

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

NUOVE FRONTIERE DELLA REGOLAZIONE
CONFORMATIVA DEI MERCATI: ESPERIENZE A
CONFRONTO

NUMERO MONOGRAFICO

A CURA DI M. CAPPAL, A. DAVOLA, U.
MALVAGNA, S. VACCARI

OTTOBRE / DICEMBRE

2025

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

ADRIANA ANDREI, GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI,
ALESSANDRA CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, EDOARDO
CECCHINATO, PAOLA DASSISTI, ANTONIO DAVOLA, ANGELA
GALATO, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA
SERAFINO LENTINI, PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO,
UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA
MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA
PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, GIULIA TERRANOVA, VERONICA
ZERBA (SEGRETARIO DI REDAZIONE)

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNAZI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INViate AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABbia APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE. QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**IL PRESENTE FASCICOLO RACCOGLIE GLI ATTI DEL
CONVEGNO «NUOVE FRONTIERE DELLA
REGOLAZIONE CONFORMATIVA DEI MERCATI:
ESPERIENZE A CONFRONTO» TENUTOSI PRESSO
L'UNIVERSITÀ DI TRENTO IL 6 E IL 7 FEBBRAIO
2025**

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Conclusioni sul contratto conformato: verso un contratto *zombie*? *

SOMMARIO: 1. Il controllo di contenuto *across the board*: dall'espansione del paradigma consumeristico al miraggio del diritto comune dei contratti. – 2. La disciplina delle clausole vessatorie e le sue premesse: fallimento di mercato, razionalità endogena e i limiti di una generalizzazione. – 3. L'incidente francese: il contratto di adesione come categoria unitaria e il cambio di cifra della tutela. – 4. L'abuso di dipendenza economica: intercedere o terra di mezzo? – 5. Giustizia contrattuale e funzionalizzazione del contratto: logica endogena e valenza esogena. – 6. Anatomia del contratto *zombie*.

1. *Il controllo di contenuto across the board: dall'espansione del paradigma consumeristico al miraggio del diritto comune dei contratti*

All'origine delle riflessioni sull'azione conformativa delle autorità di vigilanza echeggia, ci sia concessa la licenza quasi armonica, un basso continuo, relativo al crescente ricorso allo strumentario contrattuale – da parte delle autorità, certo, ma a questo discorso ben potrebbe aggiungersi la giurisprudenza arrembante della Corte di giustizia Ue, col seguito non meno pimpante dei giudici di casa nostra –, con particolare riguardo (ma non solo, con inciso invadente ma necessario, perché per strada è dato registrare quelli che appaiono veri e propri eccessi di tutela) alla dilatazione del perimetro applicativo dei diversi principi di azione (deterrenza, effettività, e via discorrendo). Approccio cui si associa la scelta di utilizzare una definizione soltanto in negativo della figura di consumatore – soggetto misterioso, ma “medio”, che si aggira nel mercato senza avervi un coinvolgimento professionale-, per etichettare come tale il condominio, la piccola impresa, l'investitore e via dicendo: il tutto in via quasi inerziale perché, se ci si accontenta di così poco, siamo tutti consumatori, prima o poi, nell'arco della quotidianità iterativa e, comunque, in una qualche accezione episodica.

In questo modo, per sedimentazioni progressive, il ‘diritto secondo’ – se non ormai, una sorta di ‘diritto terzo’ – si amplia e consolida, sino a far maturare la sensazione che possa occupare il banco per l'intero e

* Relazione conclusiva del convegno “Nuove frontiere della regolazione conformativa dei mercati: esperienze a confronto”, Trento, 6 - 7 Febbraio 2025.

imporsi come nuovo diritto comune; idea ancora più suadente se si mette nel conto la tradizionale inclinazione del giurista a riguardare la materia contrattuale come una Pangea monodimensionale, nel senso di *one [model] fits all*.

Quanto dire che il controllo di contenuto, in cui si sostanzia l'*ubi consistam* della disciplina di matrice eurounitaria, aspira ad applicarsi *across the board*, secondo una linea di tendenza che traluce da più parti, magari in dimensione settoriale (si pensi al *Data Act Ue 2023/2854*, dell'11 gennaio 2024: con riguardo ai *data sharing agreements* fra operatori professionali, la regola generale di cui all'art. 13 assoggetta a scrutinio le pattuizioni imposte, ossia predisposte da una parte senza che l'altra abbia avuto possibilità di influenzane il contenuto, che sarà bocciato come unfair in quanto comporti plateali deviazioni dalla buona pratica commerciale e sia contrario a buona fede e correttezza, con tanto di nullità prefissata da una lista nera o presunta in quella grigia, ciò che anche visivamente fa toccare con mano il disegno di rispecchiare il tipico approccio consumeristico, del resto largamente riprodotto nell'articolazione in dettaglio delle clausole sospette).

