

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

SUPPLEMENTO

APRILE/GIUGNO

2023

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **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**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA  
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO  
GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE),  
PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA,  
ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO,  
FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI,  
FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **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 ASSEGNATI 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 ABBA 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.

**Rivista** | dottrina  
di Diritto Bancario | e giurisprudenza  
commentata

**SEDE DELLA REDAZIONE**

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



## **La nullità del contratto squilibrato o pregiudizievole: alla ricerca di una clausola generale di invalidità**

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Della costruzione giurisprudenziale di una clausola generale di nullità per squilibrio contrattuale (ovvero, della reviviscenza del controllo di meritevolezza). – 3. L'ideologia al fondo del controllo di meritevolezza. – 4. Lo statuto della nullità da immeritevolezza. – 5. Di alcuni abusi giurisprudenziali del controllo di meritevolezza. – 6. A mo' di conclusione: dalla clausola generale di invalidità alle nullità a geometrie variabili (per un uso bilanciato della nullità).

### *1. Introduzione*

Ormai più di quindici anni fa la Corte di cassazione pronunciava le sentenze Rordorf<sup>1</sup>, con cui, nel distinguere tra norme di validità e di responsabilità, segnava un punto fermo di notevole importanza nel diritto privato e, al contempo, ribadiva la vitalità delle sue categorie classiche. La distinzione, che affonda negli scritti dei padri nobili del diritto privato<sup>2</sup>, implica tra l'altro che la violazione di norme nella fase di formazione del contratto, a prescindere dal fatto che comporti o meno responsabilità<sup>3</sup>, non implica anche invalidità del contratto stesso, salvo che così preveda l'ordinamento.

Ora, se si tiene presente quel principio generale che tuttora persiste nel sistema, e che anzi ha acquisito maggiore forza dopo la stagione delle riforme vincolistiche degli anni Settanta del Novecento, secondo cui lo squilibrio contrattuale, normativo o economico che sia, così come il carattere potenzialmente pregiudizievole di un certo contratto non rilevano di per sé, ma solo in presenza di situazioni patologiche nella

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784. Il tema è stato di recente ripreso da Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, in *Foro it.*, 2023, I, 168 ss.

<sup>2</sup> F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 13 e 67; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, II, Milano, 2011, 273; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 118.

<sup>3</sup> Così le sentenze Rordorf, sulla scia di M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 187 ss.; *contra* G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 101 ss.

fase di negoziazione o di conclusione del contratto<sup>4</sup>, ben si comprende come le sentenze Rordorf, nell'ammettere un'eventuale responsabilità precontrattuale da contratto invalido ma svantaggioso, abbiano al contempo escluso che lo squilibrio contrattuale o il pregiudizio che da un contratto può derivare godano di una rilevanza caducatoria al di fuori dei casi espressamente previsti dall'ordinamento.

Nel sistema originario del codice civile, questi casi erano – come ben noto – essenzialmente limitati alle ipotesi di annullabilità per incapacità o per vizio del consenso (errore, dolo, violenza), con un qualche rilievo pure della disciplina in tema di rescissione. Il contratto, in quel sistema, era ancora quello tra pari (il “primo” contratto), secondo la tradizione direttamente derivata dall'Ottocento francese; e tale era rimasto pure dopo la già menzionata stagione riformistica degli anni Settanta<sup>5</sup>, il cui dirigismo aveva ispirato normative di settore, e come tali non ampliabili in via interpretativa, volte a limitare per finalità superiori – eteronome e, verrebbe da dire, di ordine pubblico economico – l'autonomia privata (si pensi alle leggi in tema di lavoro subordinato o di locazione, volte ad attuare principi e valori di rilievo anche costituzionale).

