

# IL DIRITTO DEI CONTRATTI NELLO SPECCHIO DELLA CONTEMPORANEITÀ\*

di LUIGI BALESTRA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ampliamento dell'area di incidenza dell'autonomia contrattuale. – 3. (*Segue*). Sulla c.d. perdita di incisività. – 4. La giustizia contrattuale. – 5. A mo' di conclusione.

## 1. PREMESSA

La riflessione può prendere le mosse dalla profonda disarticolazione e frammentazione connotanti ormai da tempo la realtà socio economica, con un aumento vertiginoso del grado di complessità dell'esperienza. La teoria della complessità, elaborata nel campo delle scienze matematiche, si è progressivamente affermata in altri settori di studio – basti pensare alle scienze cognitive e sociali – proponendosi, ineluttabilmente, alla riflessione del giurista chiamato a interrogarsi sul ruolo dello *ius positum* in una società complessa<sup>1</sup>. La complessità, a volerla regolamentare, reca con sé la segmentazione della disciplina giuridica, resa necessaria dall'esigenza di diversificazione che essa sottende. L'esistenza, già da tempo sottolineata, di statuti plurimi, così come la necessità di declinare gli istituti giuridici e le categorie al plurale, altro non costituisce se non la presa d'atto della profonda complessità che in seno alla realtà sociale si agita, nonché dell'inadeguatezza di ogni tentativo di ridurre le regole e il discorso a un sistema di deduzioni via via riconducibili ad assiomi tra loro coerenti<sup>2</sup>.

---

\* Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Pasquale Stanzone*.

<sup>1</sup> FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, p. 207 ss.; osserva SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 147 ss., che la complessità, immanente alla condizione storica dell'uomo, è stata eletta, dopo esser stata messa da parte dalla modernità, a categoria madre dalla postmodernità.

<sup>2</sup> Questo non significa, tuttavia, che in tal modo debba essere archiviato il fondamentale ruolo ordinante del diritto positivo il quale, come ben è stato posto in luce, nel fungere da momento ordinatore della complessità sociale, si atteggia esso stesso a realtà complessa; complessità che si dipana in una duplice prospettiva, quella

In un quadro di tal genere, il riferimento al contratto *tout court* restituisce un'immagine sfocata, inidonea a consentire qualsivoglia processo di identificazione dell'oggetto che si intende fotografare, in guisa che si rende necessario ricorrere a elementi integrativi con valenza aggettivante<sup>3</sup>. Una delle qualificazioni utilizzabili – in quanta dotata di una siffatta forza specificante al cospetto della categoria contrattuale, per lo meno per quel che concerne la possibilità di comprendere profondità e tempi dei mutamenti in atto – può rinvenirsi nell'aggettivo mobile<sup>4</sup> <sup>5</sup>. La mobilità – figura che venne utilizzata, alcuni lustri or sono, al fine di tratteggiare la profonda evoluzione che stava caratterizzando la responsabilità civile con specifico riferimento al sintagma danno ingiusto<sup>6</sup> – vuole esprimere l'idea di un percorso, di un cammino in atto, connotato da incertezze e nuove acquisizioni, da salti in avanti e *revirements*.

L'immagine che è possibile cogliere, se ci si pone nella prospettiva dell'autonomia contrattuale, è per l'appunto quella di una figura connotata da frontiere estremamente cangianti. Immagine che può essere riassunta attraverso una formula dotata di non comune efficacia evo-

---

substantiale dei bisogni e degli interessi aventi rilevanza e quella formale dei modi attraverso i quali essi si manifestano sul piano sociale, nonché degli strumenti con cui si perviene a dotarli di protezione giuridica: acutamente FALZEA, voce *Complessità giuridica*, cit. p. 213; v. tuttavia GROSSI, *Dalle "clausole" ai "principi": a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 10, per il quale la maturata sfiducia nei confronti del legislatore e della legge, in ordine alla capacità di regolare la complessità giuridica, decreta l'emersione dell'importanza del momento interpretativo; sul ruolo creativo della giurisprudenza riflette LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 15 ss.

<sup>3</sup>Cfr. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 150 s., il quale, dando atto che la categoria contrattuale ha progressivamente perso la sua valenza unitaria, afferma che «il riferimento al contratto assume una persistente ambiguità, da un lato necessitando di un'aggettivazione o di una specificazione per intenderne l'ambito applicativo, dall'altro imponendo una verifica delle modalità con le quali istituti originariamente destinati ad un'applicazione indifferenziata (dagli elementi di struttura ai rimedi) vanno invece di volta in volta dimensionati o differenziati».

<sup>4</sup>A sua volta è lo stesso diritto ad essere mobile e flessibile, una volta preso atto che le regole si formano e salgono dal basso e «come tali trovano riconoscimento quale diritto vivente a livello di attuazione spontanea dei consociati o di conseguente applicazione giurisprudenziale (...): SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 170.

<sup>5</sup>Nel trattare della nullità PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, p. 3 nonché p. 85 s., parla di una *Baustelle*, di una categoria ormai divenuta «una *provincia autonoma* del diritto civile. Una provincia dai confini mobili e incerti (...)».

<sup>6</sup>GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 1 ss., ove si proponeva l'immagine di un universo in espansione.

cativa: l'autonomia contrattuale, nei tempi più recenti, ha guadagnato in estensione ma ha perso in incisività<sup>7</sup>.

