDMANN S., *On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law*, *ERPL* 2010, p. 1055 ss.;
- GRUNDMANN S., *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, in *ERPL*, 2008, p. 553 ss.;
- GRUNDMANN S., *The Structure of European Contract law*, in *ERPL*, 2011, p. 505 ss.;
- GRZEGORCZYK CH., *Le sujet de droit : trois hypostases*, in *Archives de philosophie du droit, Le sujet de droit*, Paris, 1989;
- GUADAGNO S., *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 289 ss.;
- GUARNERI A., *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 253 ss.;
- GUARNERI A., *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss.;
- GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 814;
- GUARNERI A., *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 283.
- GUARNERI A., voce *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 407 ss.
- GUARNERI A., voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento XI, Torino, 2018, p. 342 ss.
- GUASTINI R., *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980;
- GUEGUEN J.-M., *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de la justice contractuelle*, in *D.*, 1999, chron. 352, n° 12.
- GUZZARDI G., *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 501 ss.:

- H.E. JACKSON, L. KAPLOW, S.M. SHAVELL, W.K. VISCUSI E D. COPE, *Analytical Methods for Lawyers*, New York, 2003;
- HACKING I., *L'Émergence de la probabilité*, Paris, 2002;
- HAKIM N. e MELLERAY F. (a cura di), *Le renouveau de la doctrine française*, Paris, 2009;
- HALL E., HOWELLS G. e WATSON J., *The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in *ERCL*, 2012, p. 139 ss.;
- HALL P.A. e SOSKICE D. (a cura di), *Varieties of Capitalism*, Oxford, 2001;
- HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 2^a ed., 2012;
- HARVEY D., *A brief history of neoliberalism*, Oxford, 2005;
- HARVEY D., *A Companion to Marx's Capital*, vol. I, London-New York, 2010;
- HATZIMIHAİL N., *The Many Lives — and Faces— of Lex Mercatoria: an Essay on the Genealogy of International Business Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2008, p. 169 ss.;
- HATZIS A.N., *An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts*, in *Standard Contract Terms in Europe*, a cura di H. Collins, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 43 ss.
- HAZAN M., *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della rc sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 317;
- HAZAN M., *La singolare vicenda delle claims made, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 963.
- HESSELINK M., *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2014, p. 81 ss.
- HESSELINK M.W., *Common Frame of Reference & Social Justice*, in *ERCL*, 2008, p. 248 ss.;
- HESSELINK M.W., *The New European Culture -Ten Years On'*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di G. Helleringer e K. Purnhagen, München – Oxford – Baden-Baden, 2014, p. 17 ss.;
- HESSELINK M.W., *The New European Culture*, Deventer, 2001;
- HESSELINK M.W., *Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *ERPL*, 2010, p. 57 ss.;
- HESSELINK M.W., *Unfair Terms in Contracts between Businesses*, in *Towards a European Contract Law*, a cura di J. Stuyck e R. Schulze, Munich, 2011, p. 131 ss.;
- HILFERDING R., *Finance Capital*, London, 1981 (1^a ed. 1910);
- HONDIUS E., *Unfair Contract Terms and the Consumer: ECJ Case Law, Foreign Literature, and Their Impact on Dutch Law*, in *ERPL*, 2016, p. 457 ss.;
- HONTEBEYRIE A., *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance*, in *D.*, 2016, p. 2180 ss.;
- HORN N., *The use of transnational law in the contract law of international trade and finance*, in *The practice of transnational law*, a cura di K. P. Berger, Alphen aan den Rijn, 2001, p. 14 ss.;

- HOUTCIEFF D., *La cause de l'obligation de la caution entre persistance et rémanence*, comm. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, in *RDC* 2017, p. 457 ss.;
- HOUTCIEFF D., *La contrepartie convenue du cautionnement ou la cause de l'obligation de la caution*, obs. sous Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, in *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2017, p. 29 ss.;
- HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, I, Aix-Marseille, 2001, p. 384 ss.;
- HOUTCIEFF D., *La cause et le déséquilibre*, in *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27 ss.;
- HOUTCIEFF D., *La contrepartie convenue n'est-elle que la cause de l'obligation en pire ?*, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32 ss.;
- IAMICELI P., *Dalle reti di imprese al contratto di rete: un percorso (in)compiuto*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 26 ss.;
- IAMICELI P., *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity*, in *ERCL*, 2019, p. 392 ss.;
- IMBRENDA M., *Filiera agroalimentare e pratiche commerciali sleali*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1133 ss.;
- IMBRUGLIA D., *La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello swap per vizio di causa*, in *Persona e Mercato*, 2013, p. 332 ss.;
- IMBRUGLIA D., *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017;
- INDOLFI M., *Aleatorietà convenzionale dei contratti derivati*, Padova, 2013;
- INZITARI B., *Swap (contratto)*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 597 ss.;
- IRTI N., *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 555 ss.;
- IRTI N., *Testo e contesto*, Padova, 1996;
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016;
- IRTI N., voce *Diritto civile*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, VI, Torino, 1990, p. 138 ss.
- ISRAËL N. e GRYN L., *Généalogie du droit moderne*, Paris, 2006;
- IUDICA G., *Il diritto civile nell'età delle contraddizioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 136-137.
- JAMIN CH. e MAZEAUD D. (a cura di), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003;
- JAMIN CH., *Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée*, in *Droits*, 2010, p. 137;
- JAMIN CH., *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in *Mélanges Ghestin*, Paris, 2001, p. 441 ss.,
- JAMIN CH., *Quelle nouvelle crise du contrat ?*, in *La nouvelle crise*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 12-14.
- JAMIN CH., *Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil*, in *D.*, 2002, doct. 901;

- JÉRÔME J., *Une source d'échec : les clauses abusives entre droit de la consommation et droit commun des contrats*, in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, a cura di G. Lardeux, A. Sériaux e V. Égéa, Aix-en-Provence, 2017, p. 95 ss.;
- JESTAZ PH. e JAMIN CH., *La doctrine*, Paris, 2004;
- JESTAZ PH., *L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale*, in *Mélanges P. Raynaud*, Paris, 1985, p. 273 ss.;
- JESTAZ PH., *Rapport de synthèse « Quel contrat pour demain ? »*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 243 ss.;
- JOSSERAND L., *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in *RTD civ.*, 1937, p. 1 ss.;
- JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 1, Paris, 3^a ed., 1938;
- JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928;
- KAHNEMAN D. e TVERSKY A., *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, in *Econometrica*, 1979, p. 263 ss.;
- KAHNEMAN D., *Thinking, fast and slow*, London, 2011;
- KANT I., *Primi principii metafisici della dottrina del diritto*, Roma, 2005, ed. originale 1797;
- KEIRSE A.L.M., *European impact on contract law. A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law*, in *Utrecht Law Review*, 2011, p. 33 ss.
- KELSEN H., *Gleichheit vor dem Gesetz*, in *Veröffentlichung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, Berlin - Leipzig, p. 55; trad. it. in M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, II, *Il Novecento*, Milano, 2002, p. 100.
- KENNEDY DA., *A World of Struggle*, Princeton-Oxford, 2016
- KENNEDY DU., *A critique of adjudication*, Cambridge, 1997;
- KENNEDY DU., *Law-and-economics from the perspective of critical legal studies*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, a cura di P. Newman, II, London-New York, 1998, p. 465 ss.
- KENNEDY DU., *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in *Left Legalism/Left Critique*, a cura di W. Brown e J. Halley, Durham-London, 2003, p. 178 ss.;
- KENNEDY DU., *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2010, p. 19 ss.;
- KLICK J., *The Microfoundations of Standard Form Contracts: Price Discrimination vs. Behavioural Bias*, in *Florida State University Law Review*, 2005, p. 555 ss.;
- KOURMATZIS D., *Professional Liability Insurance Coverage in Common and Civil Law Jurisdictions - Event Made and Claims Made Approaches*, in *Ins. Law Rev.*, 2009, p. 41 ss.;
- KREITNER R., *Calculating Promises. The Emergence of Modern American Contract Doctrine*, Stanford, 2007, p. 105 ss.;

- KRONMAN A.T. e POSNER R.A., *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979;
- KRUIHOF M. e GERVEN W., *A Differentiated Approach to Client Protection: The Example of MiFID*, Ghent University Financial Law Institute Working Paper No. 2010-07, 8 giugno 2010, reperibile a ssrn.com/abstract=1622682;
- KULLMANN J., *L'aléa, condition de l'assurance?*, in *Resp. civ. ass.*, décembre 2014, dossier 4;
- LA PORTA U., *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010, p. 48 ss.;
- LABELLA E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 688 ss.;
- LABELLA E., *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 882 ss.;
- LAGARDE P., *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, XXXVI, a cura di P. Fouchard, P. Kahn, A. Lyon-Caen Paris, Paris, 1984;
- LAGARDE X., *Questions autour de l'article 1171 du Code civil*, in *D.*, 2016, p. 2174 ss.;
- LAITHIER Y.-M., « *L'avenir d'un passé* » : *la cause de l'engagement de la caution*, in *RDC*, 2017, p. 421 ss.;
- LAITHIER Y.-M., *Comment le hardship s'invite à tort en droit français*, in *Chron. Revue des contrats*, 2015, p. 458 ss.;
- LAITHIER Y.-M., *La cause n'est pas un remède aux contrats non rentables*, in *RDC*, 2014, p. 345 ss.;
- LAMBERT-FAIVRE Y. e LEVENEUR L., *Droit des assurances*, Paris, 2017;
- LAMBERT-FAIVRE Y. e LEVENEUR L., *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime »*, in *Recueil Dalloz*, 1993, p. 13 ss.;
- LANCHESTER F., *La costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, 2011;
- LANDA I., *The Magic of the Extreme: On Fascism, Modernity, and Capitalism*, in *The Journal of Holocaust Research*, 2019, p. 43 ss.
- LANDINI S., *The Worthiness of Claims Made Clauses in Liability Insurance Contracts*, in *The Italian Law Journal*, 2016, p. 509 ss.;
- LANDINI S., *L'assicurazione contro la responsabilità civile del notaio*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2556 ss.;
- LANZILLO R., *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 309 ss.;
- LAPAVITSAS C., *Profiting Without Producing*, London-NewYork, 2013;
- LARDEUX G., *En droit commun : équilibre contractuel et sécurité juridique*, in *L'équilibre du contrat*, Paris, 2012;
- LARRIBAU-TERNEYRE V., *Les résultats : une nouvelle conception du contrat ?*, in *Quel renouveau pour le droit des contrats ?*, a cura di V. Larribau-Terneyre e S. Pellé, Pau, 2016, p. 29 ss.;

- LASCOURMES P., *Intérêt et rationalisation de l'action humaine : la notion d'intérêt en sociologie*, in *Droit et intérêt*, t. I, a cura di Ph. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, Bruxelles, 1990, p. 103 ss.;
- LATINA M., *Application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016*, in *LEDC*, nov. 2018, p. 2;
- LATINA M., *Le régime des clauses non négociables, hors du contrat d'adhésion*, in *RDC*, 2019, 2, p. 160 ss.;
- LAVERGNE B., *Grandeur et déclin du capitalisme*, Paris, 1938;
- Le droit privé réglementaire européen*, in *RIDE*, 2018;
- Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 351 ss.
- LEGEAIS D., *Devoirs et responsabilité du banquier lors de l'octroi et la rupture du crédit*, note sous Cass. com. 25 oct. 2017, n° 16-16.839, in *RTD com.*, 2017, p. 972 ss.;
- LENER A., *Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di N. Lipari, Bari, 1974, p. 333 ss.;
- LENER A., voce *Vitalizio*, in *Nov. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 1025;
- LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999;
- LENER R. e LUCANTONI P., *Regole di condotta nella negoziazione degli strumenti finanziari complessi: disclosure in merito agli elementi strutturali o sterilizzazione, sul piano funzionale, del rischio come elemento tipologico e/o normativo?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 399 ss.
- LEQUETTE S., *La notion de contrat*, in *RTD civ.*, 2018, p. 541 ss.;
- LEQUETTE Y., *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *Livre du bicentenaire*, Paris, 2004, p. 171 ss.;
- LEQUETTE Y., *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?*, in *RDC*, 2015, p. 616 ss.
- LERNER P., *The Principles of International Commercial Contracts as model law: an Israeli perspective*, in *Uniform Law Review*, 2019, p. 121 ss.
- LEVENEUR L., *Le contrat de licence de marque est moins rentable qu'espéré : le licencié peut-il refuser de payer la redevance convenue ?*, in *CCC*, n° 6, Juin 2014, comm. 123, § 5;
- LÉVY J.-PH. e A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, 2^a ed. 2010;
- LIBERTINI M., *A «Highly Competitive Social Market Economy» as a Founding Element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 491 ss.;
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 81 ss.;
- LIBERTINI M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015, III, p. 1 ss.