A partire dagli anni Ottanta e soprattutto Novanta del secolo scorso, chiusa l'esperienza dirigistica della decade precedente, il sistema – sempre più ispirato all'ordoliberalismo di matrice comunitaria – ha dovuto rispondere in modo nuovo alle istanze provenienti dalla società e dall'economia, attribuendo sì una nuova importanza alla giustizia contrattuale<sup>6</sup>, ma al contempo dando rilievo a nuove situazioni di asimmetria<sup>7</sup>, emerse in un mondo sempre più complesso e non più leggibile con le ampie e rassicuranti categorie del passato.

Ciò che si è tradotto, pur sempre nel rispetto della tradizionale distinzione tra responsabilità e validità, nelle numerose disposizioni speciali, in larga parte di derivazione eurounitaria, volte alla tutela della

---

<sup>4</sup> Cfr., non senza spunti critici, V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 337 ss.

<sup>5</sup> V. F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 119 ss.

<sup>6</sup> Cfr. V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2015, 447 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2011, 370 ss.



parte debole di un rapporto (che sia consumatore, imprenditore debole, cliente in un rapporto assicurativo, bancario o finanziario). Si tratta di regole presidiate da altrettante nullità, di norma afferenti alla categoria della nullità di protezione, che danno vita ad altri sistemi – il “secondo” e il “terzo” contratto<sup>8</sup> – e richiedono un profondo sforzo ermeneutico da parte dell’interprete, chiamato a costruire nuovi statuti normativi<sup>9</sup>.

Tuttavia, la nostra giurisprudenza ha avvertito l’insufficienza di queste previsioni, così come delle altre che prevedono altrettante cause di nullità del contratto o di sue clausole, e in diverse occasioni ha ritenuto che esigenze di giustizia sostanziale imponessero, per lo più (ma non solo) nell’ambito di rapporti asimmetrici, di sopperire in via interpretativa alla mancanza di un rimedio caducatorio volto a tutelare una parte lesa da un rapporto contrattuale squilibrato o comunque potenzialmente pregiudizievole. Un tale rimedio, infatti, è apparso preferibile rispetto a quello meramente risarcitorio per una nutrita serie di ragioni, spesso non dichiarate per espresso, ma evidentemente sottese alla ricerca di uno strumento tecnico-giuridico che consentisse di pervenire all’esito caducatorio: si pensi, in particolare, alle difficoltà probatorie che pone la responsabilità precontrattuale in punto di quantificazione del danno o al termine di prescrizione dello stesso diritto al risarcimento del danno<sup>10</sup>.

I giudici, nel compulsare il sistema per costruire in via interpretativa un simile strumento di tutela, non si sono rivolti alle previsioni relative all’annullabilità del contratto. Probabilmente questa scelta deriva da almeno tre ragioni, di cui però solo una – la prima – espressa in modo chiaro: a) l’opinione dominante ritiene che le cause di annullabilità costituiscano previsioni speciali e non tollerino interpretazioni analogiche<sup>11</sup>; b) l’annullabilità parziale rappresenta un fenomeno

---

<sup>8</sup> G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2009, 9 ss.

<sup>9</sup> Spesso peraltro a geometrie (assai) variabili: ma riprenderemo il punto nel § 6.

<sup>10</sup> Risultano emblematiche le diverse questioni che pone il tema del nesso di causalità in ambito di intermediazione finanziaria e inadempimento, da parte della banca, dei suoi obblighi informativi: v. per tutti D. MAFFEIS, *Disciplina degli obblighi meramente informativi dell’intermediario finanziario*, in *Società*, 2020, 1381 ss.

<sup>11</sup> Si tratta di un’opinione tradizionale, ancor oggi seguita: L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 336; V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 713.

oscuro, perché poco indagato e scarsamente dogmatizzato<sup>12</sup>, la cui cittadinanza nell'ordinamento è addirittura esclusa da alcuni autori<sup>13</sup>: la conseguenza è che l'annullabilità viene – ora per l'uno, ora per l'altro verso – accostata alla (sola) caducazione dell'intero vincolo contrattuale e assume giocoforza i toni di un rimedio ben poco duttile; c) l'annullabilità non è rilevabile d'ufficio, ma richiede un'apposita domanda di parte, per ciò stesso rappresentando uno strumento meno idoneo, rispetto alla nullità, a fondare un certo attivismo giudiziario<sup>14</sup>.