## 2. L'AMPLIAMENTO DELL'AREA DI INCIDENZA DELL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

L'estensione ha riguardato territori in passato assolutamente impermeabili rispetto all'esplicazione dell'autonomia contrattuale. In primo luogo il diritto di famiglia, in relazione al quale forme di negozialità furono inizialmente teorizzate attraverso una perimetrazione quanto mai rigorosa, che si esprimeva nel concepire i negozi familiari come personalissimi, formali, nominati e legittimi<sup>8</sup>. Se è vero che la riforma del diritto di famiglia ha decretato l'emersione di ampi spazi riservati all'autonomia privata (basti pensare alla fondamentale norma dell'art. 144 c.c.)<sup>9</sup>, in epoca contemporanea il quadro di riferimento appare ulteriormente e significativamente mutato. Quel pudore che, giusta le perspicue riflessioni della dottrina<sup>10</sup>, veniva indicato come la ragione dell'utilizzo di una terminologia differente rispetto a quella di stampo dichiaratamente contrattuale, si è progressivamente stemperato. Non incontra più ostacoli il richiamo diretto all'autonomia contrattuale, la quale ha ormai acquisito pieno diritto di cittadinanza nel contesto delle relazioni familiari. Sicché ben può affermarsi – solo per fare un esempio – che l'accordo dei coniugi in sede di separazione o di divorzio (anche quando sia il frutto di precisazioni congiunte in un procedimento contenzioso) abbia natura negoziale, e talora dia vita ad un vero e proprio contratto, di modo che è alla disciplina contrattuale che occorre guardare ogniqualvolta vi sia la necessità di attingere alla normativa legale<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> CATAUDELLA, *I contratti*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2014, p. 15.

<sup>8</sup> SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. giur.*, 1945, ora in *Saggi di diritto civile*, 1961, Napoli, p. 381 ss.

<sup>9</sup> Sul ruolo dell'autonomia privata nel diritto di famiglia e sui relativi limiti di esercizio hanno riflettuto, tra gli altri, DORIA, *Autonomia privata e causa familiare*, Milano, 1996; ANGELONI, *Autonomia privata e poteri di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 212 ss.; OBERTO, *Contratto e famiglia*, in *Trattato del contratto* a cura di ROPPO, VI, Milano, 2006, 107 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 77 ss.; AMAGLIANI, *Appunti su autonomia privata e diritto di famiglia: nuove frontiere della negozialità*, in *I contratti*, 2014, p. 582 ss.

<sup>10</sup> RESCIGNO, *Premessa*, in *Tratt. contr.*, diretto da Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, Torino, 2006, p. XXXI.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. 20 agosto 2014, n. 18066, in *Corriere Giur.*, 2015, p. 777, con nota di Galisai.

Parimenti interessanti sono le sollecitazioni provenienti dal diritto delle successioni, tradizionalmente ancorato all'idea, granitica, dell'incompatibilità dello strumento contrattuale con il fenomeno della devoluzione ereditaria. Una siffatta impostazione si è, nondimeno, progressivamente scontrata con l'esigenza, sempre più avvertita, di un'organizzazione anticipata della vicenda successoria mediante un accordo. Gli equilibri familiari, il numero dei possibili chiamati all'eredità e l'età dei medesimi, il difficile gioco dei sentimenti, la variegata composizione del patrimonio, le vicende familiari contingenti, sono tutti elementi che, intrecciandosi, sovente palesano una vera e propria necessità affinché la regolamentazione della successione sia il frutto di una condivisione e, dunque, di un accordo vincolante tra il titolare del patrimonio e coloro i quali gli succederanno<sup>12</sup>. Un riconoscimento legislativo della possibilità di dar vita a un contratto, al momento, si è avuto con riguardo ai beni d'impresa, attraverso una disciplina – quella dettata dagli artt. 768-*bis* c.c. e ss.<sup>13</sup> – che denota la maturata consapevolezza circa la necessità di guardare all'azienda e alle partecipazioni societarie come a beni rispetto ai quali il profilo produttivo, nelle molteplici componenti coinvolte, assume un rilievo preponderante, tale da giustificare una peculiare regolamentazione.

L'autonomia contrattuale ha eroso significativi spazi un tempo di pertinenza esclusiva della responsabilità civile. La prepotente affermazione della teoria del contatto sociale – ormai recepita dalla giurisprudenza da quasi quattro lustri sulla scorta dell'elaborazione dottrinale<sup>14</sup> – configurabile ogniqualvolta in cui, pur mancando un obbligo contrattuale in ordine all'osservanza di un determinato comportamento, sussista tra danneggiante e danneggiato un rapporto socialmente tipico e qualificato, tale da escludere che detta relazione possa essere inquadrata nell'alveo del generico divieto del *neminem laedere*, si inserisce nel solco di una tendenza alla contrattualizzazione di quelle relazioni che, dal punto di vista sociale, si connotano per un'intensità del legame tale da decretare il sorgere di obblighi di salvaguardia, in capo a colui che esegua una prestazione, anche nei confronti di soggetti diversi dal

---

<sup>12</sup> BALESTRA-MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, in *Tratt. dir. succ. e don.*, diretto da Bonilini, I, Milano, 2009, p. 66.

<sup>13</sup> Questo a prescindere dalla possibilità di concepire il patto di famiglia alla stregua di un contratto successorio attraverso un differimento al momento della morte del trasferimento: cfr. BALESTRA-MARTINO, *Il divieto dei patti successori*, cit., p. 152 ss.; nonché BALESTRA, *Il patto di famiglia ad un anno dalla sua introduzione* (parte prima), in *Questa rivista*, 2007, p. 732 ss.