- LIBERTINI M., *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 278 ss.;
- LIBERTINI M., *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica (Atti della tavola rotonda, Macerata, 22-24 maggio 1970)*, vol. II, Milano, 1971, p. 103 ss.;
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, p. 365 ss.;
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1429 ss.;
- LIBERTINI M., *Sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme sui diritti fondamentali dei Trattati europei*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 211 ss.;
- LICARI F.-X., *Du déséquilibre significatif dans les contrats : quelle articulation entre les textes ?*, in *Revue Lamy Droit civil*, n° 144, 1 janvier 2017;
- LIPARI N., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss.;
- LIPARI N., *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7 ss.;
- LIPARI N., *Diritto privato europeo*, Padova, 1997;
- LIPARI N., *Intorno ai « principi generali del diritto »*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 28 ss.;
- LIPARI N., *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, in *Riv. not.*, 1977, p. 938;
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;
- LIPARI N., *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 ss.
- LIPARI N., *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 735 ss.;
- LIPPMANN W., *La cité libre*, Paris, 1938;
- LISERRE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971;
- LOCATELLI L., *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529 ss.;
- LOCATELLI L., *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 833 ss.;
- LOCATELLI L., *La polizza contro gli infortuni non mortali: un contratto a causa variabile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 335 ss.;
- LOCATELLI L., *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno resp.*, 2017, p. 463;
- LOISEAU G., *Contrat de travail. Le rôle matriciel du droit commun des contrats en droit du travail*, in *JCP S*, 2017, 1356, n° 45;
- LOKIEC P., *Contrat et pouvoir*, Paris, 2004;
- LOOS M., *Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, in *ERPL*, 2010, p. 15 ss.;
- LORDON F., *Capitalisme, désir et servitude*, Paris, 2010;

- LORENZANI L., *Clausola di rinuncia all'azione di rivalsa ex art. 1916 c.c.*, in *Clausole negoziali*, I, a cura di M. Confortini, Torino, 2017, p. 651 ss.;
- LUCARELLI F., *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92 ss.;
- LUCIANI M., *L'interprete della Costituzione rispetto al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Diritto e società*, 2009, p. 1 ss.;
- LUHMANN N., *A Sociological Theory of Law*, London, 1985;
- LUMINOSO A., *Sul diritto europeo dei contratti: strumenti, metodi, tendenze*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova. Prospettive e limiti dell'autonomia privata*, a cura di G. Gitti, F. Delfini e D. Maffeis, Milano, 2015, p. 1877 ss.;
- M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975;
- MACARIO F., *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 61 ss.;
- MACARIO F., *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, p. 138 ss.
- MAFFEIS D., *Alea giuridica e calcolo del rischio nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1096 ss.;
- MAFFEIS D., *Alea razionale e scenari probabilistici nel vitalizio alimentare*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2358;
- MAFFEIS D., *Contratti derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 604 ss.;
- MAFFEIS D., *Dum loquimur fugerit invida aetas: lo swap in Cassazione, prima di Mifid II e in attesa delle probabilità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1 ss.
- MAFFEIS D., *I costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 661.
- MAFFEIS D., *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffeis, 2014, p. 3 ss.;
- MAFFEIS D., voce *Contratti derivati*, in *Dig. sez. civ.*, agg. V, Torino, 2010, p. 354 ss.;
- MAINGUY D., *Pour l'entrée en vigueur immédiate des nouvelles règles du droit des contrats*, in *D.*, 2016, p. 1763;
- MAIOLO F., *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569 ss.
- MAISTO F., *Di nuovo, sull'assimilazione della meritevolezza alla ragionevolezza: il caso delle clausole claims made*, in *Ildirittodegliaffari.it*, 5 settembre 2018;
- MALATESTA O., *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia politica*, 2019, p. 67 ss.
- MALAUURIE PH., AYNES L. e STOFFEL-MUNCK PH., *Droit des obligations*, Paris, 8^a ed., 2016;
- MALAUURIE-VIGNAL M., *Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ?*, in *CCC*, juillet 2015, p. 10 ss.;

- MALINVAUD PH., FENOUILLET D. e MEKKI M., *Droit des obligations*, Paris, 14^a ed., 2017;
- MARELLA M.R., *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, p. 1636 ss.;
- MARELLA M.R., *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di G. Alpa e V. Roppo, Roma-Bari, 2013, p. 105 ss.
- MARELLA M.R., *Who Is the Contracting Party? A Trip around the Transformation of the Legal Subject*, in *Comparative Contract Law*, a cura di P.G. Monateri, Cheltenham, 2017, p. 205 ss.;
- MARJAULT Y., *Validité des clauses de bad leaver imposées à un actionnaire salarié*, note sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17.978, in *RDS*, 2017, p. 85 ss.;
- MARKESINIS SIR B., UNBERATH H. e JOHNSTON A., *The German Law of Contract*, Portland, 2^a ed., 2006;
- MARSHALL A., *Principles of Economics*, London, 1890;
- MARTIAL-BRATZ N. e ZOLINSKI C. (a cura di), *La gratuité : un concept aux frontières de l'économie et du droit*, Paris, 2013;
- MARTIN A.-C., *Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence*, in *RDC*, 2019, 2, p. 128 ss.;
- MARTIN R., *(Re)Placing Path Dependence: A Response to the Debate*, in *International Journal of Urban and Regional Research*, 2012, p. 179 ss.;
- MARTÍN S., *La utopía Krausista: autonomía del sujeto (individual y colectivo) en la polémica jurídica española (1870-1900)*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 481 ss.
- MARTIN X., *Nature humaine et Révolution française*, Poitiers, 3^a ed. 2015;
- MARTINO M., *L'expressio causae. Contributo allo studio dell'astrazione negoziale*, Torino, 2011;
- MARTY F. e REIS P., *Une approche critique du contrôle de l'exercice des pouvoirs privés économiques par l'abus de dépendance économique*, in *RIDE*, 2013, p. 579 ss.;
- MARX K., *Critica al programma di Gotha*, Bolsena, 2008;
- MARX K., *Il capitale*, I. III, Roma, 1974;
- MARX K., *La questione ebraica*, Roma, 6^a éd. 2^a ristampa 2000;
- MARX K., *Le Capital*, I. II, Paris, 1985, 1^a ed. fr. 1867;
- MARX K., *Le Capital*, I. I, Paris, 1985, 1^a ed. fr. 1867;
- MÄSCH G., *Un survol du régime du contrat d'adhésion en droit allemand*, in *RDC*, 2019, 2, p. 119 ss.;
- MATHEY N., *Rupture brutale de relations commerciales établies, sans préavis*, comm. sous Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, in *JCP E*, n° 42, 16 Octobre 2014, p. 1520 ss.;
- MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003;

- MAUGERI M.R., *Diritto civile e diritto commerciale: l'unità del diritto privato, oggi*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015, 3;
- MAUGERI M.R., *Il controllo delle clausole abusive ne contratti fra imprese: dal modello delineato nei §§ 305 ss. del BGB a quello della CESL*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 109 ss.;
- MAUGERI M.R., *Tutela dei soggetti "deboli" e autonomia privata: dalla fine degli anni '60 al Fiscal Compact*, in *Pers. e mercato*, 2014, p. 96 ss.;
- MAYAUX L., *La durée de la garantie en assurances de responsabilité depuis la loi de sécurité financière du 1er août 2003, les rayons et les ombres*, in *Rec. gén. droit ass.*, 2003, p. 647 ss.
- MAYAUX L., *Les incidences de la disparition de l'aléa*, in *Resp. civ. ass.*, décembre 2014, dossier 10.
- MAZEAUD D., *À propos de quelques petits arrêts de la jurisprudence civile..*, in *D.*, 2014, 2014, p. 1915 ss.;
- MAZEAUD D., *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons*, in *D.*, 2008, p. 1776 ss.
- MAZEAUD D., *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?*, in *D.*, 2010, 1832 ss.;
- MAZEAUD D., *Droit commun et droit de la consommation, Nouvelles frontières ?*, in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 697 ss.;
- MAZEAUD D., *L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux*, in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, a cura di G. Pignarre, Paris, 2005, p. 73 ss.;
- MAZEAUD D., *La bataille du solidarisme contractuel : du feu, des cendres, des braises ...*, in *Mélanges Hauser*, 2012, p. 905 ss.
- MAZEAUD D., *La place du juge en droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 355 ss.
- MAZEAUD D., *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di Ch. Jamin e D. Mazeaud, Paris, 2003, p. 138 ss.;
- MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *Mélanges en hommage a François Terré*, Paris, 1999, p. 603 ss.;
- MAZEAUD D., obs. sous Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, in *Défrenois*, 1997, art. 36516, p. 333 ss.;
- MAZEAUD D., *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme !*, in *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 39 ss.;
- MAZEAUD D., *Une rareté : l'annulation d'un contrat de cautionnement pour absence de cause*, comm. sous Cass. com. 17 mai 2017, n° 15-15746, in *D.*, 2017, p. 1694.
- MAZEAUD H.L. e MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, t. XII, v. 1, Paris, 1965;
- MAZZAMUTO S., *Clausola di roulette russa*, in *Clausole negoziali*, vol. II, a cura di M. Confortini, Torino, 2019, p. 1205 ss.

- MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 626 ss.;
- MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 367 ss.;
- MAZZOLA M., *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1057 ss.;
- MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Paris, 2004;
- MEKKI M., *La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » !*, in *RDC*, 2019, 2, p. 112 ss.;
- MEKKI M., *Reform of Contract Law and Business World*, in *ERCL*, 2017, p. 431 ss.;
- MEKKI M., *Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170)*, in *JCP – Notariale et Immobilière*, 18 novembre 2016, p. 5 ss.;
- MELOSSI D. e PAVARINI M., *Carcere e fabbrica*, Bologna, 2018 (1^a ed. 1977);
- MEMMO D., *Le clausole generali nel diritto privato europeo: sul recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, p. 50 ss.;
- MEMMO D., *Proprietà e autonomia privata alla luce della giurisprudenza delle Corti europee*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1306;
- MENGGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.;
- MENGGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 21;
- MENGOZZI P., *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004;
- MESSINA P., *Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia*, in *Tratt. dir. ec.* diretto da E. Picozza e E. Gabrielli, Padova, 2011, p. 209 ss.;
- MESSINEO F., *Dottrina Generale del contratto*, Milano, 1946;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ. Cicu Messineo*, 1, Milano, 1973;
- MESSINEO F., voce *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, s.d. (1962), p. 142 ss.;
- MESTRE J., *L'économie du contrat*, in *RTD civ.*, 1996, p. 901 ss.;
- MEZZANOTTE F. (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea e il diritto privato*, Roma, 2016;
- MEZZANOTTE F., *Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione*, in *Pers. e mercato*, 2019, p. 31 ss.;
- MIAILLE M., *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, p. 128- 137.
- MICHAEL RAINER J., *Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania*, in *Jus civile*, 2018, p. 386 ss.;

- MICHAELS R., *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 451 ss.;
- MICHAELS R., *The re-statement of non-state law: the state, choice of law, and the challenge from global legal pluralism*, in *The Wayne Law Review*, 2005, p. 1209 ss.;
- MICHAELS R., *The true lex mercatoria: private law beyond the state*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 447 ss.;
- MICHAELS R., *The Two Rationalities of European Private Law*, in *The Foundations of European Private Law*, a cura di R. Brownsword, H.-W. Micklitz, L. Niglia e S. Weatherill, Oregon, 2011, p. 139 ss.;
- MICKLITZ H.-W., *The (Un)-Systematics of (Private) Law as an Element of European Culture*, in *Towards a European Legal Culture*, a cura di G. Helleringer e K. Purnhagen, München – Oxford – Baden-Baden, 2014, p. 81 ss.;
- MICKLITZ H.W. e REICH N., *The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *CMLR*, 2014, p. 771 ss.
- MILLER L., *The Emergence of EU Contract Law. Exploring Europeanization*, Oxford, 2011;
- MINERVINI E., *Il trasferimento del giocatore di calcio*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 1079 ss.;
- MINERVINI G., *Partecipazioni a scopo di finanziamento e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 771 ss.;
- MIOTTO G., *Anche per le claims made “gli esami non finiscono mai ...”*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 910 ss.
- MONATERI P.G., *Crystal and Mud Contracts: The Theory of Contract and the Ontology of Values*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di L. Siliquini-Cinelli e A. Hutchison, Cham, 2017, p. 123 ss.
- MONATERI P.G., *I contratti d’impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 491.
- MONATERI P.G., *Lex mercatoria e competizione fra ordinamenti*, in *Sociologia del diritto*, 2005, II, p. 229 ss.;
- MONATERI P.G., *Ripensare il contratto; verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 409 ss.;
- MONTELLA P., *L’immeritevolezza dei prodotti “for you” e “my way”: ancora una “sconfitta” per MPS. La nuova ordinanza n. 29985 del 13/12/2017 della Cassazione*, in *Ianus*, 2018, p. 139 ss.
- MONTESQUIEU C.L.S., *De l’esprit des lois*, Genève, 1748:
- MONTI G., *The Revision of the Consumer Acquis from a Competition Law Perspective*, in *ERCL*, 2007, p. 295 ss.;
- MONTICELLI S., *Il giudizio d’immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 452, 458 ss.;
- MONTICELLI S., *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 714;

