



CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

## AUTONOMIA PRIVATA E INTERVENTO DEL GIUDICE \*

1. – Scriveva, nella motivazione di una sentenza del 1865, il giudice inglese sir George Jessel: “se vi è una cosa che l’interesse pubblico richiede più di ogni altra, essa è che gli uomini maturi e consapevoli devono avere la massima libertà di contrattare, e che *i loro contratti devono essere fatti rispettare dai tribunali*”<sup>1</sup>.

Oggi – a distanza di un secolo e mezzo – la nostra Suprema Corte non ha remore ad affermare esplicitamente che deve considerarsi “ormai assunto a diritto vivente” il principio secondo cui è dato “al giudice di *intervenire* anche *in senso modificativo o integrativo* sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l’*equo contemperamento* degli interessi delle parti”<sup>2</sup>.

A ben vedere, però, interventi giudiziali modificativi e/o integrativi del regolamento contrattuale definito dalle parti si sono sempre avuti<sup>3</sup>, perché *espressamente* voluti *dal legislatore*: in un primo momento, soprattutto a presidio della stessa autonomia negoziale (si pensi, ad esempio, alle incapacità negoziali previste per minori ed infermi di mente; alle tutele previste per le ipotesi di vizi del consenso; ecc.); in un secondo momento – caduta l’illusione che la giustizia contrattuale potesse essere assicurata dalla sola eguaglianza formale dei consociati – sempre più pervasivamente contemplati a tutela di talune categorie di contraenti ritenute bisognose di particolare protezione (i lavoratori dipendenti, i conduttori di immobili urbani, i coltivatori di fondi rustici, i consumatori, gli imprenditori in stato di dipendenza economica, gli acquirenti di immobili da costruire, ecc.); ovvero a tutela di altri valori ritenuti socialmente meritevoli (i diritti della persona, la concorrenza, il mercato, il paesaggio, ecc.).

In un contesto siffatto, l’intervento giudiziale sugli atti di autonomia – e/o sul conseguente regolamento negoziale – poteva essere agevolmente presentato, da un lato, come il frutto di una

---

\* Testo dell’intervento svolto dall’A. nell’ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

<sup>1</sup> L’affermazione – è di tutta evidenza – muoveva dall’idea di fondo, secondo cui – come si esprimeva, quasi in contemporanea (1880), il filosofo francese Alfred Fouillée – “*qui dit contractuel, dit juste*”: ciò sul presupposto che la giustizia del rapporto contrattuale fosse *assiomaticamente* assicurata già solo per il fatto che esso è frutto della libera volontà di contraenti che, spontaneamente e consapevolmente, ne determinano il contenuto, ritenendolo conforme ai propri interessi, di cui essi stessi sono, *per definizione*, i migliori giudici.

<sup>2</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140. In senso conforme cfr. già Cass. 18.9.2009, n. 20106.

<sup>3</sup> Anche se, in origine, sovente lasciati in ombra per ragioni (per così dire) ideologiche: per non rischiare, cioè, di offuscare la (pretesa) “assolutezza” del principio di autonomia contrattuale, tradizionalmente visto (ed esaltato) quale corollario del più generale principio di *liberté* del cittadino.

# JUS CIVILE



più o meno meccanica applicazione di regole volute dal legislatore; e, da altro lato, come agevolmente “calcolabile” *a priori* dai contraenti, sostanzialmente posti in grado, fin dal momento del perfezionamento dell’accordo, di prevederne l’esito.

L’idea di fondo era dunque – se si fa eccezione per l’ipotesi di sopravvenienza di interventi normativi destinati a trovare applicazione anche ai rapporti in corso – che il contraente dovesse conoscere *ex ante* (e chiaramente) ciò che la legge gli consente e/o gli impone; e, conseguentemente, essere in condizione di fare i propri calcoli di convenienza e, sulla base di essi, assumere le conseguenti decisioni contrattuali.

Un quadro così rassicurante era però destinato ad incrinarsi verso la fine del secolo scorso, allorquando – per un concorso di circostanze che non è qui il caso di analizzare<sup>4</sup> – i giuristi italiani, sia teorici che pratici, hanno progressivamente cominciato a percepire che il proliferare delle fonti del diritto privato (non più solo il codice civile, ma anche la Costituzione repubblicana, la legislazione di settore, la normativa comunitaria, ecc.) aveva segnato una sorta di distacco dalla tecnica normativa propria della tradizione codicistica: tecnica imperniata sulla descrizione, ad opera del legislatore, di una “*fattispecie*” – cioè, sulla descrizione di un “fatto” astratto – al cui verificarsi lo stesso legislatore ricollega un determinato effetto giuridico. Al giudice non restava che ricondurre il fatto concreto – il “caso” – sottoposto alla sua attenzione alla corrispondente fattispecie astratta delineata dal legislatore (c.d. *giudizio sussuntorio*) ed applicare ad esso il trattamento previsto dalla norma. Il che, limitando drasticamente l’autonomia valutativa del giudice, garantiva una ragionevole prevedibilità della sua decisione.

Non era questa però – è a tutti noto – la tecnica normativa adottata, ad esempio, dalla nostra Carta costituzionale, che, in linea di massima, si articola nell’enunciazione di “*principi*” (cioè, di regole prive di “fattispecie”) o di “*valori*”: centralità della persona, dotata di “diritti inviolabili” solennemente proclamati, ma non tipizzati; eguaglianza morale e giuridica fra i consociati; doveri inderogabili di “solidarietà politica, economica e sociale”; “funzione sociale” della proprietà; “utilità sociale” dell’iniziativa economica privata, che non può svolgersi “in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”; ecc.

“Principi” e “valori” – per di più – nessuno dei quali è “assoluto”, ma che debbono trovare un necessario temperamento con altri e diversi “principi” e “valori”, pur essi dotati di rilevanza costituzionale. Di fronte a norme di tal fatta, il giudice – sia costituzionale che ordinario – non può più avvalersi del tradizionale *metodo della sussunzione*, ma deve inevitabilmente rivolgersi a *quello del bilanciamento*, in forza del quale un valore è destinato a prevalere o soccombere a seconda dell’interesse al quale, nel caso concreto, si trova contrapposto. Metodo, quello del bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti, che – implicando un elevato margine di soggettività valutativa – finisce inesorabilmente con l’incidere negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

---

<sup>4</sup> Sul punto, prime sommarie indicazioni si possono vedere nella mia relazione – ora pubblicata in *juscivile*, 2016, p. 406 ss. – introduttiva all’incontro di studi sul tema “*La giurisprudenza fonte del diritto?*” svoltosi a Pavia il 30 ottobre 2016.