Per questa via, riassuntivamente, si mira a sterilizzare ogni connotazione soggettiva, dando consistenza all'emersione del nuovo principio, di caratura costituzionale, che si vorrebbe informi e regga la materia: la giustizia contrattuale – anche quando imposta per via amministrativa – che si vuole trovi qui una delle sue manifestazioni più emblematiche. Ci torneremo. Per ora, concentriamoci sulle premesse e, in particolare, su un esempio a mio avviso lampante di questi sviluppi: la disciplina sulle clausole sleali, o vessatorie, a piacer di lettore.

2. *La disciplina delle clausole vessatorie e le sue premesse: fallimento di mercato, razionalità endogena e i limiti di una generalizzazione*

Sia chiaro: la disciplina introdotta dalla direttiva 93/13 può non piacere. Il meticcio franco-tedesco, di cui essa si fa testimonianza, rivela non poche criticità e sfilacciamenti sul piano tecnico.

Ma, e proprio in forza dell'elaborazione pregressa, come pure delle esperienze maturate riguardo ai contratti di massa, esprime una soluzione necessaria: una regolazione andava comunque introdotta, perché in questo campo si toccava con mano un plateale fallimento di mercato.

Fermo restando, infatti, che l'adozione di *standard forms*, o comunque di qualche modalità di contrattazione standardizzata, contribuisce virtuosamente all'abbattimento dei costi transattivi e si raccomanda, pertanto, come efficiente, resta - beninteso, sul versante b2c: il ricorso alle condizioni generali nei contratti tra imprenditori si presta, come meglio si dirà, a valutazioni specifiche, a prescindere dalla possibilità che la disciplina sia dettata, come all'inizio in Italia, secondo parametri formali uniformi - la c.d. inattenzione del consumatore, ossia la sua pratica indisponibilità a sobbarcarsi agli oneri necessari per conoscere ed apprezzare la disciplina predisposta da controparte per un'applicazione generalizzata nel traffico di massa: la si chiami apatia, o la si configuri come espressione di razionalità necessariamente limitata, il consumatore seguirà, con ogni probabilità, il solco del comportamento di gruppo, rendendo così inutile, e alla fine neutralizzando inconsapevolmente, qualsivoglia tentativo concorrenziale di offrire un contratto migliore: dopo tutto, se lo si vuole compiacere, il modo più incisivo è, per l'imprenditore che voglia conquistare quote di mercato, sempre quello di offrire un prezzo appetibile, facendo leva sull'unico parametro per cui presumersi una spiccata sensibilità. Magari, in un futuro neppur troppo lontano, questo quadro potrebbe cambiare, a colpi di IA: ma questa è un'altra storia, ancora tutta da scrivere...

Di qui la sollecitazione quasi inerziale, in capo a chi predispone le condizioni generali di contratto, ad allocare tutti i rischi in capo alla parte debole, a dispetto del carattere spesso irrazionale, quando non controintuitivo, di una simile scelta; e la necessità, comunemente riconosciuta, di arginare questa forma di avvitamento attraverso un qualche correttivo regolamentare.

Sino a questo snodo, tutto ovvio. Salvo puntualizzare che l'impianto cennato tiene in quanto sussistano le condizioni presupposte: da declinare in chiave di razionalità endogena per gli operatori economici, ivi incluso il nostro consumatore. Se, cioè, per razionalità s'intende non solo la capacità di sostenere un carico cognitivo, ma anche un livello di attenzione ed elaborazione dell'informazione, il livello di razionalità si rivela correlato, in sostanza, a uno sforzo individuale (quindi, implica costi) ed è determinato endogenamente dall'individuo. Ciò implica che le scelte di consumo possano essere viste alla stessa stregua di quelle di investimento, o comunque come speculari a queste ultime; sì che, a

fronte di capacità cognitive limitate, alla limitata possibilità di attenzione (riservata a decisioni strategiche), al costo dell'informazione rispetto al beneficio conseguente alla sua acquisizione, il livello di razionalità sarà determinato dalle caratteristiche dell'operazione (razionalità endogena). Ne consegue che l'atto di consumo della quotidianità massificata sarà presumibilmente affrontato con fare da *herd behavior*, seguendo passivamente la corrente, semplicemente perché non ne vale la pena, ossia c'è modo migliore di impiegare le scarse risorse personali disponibili.