<sup>14</sup> Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.

creditore della prestazione medesima<sup>15</sup>. La responsabilità da contatto sociale sta assumendo tali dimensioni nelle applicazioni giurisprudenziali (al punto che è servita, in modo per certi versi contraddittorio, altresì a fondare ipotesi di responsabilità extracontrattuale da illecito omissivo), da indurre a denunciare il pericolo che, per dare spazio a quelle che sono state definite «percezioni diffuse» dei giudici, vi sia uno scollamento dalle regole<sup>16</sup>.

Tra i settori del diritto privato che hanno conosciuto un vistoso ampliamento del grado di incidenza dell'autonomia contrattuale va annoverato il diritto societario. La riforma d'inizio millennio, sotto la spinta dell'influenza del pensiero liberista<sup>17</sup>, ha sensibilmente ampliato i margini di autonomia riconosciuti ai componenti la compagine sociale, mediante l'introduzione di un diritto delle società di capitali a larghi tratti dispositivo<sup>18</sup>. Al punto che lo stesso principio di tipicità delle so-

---

<sup>15</sup> BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 70 s. e p. 179 s.

<sup>16</sup> Cfr. ZACCARIA, Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts (*la resistibile ascesa del «contatto sociale»*), in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 77 ss. in part. p. 107; fortemente critico nei confronti di questa posizione CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, rist. emend., p. 128 ss. in part. 133 ss.

<sup>17</sup> Per i termini del dibattito v. COTTINO-WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, III, Padova, 2004, p. 56 ss.

<sup>18</sup> Il dibattito seguito all'adozione della riforma societaria è stato quanto mai denso: cfr., tra gli altri, d'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». Ovvero: *esiste ancora il diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 34 ss., ove – dopo aver constatato che l'autonomia privata la farebbe da padrone nelle società chiuse mentre, allo scopo di tutelare il risparmio diffuso, una certa dose di norme imperative caratterizzerebbe le società aperte – si mette in luce la portata rivoluzionaria dell'innovazione, poiché le norme imperative sarebbero volte non già a soddisfare esigenze di tutela dei terzi, bensì a proteggere gli investitori provenienti dal risparmio diffuso: «ma questi ultimi non sono, appunto, terzi, bensì parti (o future parti) del contratto. Il pilastro basilare del diritto societario non è dunque più da collegarsi con il rilievo reale, cioè *ultra partes*, del contratto sociale, bensì con un'istanza del tutto diversa: diciamo, pressappoco, con la tutela del contraente debole, del possessore di risparmio diffuso e ignaro che cerca proficue occasioni di investimento sul mercato del capitale di rischio»; ROSSI-STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1 ss., i quali distinguono tra società che non ricorrono al mercato del capitale di rischio – rispetto alle quali l'approccio del legislatore si rivela sostanzialmente equilibrato – e società aperte, con riferimento alle quali si parla di pericolosa controriforma, tenuto conto delle linee di tendenza riscontrabili sia a livello U.E. sia nel mondo statunitense a causa dell'improponibilità di un sistema basato sulla contrattazione delle regole tra privati; SACCHI, *Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di Cian, Padova, 2004, p. 157 ss.; MONTALENTI, *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, p. 342 s.; nonché Id., *Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, cit., p. 199 s., per il quale, tuttavia, nella riforma con il contrattualismo convive un *neoistituzionalismo*.

cietà, codificato all'art. 2249 c.c., è parso ad autorevoli commentatori, all'indomani della riforma, significativamente affievolito<sup>19</sup>.

Il fenomeno si rivela ancor più interessante se si ha riguardo al governo della fase patologica dell'impresa, contraddistinta dal ricorso sempre più esteso allo strumento negoziale in veste di alternativa alla dichiarazione di fallimento. Il riferimento è non solo – e non tanto – al concordato preventivo, nel quale l'importante momento negoziale convive con un altrettanto rilevante fase pubblicistica<sup>20</sup>, ma soprattutto agli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, sulla cui natura contrattuale v'è ormai sostanziale concordanza d'opinioni<sup>21</sup>. Al punto che la legislazione più recente (art. 182-*septies l. fall.*), nel tratteggiare regole peculiari allorché l'esposizione debitoria sia principalmente nei confronti degli intermediari finanziari, utilizza istituti e regole – per vero non sempre in modo appropriato – del diritto dei contratti<sup>22</sup>.

In contesti diversi dal diritto privato, uno degli esempi maggiormente significativi concerne il diritto amministrativo. Lo strumento contrattuale, è noto, viene sovente utilizzato anche della pubblica amministrazione (la quale così agisce *iure privatorum*), ancorché il suo

<sup>19</sup> D'ALESSANDRO, «*La provincia del diritto societario inderogabile (ri)determinata*». Ovvero: esiste ancora il diritto societario, cit., in part. p. 37 ss. in part. p. 41, ove si parla di «rilassamento della tipicità» cui è in qualche modo correlato «il rilassamento dei controlli sulla conformità appunto al tipo»; seguito da PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Le società*, 2003, p. 261; v. anche ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, 1, Torino, 2006, p. 95.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 149, con nota di Fabiani, ove da un lato infatti si sostiene che l'obiettivo del concordato preventivo, consistente nella composizione della crisi mediante una procedura flessibile, «può trovare soddisfacente attuazione (...) soltanto se adeguatamente valorizzati i profili negoziali della stessa», mentre dall'altro si afferma come nella disciplina «siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia»; v. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corriere giur.*, 2013, p. 383 ss. V. anche PAGNI, *Del controllo del tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento)*, *ivi*, 2013, p. 641 ss.

<sup>21</sup> BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2014, I, p. 283 ss.