# JUS CIVILE



Ma – una volta sospinta ad operare non più solo con il metodo della sussunzione, ma anche con quello del bilanciamento degli interessi – la nostra giurisprudenza ha finito con il superare anche la propria tradizionale ritrosia ad avvalersi delle (peraltro, relativamente poco numerose) previsioni codicistiche non costruite attorno ad una “fattispecie”: le c.d. “clausole generali” (buona fede, correttezza, meritevolezza, illecito, ecc.). A determinare una siffatta diffidenza – è noto – ha a lungo pesato anche un pregiudizio di carattere ideologico, nella misura in cui dette previsioni “aperte” si prestavano ad essere lette come espressione dell’epoca – autoritaria ed interventista – in cui il nostro codice è stato elaborato. Come dimostrato plasticamente, ad esempio, dal fatto che – nell’unica disposizione codicistica (l’art. 1175) in cui, nel testo originario, si faceva riferimento “ai principi della solidarietà” – il richiamo era non già “ai principi della solidarietà” *tout court*, bensì “ai principi della solidarietà *corporativa*”. E l’utilizzo che, nel periodo del nazional-socialismo, la giurisprudenza tedesca aveva fatto delle clausole generali contemplate nel BGB giustificava più di una cautela.

Cambiato il clima culturale – e trovata alle clausole generali una diversa copertura ideologica, talora addirittura a livello di Carta costituzionale – la nostra giurisprudenza ha modificato radicalmente il proprio atteggiamento. Così, ad esempio, è a tutti ben noto che – partendo dal presupposto che «il principio di “buona fede oggettiva” costituisca una specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” imposti dall’art. 2 Cost.»<sup>5</sup> – le corti hanno preso a far sempre più ampio ricorso alla clausola generale di “buona fede” per legittimare interventi non solo integrativi, ma anche in qualche misura modificativi del regolamento contrattuale voluto dalle parti.

*Dal punto di vista formale*, nulla è cambiato: il giudice continua, come in passato, a far applicazione di previsioni (codicistiche o costituzionali o comunitarie) dettate *ex ante* dal legislatore. *Dal punto di vista sostanziale*, però, l’indeterminatezza di “clausole generali”, “principi”, “valori” finisce con l’attribuirgli margini di discrezionalità valutativa assolutamente sconosciuti al giurista abituato ad operare con il metodo sussuntorio; tanto da far dire ad Aurelio Gentili che – di fronte a “clausole generali”, “principi”, “valori” – “*il senso della legge è quello che i giudici stabiliscono*”<sup>6</sup>.

Al fine di meglio apprezzare le linee di tendenza dell’evolversi, nel diritto pretorio, del rapporto fra autonomia negoziale, da un lato, ed intervento del giudice, dall’altro, preliminarmente appare l’individuazione dei momenti – e dei modi – in cui tale intervento oggi concretamente si realizza.

In via di prima approssimazione, possiamo dire che siffatto intervento si esplica in quattro momenti distinti: *a)* in sede di interpretazione del contratto; *b)* in sede di integrazione del rego-

---

<sup>5</sup> Così, testualmente, Cass. 18.9.2009, n. 20106.

<sup>6</sup> Così A. GENTILI, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L’uso alternativo della buona fede e dell’abuso del diritto*, in C. PERLINGIERI – L. RUGGERI (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 78.

# JUS CIVILE



lamento contrattuale; *c*) in sede di sindacato sull'esercizio, da parte del contraente, di facoltà/diritti allo stesso attribuiti *ex lege* o *ex contractu*; *d*) in sede di controllo sul merito dell'assetto di interessi contrattualmente delineato.

Vediamo – rapidamente – i singoli profili; per poi formulare talune osservazioni di sintesi.

2. – Quanto al primo profilo – quello relativo all'interpretazione del contratto – sarà qui sufficiente<sup>7</sup> ricordare che fino ad una quindicina di anni addietro prevalenti erano massime del tipo: “i canoni legali di ermeneutica contrattuale (...) sono governati da un *principio di gerarchia* (art. 1362-1371 c.c.), in forza del quale quelli strettamente interpretativi (art. 1362-1365 c.c.) prevalgono su quelli interpretativi-integrativi (art. 1366-1371 c.c.), quale va considerato anche il *principio dell'interpretazione secondo buona fede* (art. 1366 c.c.)”<sup>8</sup>, che “rappresenta (...) un mezzo (...) soltanto sussidiario dell'interpretazione, non invocabile quando il giudice di merito abbia, attraverso l'esame degli elementi di prova raccolti, già *aliunde* accertato l'effettiva volontà delle parti”<sup>9</sup>.

Oggi l'insegnamento della Suprema Corte è invece nel senso che, “pur assumendo l'elemento letterale funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve in proposito fare (...) applicazione *altresi* degli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare di quelli dell'interpretazione funzionale *ex art. 1369 c.c.*, e dell'*interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c.* Tali criteri debbono essere infatti correttamente intesi quali *primari criteri d'interpretazione soggettiva*, e non già oggettiva, del contratto, avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta. (...) L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza *ex art. 1366 c.c.* (...), quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di “solidarietà contrattuale”), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziandosi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte (...). A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute

---

<sup>7</sup> Al riguardo, potrebbe altresì richiamarsi l'insegnamento della Suprema Corte che invoca il principio di “buona fede”, allorché si tratta di decidere se il “silenzio” serbato da una delle parti costituisca o meno manifestazione di volontà contrattuale: “il silenzio – secondo una massima consolidata – può assumere il valore negoziale di consenso, nel caso in cui (...) la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, imponga l'onere o il dovere di parlare” (così, testualmente, Cass. 14.5.2014, n. 10533; in senso conforme, cfr. Cass. 16.3.2007, n. 6162; Cass. 20.2.2004, n. 3403; Cass. 14.6.1997, n. 5363). Peraltro, al di là delle enunciazioni di principio, la giurisprudenza appare, in concreto, particolarmente cauta nel rinvenire nell'inerzia un “sintomo rivelatore dell'intenzione della parte” (così, testualmente, Cass. 14.6.1997, n. 5363).

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 19.7.2004, n. 13392.

Che il canone ermeneutico della buona fede andasse catalogato fra i criteri di c.d. “interpretazione oggettiva” era pacifico nella giurisprudenza più risalente (cfr. Cass. 11.6.1991, n. 6610; Cass. 20.1.1989, n. 345; Cass. 5.4.1984, n. 2204).

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 15.3.2004, n. 5239.



nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte (...), e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale" <sup>10</sup>.

Il canone ermeneutico di cui all'art. 1366 cod. civ. si ritrova, dunque, dalla più recente giurisprudenza "promosso" da *criterio sussidiario di interpretazione oggettiva* a "*primario criterio di interpretazione soggettiva*", al pari di quelli letterale, sistematico e funzionale.

3. – Quanto al secondo dei profili cui accennavo sopra – quello dell'integrazione del regolamento contrattuale – è a tutti ben noto che ancora al principio di "buona fede" la Suprema Corte fa variamente riferimento, sia allorquando si tratta di trovare fondamento a tutta una serie di *obblighi*, non espressamente previsti in contratto, che risultano però *strumentali* ad una corretta realizzazione degli interessi sottesi all'operazione con esso formalizzata <sup>11</sup>; sia allorquando si tratta di trovare fondamento ad obblighi volti a presidiare un interesse *diverso* rispetto a quello alla prestazione; di norma, l'interesse a non vedere lesa la propria sfera giuridica in occasione dell'esecuzione del contratto: si tratta, in particolare, dei c.d. "obblighi di protezione" <sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Così, testualmente, Cass. 6.5.2015, n. 9006.