Indicazione che non varrà, viceversa, per i contratti che abbiano un cospicuo rilievo patrimoniale, e che comportino impegni importanti. È pur vero, per esempio, che quanti non operano professionalmente nel mercato immobiliare rischiano di risultare sprovveduti all'atto dell'acquisto della casa; ma si può, e deve, riconoscere che, in circostanze di questo genere, la razionalità endogena sia suscettibile di allargamenti orizzontali, nel senso che il consumatore, più o meno scafato che sia, si varrà, nella circostanza, di competenze adeguate, professionali o non, purché disponibili a chiarirgli il senso delle scelte. Discorso che, con qualche modesta correzione, vale anche per l'imprenditore, che potrà non avere particolari competenze in certi settori ma deve saperle procurare se intende sopravvivere in un mercato competitivo. E qui si scopre -ecco lo *shock!*- che il disagio è diffuso. Il primo senato civile del BGH, con decisione del 9 gennaio 2025, n. 1, dispone che la valutazione di ammissibilità della clausola con cui le parti, tedesche entrambe ma impegnate in un contratto transnazionale, convengono che l'arbitro applichi il diritto tedesco, ma con esclusione dei §§ 305-310 BGD, deve esser valutata dal tribunale arbitrale (quindi, possibilità dischiusa ai sensi del § 1032 ZPO), salvo eventuale giudizio statale di contrarietà all'ordine pubblico in sede di decisione sull'esecutività. Appena più in là, con respiro più limitato ma incidenza senz'altro maggiore, si scopre che la *Zukunffsinanzierungsgeset* del 15 dicembre 2023 aveva stabilito un'eccezione al § 310 BGB, che istituzionalizza un'esenzione dal controllo contenutistico per un corposo *numerus clausus* di contratti finanziari fra enti abilitati ad operare in regime di vigilanza, col fine dichiarato di aumentare il tasso di certezza giuridica dei rapporti contrattuali nelle operazioni sul mercato dei capitali, tutelare la fiducia degli operatori e garantire *hic et*

nunc un allineamento della prassi contrattuale agli standard internazionali.

Mentre -a riprova di sollecitazioni che non si limitano ad un solo quadrante- la Corte d'appello di Parigi, nell'affaire *Søstrene Grene* intima che l'art. L. 442-1, I, 2° (che esorcizza il significativo squilibrio tra professionisti) è norma imperativa interna, ma non di ordine pubblico internazionale, perché pur sempre volta alla protezione di interessi privati. Per chiari segni, meglio, per spigolature comparative, vediamo dunque emergere una distinta linea di resistenza alla consumerizzazione forzata dei rapporti b2b.

La morale è presto detta (e a quella si puntava): la disciplina dei contratti dei consumatori deve restare ancorata alle sue premesse, rigorosamente intese, ossia all'impiego rispetto a quick-hand transactions, ossia ad atti di consumo nel traffico di massa. Con l'esportare il paradigma di là da questo ambito, s'incorre nel marasma del paternalismo immotivato.

Con l'approdo a questa constatazione potrebbe dirsi sortito il modesto obiettivo iniziale di arginare tendenze inconsulte a generalizzare una disciplina che resta, viceversa, specifica: quanto dire che il contratto dei consumatori fa provincia a sé e non può diventare il calco su cui modulare l'intervento giuridico sul contratto senza aggettivi, quello che ci aspettiamo sia volto, con i rischi che ciò comporta, alla massimizzazione del valore congiunto dei paciscenti. Se non fosse stato per un incidente...

3. L'incidente francese: il contratto di adesione come categoria unitaria e il cambio di cifra della tutela

L'incidente è avvenuto in Francia. Volgersi, in chiave comparativa, al sistema esagonale era quasi d'obbligo, posto che la prima elaborazione in margine alle condizioni generali di contratto è emersa, agli inizi del secolo breve, proprio in ambito transalpino. Fatto sta che, giusto laddove tutto era iniziato, il legislatore ha cambiato le carte in tavola. Ha infatti impresso consistenza statutaria alla categoria unitaria dei contratti di adesione, che - in quanto contrapposti a quelli negoziati *de grè à grè*, con i paciscenti coinvolti nella creazione della trama dello strumento contrattuale – vede una parte predisponente dettare le regole del gioco che controparte non può mettere in discussione, perché

confinata nella condizione di prendere o lasciare, senza scarti o aggiustamenti di sorta. Nella nuova casella classificatoria (nuova a livello normativo, posto che la formula vanta un lignaggio risalente), confluiscono tanto le condizioni generali di contratto predisposte da un imprenditore per l'uso in un numero indeterminato di rapporti con i propri clienti (consumatori o altri imprenditori), quanto quelle messe insieme preventivamente da un contraente per l'impiego in un singolo affare. Nell'un caso e nell'altro, la trama è tessuta *a priori* unilateralmente; la parte che si vede presentare il prodotto finito e non può incidere sulla sua trama appare, in quest'ordine di idee, meritevole di protezione, perché privata della possibilità di imprimere alla negoziazione un torno adeguatamente protettivo dei propri interessi.