- MONTICELLI S., *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 701 ss.;
- MORACE PINELLI A., Sub art. 2645-ter, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2017, p. 114 ss.;
- MORELLO U., *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, 161 ss.
- MORI G. (a cura di), *L'industrializzazione in Italia (1861-1900)*, Bologna, 1977.
- MORIN A., *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, Paris, 1998;
- MOUIAL-BASSILANA E., « Déséquilibre significatif »: entre droit des pratiques restrictives et droit commun des contrats en France, in *Dir. comm. int.*, 2016, p. 407 ss.;
- MOUIAL-BASSILANA E., *Cause de l'engagement de caution : l'insuffisance de l'avantage consenti par le créancier n'entraîne pas la nullité*, note sous Cass. com. 25-10-2017, n° 16-16.839, in *AJCA*, 2018, p. 47 ss.
- MOULIN J.-M., *Le sort d'un mécanisme de bad leaver en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse*, in *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, n° 30, p. 60 ss.;
- MUSIL R., *L'uomo senza qualità*, vol. I, Torino, 1957;
- MUSTILL L.J.M., *The new lex mercatoria: the first twenty-five years*, in *Arbitration International*, 1988, p. 4 ss.;
- NANNI L., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988;
- NAPOLI G., *Il contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 81 ss.;
- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004;
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1974;
- NAUDE T. e KOEP CH., *Factors Relevant to the Assessment of the Unfairness or Unreasonableness of Contract Terms: Some Guidance from the German Law on Standard Contract Terms*, in *Stellenbosch Law Review*, 2015, p. 85 ss.;
- NAVARRA R., *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2015;
- NAVARETTA E. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007;
- NAVARETTA E., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 643 ss.
- NAVARETTA E., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.;
- NAVARETTA E., *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 553 ss.;
- NAVARETTA E., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra autonomia e principi*, in *Quaderni fiorentini*, 2014, I, p. 589 ss.;
- NAVARETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000;
- NAVARETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 979 ss.;

- NAVARRETTA E., Sub art. 1343, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 573 ss.;
- NEBBIA P., *Unfair Contract Terms in European Law*, Oregon, 2007;
- NEGRI A., *Libertà del volere e giustizia nei trattati e nei manuali francesi*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 51 ss.;
- NEGRI A., voce *Sein-Sollen*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Roma, 1980, p. 368 ss.
- NERVI A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.
- NICOLÒ R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 ss.;
- NICOLUSSI A., *Europa e cosiddetta competizione fra ordinamenti giuridici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 83.
- NIORT J.-F., *Le Code civil dans la mêlée politique et sociale. Regards sur deux siècles de lectures d'un symbole national*, in *RTD civ.* 2005, p. 257 ss.;
- NIVARRA L. (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008;
- NIVARRA L., *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.;
- NIVARRA L., *Dalla « crisi » all'« eclissi »: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 801 ss.;
- NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 24 ss.
- NIVARRA L., *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015.
- NOBLOT C., *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, Paris, 2002 ;
- NONNE L., *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 979 ss.;
- NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975;
- O'REILLY K., *Achieving the Uniform Application of European Private Law*, in *ERPL* 2015, p. 1027 ss.;
- OLIVIERI A., *Banche, allarme derivati: valgono 33 volte il Pil mondiale*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 dicembre 2018;
- OPPO G., *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 13.
- ORESTANO A., *Accordo normativo ed autonomia negoziale*, Padova, 2000;
- PADOA-SCHIOPPA A., *A History of Law in Europe*, Cambridge, 2017 ;
- PADOVINI F., *I locatari*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2006, p. 443 ss.;
- PAGE S.E., *Path Dependence*, in *Quarterly Journal of Political Science*, 2006, p. 87 ss.
- PAGLIANTINI S. e VIGORITI L., *I contratti di "swap"*, in *I contratti per l'impresa*, vol. 2, *Banca, mercati società*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri e M. Notari, Bologna, 2012, p. 185 ss.;

- PAGLIANTINI S., *I costi impliciti nei derivati fra trasparenza e causa (ovvero quando nomina non sunt consequentia rerum)*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffei, Milano, 2014, p. 211 ss.;
- PAGLIANTINI S., *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 383 ss.;
- PAGLIANTINI S., *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la Cattedrale dei contratti bancari*, in *Contratti*, 2018, p. 253 ss.;
- PAGLIANTINI S., *L'abuso di dipendenza economica fra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in *Equilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 455 ss.;
- PAGLIANTINI S., *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 409 ss.;
- PAISANT G., *À propos des vingt ans du Code de la consommation*, in *JCP G*, 2013, p. 1063 ss.;
- PALERMO G., *Autonomia negoziale*, Torino, 2015;
- PALERMO G., *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 79 ss.;
- PALERMO G., *Contratto preliminare*, Padova, 1991;
- PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 175 ss.
- PALERMO G., *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1072 ss.;
- PALMIERI A. e PARDOLESI R., *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 445 ss.;
- PALMIERI A. e PARDOLESI R., *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 197;
- PAMBOUKIS C., *Lex mercatoria: an international régime without state?*, in *Revue Hellénique de Droit International*, 1993, p. 46 ss.;
- PANZARINI E., *Il contratto di opzione*, Milano, 2018;
- PARADISO M., *I contratti di gioco e scommessa*, Milano, 2003;
- PARADISO M., *Giuoco, scommessa, rendite*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2006;
- PARLEANI G., *Le devenir du déséquilibre significatif*, in *AJCA*, juin 2014, p. 108.
- PASCUZZI G., *Cosa intendiamo per metodo casistico*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 334 ss.
- PAŠUKANIS E.-B., *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970;
- PAŠUKANIS E., *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975,
- PATTI S., *La cultura del diritto civile e la Costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, p. 191 ss.
- PENNASILICO M., *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, p. 254 ss.;

- PERCHINUNNO M.C., *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 746 ss.;
- PERLINGIERI G., *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. «vitalizi impropri». Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.;
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013;
- PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Fonti del diritto*, in *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018;
- PERLINGIERI P., “Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.;
- PERLINGIERI P., *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole – Atti della tavola rotonda tenuta presso l'istituto di diritto privato dell'Università di Catania (17-18 maggio 1969)*, Milano, 1969, p. 25-26;
- PERLINGIERI P., *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 879 ss.;
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 441 ss.;
- PERLINGIERI P., *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 199 ss.;
- PERLINGIERI P., *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, a cura di P. Perlingieri Napoli, 2012, p. 157 ss.
- PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2003, p. 247;
- PERROUX F., *Esquisse d'une théorie de l'économie dominante*, in *Économie appliquée*, 1948;
- PFISTER L., *Contrat, libre concurrence et ordre public : la sanction des ententes dans la jurisprudence française du XIX^e siècle*, in *RDC*, 2012, p. 349 ss.;
- PIAZZA G., *La causa mista credito-società*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 803 ss.
- PICCIAU A., *Sulla validità dei patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, in *Riv. società*, 2016, p. 282 ss.;
- PIMONT S., *Ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire*, in *Les défis de l'harmonisation européenne du droit des contrats*, Chambéry, 2012, p. 257 ss.;
- PIMONT S., *L'économie du contrat*, Paris, 2004;
- PINO A., *Il difetto di alea nella costituzione di rendita vitalizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 353 ss.;

- PIRAINO F., *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, p. 1045 ss.;
- PIRAINO F., *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata. Il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Torino, 2015, p. 35.
- PIROVANO A., *L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union Européenne*, in *L'Algérie en mutation*, a cura di R. Charvin, A. Guesmi, Paris, 2001, p. 119 ss.;
- PIROVANO A., *Logique concurrentielle et logique contractuelle*, in *Les transformations de la régulation juridique*, a cura di J. Clam et G. Martin, Paris, 1998, p. 293 ss.;
- PIROVANO A., *Logique concurrentielle et logique contractuelle. À propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles*, in *Les transformations de la régulation juridique*, a cura di G. J. Martin, Paris, 1998, p. 295 ss.
- PLANIOL M., revu et complété par RIPERT G. avec le concours de BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, 1949;
- POLETTI D., *Sub art. 1351*, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 144 ss.;
- PORTALIS J.-E.-M., *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII^e siècle*, Paris, 2007, ristampa 3^a ed., 1834;
- PORTALIS J.-E.-M., *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-en-Provence, 1988 ;
- POTHIER R.J., *Traité des contrats aléatoires*, Paris-Orléans, 1775;
- POUGHON J.-M., *Histoire doctrinale de l'échange*, Paris, 1987, t. 194, préf. J.-P. Braud, p. 149 ss.;
- PTAK R., *Neoliberalism in Germany*, in *The road from Mont Pèlerin: The Making of Neoliberal Thought*, a cura di P. Mirowski e D. Plehwe, Cambridge, 2009, p. 98 ss.
- PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 75 ss.;
- PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*. Saffi, Milano, 1951;
- QUESNE A., *Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel*, in *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 ss.
- R. DESCARTES, *Discours de la methode*, Paris, 2000 (ed. originale 1637);
- RADÉ CH., *Peut-on dire qu'à l'époque moderne le droit civil reposerait sur l'idée d'une égalité abstraite alors que le droit du travail reposerait sur l'idée d'une inégalité concrète ?*, in *Mélanges Hauser*, Paris, 2012, p. 589 ss.;
- RAISER L., *La Costituzione e il diritto privato*, in *Die Aufgabe des Privatrechts*, trad. it. *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, ed. originale 1977;
- RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté*, Paris, 1980;

- REICH N., *Economic Law, Consumer Interests ad EU Integration*, in *Understanding EU Consumer Law*, a cura di H.-W. Micklitz, N. Reich et P. Rott, Portland, 2009, p. 1 ss.;
- RENNA M., *Profili tipologici delle garanzie personali*, Roma, 2018;
- RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 43 ss.;
- RESCIGNO U., voce *Contratto*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Roma, 1980, p. 61 ss.;
- REVET TH., *L'incohérent cantonnement, par l'Assemblée nationale, du domaine du contrat d'adhésion aux contrats de masse*, in *D.* 2018, p. 124 ss.;
- REVET TH., *La légisprudence*, in *Mélanges Ph. Malaurie*, Paris, 2005, p. 377 ss.;
- REVET TH., *La réception du contrat d'adhésion par la théorie générale du contrat*, in *RDC*, 2019, 2, p. 106 ss.;
- REVET TH., *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *D.*, 2015, p. 1217.
- REVET TH., *Une philosophie générale ?*, in *RDC*, 2016, hors-série *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, p. 5 ss.
- RICCIO ANG., *Eccessiva onerosità*, in *Comm. Scialoja-Branca*, dir. da Galgano, 2010, Bologna-Roma, 2010,
- RICCIUTO V., *La disciplina del contatto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1327 ss.;
- RIEG A., *Le role de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961;
- RIEM F., *Retour sur l'ordre concurrentiel*, in *RIDE*, 2013, p. 435 ss.;
- RIPERT G. e BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, Paris, 1956, p. 99 ss.
- RIZZUTI M., *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2016, p. 839 ss.;
- ROCHFELD J., *Cause et type de contrat*, Paris, 1999;
- ROCHFELD J., *De la confiance du consommateur ou du basculement d'un droit de la protection de la partie faible à un droit de régulation du marché*, in *Approche critique du vocabulaire juridique européen : la confiance*, in *Les Petites affiches*, 16 février 2009, chron. 21;
- ROCHFELD J., *Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in *Mélanges G. Viney*, Paris, 2008, p. 835 ss.;
- ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2011;
- ROCHFELD J., *Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français*, in *RDC*, 2013, p. 1601 ss.;
- ROCHFELD J., v. *Cause*, in *Rép. Dalloz*, 2012 (act. 2016), n° 52

- RODOTÀ S., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 79 ss.;
- RODOTÀ S., *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, *passim*.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.;
- RODOTÀ S., *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 21 ss.
- RODOTÀ S., *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971;
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 128 ss.;
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969;
- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1284 ss.;
- RODOTÀ S., *Un progetto strategico per le istituzioni*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 653 ss.
- ROJAS ELGUETA G. e VARDI N. (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, Roma, 2014;
- ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008;
- ROLLI R., *Il diritto privato nella società 4.0*, Padova, 2018;
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di « oggettivazione dello scambio »: verso la rilevanza della « congruità dello scambio contrattuale »?*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611 ss.;
- ROLLI R., *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 339 ss.
- ROLLI R., *Problemi e questioni sull'armonizzazione del diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2018, p. 385 ss.;
- ROMAGNOLI U., *Il sistema economico nella Costituzione*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, dir. da F. Galgano, vol. I, Padova, 1977, p. 139 ss.
- ROMANO S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;
- RÖPKE W., *Civitas humana*, Erlenbach-Zürich, 1944;
- ROPPO E., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.;
- ROPPO E., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011;
- ROPPO E., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ss.;
- ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.;
- ROPPO V., *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2377 ss.;
- ROPPO V., *Contratti standard*, Milano, 1975, ristampa 2017, p. 9 ss.

- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.;
- ROPPO V., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *ERCL*, 2009, p. 304 ss.;
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2^a ed., 2011
- ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 539.
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.
- ROSSI G., *Riforma dell'impresa o riforma dello Stato?*, in *Norma e impresa*, a cura di F. Fenghi, Milano, 1978, p. 199 ss.;
- ROUGIER L., *Le colloque Walter Lippmann*, Lormont, 2012, p. 405 ss.
- ROUHETTE G., « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1981, p. 247 ss.;
- ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, t. 1,
- ROUHETTE G., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à René Rodière*, Paris, 1982, p. 247 ss.;
- ROUHETTE G., *La force obligatoire du contrat - Rapport français*, in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, a cura di D. Tallon e D. Harris, p. 27 ss.
- ROUVIERE F., *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *RDC*, 2016, p. 600;
- ROWAN S., *The New French Law of Contract*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 1 ss.;
- RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Miano, 1971;
- RUSSO E., DORIA G. e LENER G., *Istituzioni delle leggi civili*, 2014, Padova;
- RUSSO E., *Il negozio di destinazione di beni immobili o di beni mobili registrati (art. 2645-ter cod. civ.)*, in *Vita not.*, 2006, p. 1238 ss.
- RUSSO E., *Sub art. 1470*, in *Comm. Schlesinger* continuato da Busnelli, Milano, 2010;
- RZEPECKI N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence, 2002;
- SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004;
- SACCO R. e DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2016;
- SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, dir. da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975;
- SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (I)*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 1991, p. 21 ss.;

- SACCO R., *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 426 ss.;
- SACCO R., voce *Interesse meritevole di tutela*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento V, Torino, 2010, p. 782-783;
- SACCO R., voce *Motivo, fine, interesse*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VII, 2012, p. 298 ss.;
- SACCO R., voce *Scambio*, in *Digesto disc. priv. sez. civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 894 ss.;
- SACHS S.E., *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval "Law Merchant,"* in *American University International Law Review*, 2006, p. 685 ss.;
- SAINT-ESTEBEN R., *L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation*, in *RDC*, 2009, p. 1275 ss.
- SALAH M. M., *Le pouvoir économique et le droit. Variations sur un thème très niçois*, in *RIDE*, 2013, p. 475 ss.;
- SALANITRO U., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003;
- SALEILLES R., *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901;
- SALVI C., *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015;
- SALVI C., *Introduzione*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978;
- SAMBUCCI L., *Il contratto e l'impresa*, Milano, 2002;
- SANFILIPPO P.M., *Controlli di meritevolezza e Statuti di Società. Una tecnica in cerca di autonomia*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, disponibile in www.orizzontideldirittocommerciale.it.
- SANFILIPPO P.M., *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 159 ss.;
- SANTORO P., *Tutto cambia perché nulla cambi? La sorte delle claims made dopo l'ultimo arresto delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2019, p. 628 ss.
- SARTORI F., *Appunti sulle assicurazioni infortuni: funzione indennitaria e vantaggi compensativi*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 813 ss.;
- SASSEN S., *Globalization or Denationalization?*, in *Review of International Political Economy*, 2003, p. 1 ss.;
- SASSEN S., *Territory, Authority Rights: from Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008;
- SAUPHANOR N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, 2000.
- SAVATIER R., *Le droit et l'accélération de l'histoire*, in *D.*, 1951, p. 16 ss. ha parlato de «l'éclatement de la notion traditionnelle de contrat».
- SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil aujourd'hui*, 1^e série, Paris, 3^a ed., 1964;

- SAVAUX E., *Pour un temps encore : la cause comme instrument de contrôle de la validité des pactes d'actionnaires*, obs. sous Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *RDC*, 2017, p. 21 ss.;
- SAVOURÉ D., *Le contenu du contrat et le contrôle du juge*, in *JCP N*, 28 avril 2017, p. 1165 ss.;
- SBISÀ G., *Circolazione delle azioni e patto leonino*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 816 ss.;
- SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960;
- SCALFI G., voce *Alea*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 256 ss.;
- SCALISI V., *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 261;
- SCALISI V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo. Teoria – Manifestazione – Astrazione – Efficacia*, Milano, 1998;
- SCALISI V., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 293 ss.;
- SCARONGELLA F., *La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 127 ss.;
- SCHILLER S., LEPRETRE J.-M. e BIGNEBAT P., *Décote de prix des actions en cas de licenciement : oui, mais...*, in *JCP E*, 29 septembre 2016, p. 1504 ss.;
- SCHILLING M., *Inequality of Bargaining Power versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, p. 336 ss.;
- SCHLUMBERGER E., *La validité de la décote de prix d'une clause de bad leaver*, in *BJS*, janv. 2017, p. 23 ss.;
- SCHMITTHOFF C., *The Unification of the Law of International Trade*, in *Journal of Business Law*, 1968, p. 105 ss.;
- SCHULTE-NÖLKE H., *No Market for 'Lemons': on the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, in *ERPL*, 2015, p. 195 ss.;
- SCHÜTTE B., *The Influence of Constitutional Law in German Contract Law: Good Faith, Limited Party Autonomy in Labour Law and Control of Contractual Terms*, in *The Constitutional Dimension of Contract Law*, a cura di L. Siliquini-Cinelli e A. Hutchison, Cham, 2017, p. 217 ss.;
- SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, 1938, p. 89 ss.;
- SCODITTI E., *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 211 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nei contratti tra imprese*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 69 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 12, p. 327 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 288 ss.;

- SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. sul contratto*, dir. da Roppo, II, Milano, 2006, p. 86 ss.;
- SCOGNAMIGLIO C., voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 466 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950 (ried. 2008);
- SCOZZAFAVA O.T., *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984,
- SEFTON-GREEN R., *La cause ou la justice à l'aune du juge*, in *Regards Comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, a cura di J. Cartwright. S. Vogenauer et S. Whittaker, Paris 2010, p. 133 ss.
- SEFTON-GREEN R., *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, th. Paris, 1997, p. 330.
- SEFTON-GREEN R., *La notion d'obligation fondamentale en droit franco-anglais*, Paris, 2000;
- SEIN K. e SPINDLER G., *The new Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services – Scope of Application and Trader's Obligation to Supply – Part 1*, in *ERCL*, 2019, p. 257 ss.;
- SEIN K. e SPINDLER G., *The new Directive on Contracts for Supply of Digital Content and Digital Services – Conformity Criteria, Remedies and Modifications – Part 2*, in *ERCL*, 2019, p. 365 ss.;
- SÉJEAN M., *The French Reform of Contracts: an Opportunity to Tie Together the Community of Civil Lawyers*, in *Louisiana Law Review*, 2016, p. 1151 ss.
- SELINI V., *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 301.
- SERIAUX A., *L'affaire Chronopost : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle*; in *D.*, 1997, p. 121 ss.;
- SERINET Y.-M., *Chron. Droit des contrats*, in *JCP G*, 2017, doct. 842;
- SERIO M., *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 77 ss.;
- SEUBE J.-B., *Les dispositions transitoires de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018*, in *Deffrénois*, 24 mai 2018, p. 19;
- SICCHIERO G., *Dal contratto ai contratti preliminari*, in *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire. Commento al d. lg. n. 122 del 2005*, a cura di G. Sicchiero, Padova, 2005, p. 27 ss.;
- SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995;
- SICCHIERO G., *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 545 ss.;
- SICCHIERO G., *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 100 ss.;
- SIMLER PH., *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, 5^a ed., Paris, 2015;

- SIMLER PH., *Chron. Sûretés - Droit des sûretés*, in *JCP E*, 7 décembre 2017, n° 49, doct. 1239;
- SIMLER PH., *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, 2016;
- SIMONIN L., *Le choix des règles constitutionnelles de la concurrence: ordolibéralisme et théorie contractualiste de l'Etat*, in *L'ordolibéralisme allemand*, a cura di P. Commun, Cergy-Pontoise, 2003, p. 67 ss.
- SIRENA P. (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile*, Napoli, 2019, *passim*.
- SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato*, Milano, 2006;
- SIRENA P. e ZOPPINI A. (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018;
- SIRENA P., *Il codice civile e il diritto dei consumatori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, p. 277 ss.
- SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 787 ss.
- SIRENA P., *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 415 ss.;
- SIRENA P., *La nozione della vendita: causa e oggetto*, in *Tratt. dei contratti* diretto da V. Roppo, I, Milano, 2014, p. 1 ss.;
- SLOBODIAN Q., *Globalists*, Harvard, 2018;
- SMITH A., *The Wealth of Nations*, l. 1, ch. 7, Chicago, 1977;
- SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 325 ss.
- SMORTO G., *La giustizia contrattuale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 219 ss.;
- SOMMA A. (a cura di), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009;
- SOMMA A., *I giuristi e l'asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main, 2005;
- SOMMA A., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007;
- SOMMA A., *L'impiego della espressione « contratto di massa » nell'esperienza giuridica tedesca con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza meno recenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 147 ss.;
- SOMMA A., *Private law as biopolitics: ordoliberalism, social market economy, and the public dimension of contract*, in *Law and contemporary problems*, 2013, p. 105 ss.;
- SPADA P., *Conclusioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007, p. 203;
- SPADARO A., *Dalla Costituzione come « atto » (puntuale nel tempo) alla Costituzione come « processo » storico. Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso giudizi di costituzionalità*, in *Il*

- parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzelli, G. Teresi e G. Verde, Torino, 2000, p. 1 ss.;
- SPATUZZI A., *Sul contratto oneroso di rendita vitalizia e sul ruolo dell'alea*, in *Riv. not.*, 2016, p. 477 ss.;
- SPECIALE R., *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990;
- SPRITZ J.-F., « *Qui dit contractuel dit juste* » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, in *RTD civ.*, 2007, p. 281 ss.
- STOFFEL-MUNK PH., *Clauses abusives : on attendait Grouchy...*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, p. 56 ss.;
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961,
- STRENGER I., *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in *Recueil des cours*, 1991, p. 207;
- SUPIOT A., *Homo juridicus*, Paris, 2005;
- SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphie*, Paris, 2010;
- SWEET A.S., *The New Lex Mercatoria and Transnational Governance*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, p. 628 ss.;
- TAMANAH B.Z., *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, in *Sidney Law Review*, 2008, p. 407 ss.;
- TAMBURRINO G., *Osservazioni su un nuovo orientamento della Corte di Cassazione in tema di causa del negozio giuridico*, in *Scritti giuridici in memoria di Barberio Corsetti*, Milano, 1965, p. 721 ss.;
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976;
- TARELLO G., voce *Formalismo*, in *Nov. Digesto*, VII, Torino, 1981, p. 571 ss.
- TAROLLI R., *I derivati O.T.C. tra funzione di copertura e problemi di asimmetria*, in *Finanza derivata, mercati e investitori*, a cura di F. Cortese e F. Sartori, Pisa, 2010, p. 113 ss.
- TARTAGLIA POLCINI A., *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. Perlingieri e A. Tartaglia Polcini, Napoli, 2013, p. 215 ss.
- TARUFFO M., *Introduzione all'edizione italiana*, in *I volti della giustizia e del potere*, di M.R. Damaška, Bologna, 1991, p. 10.
- TASSONE B., *Esclusione della vessatorietà di clause claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 689 ss.
- TELLIER F., *Le droit à l'épreuve de la société, Raymond Saleilles et l'idée du droit social*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, p. 147 ss.;
- TENELLA SILLANI C., *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in *Dialoghi con Guido Alpa*, a cura di G. Conte; A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich, Roma, 2018, p. 537 ss.
- TERRE F. e FENOUILLET D., *Droit civil, Les personnes*, Paris, 8^a ed., 2012;
- TERRÉ F., SIMLER PH. e LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 11^a ed., 2013;

- TERRÉ F., SIMLER PH., LEQUETTE Y. E CHÉNEDÉ F., *Droit civil, Les obligations*, Paris, 12^a ed., 2019;
- TERRÉ-FORNACCIARI D., *L'autonomie de la volonté*, in *Revue de sciences morales et politiques*, 1995, p. 255 ss.;
- TEUBNER G., "Global Bukowina": *Legal Pluralism in the World Society*, in *Global Law Without a State. Studies in Modern Law and Policy*, a cura di G. Teubner, Aldershot, 1997;
- TEUBNER G., *Breaking Frames: economic globalisation and the emergence of lex mercatoria*, in *European Journal of Social Theory*, 2002, p. 199 ss.;
- TEUBNER G., *Constitutional fragments, societal constitutionalism and globalization*, Oxford, 2012;
- TEUBNER G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or how Unifying Law Ends up in New Divergencies*, in *Modern Law Review*, 1998, p. 11 ss.;
- TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, 1975, Paris;
- THÉRY PH., *Sûretés et publicité foncière*, Paris, 1988;
- TIMOTEO M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr./Europa*, 1997, p. 141 ss.
- TOMMASINI R., *Autonomia privata e rimedi in trasformazione*, Torino, 2013, p. 96 ss.;
- TOOZE A., *Crashed*, New York, 2018;
- TORRENTE A., *Sub art. 1872*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 81 ss.;
- TRIGERAUD J.-M., *Raymond Saleilles (1855-1912)*, in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1988, p. 210 ss.;
- TUCCI A., *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 921 ss.;
- TUCCI A., *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 68 ss.;
- TUCCI A., *La negoziazione degli strumenti finanziari derivati e il problema della causa del contratto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, I, p. 87 ss.;
- TUCCI A., *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, II, p. 380;
- UNGER R.M., *The Critical Legal Studies Movement*, London-New York, 2015;
- URCIOLI M.A., *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 752 ss.;
- VALLE L., *Il contratto future*, Padova, 1996;
- VAN BOOM W.H., *The Great War and Dutch Contract Law: Resistance, Responsiveness and Neutrality*, in *Comparative Legal History*, 2014, p. 303 ss., disponibile anche a ssrn.com/abstract=2544542;
- VAN LEEUWEN B., *European Standardisation of Services and its Impact on Private Law*, Oxford, 2017;
- VARRONE C., *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1982;