<sup>22</sup> BALESTRA, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica: peculiarità, deroghe e ambiguità*, in *Corriere giur.*, 2016, p. 449 ss.

impiego sia presidiato da regole differenti, rispetto a quelle operanti allorché ad agire sia un privato, e ciò in ragione del fatto che l'attività negoziale è comunque deputata a perseguire interessi facenti capo alla collettività amministrata.

Gli elementi di novità sono rappresentati dal fatto che, con il trascorrere degli anni, si è assistito a un progressivo incremento dell'utilizzo del meccanismo convenzionale nello svolgimento dell'attività amministrativa, nella convinzione che gli strumenti fondati sul consenso, espressione di un accordo con i soggetti privati coinvolti, siano da preferire – in quanto idonei ad attenuare i conflitti in ordine alla realizzazione degli interessi perseguiti dalla pubblica amministrazione – rispetto all'imposizione della volontà dell'ente. Il ricorso a moduli convenzionali nell'esercizio dell'attività amministrativa, già da tempo contemplato ed ampiamente diffuso nel contesto di specifiche normative di settore compendianti peculiari tipologie di procedimenti (si pensi, in ambito urbanistico, alle convenzioni di lottizzazione, ovvero, in tema di espropriazione per pubblica utilità, alla cessione volontaria del bene espropriando) ha finito per ricevere generale riconoscimento nella nota legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>23</sup>. Si prevede infatti che, in accoglimento di osservazioni e di proposte presentate dai privati interessati, l'amministrazione procedente possa concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero – non più solo «nei casi previsti dalla legge», essendo stato quest'ultimo inciso soppresso dalla legge 15/2005 – accordi in sostituzione di quest'ultimo (art. 11, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241). Orbene indipendentemente dalla natura di detti accordi – in merito alla quale sono state prospettate opposte tesi, discettandosi alternativamente di contratti di diritto privato, di contratti di diritto pubblico, ovvero di atti bilaterali non negoziali<sup>24</sup> – il ricorso alla contrattazione, in luogo dell'esercizio del potere autoritativo, tratteggia un diverso modo di concepire il rapporto tra la pubblica amministrazione e la generalità dei consociati, esprimendo l'idea di una partecipazione

---

<sup>23</sup> SCOCA, *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2015, p. 405.

<sup>24</sup> Per la tesi contrattual-privatistica cfr. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, a cura di Cavallo, Napoli, 1993, p. 86; CORSO-TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991, p. 71 ss.; per la tesi contrattual-pubblicistica cfr. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, 5<sup>a</sup> ed., Torino, 2016, p. 396; BRUTI LIBERATI, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, p. 14; per una recisa negazione della natura contrattuale degli accordi in questione si v. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p. 167 ss.

attiva da parte di questi ultimi alle scelte amministrative che solo lo strumento contrattuale è in grado, per lo meno in modo integrale, di assecondare.

L'espansione dell'autonomia contrattuale può essere misurata anche nel contesto di un differente versante poiché, in non poche occasioni, essa – oltre alla funzione sua propria di strumento di composizione di un conflitto in una prospettiva di circolazione della ricchezza – diviene mezzo di creazione di un nuovo bene – quantunque sovente si sia in presenza di un parlare figurato, atteso che detto bene finisce per essere null'altro che un coacervo di facoltà, diritti, doveri – rinveniente la propria regolamentazione nelle pattuizioni contrattuali. Si pensi ad esempio alla multiproprietà, il cui ingresso nel nostro ordinamento, nonostante il tradizionale, ancorché non incontestato, principio di tassatività dei diritti reali, è stato reso in origine possibile sulla base di articolate ricostruzioni teoriche una delle quali, in particolare, ha fatto perno sulla creazione di un nuovo bene in senso giuridico (il contratto «non si limita più a comporre gli interessi delle parti rispetto a un bene, ma spesso concorre a determinarne la nascita, cioè a configurare un punto di riferimento oggettivo del possibile assetto di interessi che prima del contratto non esisteva»<sup>25</sup>). Eclatante il tema dei prodotti derivati, che ha assunto un notevole rilievo e impatto nel contesto dei mercati finanziari, la cui caratteristica consiste nell'incorporazione di diritti contrattuali legati all'andamento di altre variabili economico-finanziarie sottostanti, di modo che il valore di ogni prodotto dipende dall'andamento sul mercato del prezzo o del valore di un'altra grandezza finanziaria a struttura più semplice<sup>26</sup>.

Così che, in questa direzione, si apprezzano gli estremi confini lungo i quali l'autonomia delle parti può estrinsecarsi, giungendo a regolamentare un bene non già preesistente, bensì creato e reso rilevante al cospetto dell'esperienza giuridica attraverso la mediazione del contratto. Il contratto si erge dunque, nell'ambito della pervicace capacità creativa dei mercati finanziari, a strumento di creazione di nuovi beni (o, secondo un'espressione utilizzata in dottrina, di ric-

---

<sup>25</sup> LIPARI, *Il contratto come bene (Spunti di riflessione)*, in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di Pennasilico, Napoli, 2012, p. 765; *Id.*, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 123. Per una puntuale esposizione delle variegate ricostruzioni teoriche avanzate della multiproprietà si v. CONFORTINI, voce *Multiproprietà*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1990, p. 2 ss.; MORELLO, voce *Multiproprietà*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 493 ss.

<sup>26</sup> FARONI, *L'evoluzione dei mercati finanziari e la situazione italiana*, in GOURLAOUNEN, *I nuovi strumenti finanziari*, edizione italiana a cura di Faroni, Milano, 1993, p. 13 s. In argomento, si v. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, 2ª ed., Milano, 2011; GIRINO, *I contratti derivati*, 2ª ed., Milano, 2010; MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, V, Torino, 2010, p. 353 ss.

chezza assente, capace di trascolorare in ricchezza inesistente, così come accade in tutte quelle operazioni realizzate appunto mediante i contratti derivati <sup>27</sup>).