In senso conforme cfr., per tutte, Cass. 14.3.2016, n. 4967; Cass. 22.10.2014, n. 22343.

<sup>11</sup> Il fenomeno – seppure non assente in altri contesti contrattuali (cfr., per tutte, Cass. 22.5.2015, n. 10546; Cass. 4.7.2014, n. 15392; Cass. 21.12.2012, n. 23823) – è maggiormente accentuato con riferimento a quei contratti in cui la collaborazione richiesta alle parti risulta più intensa e/o duratura e/o articolata.

Si pensi, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato, relativamente al quale la giurisprudenza si trova sistematicamente chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità di un ventaglio, ampio e variegato, di condotte – si badi: dell'una come dell'altra parte – non espressamente disciplinate dal contratto (individuale o collettivo) di lavoro, ma che inevitabilmente punteggiano un rapporto in cui fisiologicamente si confrontano il diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente ed i contrapposti diritti del prestatore di lavoro al mantenimento del posto di lavoro, alla tutela della propria libertà e dignità personale, alla salvaguardia della salute e dell'integrità psico-fisica, alla conservazione del bagaglio professionale, ecc. (cfr. per tutte, da ultimo, Cass. 27.4.2017, n. 10416; Cass. 4.4.2017, n. 8711; Cass. 13.2.2017, n. 3739; Cass. 21.12.2016, n. 26467): diritti fra i quali il giudice è – inevitabilmente – chiamato ad operare un "bilanciamento" (al concetto di "bilanciamento" si richiama testualmente, ad esempio, Cass. 19.11.2015, n. 23698).

Discorso sostanzialmente analogo può farsi con riferimento a tutta un'ampia serie di contratti pur essi finalizzati all'instaurazione di un'articolata collaborazione fra le parti: si pensi al contratto di lavoro autonomo (cfr. Cass. 21.3.2013, n. 7141), al contratto d'appalto (cfr. Cass. 22.11.2013, n. 26260), al contratto di mandato (cfr. Cass. 12.11.2013, n. 25410), al contratto di sponsorizzazione (cfr. Cass. 8.4.2014, n. 8153; Cass. 29.5.2006, n. 12801), al contratto che lega la società ai membri del proprio collegio sindacale (cfr. Cass. 3.7.2017, n. 16314; Cass. 13.6.2014, n. 13518; Cass. 13.6.2014, n. 13517; Cass. 11.11.2010, n. 22911), ecc.

Sempre invocando il principio di "buona fede", obblighi strumentali alla corretta realizzazione dell'interesse che ha indotto controparte a stipulare il contratto vengono riconosciuti a carico del professionista la cui attività risulti connotata da un carattere spiccatamente fiduciario: si pensi ai contratti di prestazione d'opera professionale stipulati fra cliente e notaio (cfr. Cass. 20.8.2015, n. 16990; Cass. 6.6.2014, n. 12797; Cass. 2.7.2010, n. 15726), fra paziente e medico (cfr. Cass. 27.8.2014, n. 18304; Cass. 30.7.2004, n. 14638; Cass. 17.2.2011, n. 3847), ecc.

Quanto a tipologia, poi, tra gli obblighi c.d. accessori che la giurisprudenza fonda sul generale principio di "buona fede", in quanto oggettivamente funzionali ad un miglior soddisfacimento degli interessi alla cui realizzazione il contratto risulta finalizzato, spiccano – con indifferenziato riferimento ad un po' tutti i rapporti contrattuali – quelli di informazione (cfr., da ultimo, Cass. 9.8.2016, n. 16827; Cass. 10.6.2016, n. 11914; Cass. 13.5.2014, n. 10352).

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 17.2.2014, n. 3612, secondo cui "l'iscrizione e l'ammissione di un minore a una scuola di sci deter-



4. – Quanto al terzo profilo cui facevo cenno all’inizio – quello del sindacato in ordine alla legittimità dell’esercizio di facoltà/diritti riconosciuti al contraente – il pensiero corre subito al disposto dell’art. 1460 cod. civ., che codifica il principio “*inadimplenti non est adimplendum*”, peraltro *espressamente* specificando che lo stesso non può essere invocato laddove ciò risulti “contrario alla buona fede”.

Al riguardo, è massima corrente quella secondo cui, “ove venga proposta dalla parte l’eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, il giudice deve procedere ad una *valutazione comparativa* degli opposti inadempimenti avuto riguardo anche alla loro *proporzionalità* rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro *rispettiva incidenza* sull’equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse”<sup>13</sup>.

L’ampio potere valutativo che in tal modo si ritaglia sulla base del disposto del 2° comma dell’art. 1460 cod. civ. viene poi dalla giurisprudenza “esportato” anche ad altre ipotesi – ad esempio, in sede applicativa del disposto dell’art. 1901 cod. civ., in tema di contratto di assicurazione<sup>14</sup>; ovvero in sede applicativa del disposto dell’art. 1481, comma 2, cod. civ., in tema di contratto di compravendita<sup>15</sup> – in cui il legislatore ha sì riconosciuto ad un contraente il diritto di rifiutare il proprio adempimento, ma non ne ha espressamente condizionato l’esercizio all’osservanza del principio di “buona fede”<sup>16</sup>.

---

minano la nascita di un vincolo contrattuale che fa sorgere a carico della scuola l’obbligo di vigilare sulla sicurezza e sull’incolumità dell’allievo per il tempo in cui costui usufruisce dell’insegnamento”. In senso conforme cfr. Cass. 3.2.2011, n. 2559.

Cfr. anche Cass. 20.4.2010, n. 9325, secondo cui “tra l’istituto scolastico e l’allievo, con l’accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dello stesso alla scuola, si determina il sorgere di un vincolo negoziale dal quale sorge l’obbligazione dell’istituto di vigilare sulla sicurezza e incolumità del discepolo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni”. In senso conforme cfr. 3.3.2010, n. 5067.

<sup>13</sup> Così, testualmente, Cass. 8.11.2016, n. 22626. In senso conforme., cfr. anche Cass. 27.3.2013, n. 7759.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 14.2.2013, n. 3654, secondo cui, “posto che la sospensione della garanzia assicurativa in caso di mancato pagamento del premio alle scadenze convenute costituisce un’ipotesi applicativa dell’eccezione di inadempimento, l’assicuratore non può negare la propria prestazione se il rifiuto è contrario alla buona fede”; Cass. 19.12.2006, n. 27132, secondo cui “in tema di assicurazione, l’art. 1901, 2° comma, c.c. – il quale prevede la sospensione della garanzia per effetto del mancato pagamento del premio alle scadenze convenute – costituisce applicazione dell’istituto generale dell’eccezione di inadempimento, di cui all’art. 1460 c.c.; in applicazione del 2° comma di tale disposizione deve, pertanto, negarsi all’assicuratore la facoltà di rifiutare la garanzia assicurativa ove ciò sia contrario a buona fede, come nel caso in cui l’assicuratore medesimo abbia, sia pure tacitamente, manifestato la volontà di rinunciare alla sospensione, ad esempio tramite ricognizione del diritto all’indennizzo ovvero accettazione del versamento tardivo del premio senza effettuazione di riserve, nonostante la conoscenza del pregresso verificarsi del sinistro”; Cass. 26.1.2006, n. 1698.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. 21.5.2012, n. 8002, secondo cui “la facoltà del compratore di sospendere il pagamento del prezzo, a norma dell’art. 1481 c.c., costituendo applicazione alla compravendita del principio generale *inadimplenti non est adimplendum*, di cui all’art. 1460 c.c., postula che l’esercizio dell’autotutela sia conforme a buona fede, dovendo connotarsi il pericolo di perdere la proprietà per serietà e concretezza e risultare attuale, e non già soltanto ipotizzabile in futuro o meramente presuntivo”.