- VERDE F. e SANINO M., *Il diritto sportivo*, Padova, 2011;
- VERNIZZI S., *Il rischio putativo*, Milano, 2010;
- VETTORI G., *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in *ERCL*, 2013, p. 221 ss.;
- VETTORI G., *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1203 ss.;
- VETTORI G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, p. 611 ss., 617;
- VETTORI G., *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 10 ss.;
- VETTORI G., *Norme, dogmatica e sentenza: quid iuris?*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 73 ss.;
- VICARI A., *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. comm.*, 2018, p. 301 ss.;
- VILLA G., *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, a cura di P. Iamiceli, Torino, 2009, p. 117 ss.;
- VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione simmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 113 ss.;
- VOLCKART O.A. e MANGELS A., *Are the Roots of the Modern Lex Mercatoria Really Medieval?*, in *Southern Economic Journal*, 1999, p. 427 ss.
- VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra economia e mercato*, Napoli, 2004
- VOLPE PUTZOLU G., *Assicurazione responsabilità civile dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della Suprema Corte a sezioni unite*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, 317 ss.;
- VOLPE PUTZOLU G., *Le assicurazioni: produzione e distribuzione*, Bologna, 1992
- VON BREITENSTEIN D., *Le droit allemand relatif aux conditions contractuelles générales*, in *Gaz. Pal.*, 1978, 1, p. 110.
- VON CAEMMERER E., *Standard Contract Provisions and Standard Form Contracts in German Law*, in *Victoria University Wellington Law Review*, 1975, p. 235 ss.
- VON SAVIGNY M.F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, trad. fr. *Traité de droit romain*, trad. M. Ch. Guenoux, t. 1, Paris, 1840 ;
- WALINE M., *L'individualisme*, Paris, 2^a ed., 1949;
- WEATHERILL S., *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham, 2^a ed., 2013;
- WESTRA R., BADEEN D. e ALBRITTON R. (a cura di), *The Future of Capitalism after the Financial Crisis*, London-New York, 2015;
- WHITTAKER S., *Clauses abusives et garanties des consommateurs : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de l'« harmonisation complète »*, in *D.*, 2009, p. 1152 ss.
- WICKER G., *La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ?*, in *D.*, 2015, p. 1557 ss.;

- WICKER G., *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des PDEC*, a cura di P. Rémy-Corlay e D. Fenouillet, 2003, Dalloz, p. 156 ss.;
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, trad. it. *Storia del diritto privato moderno*, t. 2, Milano, 1980, ed. originale 1967, p. 196-198.
- WILHELMSSON T.M., *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *Eur. Law Rev.*, 2004, p. 712 ss.;
- WILLIAMSON O., *The lens of contract: private ordering*, in *American economic review*, 2002, 438 ss.
- WILLIAMSON O., *The mechanisms of governance*, New York, 1996;
- WITZ C., *Droit privé allemand. I. Actes juridiques, droits subjectifs - BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires*, Paris, 1992;
- WOLF M., *Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Term Directive*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* a cura di S. Grundmann, W. Kerber e S. Weatherill, Berlin-New York, 2001, ristampa 2012, p. 313 ss.;
- WORKS R., *Excusing Nonoccurrence of Insurance Policy Conditions in Order to Avoid Disproportionate Forfeiture: Claims-Made Formats as a Test Case*, in *Connecticut Ins. Law Jour.*, 1998, p. 506 ss.;
- ZANELLI P., *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012;
- ZELCEVIC-DUHAMEL A., *La notion d'économie du contrat en droit privé*, in *JCP G.*, 2001, p. 423 ss.;
- ZENO-ZENCOVICH V., *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni del contratto di «leasing»*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.;
- ZIMMERMANN R., *Contract Law Reform: The German Experience*, in *The Harmonisation of European Contract Law*, a cura di S. Vogenauer e S. Weatherill, Oxford-Portland, 2006, p. 71 ss.;
- ZOPPINI A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma, 2008, p. 1 ss.;
- ZOPPINI A., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, a cura di M.R. Maugeri e A. Zoppini, Bologna, 2009, p. 16 ss.;
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.;
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, p. 367 ss.;
- ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 365 ss.;
- ZOPPINI A., *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 136 ss.;

- ZUCKERMAN G., LEVY R., TIMIRAOS N. e BANERJI G., *Behind the Market Swoon: The Herdlike Behavior of Computerized Trading*, in *The Wall Street Journal*, 25 dicembre 2018.
- ZUMBANSEN P., *Lochner disembedded: the anxieties of law in a global context*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, 20, p. 29 ss.;
- ZUMBANSEN P., *The Law of Society: Governance through Contract*, in *Indiana Journal of Global Studies*, 2007, p. 220 ss.
- ZUMBANSEN P., *The Next 'Great Transformation' of Markets and States in the Transnational Space: Global Assemblages of Corporate Governance & Financial Market Regulation*, 2009, 5, CLPE Research Paper No. 2;
- ZUMBANSEN P., *Transnational law, Evolving*, Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2014-29, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1975403>;
- ZUMBANSEN P., *Transnational Legal Pluralism*, 2010, 6(1), CLPE Research Paper 01/2010, disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1542907>. p. 12.

Giurisprudenza

- Cass. 1^{re} civ., 12 avril 2005, in *Bull. civ.*, I, n. 185;
- Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2019, n° 17-23169, PB, in *D.*, 2019, p. 1033, note A. Etienney;
- Cass. 1^{re} civ., 16 avr. 1996, n° 93-19.661, in *Bull. civ.* I, n° 184, in *D.*, 1996, p. 584, note Y. Dagorne-Labbe; in *Defrénois*, 1996, art. 36387, note A. Bénabent;
- Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1997, in *Rev. gén. dr. ass.*, 1998, p. 124, con nota di L. Mayaux;
- Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, n° 96-16.093, in *Bull. civ.* I, n° 55; in *CCC*, 1999, comm. 70, obs. L. Leveneur;
- Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 1990, (7 arrêts), in *Bull. civ.*, I, n. 303;
- Cass. 1^{re} civ., 2 juin 2004, n° 01-00574, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007470139;
- Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1977, no 75-14.566, in *Bull. civ.* I, n° 115, in *RTD civ.*, 1979, p. 398, obs. G. Cornu;
- Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 1994, n° 92-21.317, in *Defrénois*, 1995, art. 36145.1040, obs. D. Mazeaud;
- Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 2019, n° 17-31.067, in *D. actualité*, 5 mars 2019, obs. J.-D. Pellier;
- Cass. 1^{re} civ., 22 janvier 1985, in *Rev. gén. ass. terr.*, 1985, p. 410 ss., con nota di Viney;
- Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12932, in *Bull. civ.* I, n° 108;

Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14.800, in *Bull. civ.* I, n° 286; in *D.*, 1997, p. 500 note Reigné; in *RTD civ.*, 1996, p. 901, obs. Mestre; in *RTD com.*, 1997, p. 308, obs. B. Bouloc; in *Defrénois*, 1997, p. 336, obs. D. Mazeaud.

Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2018, n° 17-13.593; in *D.*, 2018, p. 1355, note D. Mazeaud; in *D.*, 2019, p. 279, obs. M. Mekki.

Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, n° 93-16.913, in *Bull. civ.* I, n° 304;

Cass. 1^{re} civ., 9 mars 1999, in *Bull. civ.*, I, n. 82.

Cass. 2^e civ., 17 février 2005, *ivi*, II, n. 35.

Cass. 2^e civ., 25 juin 2009, in *Bull. civ.*, 2009, II, n. 171.

Cass. 3^e civ., 12 juill. 2018, n° 17-20497, in *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2019, p. 27, obs. D. Houtcieff.

Cass. 3^e civ., 16 mai 1974, in *Bull. civ.*, III, n. 207;

Cass. 3^e civ., 17 juill. 1996, n° 93-19.432, *Bull. civ.* III, n° 193, in *Defrénois* 1996, p. 1357, note Ph. Delebecque;

Cass. 3^e civ., 7 juin 2018, n° 17-18.670, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000037078045&fastReqId=1025268471&fastPos=1;

Cass. 3^e civ., 8 avril 1987, *ivi*, 1988, p. 103;

Cass. ch. mixte, 24 févr. 2017, n° 15-20411, in *JCP G.*, 2017, p. 306, note G. Pignarre; in *JCP G.*, 2017, obs. Y.-M. Serinet; in *D.*, 2017, p. 793, note B. Fauvarque-Cosson; in *RDC*, 2017, p. 415, note Th. Genicon;

Cass. com. 25 janvier 2017, n° 15-23.547, in *JCP G* 2017, p. 255, obs. M. Behar-Touchais;

Cass. com. 30 juin 1987, n° 84-16.752, *JurisData* n° 1987-001373, in *Bull. civ.* 1987, IV, n° 163;

Cass. com. 4 octobre 2016, n° 14-28013, *Carrefour c/ min. Éco*, *RDC* 2017, p. 81, comm. M. Behar-Touchais;

Cass. Com., 12 juill. 2017, n° 15-23.552, PB, in *RDC*, 2017, 4, p. 11, comm. Th. Genicon;

Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703, PB, in *RDC*, 2017, 4, p. 11, comm. Th. Genicon; in *CCC*, nov. 2017, comm. 218, comm. L. Leveneur;

Cass. com. 6 avr. 1993, n° 90-21.198, in *Bull. civ.*, IV, n° 138; in *D.* 1993, p. 310, note Gavalda; in *JCP*, 1993, II, p. 22062, note Stoufflet; in *RTD com.* 1993, p. 549, obs. Cabrillac et Teyssiét;

Cass. com., 11 mai 1976, in *Bull. civ.*, IV, n. 157;

Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26915, in *Bull. civ.* IV, n° 48; in *D.*, 2014, p. 759, obs. A. Lienhard; *ibidem*, p. 2434, note B. Dondero; *ibidem*, 2015, p. 529, obs. S. Amrani-Mekki e M. Mekki; in *Rev. sociétés*, 2014, p. 366, note J. Moury; in *AJCA*, 2014, p. 127, obs. I. Urbain-Parleani;

Cass. com., 12 déc. 2018, n° 16-15217, in *Gaz. Pal.*, 26 mars 2019, obs. C. Barrillon;

Cass. com., 12 mai 1976, in *Bull. civ.*, IV, n. 163;

Cass. com., 14 décembre 2010, n° 08-21606, in *Bull. civ.*, IV, n. 200;