Non è più, quindi, l'appiattimento imposto dalla contrattazione seriale di massa rispetto ad atti di consumo (che non innescano una reazione del consumatore, razionalmente distratto), ma l'abbandono del modello di contratto risultante da una convergenza di volontà su un programma condiviso a innescare la necessità di attivare un controllo di contenuto, inteso a evitare che il potere di menare le danze, in capo a un soggetto, lo induca a profittare di controparte. In definitiva, il legislatore francese cambia la cifra della tutela: non si va più in soccorso di un consumatore trascinato dalla corrente, ma si interviene in soccorso di un soggetto caduto in una ragnatela che depotenzia la sua volontà. L'immagine è, forse, inadeguata, ma l'idea sottostante chiara: conta, e fa male, la predisposizione unilaterale, la quale implica un'alterazione procedimentale e da accidente diventa incidente allorché la standardizzazione si fa cogente perché caratterizzata da non negoziabilità (senza che, però, agli occhi del legislatore transalpino questo switch -dal fatto della mancata negoziazione alla preclusione di qualsivoglia possibilità di trattare- faccia differenza alcuna). Su questo profilo si addensano, nemmeno a dirlo, molte riserve. Qui ci si limiterà a sottolineare, sulla base di quant'è implicito nella precedente notazione parentetica, come essa possa esplicarsi in senso debole o forte.

Si avrà non negoziabilità di fatto, o debole, nel caso di condizioni generali predisposte per rapporti di massa, dove si concretizza, come già rilevato, un fallimento di mercato che annichilisce ogni anelito di riscatto per chi aspiri a migliorare la qualità della disciplina negoziale. Nulla impedisce la modifica di una qualche clausola contrattuale all'interno di una singola operazione: e la correzione appare persino

banale se lo scenario è quello dei formulari. Ma la verità è che la deviazione/correzione risulta nei fatti pressoché impossibile non solo perché, come sottolineato a suo tempo da una puntigliosa voce dottrinaria, il potere di modificare i termini dello standard form sarà ben difficilmente delegato dal vertice aziendale alla forza di vendita (che, nemmeno a dirlo, farebbe carte false per compiacere il cliente, ottenere l'ordine e raggiungere il budget prefissato), ma per l'evidente difficoltà d'innescare un processo comunque vischioso quando l'interessato non se ne cura. In sostanza, il *take-it-or-leave-it* scatta perché non c'è interesse avvertito a rinegoziare, senza che vi faccia ostacolo una supposta irremovibilità dell'impresa predisponente (laddove, a livello di rapporti interimprenditivi, potrà addirittura delinearsi una *battle of the forms*, che lascia presagire itinerari ermeneutici e ricompositivi comunque diversi, magari inclini a una rivisitazione di meccanismi formali come quello divisato dall'art. 1341, comma 2, c.c.).)

Saremo invece al cospetto di una negozialità forte quando la disciplina contrattuale è consapevolmente imposta, senza che sia consentita deviazione alcuna dal suo intreccio precostituito. E, a questo proposito, vien fatto di chiedersi se, assunti come asseverati questi presupposti, il rimedio possa davvero essere costituito dal vaglio di clausole in odore di abusività per essere segnate da significativo squilibrio o se le circostanze ipotizzate -un'impresa in grado di imporre unilateralmente condizioni vessatorie- non rimandino al paradigma dell'impresa egemone, che domina il mercato, (magari con la variante collettiva, com'è dato ipotizzare in situazioni di oligopolio assistito da importanti barriere all'ingresso), o a quello del prepotere contrattuale, cui presiede il divieto di abuso di dipendenza economica.

4. L'abuso di dipendenza economica: intercapedine o terra di mezzo?

Abuso di dipendenza economica, dicevamo. Sottoprodotto della disciplina in materia di impresa egemone, ma con vocazione a tramestare in materia contrattuale, volgendo i significativi squilibri dello scenario consumeristico in sbilanciamenti eccessivi. Che, poi, l'enfasi nella diversa aggettivazione abbia un peso specifico rilevante, è profilo assai incerto. Sta di fatto che il rincorrersi di nuances è parso accreditare l'idea di un *continuum*, quanto meno virtuale, nel senso di assegnare, alla nuova clausola generale -elevata a stella polare del

comparto b2b- la stessa funzione svolta, in ambito consumeristico, dall'art. 33 cod. cons.: insomma, una sorta di omogeneizzazione funzionale, prodromica all'agognata ricompattazione, ma col vantaggio di rispettare l'alterità dei plessi. Vantaggio non da poco, se si considera la già ricordata insofferenza della prassi negoziale tedesca dei contratti inter-imprenditivi nei confronti di un *Inhalkontrolle* teoricamente asimmetrico, ma nei fatti pesantemente inciso dal percolare di interpretazioni giudiziali in chiave consumerizzata: al punto da propiziare, a livello di contrattualistica internazionale, la fuga verso sistemi non esposti a questo pericolo.