<sup>16</sup> Ancora: con riferimento al disposto dell’art. 2237, comma 2, cod. civ. – secondo cui “il recesso del prestatore d’opera [intellettuale] deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente” – il giudice di legittimità insegna che “la norma richiamata è (...) diretta ad evitare al cliente l’eccessivo danno che deriverebbe dall’improvvisa



Analogo, ampio, potere valutativo la giurisprudenza si riserva, ovviamente, anche con riferimento alle ipotesi in cui il potere del contraente trova fondamento (non già – come nelle ipotesi fin qui considerate – nella legge, bensì) negli accordi intervenuti fra le parti.

Così, ad esempio, la Suprema Corte è da tempo salda nell'enunciare il principio secondo cui, “in caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice *non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa*, ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, *deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie*, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate»<sup>17</sup>.

Peraltro, in tema di recesso, la decisione che maggiormente ha attirato l'attenzione e fatto discutere è senz'altro la n. 20106/2009, che – a fronte dell'esercizio, da parte di una nota casa automobilistica, della facoltà di recesso *ad nutum* prevista a suo favore nei contratti che la legavano ai propri concessionari di vendita – ha statuito che il “disporre di un potere [nel caso di specie, quello di recedere *ad nutum*] non è condizione *sufficiente* di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono su interessi contrapposti in modo più proporzionato”; sicché il giudice “avrebbe dovuto (...) valutare (...) se il recesso *ad nutum*, previsto nelle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti”: ciò, in quanto “l'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza” impone “a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra”<sup>18</sup>.

Perché la pronuncia in discussione ha attirato tanta attenzione?

A ben vedere, *nella sostanza*, tale decisione non si discosta più di tanto – come essa stessa non manca di evidenziare – da orientamenti consolidati in punto di esercizio di facoltà/diritti riconosciuti ad un contraente: penso – oltre a quello, appena ricordato, in tema di esercizio del diritto di recesso contemplato, a favore della banca, nel contratto di apertura di credito stipulato con il cliente – all'indirizzo che predica stabilmente l'invalidità per “abuso ed eccesso di potere” della delibera assunta dall'assemblea di una società, allorquando la stessa “non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei

---

rottura del rapporto, ossia a lasciargli il tempo per provvedere diversamente agli interessi per i quali è stato stipulato il contratto e, in sostanza, costituisce una particolare applicazione del principio di buona fede oggettiva ex artt. 1175 e 1375 c.c., in quanto il diritto, pur esistente, è stato esercitato con modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione che, nella specie, doveva essere riferito ad un comportamento che trovava la sua tipizzazione nella norma che impone specificamente di evitare pregiudizio al cliente” (così, testualmente, Cass. 23.4.2014, n. 9220).

<sup>17</sup> Così testualmente, da ultimo, Cass. 24.8.2016, n. 17291. In senso conforme, cfr. già Cass. 14.7.2000, n. 9321; e Cass. 21.5.1997, n. 4538.

<sup>18</sup> Così, testualmente, Cass. 18.9.2009, n. 20106.

# JUS CIVILE



soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale, ovvero sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*<sup>19</sup>; ovvero al pacifico insegnamento che eleva l'*exceptio doli generalis* a "*rimedio di carattere generale*, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento"<sup>20</sup>, ecc.

Il punto è che le dotte affermazioni di principio, che si rinvencono nella motivazione della pronuncia in discussione<sup>21</sup>, avrebbero potuto far preconizzare, per il futuro, un *diffuso, pene-*

---

<sup>19</sup> Così, testualmente, Cass. 12.12.2005, n. 27387. In senso conforme cfr. Cass. 11.6.2003, n. 9353, secondo cui "il vizio della deliberazione dell'assemblea di società di capitali costituito dal c.d. eccesso di potere si verifica allorché la deliberazione venga adottata da parte dei soci di maggioranza a proprio esclusivo vantaggio ed in danno dei soci di minoranza e non laddove la deliberazione risulti irrazionale, per avere la maggioranza agito per finalità contrarie a quelle per le quali la società era stata costituita".

<sup>20</sup> Così, testualmente, Cass. 7.3.2007, n. 5273.

L'*exceptio doli generalis* – è noto – viene, ad esempio, invocata, in ipotesi di contratto autonomo di garanzia, per paralizzare "una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui" (così, testualmente, Cass. 31.7.2015, n. 16213; in senso conforme cfr. Cass. 12.9.2012, n. 15216; Cass. 10.10.2011, n. 20746; Cass. 14.12.2007, n. 26262).

<sup>21</sup> Si legge ad esempio, testualmente, nella pronuncia in discussione: "costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.)"; "in tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase"; "la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.)"; "l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica"; "il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge"; "il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi"; "disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato"; "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto – ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale – sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte"; "l'abuso del diritto (...) lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e





*trante, fisiologico* “controllo [giudiziale], anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi” delle parti<sup>22</sup>; così segnando una sorta di *discontinuità* rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali, che evocavano invece i concetti di “abuso ed eccesso di potere”, di “*exceptio doli*”, di “buona fede oggettiva” per rifiutare tutela *solo* a condotte *fraudolente di particolare gravità*, normalmente caratterizzate dall’intenzione di nuocere alla controparte.

Le successive pronunce della Suprema Corte si sono peraltro incaricate di stemperare le preoccupazioni degli uni così come le speranze degli altri, riportando entro limiti più tradizionali il controllo giudiziale in ordine all’esercizio, da parte di un contraente, di facoltà/diritti allo stesso attribuiti contrattualmente<sup>23</sup>.

## 5. – Sempre per quanto concerne facoltà/diritti riconosciuti ad un contraente, non può trascu-

---

diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore”; “È ravvisabile (...) quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell’atto rispetto al potere che lo prevede”; “l’ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva”; “nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti – ed i diritti connessi – attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l’ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata”; “il principio dell’abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell’ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano”; “i principi della buona fede oggettiva, e dell’abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti”; “i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l’interpretazione dell’atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l’abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti”; “qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall’ordinamento, si avrà abuso”; ecc.

<sup>22</sup> Così, testualmente, Cass. 18.9.2009, n. 20106, cit.