### 3. (SEGUE). SULLA C.D. PERDITA DI INCISIVITÀ

L'autonomia contrattuale, nondimeno, ha perso in incisività, avendo visto erosa la capacità di disegnare il contenuto contrattuale. Il riferimento è innanzitutto al fenomeno del costante incremento delle norme imperative, decretato dalle riforme degli ultimi lustri con riferimento a singoli tipi contrattuali (agenzia, deposito in albergo, interessi usurari, fideiussione) <sup>28</sup>. Senza poi contare i numerosi fenomeni di nullità relativa che, nel dar luogo a quella che è stata definita un'anomalia (un caso di empirismo legislativo) – vera e propria ipotesi di frantumazione – al cospetto delle categorie logico-sistematiche sedimentatesi nella tradizione, ha fatto sì che la nullità si sia sempre più venuta atteggiando quale rimedio per liberarsi dal vincolo <sup>29</sup>.

Nella convinzione che l'autonomia contrattuale rifletta un concetto dai confini cangianti, non fosse altro per la necessità di riadattarlo a seconda dei settori di esplicazione, la dottrina non ha, d'altra parte, mancato di sottolineare come i mutamenti di straordinario rilievo avuti nei tempi più recenti debbano indurre a un ripensamento dello stesso ruolo del contratto. La forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.) è persa – non senza che al riguardo si siano levate critiche <sup>30</sup> – messa in crisi dalla possibilità di modificarne unilateralmente il contenuto <sup>31</sup>,

---

<sup>27</sup> SPADA, *La circolazione della «ricchezza assente» alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, I, p. 407 ss.; COSSU-SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente – divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, ivi, 2010, I, p. 401 ss.

<sup>28</sup> Al fenomeno in discorso fa specifico riferimento DE NOVA, *Contratto. Per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, ora in *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, p. 19 ss.

<sup>29</sup> DE NOVA, *Contratto. Per una voce*, cit., p. 21 s.

<sup>30</sup> SIRENA, *Effetti e vincolo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2006, p. 4 s.; nonché CHERUBINI, *Art. 1372 – Efficacia del contratto*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, II, Torino, 2011, p. 648 ss. in part. p. 655 e p. 660 s.

<sup>31</sup> Ad es. il *ius variandi* concesso alle banche: art. 118 TUB; con riguardo alla vendita di pacchetti turistici, la possibilità di variare il prezzo convenuto ovvero di modificare in modo significativo uno o più elementi del contratto prima della partenza: artt. 40 e 41 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79; i poteri modificativi che l'art. 33,

nonché dalle molteplici previsioni in tema di recesso, sovente utilizzato come strumento (volto ad assecondare un'esigenza c.d. di pentimento) di tutela del contraente debole<sup>32</sup>. Un ampliamento, quello delle ipotesi di recesso, che prende atto del fatto che frequentemente ci si accosta al contratto in modo poco avvertito e consapevole, ciò che peraltro induceva in passato autorevole dottrina a rivolgere un ammonimento nei confronti dell'utilizzo (sprovvaduto) dello strumento negoziale: «il negozio giuridico, per la sua rilevanza sociale e per il suo carattere impegnativo, è uno strumento pericoloso, da non mettere in opera se non a ragione veduta: tanto più quando, per l'indole che ha normalmente, non consenta pentimenti o ritorni»<sup>33</sup>.

Tali mutamenti non possono comunque condurre a obliterare lo spazio e il rilievo attribuito alle regole dispositive e a quelle suppletive, nella convinzione che solo un sistema dalle maglie sufficientemente larghe sia in grado di consentire un'adeguata corrispondenza dello schema formale alla realtà dell'operazione economica che si intende disciplinare. In questa direzione si muove altresì il diritto europeo dei contratti<sup>34</sup>, eccezion fatta per quello dedicato ai consumatori, nella convinzione che un sistema di norme derogabili sia meglio in grado di impedire che l'esigenza di omogeneità frustri, senza apprezzabili ragioni, le specificità dei singoli contesti economici in cui le regole uniformi sono destinate a trovare applicazione.

Nel più generale quadro della complessità che pervade il fenomeno contrattuale, non può peraltro tacersi come la distinzione tra norme imperative e norme dispositive, in origine nitida, risulti in epoca contemporanea ulteriormente offuscata dal fenomeno delle cosiddette norme dispositive a derogabilità condizionata (o semidispositive). Un esempio può esser tratto dalla normativa sui ritardi nei pagamenti nel-

---

comma 3°, lett. b) e comma 4°, cod. cons. attribuisce al professionista in relazione al contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari stipulato con il consumatore.

<sup>32</sup> DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, ora in *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., p. 230 ss., p. 246 ss., p. 256. Sul punto cfr. anche ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, ora in *Il contratto del duemila*, 3a ed., Torino, 2011, p. 68, p. 72 s., p. 85, ove si sottolinea la notevole attenuazione della forza di legge del contratto provocata dall'introduzione delle numerose previsioni tese ad accordare recessi di pentimento al consumatore (oltre che dal «diligere delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza»).

<sup>33</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, in *Trattato dir. civ. ital.*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 109.