- Cass. com., 16 févr. 1977, in *JCP*, 1979, II, 19154, obs. Ph. Simler;
- Cass. com., 17 mai 2017, n° 15-15746, in *Dalloz actualité*, 8 juin 2017, obs. X. Delpech; in *JCP G*, 2017, p. 842, obs. Y.-M. Serinet; in *D.*, 2017, p. 1694, note D. Mazeaud; in *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2017, p. 29, obs. D. Houtcieff; in *RDC*, 2017, p. 457, obs. D. Houtcieff; in *RDC*, 2017, p. 421, obs. Y.-M. Laithier; in *RTD civ.*, 2017, p. 640, obs. H. Barbier; in *JCP E*, 2017, p. 1667, obs. Ph. Simler; in *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, p. 21, obs. Ch. Albiges;
- Cass. com., 21 octobre 1974, in *Bull. civ.*, IV, n. 255;
- Cass. com., 22 février 1977, in *Bull. civ.*, IV, n. 58;
- Cass. com., 22 mai 1978, in *Bull. civ.*, IV, n. 141;
- Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547, in *RDC*, 2017, p. 470 ss., comm. C. Grimaldi; in *JCP G* 2017, p. 255, obs. M. Behar-Touchais;
- Cass. com., 26 avr. 2017, n° 15-27865, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000034556153&fastReqId=1880218043&fastPos=1>;
- Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369, in *D.*, 2010, p. 2481, note D. Mazeaud; *ibidem*, p. 2485, note Th. Genicon; in *D.*, 2011, p. 472, obs. B. Fauvarque-Cosson; in *Defrénois*, 2011, p. 811, obs. J.-B. Seube; in *Dr. et patr.*, févr. 2011, p. 68, obs. P. Stoffel-Munck; in *Gaz. Pal.*, 13 janv. 2011, p. 17, obs. D. Houtcieff; in *JCP G*, 2010, p. 1056, note T. Favario; in *JCP G*, 2011, 63, n° 9, obs. J. Ghestin; in *JCP E*, 2010, p. 2108, note S. Le Gac-Pech; in *LPA*, 24 déc. 2010, p. 7, note A.-S. Choné; in *RDC*, 2011, p. 34, obs. E. Savaux; in *RTD civ.*, 2010, p. 782, obs. B. Fages;
- Cass. com., 29 septembre 2015, n° 13-25043;
- Cass. com., 3 février 1975, in *Bull. civ.*, IV, n. 32;
- Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-17643, in *RTD civ.*, 2014, p. 884 ss., obs. H. Barbier;
- Cass. com., 3 mai 2006, n° 05-11229, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007491268>;
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27525, in *LEDC*, avril 2015, obs. N. Leblond;
- Cass. com., 30 juin 1987, n° 84-16.752, in *Bull. civ.* IV, n° 163; in *RTD civ.*, 1988, p. 346, obs. J. Mestre;
- Cass. com., 4 juillet 1972, in *Bull. civ.*, IV, n. 32;
- Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26167, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038629755&fastReqId=1395133109&fastPos=1>;
- Cass. com., 5 mars 1974, in *Bull. civ.*, IV, n. 78;
- Cass. com., 6 mai 2014, n° 13-17349, in *AJCA*, 2014, p. 231, obs. J.-M. Moulin; in *Rev. sociétés*, 2015, p. 36, note M. Michineau; in *RTD civ.*, 2014, p. 642, obs. H. Barbier; in *JCP E*, 2014, p. 1317, note B.V. Dondero; Cass. com., 3 févr. 2015, n° 13-28164, in *BJS*, avr. 2015, n° 113h5, p. 188, note Schiller S.;
- Cass. com., 7 juin 2016, n° 14-17978, in *RDC*, 2017, p. 21, obs. E. Savaux; in *Gaz. Pal.*, 6 sept. 2016, n° 30, p. 60, note J.-M. Moulin; in *BJS*, janv. 2017, n° 1, p. 23, note E. Schlumberger; in *RDS*, 2017, p. 85, note Y. Marjault; in *D.*,

- 2016, p. 1309; in *JCP E*, 29 sept. 2016, p. 1504, note S. Schiller, J.-M. Leprêtre et P. Bignebat; in *JCP G*, 2016, p. 939, note F. Azoulay; in *JCP E*, 2016, p. 1554, note M. Caffin-Moi; in *D.*, 2016, p. 2042, note D. Baugard et N. Borga; *ibidem*, p. 2365, obs. E. Lamazerolles; in *AJCA*, 2016, p. 391, obs. C. Coupet.
- Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-14447, in *Bull. civ.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030470422>;
- Cass. com. 25 janvier 2017, n° 15-23547, in *RDC* 2017, p. 470, comm. C. Grimaldi;
- Cass. soc., 10 avril 2013, n° 11-25841, in *RDC*, 2013, p. 1321, obs Th. Genicon; in *JCP S*, 2013, act. 197, obs. L. Dauxerre;
- Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-45281, in *JCP S*, 2007, p. 1655, note R. Vatinet;
- Cass. soc., 2 févr. 2006, n° 03-47180, in *JCP S*, 2006, p. 1539, note R. Vatinet;
- Cass., ch. mixte, 13 avr. 2018, n° 16-21.345 e 16-21.947, in *JCP G* 2018, p. 543 note F. Buy; in *Gaz. Pal.*, 18 sept. 2018, p. 27, obs. D. Houtcieff; in *RTD civ.*, 2018, p. 388, obs. H. Barbier;
- Cass ch. mixte, 17 mai 2013, n° 11-22.768, in *Bull. civ.*, 2013 ch. Mixte, n. 1; in *D.*, 2013, p. 1658, note D. Mazeaud; in *RDC*, 2013, p. 1331, note Y.-M. Laithier;
- Cass. 1^{re} civ., 19 sept. 2018, n° 17-24.347, in *JCP E*, 4 oct. 2018, act. n° 737; in *LEDC*, nov. 2018, p. 2, obs. M. Latina; in *LPA*, 16 janv. 2019, p. 16 ss., comm. A. Quesne;
- Cass. com., 8 nov. 1972, n° 71-11.879, in *Bull. civ. IV*, n° 278, in *D.*, 1973, p. 753, note Ph. Malaurie; in *Gaz. Pal.*, 1973, p. 143, note D. Martin; in *RTD com.*, 1973, p. 294, obs. R. Houin;
- Cass. 3^e civ., 8 mai 1974, n° 73-10.820, in *Bull. civ. III*, n° 188, in *D.* 1975, p. 305, note Ch. Larroumet;
- Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 1974, in *Bull. civ. I*, n° 311;
- Cass. 3^e civ., 25 oct. 1977, n° 76-10.816, in *Bull. civ. III*, n° 355;
- Cass. 1^{re} civ., 29 novembre 1978, in *Bull. civ.*, I, n. 366.
- Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 1995, n° 94-11.783, in *Bull. civ. I*, n° 481;
- Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, in *Bull. civ.*, IV, n° 261; in *D.*, 1997, somm. 175, obs. Delebecque; in *RTD civ.*, 1997, p. 418, obs. J. Mestre; in *D.*, 1997, p. 121, note A. Sériaux; in *JCP* 1997, I, p. 4002, obs. M. Fabre-Magnan; in *CCC*, 1997, comm. 24, obs. L. Leveneur; in *Defrénois*, 1997, art. 36516, p. 333, obs. D. Mazeaud; in *D. Affaire*, 1997, chron. 235 comm. D. Delebecque; in *D.*, 1997, chron. 145, comm. D. Larroumet;
- Cass. 3^e civ., 16 juill. 1998, n° 96-12.720, in *Bull. civ. III*, n° 169;
- Cass. com. 14 oct. 1997, n° 95-14.284, in *Defrénois*, 1998, p. 1040, obs. D. Mazeaud;
- Cass. 3^e civ., 2 févr. 2000, no 98-10.714, in *Bull. civ. III*, no 26, in *JCP G*, 2000, II, n° 10289, note J.-F. Weber;
- Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2002, n° 00-11.264, in *RJDA*, 2003, n° 461;

- Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2002, n° 00-12.932, in *Bull. civ.*, 2002, I, n° 108; in *D.*, 2002, p. 2844 ss., obs. D. Mazeaud; in *CCC*, 2002, n° 121, obs. L. Leveneur;
- Cass. soc., 10 juil. 2002, n° 00-45135, in *RDC*, 2003, 1, p. 17, obs. J. Rochfeld; in *SSL* 2002 n° 1085, p. 9, obs. A. Chirez; in *RTD civ.* 2003, 58, obs. J. Hauser; in *JCP G* 2002, II, 10162, note F. Petit.;
- Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.646, in *D.*, 2008, p. 2937; *ibidem*, 2009, p. 747, chron. P. Chauvin e C. Creton; in *RTD civ.*, 2009, p. 111, obs. J. Hauser; *ibidem*, p. 118, obs. B. Fages;
- Cass. com., 14 sept. 2010, n° 09-16.084, in *D.*, 2011, p. 57, note F. Marmoz; in *Rev. Sociétés*, 2010, p. 462, obs. A. Lienhard; *ibidem*, 2011, p. 424, note J.-P. Dom; in *RJDA* 2010, n° 1162;
- Cass. com., 4 oct. 2011, n° 10-23.012, in *D.*, 2011, p. 3052, note N. Dissaux; in *LEDICO*, janv. 2017, n° 110a8, note M. Behar-Touchais;
- Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.376, in *Bulletin*; in *D.*, 2013, p. 686, note D. Mazeaud; *ibidem* p. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki; in *Rev. sociétés*, 2013, p. 160, note A. Reygrobelle;
- Cass. com., 1 oct. 2013, n° 12-23.337, in *D.*, 2014, p. 893, obs. D. Ferrier; in *Rev. sociétés*, 2013, p. 683, obs. S. Prévost; in *RTD civ.*, 2014, p. 109, obs. H. Barbier;
- Cass. 3 aprile 2014, n. 7776, in *Contratti*, 2014, p. 1131, con nota di R. Natoli;
- Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-19685, in *RDC*, obs. L. Sautonie-Laguionie e G. Wicker;
- Cass. 3^e civ., 26 novembre 2015, in *Bull. civ.*, III, n. 1332;
- Cass. 3^e civ., 19 mai 2016, n° 15-15.047, in www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032557708;
- Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-12.906 : JurisData n° 2017-018137, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, n° 310t1, p. 29, note D. Houtcieff; A. Bénabent, *Application dans le temps de la loi de ratification de la réforme des contrats [art. 16 de la loi du 20 avril 2018]*, in *D.*, 2018, p. 1024;
- Cass. 1^{re} civ., 20 sept. 2017, n° 16-12906, in *D.*, 2017, p. 1911; in *RTD Civ.*, 2017, p. 837, obs. H. Barbier;
- Cass. com., 25 oct. 2017, n° 15-24.219, in *Bull. civ.*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000035925373&fastReqId=207577293&fastPos=1>;
- Cass. com., 25 oct. 2017, n° 16-16839, *D.* 2017, p. 2148; *AJCA* 2018, p.47, note E. Mouial-Bassilana; *Gaz. Pal.* n°39, p. 37, note C. Berlaud; *RTD Com.* 2017 p.972, note D. Legeais;
- Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 15-22.861, in *Bull. civ.* (poi corretta con la sentenza Cass. 3^e civ., 21 juin 2018, n° 15-22.861);
- Cass. 3^e civ., 22 nov. 2018, n° 17-26424, in *LEDA*, janv. 2019, p. 5, obs. C. Charbonneau.
- Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974, *Chronopost* 5, *Bull. civ.* IV, n° 132; in *D.*, 2006, p. 2288, note D. Mazeaud; in *AJ*, 2006, p. 1599, obs. Delpech; in *D.*,

- 2006, pan. 2638, obs. S. Amrani-Mekki e Fauvarque-Cosson; in *D.*, 2007, pan. 111, obs. Kenfack; in *RDC*, 2006, p. 1075, obs. Y.-M. Laithier; in *RDC*, 2006, p. 1224, obs. Carval;
- Cass. 3^e civ., 4 juill. 2007, n° 06-14.122, in *Bull. civ.* III, no 125;
- Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2008, n° 06-19.753, in *Bull. civ.* I, n° 174; in *RDC* 2009, p. 1129, obs. Y.-M. Laithier;
- Cass. 3^e civ., 18 avr. 2019, n° 18-10693, in *Gaz. Pal.*, 17 sept. 2019, p. 222, obs. D. Houtcieff;
- Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749, in *Bull. civ.* IV, n° 21; in *D.*, 2005, p. 639; *ibidem*, p. 1085, chron. T. Lambert; *ibidem*, p. 2836, obs. S. Amrani-Mekki; *ibidem*, 2006, p. 512, obs. D. Ferrier; in *RTD com.*, 2005, p. 825, obs. B. Bouloc;
- Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10.452, JurisData n° 2007-038248; in *JCP G*, 2007, II, p. 10119, note Y.-M. Sérinet; in *CCC*, 2007, comm. 196, obs. L. Leveneur; in *D.*, 2007, p. 2970, obs. S. Amrani-Mekki; in *RDC*, 2008, p. 231, obs. D. Mazeaud;
- Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10.350, in *RDC* 2009, p. 1359, obs. D. Mazeaud;
- Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907, JurisData n° 2014-014939;
- Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 2007, n° 05-11.405, in *Bull. civ.* I, n° 139, in *RDC*, 2007, p. 712, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.* 2007, p. 566, obs. B. Fages;
- Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-11.420, JurisData n° 2009-048750; in *RDC*, 2009, p. 1345, obs. D. Mazeaud; in *RTD civ.*, 2009, p. 719, obs. B. Fages;
- Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, in *RDC*, 2010, p. 1253, obs. O. Deshayes; *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1832, obs. D. Mazeaud; *JCP* 2010, p. 787, obs. D. Houtcieff; in *JCP E*, 2010, p. 1790, obs. Stoffel Munck; in *Contr. conc. cons.*, 2010, comm. n° 220, obs. Leveneur;
- Cass. com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, in *D.* 2015, p. 1204, p. 2530, obs. N. Dorandeu;
- Cass. com., 7 avr. 2009, n° 08-12.192, in *Bull. civ.* IV, n° 54;
- Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2016, n° 15-12.360, in *D.*, 2016, p. 1076;
- Cass. Com., 10 déc. 2013, n° 12-23.115, in *D.*, 2014, p. 893, obs. D. Ferrier; in *RTD civ.*, 2014, p. 109, obs. H. Barbier;
- Cass. com., 24 juin 2014, n° 12-27.908, in *JCP G*, 2014, p. 1337, note J. Ghestin; in *AJCA*, 1 octobre 2014, n° 7, p. 280, obs. J. Dubarry; in *D.*, 2014, p. 2488, obs. N. Dorandeu; in *RTD civ.*, 2014, p. 884, obs. H. Barbier;
- Cass. com., 11 mars 2014 n° 12-29.820, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028734659>;
- Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, in *D.* 2014, p. 1915, note D. Mazeaud; in *AJCA*, 2014, p. 78, obs. J. Dubarry;
- Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.453, JurisData n° 2014-005362; in *JCP G* 2014, p. 1116, note J. Ghestin;
- Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20103, P+B+R+I;

Cass. soc., 21 sept. 2017, n° 16-20104, P+B+R+I;

Cass. soc., 9 janv. 2019, n° 17-22.788, in www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000038069952&fastReqId=1293260198&fastPos=1;

Cass. 3° civ., 6 déc. 2018, n° 17-21.170, PB; in *D.*, 2019, p. 300, note M. Mekki; in *AJ Contrat*, 2019, p. 94, obs. D. Houtcieff;

Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2018, n° 17-15.620, PB; in *D.*, 2018, p. 1156, obs. F. Vialla;

Cass., 28 agosto 1952, n. 2781, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 178;

Cass., 13 giugno 1957, n. 2213, in *Rep. Foro it.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 147;

Cass., 14 marzo 1961, n. 565, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 991; Cass. 7 aprile 1971, n. 1025, in *Giust. civ.*, 1971, I, p. 1796.