<sup>23</sup> Così, ad esempio, sono state considerate in contrasto con il principio di buona fede oggettiva: *a*) la deliberazione assembleare relativamente alla quale “vi sia la prova [peraltro, nel caso di specie, non raggiunta] che il voto determinante del socio di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, oppure risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza” (cfr. Cass. 20.1.2011, n. 1361); *b*) “la richiesta di risarcimento di danni non patrimoniali per disagi e fastidi da qualificarsi minimi, avuto presente la causa in concreto del contratto” (cfr. Cass. 11.5.2012, n. 7256); *c*) la deliberazione di una cooperativa edilizia di esclusione del socio per morosità, pur a fronte della richiesta, da parte di quest’ultimo, “di chiarimenti, che conteneva contestualmente la disponibilità del socio a pagare la somma, una volta accertatane la motivazione” (cfr. Cass. 26.9.2013, n. 22097); *d*) l’esercizio unilaterale, da parte della società mandante, dello *ius variandi* previsto a suo favore in un contratto di agenzia, che implicava però una “riduzione dell’88% del portafoglio clienti” assegnato all’agente, con l’esito di “alterare la causa stessa del contratto di agenzia, ponendo l’agente nell’oggettiva impossibilità di proseguire il rapporto, anche soltanto in via provvisoria” (cfr. Cass. 2.7.2015, n. 13580); *e*) l’avvalersi di una clausola risolutiva espressa, pur contemplata in contratto, allorquando, in base al principio di buona fede, possa sostanzialmente escludersi l’esistenza dell’inadempimento contestato (cfr. Cass. 23.11.2015, n. 23868); *f*) la delibera assembleare, assunta con le maggioranze ordinarie, di eliminazione della clausola statutaria che richiedeva invece, con riferimento a determinate materie, una maggioranza qualificata (con conseguente potere di interdizione da parte della minoranza) (cfr. Cass. 14.3.2016, n. 4967); ecc.

# JUS CIVILE



rarsi la questione – in qualche misura parallela a quella fin qui considerata – se (e, in caso affermativo, in che limiti) sia consentito un controllo giudiziale sull'eventuale *non esercizio* di dette facoltà e/o diritti.

Al riguardo, è a tutti ben noto che – sovvertendo un orientamento giurisprudenziale consolidato nei decenni<sup>24</sup> – poco più di una decina d'anni addietro le Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>25</sup> hanno fatto propria la tesi, fino a quel momento del tutto minoritaria nella sua stessa giurisprudenza<sup>26</sup>, che predicava la riducibilità *ex officio* della penale, indipendentemente, cioè, da una richiesta in tal senso formulata dal contraente inadempiente, sempre che risultassero dedotte e provate in causa le circostanze rilevanti al fine della formulazione di un giudizio di manifesta eccessività della penale stessa<sup>27</sup>.

Anche in questa occasione, la Suprema Corte non ha resistito al fascino dell'enunciazione di principi di largo respiro<sup>28</sup>. Peraltro, al di là di ciò, il risultato pratico è stato, a tutto considerare, piuttosto modesto: quello di lanciare una “ciambella di salvataggio” ad un contraente inadempiente che aveva avuto la disavventura di affidarsi ad un avvocato scarsamente avveduto – ipotesi che, visto il numero di pronunce della Cassazione sul punto, appare tutt'altro che marginale – senza che da ciò derivasse, in concreto, un aggravamento della posizione del contraente fedele, che *a priori* doveva essere ben consapevole dell'eventualità di una riduzione della penale contrattualmente concordata, ove la stessa si fosse rivelata di “ammontare manifestamente eccessivo”.

Significativa, al riguardo, appare la circostanza che – allorché si è trovata ad affrontare il problema, non legislativamente disciplinato, della sindacabilità dell'ammontare della caparra contrattualmente pattuita – la Suprema Corte abbia ribadito<sup>29</sup> il proprio tradizionale<sup>30</sup> orientamento negativo, pur dopo le reiterate sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale<sup>31</sup> a

---

<sup>24</sup> Cfr., per tutte, Cass. 30.5.2003, n. 8813; Cass. 4.4.2003, n. 5324; Cass. 19.4.2002, n. 5691; Cass. 27.10.2000, n. 14172; Cass. 15.1.1997, n. 341; Cass. 25.3.1995, n. 3549; Cass. 21.1.1985, n. 218.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13.9.2005, n. 18128.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 24.9.1999, n. 10511; Cass. 23.5.2003, n. 8188.

<sup>27</sup> L'orientamento delle sezioni unite può dirsi ormai consolidato nella giurisprudenza successiva: cfr. Cass. 14.10.2011, n. 21297; Cass. 18.11.2010, n. 23273; Cass. 28.3.2008, n. 8071; Cass. 24.11.2007, n. 24458; Cass. 19.10.2007, n. 22002; Cass. 28.8.2007, n. 18195; Cass. 13.11.2006, n. 24166; Cass. 28.9.2006, n. 21066.

<sup>28</sup> “Alla luce di una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (...), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.)”, “il potere di riduzione [della penale] – affermano, ad esempio, le Sezioni Unite della Suprema Corte nella decisione in esame – appare attribuito al giudice, non per la tutela dell'interesse della parte tenuta al pagamento della penale, ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascende”: cioè, l'“interesse dell'ordinamento (...) [ad] evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela”.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 30.6.2014, n. 14776.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. 1.12.2000, n. 15931; Cass. 23.5.1995, n. 5644; Cass. 24.2.1982, n. 1143.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost. (ord.) 24.10.2013, n. 248; Corte cost. (ord.) 2.4.2014, n. 77.



porsi il quesito della “rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell’articolo 2 Cost.”: e ciò – sottolinea il giudice di legittimità – sulla base del rilievo che “la disposizione dell’art. 1384 c.c. (...) è norma che fa eccezione alla *regola generale*, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell’art. 1322 c.c., che impone il *rispetto dell’autonomia contrattuale dei privati*”<sup>32</sup>, cui non è dato derogare, se non in forza di una precisa “*scelta del legislatore*”<sup>33</sup>.

6. – Venendo ora all’ultimo dei profili ricordati all’inizio – quello del controllo sul merito dell’assetto di interessi delineato dalle parti in contratto – il pensiero corre subito ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte, che hanno negato tutela a contratti atipici – od a clausole atipiche inserite in contratto tipici – per il fatto che non supererebbero il vaglio di “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.

Il riferimento – evidente – è alle decisioni della Cassazione che hanno bollato come “immeritevoli” di tutela<sup>34</sup>: (i) la clausola *claims made* c.d. impura inserita in un contratto di assicura-

---

<sup>32</sup> Così, testualmente, Cass. 30.6.2014, n. 14776.

<sup>33</sup> Così ancora Cass. 30.6.2014, n. 14776.