<sup>34</sup> GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss.

le transazioni commerciali ove, nel contesto di una regolamentazione che dà luogo a una costante tensione tra autonomia e limiti, si prevede la possibilità di accordarsi sulla data di pagamento o sulle conseguenze del ritardo nel pagamento, apportando deroghe alla disciplina ivi contemplata; e, purtuttavia, le anzidette deroghe non possono spingersi oltre certi limiti di modo che, qualora le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori, al risarcimento per i costi di recupero, si rivelino gravemente inique per il creditore, esse sono colpite dalla sanzione di nullità<sup>35</sup>. La sanzione di nullità in relazione a profili di regolamentazione che comunque ammettono l'esplicazione dell'autonomia contrattuale in deroga alla regola di *default* introdotta legislativamente, rappresenta un fenomeno cui guardare con un certo interesse in quanto pone in luce come la derogabilità insita nelle norme dispositive possa atteggiarsi con gradazioni ed elasticità differenti.

#### 4. LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE

Tra i temi maggiormente dibattuti vi è quello della giustizia contrattuale e, quindi, della conformità dei contenuti – tradizionalmente rimessi al libero gioco della negoziazione, fatta salva la conformità ad eventuali norme imperative – a parametri di valutazione oggettiva evocanti l'idea dell'equilibrio del regolamento concepito dalle parti per dare assetto agli interessi oggetto di contrattazione. Dopo aver assistito all'emersione, per merito delle dottrine canoniste, del concetto di giustizia commutativa, l'epoca moderna, forte della diffusione dei paradigmi dell'economia liberale, ha condotto a porre l'accento sulla libera esplicazione dell'autonomia contrattuale in un libero mercato. Il patrimonio di idee nel frattempo sedimentatosi non è parso scalfito dal varo del vigente codice, nel cui contesto hanno trovato sì collocazione istituti avente precipua funzione riequilibratoria (rescissione, risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, l'imposizione del prezzo di beni o di servizi), ma pur sempre in una logica che, animata dall'intento di arginare situazioni peculiari (originarie o sopravvenute), ha sostanzialmente preservato l'autonomia delle parti nella configurazione del rapporto contrattuale.

---

<sup>35</sup> Cfr. art. 4, comma 3, art. 5, comma 1 e art. 7, comma 1, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, così come modificati dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192; altro esempio, rinvenibile nel codice civile, è dato dalla norma di cui all'art. 1487, comma 2 la quale, nell'ammettere l'introduzione di una clausola di esclusione (oltre che di modifica) della garanzia per evizione, stabilisce, all'uopo comminando la nullità del patto contrario, che il venditore è comunque sempre tenuto per l'evizione derivante da suo fatto proprio.

Gli sviluppi più recenti hanno suscitato un'intensa riflessione volta a stabilire se, a cagione di essi, si stia assistendo a una sorta di sovvertimento dell'impostazione all'origine del codice civile. Le novità dalle quali trarre elementi si sono articolate lungo tre direttrici: del diritto contrattuale sovranazionale, degli interventi legislativi e dell'elaborazione della giurisprudenza. Con riguardo alla prima, i principi Unidroit (art. 3.2.7) si mostrano sensibili al cospetto dello squilibrio, contemplando l'annullabilità del contratto ogniqualvolta, al momento della sua conclusione, esso attribuisca all'altra parte ingiustificatamente un vantaggio eccessivo, in tal modo decretando il rilievo dello squilibrio *ex se*. I principi Lando attribuiscono rilievo unicamente allo squilibrio sopravvenuto (art. 6:111), sebbene – il che induce a focalizzare l'attenzione altresì sull'equilibrio divisato dalle parti all'atto della conclusione del contratto – la libertà di determinare il contenuto del contratto sia mitigata dalla necessità di rispettare, oltre alle norme imperative contenute nei principi, altresì la buona fede e la correttezza (art. 1:102).

Sul piano normativo interno, occorre in primo luogo far menzione della disciplina dettata in tema di interessi usurari, la cui previsione comporta la nullità della clausola e la non debenza degli interessi (art. 1815, comma 2 c.c.). Introdotta con la normativa in tema di usura, essa di fatto segna una battuta d'arresto della naturale idoneità del denaro a produrre nuova ricchezza al cospetto della necessità di porre un argine a un fenomeno che desta notevole allarme sociale. L'usurarietà segna il confine oltre il quale lo scambio diviene squilibrato ed è colpito, non già semplicemente attraverso la riconduzione autoritativa nei binari del rapporto equilibrato, ma addirittura disconoscendo – in una prospettiva che assume contorni marcatamente sanzionatori – il diritto a ottenere la remunerazione per la concessione al finanziato di una somma di denaro<sup>36</sup>.

Non minor rilievo riveste la disciplina sui pagamenti nelle transazioni commerciali nonché quella dettata in tema di subfornitura, dalla quale si evince la preoccupazione di porre rimedio all'eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto. La norma dell'art. 7, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, così come modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, la cui rubrica è intitolata «Nullità», è infatti essenzialmente indirizzata a sanzionare l'iniquità dello scambio, sancendo in particolare al comma 1 la nullità delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, allorquando gravemente inique per il creditore

---

<sup>36</sup> Per un riferimento alla previsione di cui all'art. 1815, comma 2°, c.c. in termini di sanzione civile, cfr. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *Contratti*, 1996, p. 223 ss.; COLLURA, *La nuova legge sull'usura e l'art. 1815 c.c.*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 612; QUADRI, voce *Usura (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1999, p. 5.

(nel qual caso trovano applicazione gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile).