Cass., 29 aprile 1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962, I, c. 765, con nota di G. Cevolotto.

Cass., 10 febbraio 1970, n. 325, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 264;

Cass., 2 luglio 1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 263;

Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 56.

Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, in *Giust. civ.*, 1982, II, 1, p. 2411;

Cass., 7 giugno 1991, n. 6452, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 5 aprile 1993, n. 4063, in *Foro it.*, 1994, I, c. 136;

Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2489, con nota di F. Caringella;

Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 478, con nota di A. Ciaffi;

Cass., 20 settembre 1995, n. 9975 in *Giur. comm.*, 1997, II, p. 50, con nota di V. Buoncuore;

Cass., 14 maggio 1998, n. 4891, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 72 ss., con nota di G. Conte;

Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2186, con nota di E. Filograna;

Cass., 16 luglio 2002, n. 10276, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 29 settembre 2004, n. 19601, in *Foro it.*, 2005, 1, c. 2434;

Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1071, con nota di R. Simone e C. Lanzani;

Cass., 19 maggio 2005, n. 10598, in *Contratti*, 2005, p. 1004;

Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718, con nota di F. Rolfi;

Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur. it.*, 2008, p. 1133, con nota di B. Izzì;

Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con note di V. Roppo; F. Bonaccorsi; in *Corr. giur.*, 2008, p. 223, con nota di V. Mariconda; in *Società*, 2008, p. 449, con nota di V. Scognamiglio; in *Contratti*, 2008, p. 221, con nota di V. Sangiovanni;

Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 998 ss., con nota di M.G. Salvadori; in *Contratti*, 2009, p. 986 ss. con nota di F. Toschi Vespasiani; in *Notariato*, 2010, p. 40 ss., con note di A. Chianale; U. La Porta;

Cass., 15 giugno 2009, n. 13869, in *Notariato*, 2010, p. 271, con nota di M. Malvano;

Cass., 10 settembre 2009 n. 19557, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448, con nota di C. Di Leo;

Cass., 4 gennaio 2010, n. 11, in *Contratti*, 2010, p. 371.

Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, in *Danno e resp.*, 2010, p. 642;

Cass., 11 maggio 2010, n. 11371, in *Giur. it.*, 2011, p. 798 ss., con nota di G. Rispoli;

Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 21 aprile 2011, n. 9263, in *Contratti*, 2011, p. 705;

Cass., 19 luglio 2011, n. 15848, in *Foro it.*, I, c. 2643 ss., con nota di V. Ferrari;

Cass., sez. un., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 298 ss., con nota di V.C. Romano;

Cass. pen., 21 dicembre 2011, n. 47421, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Corr. giur.*, 2013, p. 767 ss., con nota di V. Sangiovanni.

Cass., 25 maggio 2012, n. 8312, in *banca dati Pluris*;

Cass., ord., 21 giugno 2012, n. 10376, in *Contratti*, 2013, p. 131, con nota di R. Natoli;

Cass., 20 settembre 2012, n. 15934, in *Contratti*, 2012, p. 927;

Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, p. 149, con nota di Fabiani.

Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contratti*, 2013, p. 1105, con nota di F. Savasta;

Cass. 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 28 febbraio 2013, n. 5050, in *Imm. e proprietà*, 2013, p. 327;

Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, p. 886, con nota di M. Gazzara;

Cass., 25 marzo 2013, n. 7479, in *Contratti*, 2013, p. 248;

Cass., 19 aprile 2013, n. 9640, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 16 dicembre 2013, n. 28013, reperibile in *Banca dati DeJure*;

Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 712 ss.;

Cass., 13 marzo 2014, n. 5791, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 712, con nota di N. De Luca

Cass., 8 maggio 2014, n. 9996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1099;

Cass., 30 giugno 2014, n. 14799, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 17 ottobre 2014, n. 22045, in *Fallimento*, 2015, p. 435, con nota di P. Vella;

- Cass. 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Danno e resp.*, 2015, p. 592, con note di P. Laghezza; R. Fornasari
- Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1069, con note di A. Di Majo; G. Palermo; in *Riv. not.*, 2015, 597, con nota di C. Cicero; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 609, con nota di G. Buset; in *Contratti*, 2015, p. 550, con nota di V. Brizzolari; in *Corr. giur.*, 2015, p. 609, con note di V. Carbone; F. Festi; in *Vita not.*, 2015, p. 813;
- Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di A. Tucci;
- Cass., 28 ottobre 2015, n. 21887, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 519, con nota di P. Bontempi;
- Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 503, con nota di M. Barcellona; in *Giur. it.*, 2016, p. 835, con nota di M. Rizzuti; in *Contratti*, 2016, p. 559, con nota di S. Foti;
- Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 361, con nota di M. Fermeglia; in *Società*, 2016, p. 725, con nota di M. Costanza;
- Cass., 30 novembre 2015, n. 24397, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852, con nota di G. Versaci; in *Società*, 2016, VI, p. 721, con nota di M. Costanza;
- Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, p. 897, con nota di L. Buonanno;
- Cass., 11 marzo 2016, n. 4825, cit.;
- Cass., 11 marzo 2016, n. 4825, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 852, con nota di S. Vernizzi; in *Danno e resp.*, 2016, p. 929, con note di M. Gazzara; V. Allavena; M. Hazan.
- Cass., 23 maggio 2016, n. 10640, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., 26 maggio 2016, n. 10942, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., 28 settembre 2016, n. 19214, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., 12 ottobre 2016, n. 20606, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., 23 novembre 2016, n. 23895, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, nn. 24645, *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 619, con nota di M. Fermeglia;
- Cass., 23 dicembre 2016, n. 26948 in *Banca dati Pluris*;
- Cass., 3 gennaio 2017, n. 37, in *Banca dati DeJure*;
- Cass., 17 gennaio 2017, n. 923, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 946, con nota di M. Capecchi; in *Notariato*, 2017, p. 142; in *Immobili e proprietà*, 2017, p. 188;
- Cass., 31 gennaio 2017, n. 2522, in *Banca dati Pluris*;
- Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1205 ss., con nota di A.M. Garofalo; in *Foro it.*, I, c. 2007 ss., con nota di F. Ferrara.
- Cass., 27 febbraio 2017, n. 4907, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Danno e resp.*, 2017, 441, con note di A. Palmieri e R. Pardolesi, S. Monticelli; L. Locatelli; F. Greco; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1383, con nota di L. Locatelli; in *Corr. giur.*, 2017, 1191, con nota di G. Facci, F.A. Magni; in *Contratti*, 2017, p. 384, con nota di U. Carnevali;

Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1388, con nota di L. Locatelli; in *Corr. giur.*, 2017, 1194, con nota di G. Facci, F.A. Magni;

Cass., 17 maggio 2017, n. 12385, in *Banca dati DeJure*;

Cass., ord., 31 maggio 2017, n. 30489, in *Banca dati Pluris*;

Cass., ord., 9 giugno 2017, n. 14444, in *Fallimento*, 2018, p. 62, con nota di I.L. Nocera;

Cass., 26 giugno 2017, n. 15840, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 28 luglio 2017, n. 18781, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1, con nota di D. Maffeis;

Cass. 31 luglio 2017, n. 19013; *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 1, con nota di D. Maffeis; in *Corr. giur.*, 2018, p. 339, con note di G. Sardo; A. Tucci

Cass., ord., 27 ottobre 2017, n. 25624, in *Giur. it.*, 2018, 2357, con nota di D. Maffeis; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 437, con nota di N. Cevolani; in *Notariato*, 2018, p. 58 ss.

Cass., ord., 13 dicembre 2017, n. 29985, in *Banca dati Pluris*;

Cass., ord., 10 gennaio 2018, n. 383, in *Banca dati Pluris*;

Cass., ord., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, c. 452;

Cass., ord., 9 marzo 2018, n. 5825, in *Fallimento*, 2018, p. 972, con nota di L.A. Bottai;

Cass., ord., 30 aprile 2018, n. 10333, in *Danno e resp.*, 2018, p. 701 ss., con nota di A. Candian.

Cass., ord., 4 maggio 2018, n. 10752, in *Fallimento*, 2018, p. 972, con nota di L.A. Bottai;

Cass., 21 maggio 2018, n. 12527, in *Banca dati Pluris*;

Cass., sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1160 ss., con nota di L. Nivarra.

Cass., 18 giugno 2018, n. 16049, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 18 giugno 2018, n. 16049, in *Banca dati Pluris*;

Cass., 4 luglio 2018, n.17498, in *Società*, 2019, p. 13, con nota di A. Busani,

Cass., ord., 4 luglio 2018, n. 17498, in *Notariato*, 2018, p. 635 ss., con nota di E. Mazzoletti; in *Giur. it.*, 2019, p. 366 ss., con nota di A. Petruzzi

Cass., 10 luglio 2018, n. 18138, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3085;

Cass., 13 luglio 2018, n. 18724, in *Società*, 2018, p. 1163, con nota di P. Giudici;

Cass., ord., 19 luglio 2018, n. 19251, in *Banca dati Pluris*;

Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Giur. it.*, 2019, p. 27 ss., con nota di F. Delfini; in *Corr. giur.*, 2019, p. 20 ss., con nota di G. Facci; in *Contratti*, p. 639, con nota di U. Carnevali; in *Danno e resp.*, 2018, p. 675 ss., con nota di R. Fornasari;

Cass., ord., 7 febbraio 2019, n. 3679, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 806, con nota di G. Fappiano;

Cass., ord., 8 febbraio 2019, n. 3863, in *Banca dati Pluris*;

Cass., ord., 20 marzo 2019, n. 7868, in *Giur. it.*, 2019, p. 1309 ss., con nota di A. Di Majo;

CGUE, 20 settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e.a. v. Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, in *Corr. giur.*, 2018, p. 745;

CJUE, 30 avr. 2014, C-26/13, *Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai c/ OTP Jelzálogbank Zrt*;

CGUE, 3 giugno 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros*, in *Contratti*, 2010, p. 880, con nota di A. Viglianisi Ferraro;

CJUE, 20 sept. 2018, C-51/17, in *D.*, 2018, p. 1861;

Coll. arbitr., 4 luglio 2013, in *www.dirittobancario.it.*;

Cons. Stato, 27 novembre 2012, n. 5962, in *Banca dati Pluris*;

Conseil d'État, 29 décembre 2000, in *Recueil Dalloz*, 2001, 1265, con nota di LAMBERT-FAIVRE, in *Rev. gén. dr. ass.*, 2001, 97, con nota di VINCENT.

Corte cost., 18 febbraio 2010, n. 52, *Foro it.*, 2010, 12, I, c. 3263; in *Contratti*, 2010, p. 1109, con nota di A.M. Benedetti;

Cour d'Appel de Paris, 4 juill. 2013, n° 12/07651, *JurisData* n° 2013-015022;

Cour d'Appel de Versailles, 31 oct. 1997, in *D.*, 1998, p. 10; in *RTD civ.* 1998, p. 421, obs. P. Crocq; in *Banque et droit*, 1999, p. 49, obs. F. Jacob ;

Cour d'Appel Paris, pôle 5, ch. 11, 28 sept. 2012, n° 10/23553 : *JurisData* n° 2012-023775;

Cour d'appel de Bourges, 11 octobre 2012, n° 12/00427, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Bourges/2012/RB2C0CC726E98CB6FEE89>;

Cour d'appel de Nancy, 14 février 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7;

Cour d'Appel de Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R6C3449A5BD41D1903E52>;

Cour d'appel de Paris 7 juin 2013, n° 11/08674, in *RTD com.* 2013, p. 500, obs. M. Chagny; in *CCC* 2013, comm. 208, note N. Mathey;

Cour d'appel de Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2013/R5C21349202E210CDA3D2;

Cour d'Appel de Toulouse, 18 mars 2014, n° 12/03453;

Cour d'appel de Lyon, 20 mars 2014, n° 12/00427, www.doctrine.fr/d/CA/Lyon/2014/R621258B4415E58BAAFAB;

Cour d'appel Versailles, 20 mars 2014, n° 12/06860, *JurisData* n° 2014-007155

Cour d'Appel Paris, 1 octobre 2014, n° 13/16336, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2014/RE063A630619EE9FC6984;

Cour d'appel de Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059, in *D.* 2015, p. 943, obs. D. Ferrier; in *RTD com.* 2014, p. 785, chron. M. Chagny;

Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT0000303573

24 Cour d'appel de Nancy 14 février 2013, n° 12/00378, www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2013/RE1750E731F753402EBD7.