Ad ogni buon conto, qualsivoglia progetto basato sull'impiego della clausola a.d.e. come veicolo per realizzare un organico disegno di controllo contenutistico dei contratti interimprenditivi sembra destinato a inaridirsi di fronte alla constatazione che, anche a volerne ribadire l'imprinting di clausola generale, la dipendenza economica, a legislazione invariata, è pesantemente condizionata dal presupposto oggettivo dell'assenza di alternative. Va da sé che una connotazione di tal fatta presuppone investimenti idiosincratici, non recuperabili, che si giustificano all'interno di rapporti contrattuali già in essere o in fase di rinnovo (al più, in situazioni precontrattuali che abbiano determinato investimenti in affidamento), senza potersi comunque estendere a squilibri originari, per i quali, a conti fatti, varrà sempre il monito che l'alternativa consiste, invariabilmente, nel sottrarsi a una negoziazione giugulatoria (sì che la possibilità d'intervento postula una qualche forma di vizio della volontà, da costruire con coordinate diverse da quelle ricevute, se del caso assumendo come modello di riferimento l'*abus de circonstances* avallato di recente dal legislatore belga). L'ambito applicativo si rivela, così, assai ridotto: troppo ristretto per farne il perno di un intervento a compasso allargato, come invocato da quanti inseguono il mantra della giustizia contrattuale. Insomma, non una terra di mezzo tra polarità opposte, ma giusto un'intercapedine.

5. Giustizia contrattuale e funzionalizzazione del contratto: logica endogena e valenza esogena

Siamo così ritornati a quell'ansia di giustizia contrattuale che si era intravista al fondo del primo movimento, ossia l'inclinazione a dilatare il raggio di applicazione del controllo contenutistico oltre l'ambito

consumeristico, sino a coprire, negli slanci più avanzati, l'intero ecosistema della contrattazione interprivata. Ansia che, a riprova di una vocazione a farsi chiave ermeneutica d'impronta generale, ritroviamo a chiare lettere nel trattamento riservato, in ambito domestico, alla clausola penale, la quale, a sua volta, si candida a funger da cartina di tornasole dello stato complessivo del diritto dei contratti (perché vista come espressione paradigmatica della privatizzazione dei rimedi, oppure come palestra privilegiata per un ruvido esercizio di remake giudiziale di quanto convenuto fra le parti).

Si constata, infatti, che a colpi di ariete di creativismo, la valutazione di manifesta eccessività, cui l'art. 1384 c.c. connette il potere di riduzione dell'ammontare della penale quale glorioso monumento di civiltà giuridica, va fatta non già con riguardo all'interesse del creditore al momento della stipula del contratto, ma sulla base del senno di poi, ossia alla luce della concretizzazione effettiva del danno (il che, dopo tutto, val quanto vanificare il senso stesso della liquidazione forfetaria anticipata convenzionale in cui si risolve almeno una delle due anime sottese a questo tipo di manifestazione contrattuale). E, sin qui, si resta ancora nell'ambito di una giustizia contrattuale sostanzialmente commutativa, se pur stravolta dall'imperativo del riequilibrio ad ogni costo. Ma si scopre ancora -ed è sotto gli occhi di tutti, senza suscitare reazioni degne di nota- che l'officiosità della rilevazione dell'eccesso da correggere, sancita da una celebre pronuncia delle sezioni unite della Cassazione ormai quattro lustri fa, non persegue (soltanto) il salvataggio della parte che si vuole taglieggiata da inammissibili danni punitivi, ma si giustifica in vista della sovraordinata necessità di preservare la stessa viabilità dei mercati. Con una spettacolare inversione di prospettiva: perché eravamo abituati a teorizzare che fosse il corretto funzionamento di un mercato adeguatamente competitivo a garantire il più provvido svolgimento dei progetti di autonomia privata e ci viene detto, invece, che è vero il contrario, tocca cioè al contratto a far sì che il mercato possa dispiegare le sue virtù salvifiche. Non più, dunque, logica endogena -sulle cui modalità è sensato discutere, pur sempre nel segno di un ordito commutativo- ma valenza esogena, incisivamente funzionalizzata in quanto ispirata, magari, a solidarietà sociale, istanze redistributive, sostenibilità e dintorni. Finalità tutte edificanti, ma che stanno fuori dal contratto e, non a caso, non hanno riscontro pragmaticamente significativo nelle esperienze giuridiche che

rimontano alla western legal tradition. Non c'è, forse, stilema più vituperato di quello che pretendeva fosse giusto tutto quello che è contrattuale. Ma non appare meno squilibrata la pretesa di fare del contratto uno strumento eterodeterminato di giustizia sociale.