La giurisprudenza ha allora preferito servirsi di un altro strumento (che peraltro proprio nel 2006 una nota sentenza di Cassazione liberava dalle strettoie in cui decenni di massime tralattizie l'avevano confinato<sup>15</sup>). Il riferimento va naturalmente alla causa (*sub specie* di immeritevolezza<sup>16</sup>), elevata a mezzo attraverso cui far divenire la nullità

---

<sup>12</sup> Beninteso: esistono ricerche, di sicuro pregio, sul fenomeno dell'annullabilità parziale, volte a individuarne un ambito di applicazione (soprattutto alla luce di previsioni, come quella sul dolo incidente, che sembrano porsi in contrasto con la possibilità di annullare solo alcune clausole o comunque una parte del contratto): si pensi ad esempio alle trattazioni di G. CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi della volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 364 ss., che ha proposto di applicarvi l'art. 1419 c.c., e a quelle di A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 85 ss., e di A. NATUCCI, *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 569 ss.; in giurisprudenza, si vedano Cass., 29 maggio 2014, n. 12117, in *Foro it.*, 2014, I, 2498; Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 366; Cass., 26 ottobre 1967, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1967, I, 1368. Nondimeno, l'annullabilità parziale resta in istituto di rilievo, teorico e pratico, assai limitato, il cui approfondimento non raggiunge quello della *Teilanzfechtung* in Germania, su cui v., ad esempio, C. PETER, *Grundsätze der Teilanzfechtung unter Berücksichtigung der Besonderheiten im Mehrpersonenverhältnis*, in *JURA*, 2014, 1 ss.

<sup>13</sup> Cfr. Ar. DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 22 ss., seguito – ma solo con riferimento alle annullabilità codicistiche – da C. CONSOLO, *Nullità del contratto, suo rilievo totale o parziale e poteri del giudice*, in AA.VV., *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, Milano, 2011, 50 ss. Di annullabilità parziale, in realtà, parla anche il codice, ma con specifico riferimento ai contratti plurilaterali: cfr. l'art. 1446 c.c.

<sup>14</sup> Sull'attivismo giudiziario v. le belle pagine di M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione Giustizia*, 2020, IV, 37 ss.

<sup>15</sup> Il riferimento va ovviamente a Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718.

<sup>16</sup> Su cui si rinvia, anche per la sintesi del dibattito precedente, alle recenti pagine di F. PIRAINO, voce *Immeritevolezza*, in *Enc. dir.*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 667 ss.

un rimedio generale a fronte di contratti squilibrati o potenzialmente pregiudizievoli. Ad essa converrà dedicare l'attenzione nelle prossime pagine.

*2. Della costruzione giurisprudenziale di una clausola generale di nullità per squilibrio contrattuale (ovvero, della reviviscenza del controllo di meritevolezza)*

Mentre per lungo tempo, dopo l'approvazione del codice del 1942, l'art. 1322, comma 2, c.c. è rimasto in giurisprudenza lettera morta o quasi<sup>17</sup>, in diverse decisioni, recenti e anche assai recenti, gli è stato attribuito un ambito di rilevanza e, in particolare, è stato sostenuto che l'immeritevolezza – vizio relativo alla causa e non sovrapponibile a quello di illiceità della stessa – si presenti allorché un contratto attribuisca un vantaggio ingiusto e sproporzionato a una parte o la ponga in una situazione di soggezione indeterminata rispetto all'altra oppure ancora la costringa a violare doveri di solidarietà sociale costituzionalmente imposti<sup>18</sup>.