<sup>34</sup> In tema si possono peraltro ricordare, da ultimo, anche Cass. 17.3.2015, n. 5216, secondo cui “le violazioni di norme dell’ordinamento sportivo necessariamente si riflettono sulla validità di un contratto concluso tra soggetti sottoposti alle regole del detto ordinamento anche per l’ordinamento dello Stato, poiché se esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative, incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo, vale a dire sulla sua idoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico; non può infatti ritenersi idoneo, sotto il profilo della meritevolezza della tutela dell’interesse perseguito dai contraenti, un contratto posto in essere in frode alle regole dell’ordinamento sportivo, e senza l’osservanza delle prescrizioni formali all’uopo richieste, e, come tale, inadatto ad attuare la sua funzione proprio in quell’ordinamento sportivo nel quale detta funzione deve esplicarsi” [ma v. già Cass. 20.9.2012, n. 15934, secondo cui deve ritenersi “nullo il mandato professionale conferito da un calciatore professionista (nella specie, proveniente da federazione estera) a un procuratore sportivo, da ritenere in frode all’ordinamento sportivo in quanto, attraverso clausole difformi dalle norme regolamentari dettate da tale ordinamento, alterava l’equilibrio contrattuale a detrimento del calciatore”]; Cass. 8.2.2013, n. 3080, secondo cui è inefficace “l’accordo raggiunto [da un farmacista] con gli altri appartenenti all’ordine professionale volto a vietare l’apertura dell’esercizio farmaceutico al di fuori dei turni minimi, trattandosi di un contratto atipico che, in quanto persegue una finalità meramente economica e personale dei partecipanti all’accordo (i.e. regolamentazione dei flussi di clientela), idonea a vanificare il perseguimento dei principi generali dell’ordinamento di effettività della concorrenza anche nel settore farmaceutico, non supera il vaglio di meritevolezza di interessi perseguiti, ai sensi dell’art. 1322 c.c.”; Cass. 19.7.2012, n. 12454, secondo cui, “in tema di mutuo di scopo collegato ad un contratto di vendita avente ad oggetto l’acquisto di un bene da parte del mutuatario, la validità (sotto il profilo della meritevolezza degli interessi tutelati) della clausola, la quale preveda l’obbligo del mutuatario di effettuare i singoli pagamenti a favore del mutuante nei modi e nei termini convenuti, anche nel caso di inadempimento di qualsiasi genere da parte del venditore, ivi compresa la mancata consegna del bene richiesto, deve essere valutata alla luce dei principi di buona fede e di correttezza, tenendo presente, da un lato, l’interesse del mutuante, che avrebbe la possibilità di ripetere la somma dal venditore al quale l’aveva direttamente consegnata e, dall’altro, la condizione del mutuatario che, anche di fronte alla mancata consegna del bene, dovrebbe continuare a restituire somme, mai percepite, ma entrate direttamente nella sfera di disponibilità del venditore favorito dalla diretta consegna, da parte del mutuante, della somma, pur senza avere adempiuto all’obbligazione di consegna”; Cass. 19.6.2009, n. 14343, secondo cui è “nulla la clausola di un contratto di locazione nella quale, oltre alla previsione del divieto di sublocazione, sia contenuto il riferimento al divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, siccome

## JUS CIVILE



zione della responsabilità civile<sup>35</sup>; (ii) la clausola contenuta in un contratto di concessione di derivazione d'acqua, che prevedeva che il relativo canone dovesse essere corrisposto anche in ipotesi di mancato prelievo dell'acqua per fatto non imputabile al concessionario<sup>36</sup>; (iii) un contratto atipico variamente denominato “*My Way*”, “*4 You*” o “*For You*”<sup>37</sup>.

Su dette pronunce tornerò fra un momento.

7. – È giunta l'ora di tirare rapidamente le fila del discorso.

La prima osservazione è che la più parte degli interventi oggi operati dal giudice di legittimità sul rapporto contrattuale – e, in particolare, quelli che si collocano sul piano dell'interpretazione del contratto e/o dell'integrazione del relativo regolamento – si pongono, in buona sostanza, *nel solco delle scelte effettuate dai contraenti*: con *finalità*, da un lato, *di chiarimento* di quella che l'art. 1362 cod. civ. definisce come la “comune intenzione delle parti”, facendo prevalere, tra le possibili, l'interpretazione più leale; da altro lato, *di specificazione*, sempre nell'ottica dell'operazione voluta dai contraenti, di quelle che sono le condotte reciprocamente dovute, facendo emergere quelle che, senza un apprezzabile sacrificio dell'uno, meglio realizzano gli interessi dell'altro.

Di segno sostanzialmente analogo sono, di massima, anche gli interventi giudiziali volti a sindacare le condotte tenute dalle parti nell'esercizio di facoltà e/o diritti loro attribuiti *ex lege* o *ex contractu*: in tal caso, il ricorso al canone dell'“abuso del diritto” – non diversamente da quello ai più tradizionali strumenti dell'“abuso o eccesso di potere” o dell'“*exceptio doli*” – vale semplicemente ad estendere il principio di “buona fede” anche all'esercizio di tali poteri, affinché gli stessi non vengano utilizzati, in spregio alla logica che presiede all'operazione voluta dalle parti, per conseguire risultati *diversi* ed *ulteriori* rispetto a quelli per i quali risultano concessi, causando ingiustificati o sproporzionati sacrifici o pregiudizi alla controparte contrattuale.

La seconda osservazione è che i recenti interventi giudiziali, che negano tutela a contratti atipici od a clausole atipiche inserite in contratti tipici a causa di una loro asserita inidoneità a

---

configgente proprio con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà”.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. 28.4.2017, n. 10509.

<sup>36</sup> Cfr. Cass., sez. un., 17.2.2017, n. 4222.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. 29.2.2016, n. 3949; Cass. 15.2.2016, n. 2900; Cass. 10.11.2015, n. 22950; Cass. (ord.) 30.9.2015, n. 19559. In senso difforme cfr., peraltro, Cass. 21.9.2012, n. 16049.

L'accordo in discussione prevedeva, in buona sostanza, una serie di “operazioni fra loro collegate, consistenti nell'erogazione di un finanziamento a lungo termine (trent'anni) della banca al cliente al tasso fisso del 6,04% (...) per l'acquisto immediato di strumenti finanziari gestiti o emessi dalla stessa banca o da sue controllate (...), con la costituzione in pegno dei titoli a favore della banca a garanzia del rimborso del finanziamento e l'accensione di un conto deposito titoli e di un conto corrente, sul quale regolare la restituzione rateale del mutuo e sul quale venivano calcolati ulteriori interessi passivi” (così descrive l'operazione Cass. 10.11.2015, n. 22950); e, talora, anche la stipula di un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore cui è esposta la banca mutuante.

## JUS CIVILE



superare il vaglio di “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.<sup>38</sup>, si pongono invece, di massima, *in contrasto con le scelte effettuate dai contraenti*, con *finalità* – sostanzialmente – *di correzione* dell’assetto di interessi dagli stessi delineato.

Con un’avvertenza, però: mentre, nell’ipotesi in cui la censura di “immeritevolezza” di tutela colpisca il contratto atipico nella propria interezza, l’esito finale è quello della sua irrilevanza sul piano giuridico e, conseguentemente, della liberazione delle parti da qualsiasi vincolo; nell’ipotesi in cui analoga censura riguardi invece solo una clausola di esso, l’intervento giudiziale si risolve, in buona sostanza, nel vincolare le parti ad un contratto *diverso* da quello dalle stesse originariamente voluto.

Mi spiego.