Cour d'appel de Paris, 6 mars 2015, n° 13/20879, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030357324;

Cour d'appel de Paris, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2015/RC640EE8D60458E8A0AAC;

Cour d'appel d'Orléans 25 février 2016, n° 15/01666, www.doctrine.fr/d/CA/Orleans/2016/R54BA990E109E234656D5;

Cour d'appel d'Aix-en-Provence 10 mars 2016, n° 15/06564, www.doctrine.fr/d/CA/Aix-en-Provence/2016/R38C120C9A4D2CE74BC04;

Cour d'appel de Grenoble, 10 mai 2016, n° 13/03121, www.doctrine.fr/d/CA/Grenoble/2016/R38B9E2CF57476350C1C0;

Cour d'appel de Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033266800;

Cour d'appel de Paris, 21 septembre 2016, n° 14/06802, www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2016/R2FF2E080E44F1E4ABED4;

Cour d'Appel Grenoble, 15 juin 2017, n° 15/04102, *JurisData* n° 2017-012710;

Cour d'appel de Paris, 4 octobre 2017, n° 16/06674, in *RDC* 2017, 4, p. 53, comm. C. Grimaldi;

Cour d'Appel Paris, 16 févr. 2018, n° 16/05737, in *LEDICO*, avril 2018, p. 5; obs. G. Toulouse;

Cour d'appel de Paris, 3 juillet 2019, n° 17/21047, in *lextenso.fr*;

Lodo Arbitrale Milano, 28 luglio 2016, in *Giur. comm.*, 2018, II, p. 326 ss., con nota di T. Tomasi;

Lodo arbitrale Bologna, 10 febbraio 2017, in www.ilcaso.it;

OLG Hamburg, 8 luglio 2015, 11 U 313/13, consultabile al sito <http://dejure.org>.

OLG München, 8 maggio 2009, 25 U 5136/08, consultabile al sito <http://dejure.org>.

Trib. Com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, in *RTD com.* 2015, p 483 note M. Chagny;

Trib. com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *RTD com.* 2015, p. 483, note M. Chagny;

Trib. Paris, 27 juin 1970, in *JCP*, 1970, II, 16756, obs. Boubli;

Trib. Paris, 27 juin 1970, *JCP*, 1970, II, 16756, con nota di Boubli

Trib. Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674, in *RTD com.*, 2013, p. 500, obs. M. Chagny; in *CCC*, 2013, comm. 208, note N. Mathey;

Tribunal de commerce de Paris 12 décembre 2013, n° 11/18274, in *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais ;

Tribunal de commerce de Paris 12 décembre 2013, n° 11/18274, *RDC* 2014, p.411, obs. M. Behar-Touchais;

Tribunal de grande instance de Paris, 4^e ch., 1^{re} sect., 27 juin 2017, n° 17/07192, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff;

Trib. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017/050625, in *D. actualité*, 12 sept. 2019, note C.-S. Pinat;

App. Bari, 13 marzo 2018, in *Banca dati Pluris*; Trib. Velletri, 20 marzo 2018, in *Banca dati Pluris*;

App. Bologna 11 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*;

App. Brescia, 8 ottobre 2018, n. 1568, in *dirittobancario.it*;

App. Campobasso, 7 luglio 2016, reperibile in *Banca dati Pluris*;

App. Genova 21 febbraio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 648, con nota di G. Schiavone;

App. Milano 18 settembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 278, con nota di A. Tucci;

App. Milano 25 maggio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, p. 443, con nota di G. Berti de Marinis;

App. Milano, 17 settembre 2014, cit., e già Cass., 29 ottobre 1994, n. 8927, in *Notariato*, 1995, p. 244, con nota di U. La Porta;

App. Milano, 17 settembre 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 898, con nota di P. Riganti; in *Società*, 2015, p. 555, con nota di E. Bonavera; in *Contratti*, 2015, p. 999, con nota di C. Palomba;

App. Milano, 18 settembre 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 278, con nota di A. Tucci; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 206, con nota di L. Ballerini; in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 295, con nota di R. Di Raimo;

App. Milano, 19 febbraio 2016, in *Contratti*, 2016, p. 691, con nota di A.M. Perrino;

App. Milano, 25 settembre 2018, n. 4242, in *Contratti*, 2019, con nota di G. Orefice; in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, p. 546, con note di A. Lupoi; M. Indolfi; D. Foresta;

App. Napoli, 1 ottobre 2003, in *Giur. mer.*, 2004, p. 63;

App. Napoli, 3 marzo 2010, disponibile su *ilcaso.it*;

App. Salerno, 25 gennaio 2010, reperibile in *Banca dati DeJure*;

App. Salerno, 30 settembre 2009, in *Contratti*, 2009, p. 1015;

App. Torino, 14 luglio 2016; Trib. Napoli, 20 giugno 2016; Trib. Milano 23 agosto 2016, tutte reperibili in *DeJure*;

App. Torino, 27 luglio 2016, in *Banca dati Pluris*.

App. Trento 3 giugno 2013, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 62 con nota di C. Robustella;

App. Trieste, 28 maggio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 232, con nota di V. Cusumano;

App. Trieste, 29 giugno 2015, inedita;

App. Trieste, 9 novembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, p. 1544, con nota di M. Rizzuti;

Trib. Milano 23 aprile 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, sez. II, c. 337;

Trib. Milano, 23 aprile 1990, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, c. 669);

Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 163;

Trib. Bari, ord., 15 luglio 2010, in *Contratti*, 2011, p. 244, con note di G. Orefice; A. Pisapia.

Trib. Parma, 22 settembre 2004, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 179, con nota di G. Liace;

Trib. Bari, 8 giugno 2006, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Roma, 15 giugno 2006, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Rimini, 21 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 353, con nota di E. Sabatelli;

Trib. Prato, 5 marzo 2009, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Parma, 1 aprile 2009, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Vicenza, 14 aprile 2009, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Udine 13 aprile 2010, disponibile a *www.ilcaso.it*;

Trib. Milano, ord., 25 marzo 2011, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 655.

Trib. Milano, 19 aprile 2011, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, II, p. 748, con nota di E. Girino; in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 735 ss.;

Trib. Roma, 23 maggio 2011, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Ravenna, 7 novembre 2011, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Modena, ord., 23 dicembre 2011, in *Contratti*, 2012, p. 130, con nota di V. Sangiovanni;

Trib. Milano, 30 dicembre 2011, in *Giur. comm.*, II, p. 729, con nota di F. Delfini;

Trib. Milano, 8 febbraio 2012, disponibile a *www.ilcaso.it*;

Trib. Terni, 8 febbraio 2012, in *www.dirittobancario.it*;

Trib. Pisa, 15 marzo 2012, in *Contratti*, 2012, p. 1013;

Trib. Orvieto, 12 aprile 2012, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, p. 700;

Trib. Lucera, 26 aprile 2012, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Monza 14 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Monza 17 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Monza, 17 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Pescara, 24 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Massa, 31 dicembre 2012, disponibile su *ilcaso.it*;

Trib. Salerno, 2 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Ravenna 8 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Paris, pole 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n° 11/17941, JurisData n° 2013-019306;

Trib. Milano, ord., 25 settembre 2013, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 438 ss., con nota di F. Caputo Nasseti;

Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, in *Banca borsa tit. cred.*, p. 368, con nota di A. Tucci.

Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in *Contratti*, 2014, p. 1012, con nota di M. Indolfi;

Trib. Trieste, 7 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, p. 1613 ss., con nota di E. Gabrielli;

Trib. Verona, 26 maggio 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 733, con nota di F. Accettella;

Trib. Milano, 16 giugno 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 1098 ss., con nota di A. Tina.

Trib. Cosenza 18 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Paris, 29 oct. 2014,

Trib. Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, in *D.* 2015, p. 943, obs. D. Ferrier; in *AJCA* 2015, p. 39, obs. C. Pecnard; in *RTD com.*, 2014, p. 785, chron. M. Chagny.

Trib. Milano 28 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Milano, decr., 22 dicembre 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 84, con nota di E. Spolidoro.

Trib. Milano, 16 maggio 2015, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 177;

Trib. Milano, 16 giugno 2015, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Firenze, 16 luglio 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 721; Trib. Milano, 3 ottobre 2013, in *Società*, 2014, p. 688, con nota di A. Del Bianco e D. Proverbio.

Trib. Verbania 23 luglio 2015, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Treviso 26 agosto 2015, in *www.ilcaso.it*;

Trib. Genova, 30 novembre 2015, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Viterbo, 20 gennaio 2016, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Pisa, 25 febbraio 2016, reperibile in *Banca dati DeJure*;

Trib. Bologna, 8 giugno 2016, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Monza, 16 giugno 2016, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Genova, 25 giugno 2016, n. 2234 in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 49;

Trib. Milano, 9 giugno 2016, in *Insurance Daily*, 29 giugno 2016, con nota di Martini

Trib. Milano, 7 luglio 2016, cit.;

Trib. Milano, 7 luglio 2016, in *Banca dati DeJure*; Trib. Milano, 9 marzo 2016, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Livorno, 27 luglio 2016, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Milano, 13 settembre 2016, in *Giur. comm.*, 2017, II, p. 431, con nota di F. Caputo Nasseti;

Trib. Prato 13 gennaio 2017, in *Banca dati DeJure*, 2017;

Trib. Bologna, 14 febbraio 2017, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Bologna, 8 marzo 2017, in *Banca dati Pluris*; 2017;

Trib. Ragusa, 8 marzo 2017, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Parma, 15 ottobre 2019, in *Banca dati Giuraemilia*;

Trib. Parma, 21 aprile 2017, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Parma, 22 maggio 2017, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Roma 5, giugno 2017, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Cuneo, 26 luglio 2017, n. 788, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 49 ss.;

Trib. com. Paris, 19^e ch., 4 oct. 2017, n° 2017025630, in *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2018, p. 32, obs. D. Houtcieff;

Trib. Roma, 19 ottobre 2017, in *Giur. it.*, 2018, p. 1136 ss., con nota di M. Tabellini; in *Società*, p. 543 ss., con nota di P. Divizia.

Trib. Bologna, 18 gennaio 2018, n. 189, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 399, con nota di M. Turci, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p. 22 ss;

Trib. Milano, 9 marzo 2018, cit.;

Trib. Milano, 9 marzo 2018; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1381, con nota di G. Calabrese;

Trib. Modena 28 maggio 2018, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Modena 28 maggio 2018, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Bologna 3 luglio 2018, in *Banca dati Dejure*;

Trib. Latina, 4 luglio 2018, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Potenza, 25 luglio 2018, in *Banca dati Pluris*;

Trib. Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Bologna, 29 novembre 2018, in *Banca dati Dejure*;

Trib. Milano, 8 gennaio 2019, in *Banca dati Dejure*;

Trib. Siena, 26 febbraio 2019, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Torino, 10 maggio 2019, in *Banca dati Dejure*;

Trib. Mantova, 18 giugno 2019, in *Banca dati DeJure*;

Trib. Milano, 20 gennaio 2020, inedita;

Trib. Milano, 15 novembre 2019, in *Banca dati Pluris*;

RINGRAZIAMENTI

Il presente lavoro è il frutto di un percorso di ricerca, svolto nel corso degli anni in luoghi differenti, che ha beneficiato di innumerevoli stimoli che richiamare qui con completezza sarebbe impossibile.

Desidero innanzitutto ringraziare il prof. Massimo Franzoni e la prof.ssa Rita Rolli, miei primi Maestri, che hanno supervisionato con grande disponibilità e costanza il mio lavoro di ricerca, per gli innumerevoli confronti, riflessioni e consigli, oltre che per il supporto fornito nel corso del suo svolgimento.

Desidero particolarmente ringraziare la prof.ssa Manuella Bourassin, che ha accettato di dirigere il mio lavoro di ricerca e mi ha fornito preziosi suggerimenti ed indicazioni nel corso dei nostri numerosi confronti, oltre che per il supporto fornito nella realizzazione della cotutela con l'Université Paris Nanterre.

Ringrazio infine il prof. Marc Pichard ed il prof. Olivier Deshayes per i suggerimenti ed i consigli sul mio lavoro di ricerca, oltre che per l'accoglienza presso il *Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique* ed il coinvolgimento nelle sue attività.