Stilizzando i passaggi di un discorso troppo importante per prestarsi a una qualche silloge, si può convenire che nel contratto dei nostri giorni confluiscano e convivano molte anime, meglio molte matrici, che -in probabile opposizione agli stilemi di un passato, persino poco plausibile, in cui, a colpi di dogmatica giuridica ripiegata su se stessa, si teorizzava che l'esercizio di autonomia privata si realizzasse in un vuoto, una sorta di buco nero presidiato solo da paletti esterni che ne scandivano i limiti invalicabili- si è soliti ricondurre alla formula magica del contratto giusto. Che vorrebbe essere, ancor più che un mantra, un principio. Solo che, com'è stato lucidamente osservato, in un'epoca orfana del vecchio concettualismo giuridico e secolarizzata dalla costituzionalizzazione del sapere giuridico, matura la consapevolezza che il principio rinviene da una selezione etico-pollitica e deve misurarsi, a livello di bilanciamento, con altri principi, senza potersi trasformare, a prescindere da qualsivoglia mediazione, in precetto operativo. Tanto più che il principio ha una connotazione di fondo che rischia di renderlo sfuggente. Nel nostro caso, la giustizia contrattuale ha da esprimersi in termini di equità? Magari oltre la corrispettività sinallagmatica da codice civile, nella direzione di una proporzionata distribuzione delle risorse disponibili? Dove, però, proporzionalità potrebbe essere, e presumibilmente sarà, diversa da egualianza, purché le differenze esprimano una cifra di accettabile ragionevolezza. Salvo interrogarsi su come tutto ciò riesca a rapportarsi all'immanenza del paradigma solidaristico... A questo punto, il monito sulla necessità di ricostituire un ordine (concettuale) in chiave di integrazione principalista della dogmatica diventa molto più che suadente.

In epoca di neointerventismo statale in economia, la funzionalizzazione del contratto al perseguimento di una pluralità di scopi, ulteriori rispetto a quello della salvaguardia di un assetto concorrenziale, si esplica in chiave di eteroregolazione. Questo dato innegabile si declina, nei mercati vigilati, in chiave di conformazione dello strumento contrattuale, sia a livello di disciplina *ex ante* che per il tramite attività regolatoria di un'autorità di settore, con tutte le

conseguenze che se ne devono distillare in termini di integrazione extrapositiva del contratto. Con l'avvertenza che, in prospettiva più generale, le clausole generali di buona fede e correttezza, con tanto di aggancio alle nuove istanze do abuso del diritto, andranno ad ispessire il contenuto obbligatorio della pattuizione (senza che, va detto per inciso, giusto perché gli eccessi vanno sterilizzati con determinazione, si possa mai approdare all'idea, pur ventilata qua e là, che una parte, a mo' di encomiabile buon samaritano, debba prendersi cura degli interessi dell'altra). Sin qui, *prosit*. Ma il panorama è destinato ad offuscarsi quando la rimodulazione del contratto non è prefigurata in via regolamentare, con logica conformativa che orienta *ex ante* e convoglia gli aneliti dell'autonomia privata in funzione di chiare esigenze di efficientamento del mercato, ma si materializza attraverso una qualche riscrittura *ex post* del programma convenuto dalle parti. Esito non precluso in assoluto, quando il processo di convergenza sul progetto negoziale abbia subito una qualche forzatura (e si potrà allora discutere se l'inventario tradizionale dei vizi della volontà sia adeguato agli scenari proposti dalle nuove tecnologie). Ma che continua ad apparire improvvisto quando funzionalizzato ad interessi che restano al di fuori della contemplazione delle parti, alla volta di qualcosa che altri intende, promuove e persegue, occupando (e snaturando) l'ambito residuo dell'autonomia privata.

Per questa via si approda, ora e per davvero, alla morte del contratto.

Quello che vediamo aggirarsi nelle pagine estreme di certe pronunce e di certi provvedimenti è un *Doppelgänger*, meglio ancora, un *alias* in formato *zombie*, il prodotto sgraziato di giuristi ispirati dalle prodezze di Victor Frankenstein.

6. Anatomia del contratto zombie

Al di là della suggestione letteraria -ce ne sarebbero altre: ma meglio lasciar perdere!- l'immagine del contratto *zombie* merita di essere esplorata perché condensa con efficacia un fenomeno che attraversa in profondità il diritto contrattuale contemporaneo e che il convegno trentino, nelle sue diverse articolazioni, ha contribuito a mettere a fuoco. Il contratto *zombie* non è semplicemente il contratto morto di cui ragionava, con intento provocatorio, Grant Gilmore: è qualcosa di diverso e, se possibile, di più inquietante. È un organismo che continua

a muoversi, a produrre effetti, a vincolare le parti, ma ormai orbato del principio vitale che lo animava, ossia la riconducibilità a un progetto negoziale internamente coerente, frutto di un atto di autodeterminazione (per quanto condizionato e imperfetto).