Si prenda, ad esempio, un contratto di assicurazione della responsabilità civile in cui sia inserita una clausola *claims made* che limiti *espressamente* la relativa copertura alle *sole* ipotesi in cui tanto il fatto illecito commesso dall’assicurato quanto la relativa richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di vigenza della polizza. Orbene, le Sezioni Unite della Suprema Corte affermano che gli “effetti della valutazione di immeritevolezza (...) non possono non avere *carattere reale*, con l’applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula *loss occurrence*”<sup>39</sup>. L’esito finale è dunque, in buona sostanza, quello di obbligare la compagnia alla copertura di tutte le condotte, generatrici di pretese risarcitorie, tenute dall’assicurato nel periodo di vigenza del contratto, a prescindere dal momento in cui la relativa richiesta le venga inoltrata: e ciò, in applicazione proprio di quella regola dettata dall’art. 1917 cod. civ., cui le parti avevano *dichiaratamente* voluto derogare con l’adozione della clausola *claims made*.

Così, però, non siamo più di fronte ad un intervento giudiziale volto a garantire all’un contraente, all’interno dell’assetto di interessi delineato in contratto, la più ampia tutela compatibile con la necessità di non aggravare significativamente la posizione dell’altro. Qui, piuttosto, siamo di fronte ad un vero e proprio *ribaltamento* dell’originaria logica contrattuale, con un incremento sostanziale dei vantaggi riservati ad una parte a fronte di un aggravamento significativo dei sacrifici imposti all’altra: così si esce, però, dalla logica dell’originario contratto per trasformarlo in *qualcosa d’altro*.

La terza osservazione è che interventi “correttivi” operati su clausole – nella misura in cui sostanzialmente “riscrivono” l’originario assetto di interessi fra le parti – sono inevitabilmente destinati a far sentire i propri riflessi sul mercato.

Così, ad esempio, non è difficile ipotizzare che le compagnie di assicurazione non assiste-

---

<sup>38</sup> Peraltro, non del tutto sicura è la sorte di contratti e clausole che non superino il vaglio di meritevolezza di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.: quanto ai primi, la Suprema Corte parrebbe orientata a proclamarne l’“inefficacia” (cfr. Cass. 29.2.2016, n. 3949; Cass. 15.2.2016, n. 2900; Cass. 30.9.2015, n. 19559; Cass. 8.2.2013, n. 3080); quanto invece alle seconde, parrebbe propendere per la loro “nullità parziale” (cfr. Cass., sez. un., 17.2.2017, n. 4222; Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140).

<sup>39</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140.



ranno passivamente alla possibile dichiarazione di inefficacia delle clausole *claims made* c.d. “impure”.

Emblematico in tal senso suona, ad esempio, il sensibile, generalizzato innalzamento dei premi richiesti – quando non addirittura la fuoriuscita delle compagnie dal relativo segmento di mercato – cui, in anni recenti, si è assistito nel nostro Paese *in risposta* a quella sistematica “rivisitazione” del regime della responsabilità civile sanitaria operata dalle nostre corti, a far tempo dall’ultimo decennio del secolo scorso, a maggior tutela del paziente<sup>40</sup>; e che già un “*Quaderno del Massimario*” della Suprema Corte pubblicato nel 2011 ipotizzava aver “passato il segno”<sup>41</sup> e per arginare la quale è dovuto poi intervenire – con quale esito non importa in questa sede discutere – addirittura il legislatore<sup>42</sup>.

Chi appartiene alla mia generazione ricorda come, negli anni ‘70/’80 del secolo scorso, intraprendenti giudici di merito avessero posto in dubbio che potessero superare il vaglio di “meritevolezza” operazioni come il *leasing*, il *franchising*, il contratto autonomo di garanzia: forse, varrebbe la pena fermarsi un momento a riflettere in ordine alle conseguenze che l’eventuale affermarsi di siffatte posizioni “interventiste” avrebbe potuto avere sul sistema economico del nostro Paese.

La quarta osservazione è che il vaglio di “meritevolezza”, nelle più recenti decisioni che si sono sopra ricordate, sembra invocato al fine – talora esplicitato<sup>43</sup> – di operare una valutazione,

---

<sup>40</sup> Sul tema, mi permetto di rinviare alle indicazioni di sintesi contenute nel mio contributo *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 22 ss.

<sup>41</sup> Così, testualmente, ROSSETTI (a cura di), *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in Corte Suprema di Cassazione-Ufficio Massimario, *Quaderni del Massimario*, 2, 2011, p. 62, in <http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents>.

<sup>42</sup> Sul tema, mi permetto di rinviare al mio contributo *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in questa *Rivista*, 2017, p. 377 ss.

<sup>43</sup> Cfr., ad esempio, i seguenti passi di: (i) Cass. 28.4.2017, n. 10509, secondo cui la clausola *claims made* impura sarebbe immeritevole di tutela perché – afferma la Corte – “attribuisce all’assicurato un *vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita*”, mentre debbono ritenersi “immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322 c.c., comma 2, contratti e patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge”, hanno “per scopo o per effetto di (...) attribuire ad una delle parti un *vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita* per l’altra”; (ii) Cass., sez. un., 17.2.2017, n. 4222, secondo cui “una clausola negoziale che derogasse alla necessaria corrispettività del versamento del canone di concessione (...), pretendendolo *sic et simpliciter* (...) anche per il caso di impossibilità della derivazione ascrivibile al fatto di terzi non altrimenti evitabile dall’obbligato, tramuterebbe il contratto atipico in esame in contratto aleatorio, *riversando sul concessionario ogni rischio*, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità”; infatti – conclude la Corte – “un simile contratto atipico non è, se non altro quanto a questa clausola, affatto meritevole di tutela, visto che una deroga immotivata al principio generale della *necessaria corrispettività tra canone e sfruttamento della risorsa oggetto della concessione* lederebbe la libertà di iniziativa economica privata – tutelata invece in via generale dall’art. 41 Cost., comma 1 – per accollare all’imprenditore ogni tipo di alea, anche del tutto non prevedibile, tanto da costituire in capo alla pubblica amministrazione, preposta alla cura dell’interesse coinvolto dalla risorsa oggetto della concessione, una sorta di rendita di mera posizione, in cui una somma di denaro sarebbe configurata come dovuta in dipendenza della sola titolarità di quella cura o di quella risorsa, anziché per l’uso o lo sfruttamento che ne viene operato o che ne sia almeno possibile”; (iii) Cass. 30.9.2015, n. 19559, secondo cui nei contratti “*My Way*”, “*4 You*” o “*For You*” “*evidente*” sarebbe lo “*squilibrio abnorme tra le controprestazioni*, a favore di un operatore specializzato e professionale”: “se i soggetti

# JUS CIVILE



in concreto, della congruità dello scambio così come originariamente delineato dai contraenti: al fine, cioè, di una verifica dell'equilibrio fra le reciproche prestazioni quale risultante dall'accordo negoziale <sup>44</sup>.

Il che induce ad interrogarsi se ci troviamo di fronte alle avvisaglie di un vero e proprio salto di qualità nell'intervento giudiziale sul rapporto contrattuale rispetto a quelli cui le corti ci avevano fin qui abituati in applicazione dei principi di "buona fede", "correttezza", ecc.: interventi che, in ogni caso, volevano essere sostanzialmente rispettosi del complessivo assetto di interessi delineato dalle parti in sede di accordo.