Se si esclude l'ultimo gruppo di casi, che rimanda in realtà a una sorta di *Drittwirkung* dei principi costituzionali<sup>19</sup>, le altre ipotesi, in realtà, costituiscono un insieme unico, in cui lo squilibrio particolarmente connotato – il vantaggio ingiusto e sproporzionato o la soggezione indeterminata – non è, in realtà, la *ratio* del rimedio, ma piuttosto un epifenomeno di una patologia sottostante (che, anche nelle decisioni giurisprudenziali, costituisce in realtà la reale ragione della protezione fornita dall'ordinamento).

---

<sup>17</sup> Come ben noto, l'opinione dottrinale maggioritaria, seguita dalla giurisprudenza delle ultime decadi del Novecento, aveva sovrapposto immeritevolezza e illiceità, al fine di depotenziare il primo controllo, dal sapore (al tempo) dirigistico e corporativistico. Su questi temi v. in particolare G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 406.

<sup>18</sup> Cass., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, I, 452; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *dirittobancario.it*.

<sup>19</sup> È il caso, ad esempio, di Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 992, a proposito di una clausola, apposta a un contratto di locazione, che vietava a soggetti estranei al nucleo familiare di venire ospitati non temporaneamente nell'immobile locato: clausola che, in quanto tale, violava il principio di libera e piena espressione della personalità del conduttore e i doveri inderogabili di solidarietà.

Tale patologia, come dimostra un'analisi dei casi concreti, altro non è che quella altrimenti definita di "inadeguatezza causale"<sup>20</sup>, tramite la quale si fa emergere e si dà rilievo a un contrasto interno all'assetto di interessi, concretantesi nel disallineamento del regolamento contrattuale rispetto agli interessi perseguiti dalle parti stesse<sup>21</sup>.

In estrema sintesi: posto di fronte a un contratto, l'interprete deve anzitutto individuare gli interessi perseguiti dalle parti (intesi non come motivi, ma quali aspetti del complessivo senso socio-giuridico dell'operazione economica); a tal fine, l'interprete è chiamato a considerare tanto quegli indici sintomatici evincibili dal contesto, quanto – e soprattutto – le clausole contrattuali. In tal senso può dirsi che le clausole, venendo interpretate, aiutano a ricostruire l'assetto di interessi, e però al contempo vedono adattata la loro interpretazione proprio alla luce dell'assetto di interessi che sta venendo ricostruito<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Del resto, la nota sentenza Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Nuova giur. comm.*, 2018, 78, in tema di assicurazioni *claims made*, esclude che questo contratto, ritenuto tipico, vada soggetto a un vaglio di meritevolezza: e, al contempo, tratteggia un sindacato analogo a quello che altrove è andato proprio sotto un simile nome, definendolo però quale controllo di "adeguatezza causale" (consentendo di accorgersi dell'equivalenza sostanziale tra il primo e il secondo, specie ove si ritenga che l'art. 1322, comma 2, c.c. riguardi – a fronte di una prospettiva causale "concreta" – anche i contratti tipici: cfr. G. PERLINGIERI, *L'attualità del «Discorso preliminare» di Portalis. A proposito dei «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, in G. CONTE-S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, III, Mantova, 2017, 314).

<sup>21</sup> Per alcune considerazioni più approfondite rispetto a quelle che vengono qui formulate (e che, dovendo essere limitate all'essenziale per ragioni di spazio, rischiano di suonare assertive), si consenta il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Il giudizio di meritevolezza oggi (dialogando con Aurelio Gentili)*, in *Storia Metodo Cultura*, 2022, 325 ss.

<sup>22</sup> Basti pensare, a voler esemplificare, al caso di un'erronea qualificazione: la quale, quantunque in certe ipotesi e a certi fini goda di una qualche rilevanza (v. la menzionata Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit., peraltro non senza qualche ambiguità, opportunamente segnalata da F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: "scotismo" e onnipotenza delle etichette*, in *Contratti*, 2023, 163 ss.), in altri e più numerosi casi appare recessiva e, se contraria agli interessi in gioco, cade (o si limita a richiamare *per relationem* specifici aspetti di disciplina di un diverso tipo contrattuale; in questo senso potrebbero leggersi le parole di V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 408). Del resto, si pensi all'attribuzione di una somma di denaro ingente al fine, espressamente dichiarato, di adempiere un'obbligazione naturale: ove si ritenga la disposizione priva di