Il contratto *zombie* cammina, ma non vive: è il prodotto di innesti successivi, ciascuno dei quali risponde a una logica propria, spesso impermeabile alle altre, e il cui risultato complessivo è un *patchwork* nel quale la coerenza sistematica cede il passo alla giustapposizione.

Conviene procedere con ordine, squadernando i diversi strati di cui si compone questo palinsesto.

Il primo livello è quello della regolazione conformativa in senso stretto: l'intervento dell'autorità di settore che, attraverso provvedimenti generali, comunicazioni, orientamenti e quant'altro componga l'armamentario della *soft e hard regulation*, predetermina il contenuto del contratto nelle sue linee essenziali. In ambito finanziario, assicurativo, bancario, energetico, il fenomeno è consolidato e risponde a una logica tutto sommato trasparente: il regolatore, in funzione di efficientamento del mercato e di tutela dell'utenza, fissa le coordinate entro cui l'autonomia privata può esplicarsi, segnando i confini del lecito e del doveroso. Il contratto che ne risulta è, per certi versi, un contratto normato, ma conserva una sua razionalità interna, nella misura in cui il disegno regolatorio risponde a una visione unitaria dell'assetto degli interessi in gioco. Fin qui, forse, nulla di critico: si è di fronte, semmai, a una (fisiologica?) accelerazione della regolazione dei mercati vigilati, che la letteratura cerca ancora di ricondurre a categorie note, pur se presentata in veste estensiva.

Tuttavia, a questo si assomma un secondo strato, costituito dall'intervento giurisdizionale, tanto delle corti nazionali quanto, con impatto sistematico ben più dirompente, della Corte di giustizia dell'Unione europea. Quest'ultima, in particolare, ha impresso un'accelerazione formidabile al processo di integrazione del contenuto contrattuale, muovendo da premesse che trascendono la mera tutela del contraente debole per investire la stessa architettura del mercato unico.

L'officiosità della rilevazione dell'abusività, la resistenza alla sostituzione della clausola nulla con il diritto dispositivo, l'interpretazione estensiva della nozione di non negoziazione sono altrettanti tasselli di un mosaico che, nel suo insieme, delinea un

contratto la cui fisionomia definitiva si rivela solo *ex post*, all'esito di un percorso giurisdizionale che può riservarvi sorprese non marginali.

Il punto critico, peraltro, è che la riscrittura giudiziale non sempre si armonizza con l'intervento regolatorio: il giudice ben può approdare a soluzioni che collidono con la logica conformativa dell'autorità di settore, generando cortocircuiti nei quali il destinatario della norma si trova stretto fra imperativi divergenti.

Il terzo livello, più insidioso, è quello delle clausole generali a vocazione espansiva.

La buona fede oggettiva, l'abuso del diritto, la proporzionalità, la ragionevolezza, la solidarietà contrattuale: ciascuna di queste formule opera come un vettore di integrazione del regolamento negoziale, ciascuna risponde a coordinate proprie e a logiche giudiziali non sempre sovrapponibili. L'effetto cumulativo è quello di un ispessimento progressivo del contenuto obbligatorio del contratto che, lunghi dal procedere secondo una direzione univoca, si sviluppa per irradiazioni concentriche e talvolta contraddittorie.

L'obbligo di rinegoziazione, ad esempio, può confliggere con la stabilità del rapporto che la regolazione di settore intende garantire; il controllo di proporzionalità della clausola penale, come si è visto, può interferire con la privatizzazione dei rimedi che l'ordinamento, per altro verso, incoraggia. Il contratto diventa così il terreno su cui si scaricano tensioni che gli sono estranee, e che lo deformano senza ricomporlo.

Il quarto strato, infine, è quello della funzionalizzazione del contratto a obiettivi di politica pubblica che trascendono l'assetto degli interessi delle parti. Il contratto, che di tutti questi interventi è il terminale operativo, finisce per somigliare a un documento stratificato in cui norme di epoche e matrici diverse si sovrappongono senza fondersi, come in un palinsesto medievale dove, sotto la scrittura più recente, affiorano tracce di testi precedenti, non del tutto cancellati e non del tutto leggibili.

Il fenomeno acquista una peculiare virulenza nell'ecosistema digitale, dove i diversi strati di regolazione e interpretazione si addensano con frequenza e intensità senza precedenti. Il contratto che ne risulta è un documento nel quale convivono, spesso in tensione reciproca, logiche protettive disallineate.