La quinta osservazione è che, nel momento in cui è chiamata ad operare il vaglio di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., la Suprema Corte non manca di sottolineare che "è di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete" <sup>45</sup>.

Affermazione, quest'ultima, che inevitabilmente importa ammissione di un'attenuata capacità della Suprema Corte di formulare, in sede nomofilattica, una regola avente validità generale; e, di conseguenza, di un'altrettanto attenuata prevedibilità della sorte che il giudice avrà concretamente a riservare, in sede di vaglio di "meritevolezza", alla clausola o al contratto sottoposti al suo giudizio.

Ultima osservazione.

Quello che si fonda sul giudizio di "meritevolezza" non è, peraltro, l'unico "grimaldello" attraverso cui la giurisprudenza finisce, nella sostanza, con l'incidere sull'assetto di interessi delineato in contratto.

Da almeno una decina di anni – è noto – la Suprema Corte enuncia il principio, secondo cui "la violazione dell'obbligo di comportarsi in buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata o di conclusione di un contratto invalido, ma anche nell'ipotesi in cui il contratto, valido,

---

dell'ordinamento sono tendenzialmente liberi di concludere anche patti per sé rovinosi, tuttavia, se lo squilibrio dipende dalla sproporzione delle posizioni di partenza e dalla minorata difesa di uno dei contraenti per la preoccupazione previdenziale e la non esperienza nel settore e dalla particolare aggressività dell'altro quale professionale intermediario nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie, l'ordinamento stesso non può prestare tutela (...) al soggetto che di questo manifesto squilibrio può godere i frutti".

<sup>44</sup> Con riferimento ad un contratto "My Way", con maggior rigore argomenta invece in termini di "meritevolezza"/"immeritevolezza" della relativa "causa" Cass. 10.11.2015, n. 22950, condividendo il ragionamento della "corte del merito [che aveva] rilevato che, attesa la descritta struttura negoziale, la banca ha una posizione "per modo di dire blindata" ed il contratto prevede un'alea solo in capo al risparmiatore, il quale paga un saggio di interesse non tenue, senza seria prospettiva di un corrispondente lucro a medio termine e con vantaggio certo, invece, per l'intermediario finanziario, che lucra gli interessi del mutuo, aumenta la sua operatività, colloca i prodotti. Ha dunque accertato l'assenza di una ragionevole incertezza in ordine al vantaggio per la banca ed al pregiudizio del cliente, precisando che ciò conduce all'inesistenza di una situazione di alea bilaterale, essendo il rapporto sin dall'inizio interamente sbilanciato a favore della banca".

<sup>45</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140.

# JUS CIVILE



risultati pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto”<sup>46</sup>.

Facendo applicazione di siffatto principio, la giurisprudenza finisce – *sostanzialmente* – con il modificare l'assetto di interessi quale delineato in contratto, pur lasciando – *formalmente* – del tutto inalterato il relativo rapporto contrattuale.

Un esempio – tratto da un caso giurisprudenziale ricordato anche da Giorgio De Nova<sup>47</sup> – varrà a meglio chiarire l'osservazione<sup>48</sup>.

Una tipografia stipula per 250 milioni di lire un contratto di *leasing* avente ad oggetto una macchina da stampa. La società di *leasing* non informa controparte della sospensione delle agevolazioni fiscali che, fino a quattro mesi prima, avevano assistito un'operazione siffatta. La Suprema Corte conferma la decisione del giudice di merito, che aveva condannato la società di *leasing* a risarcire alla tipografia l'importo di 30 milioni di lire, pari all'ammontare delle agevolazioni fiscali di cui quest'ultima non aveva potuto fruire: e ciò – si legge nella decisione – in quanto, “omettendo (...) di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione dei contributi fiscali (ed anzi “assicurando il contraente della possibilità del ricorso alla citate agevolazioni fiscali”), la (...) [società di *leasing*] ha (...) posto in essere un comportamento colposamente malizioso o anche solo reticente in ordine ad un aspetto del contratto assolutamente decisivo, violando l'interesse tutelato dagli artt. 1337 e 1338 c.c.”<sup>49</sup>.

L'esito finale è di tutta evidenza: il rapporto contrattuale stipulato fra le parti – *formalmente* – non è stato per nulla inciso dall'intervento giudiziale; purtuttavia – *sostanzialmente* – la tipografia ha potuto godere di un (importo pari ad un) beneficio fiscale cui non aveva diritto e la società di *leasing* ha, in concreto, erogato un finanziamento ... a titolo gratuito.

In quest'ultimo caso – si dirà – si tratta dell'ovvia conseguenza della violazione di una “regola di comportamento” dall'art. 1377 cod. civ. imposta ai soggetti che intavolano una trattativa precontrattuale; violazione che importa responsabilità, senza però incidere sulla validità dell'atto negoziale<sup>50</sup>.

Le recenti decisioni della Suprema Corte in tema di “meritevolezza” di tutela dei contratti “*My Way*”, “*4 You*” o “*For You*” sembrano rendere meno nitida la distinzione tra “regole di

---

<sup>46</sup> Così, testualmente, Cass. 23.3.2016, n. 5762. In senso conforme, cfr. Cass. 17.9.2013, n. 21255; Cass. 8.10.2008, n. 24795; Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724-26725.

<sup>47</sup> Cfr. G. DE NOVA, *La rettifica del contratto sconveniente mediante il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1789.

<sup>48</sup> È il caso relativamente al quale ha pronunciato Cass. 8.10.2008, n. 24795, la cui massima così recita: “la violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido. Nel caso di conclusione di valido contratto il risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale va ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto”.

<sup>(49)</sup> Così, testualmente, Cass. 8.10.2008, n. 24795.

<sup>50</sup> Si tratta della nota distinzione fra “regole di validità” e “regole di condotta” enunciata dalle sentenze gemelle di Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725.



## JUS CIVILE



condotta” e “regole di validità” – pur ferma nella giurisprudenza di legittimità<sup>51</sup> – nel momento in cui censurano detti contratti (anche) per il fatto che gli stessi appaiono fondati sullo “sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del cliente (...) a cui il prodotto è stato espressamente presentato come rispondente alle sue esigenze di previdenza complementare, quale piano pensionistico a profilo di rischio molto basso e con possibilità di disinvestimento senza oneri in qualunque momento”<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. da ultimo, per tutte, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140.

<sup>52</sup> Così, testualmente, Cass. 30.9.2015, n. 19559.

In senso analogo, cfr. Cass. 15.2.2016, n. 2900, secondo cui “l’interesse perseguito mediante un contratto atipico, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell’utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri, non è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., comma 2”; Cass. 29.2.2016, n. 3949, secondo cui immeritevole di tutela sarebbe “un contratto atipico fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del cliente (...) a cui il prodotto è stato espressamente presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, quale piano pensionistico a profilo di rischio molto basso e con possibilità di disinvestimento senza oneri in qualunque momento”.