La legge 18 maggio 1998, n. 182, a sua volta, nell'evidenziare precipua sensibilità nei confronti della contrattazione tra soggetti diseguali, ha attribuito rilievo allo squilibrio in relazione ai rapporti contrattuali di subfornitura e, dunque, concernenti soggetti entrambi imprenditori. Trattasi di normativa che si muove nel solco della protezione dell'imprenditore considerato debole attraverso, tra l'altro, la comminatoria di una serie di nullità, tra cui quella concernente il patto attraverso cui si realizzi l'abuso di dipendenza economica («situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»: art. 9). Anche in questo caso il riferimento è allo squilibrio (eccessivo) dei diritti e degli obblighi e, quindi, a una sproporzione che non intacca direttamente il rapporto di valore tra le prestazioni, ancorché un'alterazione profonda di detto rapporto rispetto agli indici di mercato – anche tenuto conto che in questo contesto manca una specificazione analoga a quella di cui all'art. 34, comma 2, cod. cons. – è fatalmente destinata a dispiegare una specifica incidenza nel giudizio di rilevanza dello squilibrio.

La normativa dianzi illustrata ha alimentato un intenso dibattito circa la possibilità di configurare, sulla base di nuovi paradigmi dalla medesima ricavabili, la figura del c.d. terzo contratto<sup>37</sup> – inducendo, in alternativa, a teorizzare la figura del contratto con asimmetria di posizione<sup>38</sup> –, in aggiunta al c.d. secondo contratto (identificato con quello dei consumatori) e al modello tradizionale tratteggiato dal codice civile. Il contratto del consumatore offre, d'altra parte, importanti spunti per la riflessione in merito allo specifico dibattito e, più in generale, sul tema dell'equilibrio, posto che da una norma come quella di cui all'art. 34, comma 2 cod. cons. – in cui si statuisce che la vessatorietà di una clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi – si evince la perdurante vitalità del modello concepito dal codice civile<sup>39</sup>. Vitalità

---

<sup>37</sup> L'ideazione dell'originale espressione «terzo contratto» si deve a PARDOLESI, che l'ha utilizzata nella *Prefazione* a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. XIII. Il tema trova ampio approfondimento nei contributi raccolti nel volume *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008.

<sup>38</sup> ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, cit., 85 ss.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, ora in *Il contratto del duemila*, cit., p. 102 ss.

<sup>39</sup> Ancorché il codice avesse previsto l'innovativa (per quei tempi) disciplina delle condizioni generali di contratto.

confermata dal successivo comma 4, il quale esclude la vessatorietà delle clausole oggetto di trattativa individuale.

L'elaborazione giurisprudenziale ha portato, dal canto suo, prepotentemente alla ribalta la clausola della buona fede in veste di parametro non solo valutativo, ma anche correttivo, e ciò in virtù di un percorso, snodatosi con nitore in epoca più recente, che ha comportato la diretta invocazione di principi fondamentali e, in particolare, della solidarietà costituzionale. Il riferimento è innanzitutto alla recente ordinanza della Corte costituzionale in tema di caparra confirmatoria che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità proposta – e ciò in virtù dei poteri riconosciuti al giudice di rilevare d'ufficio la nullità della clausola gravemente sbilanciata a danno di una parte – ha sancito la diretta applicabilità al contratto dell'art. 2 Cost. (relativamente all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) unitamente al canone della buona fede<sup>40</sup>. La giustizia del caso concreto – invocata, a suo tempo, dalla Suprema corte al fine di pervenire a un eclatante *revirement* in tema di riducibilità *ex officio* della clausola penale<sup>41</sup> – diviene il grimaldello per scardinare l'equilibrio soggettivo diviso dalle parti; per giungere a ciò – di qui la diversità del percorso rispetto a quello adottato dalla giurisprudenza, pur richiamata dai giudici delle leggi, in tema di clausola penale – viene profilata, stante l'assenza in questo caso di una norma che ne sancisca la riducibilità, la nullità della clausola per mancato rispetto della solidarietà costituzionale.

Di estremo rilievo si rivela anche quella giurisprudenza che, in presenza dell'inadempimento di un'obbligazione dedotto in una clausola risolutiva espressa, sottopone comunque al vaglio di non abusività, alla luce della clausola generale di buona fede, l'atto con il quale il creditore della prestazione inadempita dichiara di avvalersi di detta clausola<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contratti*, 2014, p. 853, con nota di Pagliantini.

<sup>41</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Corriere giur.*, 2000, p. 68, con nota di Fancelli; e, in seguito al contrasto venutosi a determinare anche negli anni successivi, Id., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2006, I, c. 106, con nota di Palmieri; successivamente, tra le altre, Id., 28 settembre 2006, n. 21006, in *Corriere giur.*, 2007, p. 46, con nota di Agnino; Id., 28 marzo 2008, n. 8071, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 1153, con nota di Baraggioli; Id., 26 ottobre 2016, n. 21646, in *Contratti*, 2016, p. 1119.

<sup>42</sup> Cass., 23 novembre 2015, n. 23868, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 510, con nota di NOBILE DE SANTIS; in *Contratti*, 2016, p. 659, con nota di PIRAINO; in *Giur. it.*, 2016, p. 2364, con nota di ACHILLE e PEPE: «Anche in presenza di clausola risolutiva espressa, i contraenti sono tenuti a rispettare il principio generale della buona fede ed il divieto di abuso del diritto, preservando l'uno gli interessi dell'altro. Il potere di risolvere di diritto il contratto avvalendosi della clausola risolutiva espressa, in particolare, è necessariamente governato dal principio di buona fede, da tempo individuato dagli interpreti sulla base del dettato normativo (art. 1175, 1375, 1356, 1366

La riflessione che ne scaturisce induce a soffermarsi su come il diritto (potestativo) di sciogliersi dal vincolo contrattuale, e ciò in virtù di una clausola concepita e negoziata al fine sottrarre al giudice ogni potere di valutazione in ordine all'importanza dell'inadempimento, sia suscettibile di essere messo in discussione all'esito di una valutazione che, seppur muovendo da un approccio prospettico differente (il comportamento di chi decide di avvalersene e non già l'importanza o meno dell'inadempimento), tende a reintrodurre un giudizio che – in una prospettiva di temperamento dei contrapposti interessi – di fatto svolge una funzione di controllo sulla proporzione tra inadempimento e rimedio risolutorio.