Ed è precisamente questo l'esito che la metafora del contratto *zombie* intende catturare. Non la morte del contratto nel senso gilmoriano del

termine, che implicava il riassorbimento del contratto nel più vasto mare della responsabilità civile e, dunque, la sua svalutazione come categoria autonoma. Il contratto *zombie* continua ad esistere come forma giuridica, come involucro, come etichetta, ma è una sopravvivenza in forma degradata: un contratto che si muove per impulsi che non gli appartengono, che risponde a sollecitazioni eteronome non coordinate fra loro, che conserva l'apparenza formale dell'atto di autonomia privata ma ne ha smarrito la sostanza. Il contratto *zombie*, come il suo omologo della cultura popolare, conserva una parvenza di vita, ma è privo di coscienza e di volontà propria: cammina perché qualcun altro lo fa camminare. Ciascuno degli interventi che concorrono a plasmarne il contenuto può vantare, singolarmente considerato, una propria ragion d'essere e una propria coerenza interna: la regolazione prudenziale risponde all'esigenza di stabilità del mercato, il controllo di abusività tutela il contraente debole, le clausole generali presidiano la lealtà delle relazioni negoziali, la funzionalizzazione a obiettivi di politica pubblica attua principi costituzionali e sovranazionali. Ma la sommatoria di questi interventi, ciascuno operante secondo una propria logica e con propri strumenti, non produce un tutto armonico: le singole parti si giustappongono senza integrarsi.

Il rischio non è soltanto estetico, o dogmatico. Un contratto la cui disciplina effettiva risulti dalla sovrapposizione non coordinata di fonti eterogenee è un contratto che genera incertezza per le parti (le quali non sono in grado di prevedere, al momento della stipulazione, quale sarà il contenuto effettivo del vincolo che le lega), per gli operatori economici (che devono fare i conti con un quadro regolatorio instabile e potenzialmente contraddittorio) e per gli stessi giudici (chiamati a ricomporre, caso per caso, un puzzle le cui tessere non sempre combaciano). L'incertezza giuridica, a sua volta, si traduce in costi transattivi, che gravano sulle parti e sul sistema nel suo complesso, erodendo proprio quei guadagni di efficienza che la regolazione si proponeva di realizzare. Si consuma, in altri termini, un paradosso: l'eccesso di tutela finisce per ritorcersi contro i suoi destinatari, perché l'opacità del quadro normativo riduce la prevedibilità degli esiti e, con essa, la fiducia degli operatori.

Né si può ignorare la dimensione istituzionale del fenomeno: il rapporto complesso tra autorità, giudici e legislatore evidenzia come

contratto *zombie* sia anche il sintomo di un *deficit* di coordinamento fra i diversi centri di produzione normativa, fra le autorità di regolazione e le corti, fra il legislatore nazionale e quello europeo, fra il diritto dei mercati e il diritto dei consumatori. Ciascuno di questi attori interviene sul contratto perseguiendo finalità diverse, con strumenti e secondo tempistiche proprie, senza che esista un meccanismo istituzionale in grado di garantire la coerenza complessiva dell'intervento.

Il risultato è un contratto che rischia di diventare il campo di battaglia di logiche regolatorie non comunicanti. La questione, allora, non è se il contratto *zombie* esista, perché la fenomenologia è sotto gli occhi di tutti, ma se sia possibile ricondurlo a vita piena, restituendogli una qualche coerenza interna.

Due strade si profilano, nessuna delle quali priva di insidie. La prima è quella di una razionalizzazione dall'alto, attraverso interventi legislativi (preferibilmente sovranazionali) che si facciano carico di coordinare le diverse fonti di eterointegrazione del contratto, fissando una gerarchia fra le diverse istanze regolatorie e individuando criteri di composizione dei conflitti. Strada ambiziosa, che presuppone una volontà politica e una capacità tecnica che, allo stato, latitano: il legislatore europeo, anziché semplificare, continua a stratificare, aggiungendo nuovi strati al palinsesto senza preoccuparsi di armonizzarli con quelli preesistenti.

La seconda è quella di una ricomposizione dal basso, affidata alla sapienza interpretativa delle corti e degli operatori. Strada più realistica, forse, ma che sconta il rischio dell'arbitrarietà e della disomogeneità, giacché il bilanciamento è operazione per definizione contestuale e il suo esito dipende, in larga misura, dalla sensibilità dell'interprete, dal suo estro creativo e dalla sua capacità di contenerlo.

In ogni caso, la consapevolezza del problema è il primo passo per affrontarlo: lo scrutinio dei diversi fenomeni conformativi mostra che la frammentazione non è un accidente, ma una patologia strutturale, che attraversa trasversalmente i diversi settori del diritto dei mercati e che richiede, per essere affrontata, uno sforzo di ricomposizione sistematica che nessuno dei singoli attori istituzionali è in grado di compiere da solo.

Fino a che questo sforzo non si materializzi, il contratto *zombie* continuerà ad agirarsi per le aule dei tribunali e gli uffici delle autorità di regolazione, sino a rimbalzare nella quotidianità del vissuto,

rivendicando un'identità -l'autoregolazione degli interessi di chi a quel contratto affida le proprie sorti economiche- che non gli pertiene più, non foss'altro che per sovrabbondanza di (buone?) intenzioni aliene.