Un'importanza soverchia ha assunto, anche a cagione dell'imponente dibattito che ne è scaturito, la nota decisione che ha sottoposto al vaglio della buona fede il recesso *ad nutum* e ciò alla luce di un preciso postulato: detta clausola generale «serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione», quale strumento di cui il giudice può avvalersi per esercitare il «controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di temperamento degli opposti interessi»<sup>43</sup>. In tali passaggi della motivazione, al di là della specifica questione esaminata e della relativa statuizione, è dato cogliere una sorta di manifesto, in cui si afferma senza giochi di parole l'esistenza di un potere di controllo del giudice – e, se del caso, di intervento – sulla tenuta dell'accordo al cospetto di una sorta di canone di equilibrio del regolamento contrattuale.

---

e 1371 c.c., ecc.) come direttiva fondamentale per valutare l'agire dei privati e come concretizzazione delle regole di azione per i contraenti in ogni fase del rapporto (precontrattuale, di conclusione e di esecuzione del contratto). Il principio di buona fede si pone allora, nell'ambito della fattispecie dell'art. 1456 c.c., come canone di valutazione sia dell'esistenza dell'inadempimento, sia del conseguente legittimo esercizio del potere unilaterale di risolvere il contratto, al fine di evitarne l'abuso ed impedendone l'esercizio ove contrario ad essa (ad esempio escludendo i comportamenti puramente pretestuosi, che quindi non riceveranno tutela dall'ordinamento).

<sup>43</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, pubblicata, tra le altre, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di PALMIERI e PARDOLESI; in *Contratti*, 2010, p. 5, con nota di D'AMICO; in *Danno e resp.*, 2010, p. 346, con nota di MASTRORILLI; in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 172, con nota di ORLANDI; in *Giur. it.*, 2010, p. 556, con nota di MONTELEONE e SCAGLIONE; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 345, con nota di GENTILI; in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577, con nota di GIORGINI; in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828, con nota di DELLI PRISCOLI; in *Corriere giur.*, 2011, p. 109, con nota di CENINI e GAMBARO. Il caso è stato oggetto di approfondita trattazione anche nel contesto di opere di natura monografica: CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012 (ma 2015), p. 106 ss.; GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2013, p. 401 ss.; cfr. anche SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 139 ss.; nonché il saggio di GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss. in part. 318 s., in aperta polemica con gli annotatori critici della sentenza.

Lo squilibrio, anche in quelle occasioni in cui, in linea di principio, si afferma il pieno diritto di concludere contratti «rovinosi»<sup>44</sup>, diviene addirittura elemento idoneo per giungere a negare la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso il contratto atipico. Percorso più agevole rispetto a una ricostruzione fondata sui vizi del consenso, ancorché l'impostazione fondata sugli anzidetti vizi sarebbe stata più appropriata posto che, nel caso di specie<sup>45</sup>, l'immeritevolezza viene argomentata dal fatto che «un contraente, approfittando della preoccupazione previdenziale della controparte, riesce ad ottenere, a fronte di propri certi vantaggi derivanti dalla posizione sul mercato, dall'altra, benché formalmente avvisata ed edotta delle prospettive, ma sulla base di prospettazioni decettive (...), prestazioni per quella stessa assolutamente svantaggiose, quando non rovinose»<sup>46</sup>. La non meritevolezza degli interessi perseguiti per essere il contratto squilibrato, sino al punto da richiamare in un recente arresto l'ammonimento di Paolo *non omne quod licet, honestum est*<sup>47</sup>, rende ancor più intenso il dibattito; e ciò non solo sotto il profilo della rilevanza dello squilibrio contrattuale, ma anche dell'*ubi consistam* del giudizio di meritevolezza in sede di validazione del contratto atipico su cui tanto si è discusso in epoca passata così come in tempi recenti<sup>48</sup>. Deve così constatarsi l'apertura di una pluralità di fronti lungo i quali avanza in modo sempre più penetrante il controllo giudiziale, così delineando scenari difficilmente ipotizzabili sino a un passato non troppo lontano e, al contempo, dando vita a interrogativi, anche sotto questo profilo, di non poco momento sul ruolo e la portata dell'autonomia contrattuale in epoca contemporanea.

---

<sup>44</sup> Così Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di Tucci.

<sup>45</sup> L'operazione, così come accertato dai giudici, si articolava: «a) nella concessione di un mutuo all'investitore destinato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziatrice; b) in un mandato alla banca ad acquistare detti prodotti; c) nella costituzione in pegno degli stessi titoli allo scopo di garantire alla banca l'esatto adempimento dell'obbligazione di restituzione della somma data a mutuo; d) nella stipula di una polizza assicurativa ad ulteriore garanzia di restituzione delle somme mutuate».

<sup>46</sup> Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

<sup>47</sup> Cfr. Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, a proposito del noto dibattito sulla clausola *claims made*; nella pronuncia ampi riferimenti ai precedenti della Cassazione in cui vi è stata una valutazione in termini di immeritevolezza.

<sup>48</sup> Perentorio ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2011, p. 403 (v. anche p. 363 ss. a proposito dell'adeguatezza del corrispettivo), per il quale contratto immeritevole è solo quello illecito, vale a dire contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.