Ora, può essere che talvolta una o più clausole appaiano così contraddittorie rispetto al (resto dell') assetto di interessi da non riuscire a modificarlo, né a esserne corrette in via ermeneutica<sup>23</sup>: con una conseguente contraddittorietà interna al programma negoziale, di per sé irresolubile, e tale da comportare la nullità ora dell'intero accordo, ora di una sua parte.

Si tratta di un fenomeno che, a ben vedere, non è nuovo per l'ordinamento: una sua prima manifestazione si è avuta allorché si è voluto reprimere quello che si è definito, con formula icastica, "abuso del tipo", ossia la conclusione di un contratto che appartiene a un certo tipo, e quindi l'approvazione degli interessi collegati a questo tipo, accompagnata al contempo dalla previsione di regole che lo snaturano totalmente. L'esempio classico<sup>24</sup>, e assai noto, è stato quello delle cassette di sicurezza, rispetto alle quali vi è stato chi ha ritenuto nulle le clausole ABI volte a limitare oltremodo la responsabilità dell'istituto bancario (stante la presenza di un tipo palesemente volto a fornire un grado elevato di sicurezza al privato che si avvaleva del servizio)<sup>25</sup>.

---

proporzionalità e adeguatezza, di regola la si riqualificherà in donazione (e non ci si limiterà a ritenere l'atto dispositivo nullo, stante l'assenza di un'obbligazione naturale, come viceversa potrà avvenire nel caso in cui il disponente ipotizzasse erroneamente esistenti alcune circostanze che avrebbero potuto fondare il suo obbligo naturale).

<sup>23</sup> Una simile rigidità per solito riguarda regole che, lungi dal limitarsi a fornire una qualificazione, pongono una disciplina del rapporto e che per ciò stesso non riescono a essere disattivate, pur al contempo risultando inidonee a conformare gli interessi dedotti in contratto (il che, come diremo, avviene soprattutto a fronte di rapporti asimmetrici, in relazione ai quali la parte debole appare voler perseguire certi interessi, che la sensibilità moderna proietta inevitabilmente e inderogabilmente sull'assetto di interessi pattizio).

<sup>24</sup> Cfr. C. CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1978, I, 66 s. V. pure A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, 221 ss.

<sup>25</sup> Non è un caso che anche a fronte della diffusione dei contratti di cassetta di sicurezza si siano posti problemi in tutto e per tutto analoghi a quelli poi riemersi a fronte della conclusione di assicurazione *claims made* (in particolare, se le clausole volte a confinare la responsabilità della banca fossero da qualificare come volte a perimetrare l'oggetto o davvero a limitare la responsabilità). Sul punto v. per tutti F. DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*, in *Giur. it.*, 2019, I, 37 s.

Ma non solo: diverse disposizioni codicistiche si fondano, a ben vedere, sulla repressione di un contrasto tra interessi e regole, finendo per concretizzare quella clausola generale di meritevolezza in una serie di casi tipici (cd. “immeritevolezza tipica”). Basti pensare, per limitarci ad alcuni esempi, a queste previsioni: i) l’art. 1229 c.c., il quale sanziona tra l’altro il patto con cui, contestualmente all’assunzione di un debito, le parti del rapporto obbligatorio svuotino interamente il vincolo, mandando esente il soggetto passivo da responsabilità anche per i casi di dolo e colpa grave<sup>26</sup>; ii) l’art. 1355 c.c., il quale prevede la nullità del contratto ove allo stesso sia apposta una condizione meramente potestativa, tale da rimettere alla volontà del debitore o dell’alienante la decisione su quella stessa vincolatività del contratto che, in realtà, è già stata decisa<sup>27</sup>; iii) l’art. 1384 c.c., che consente al giudice di ridurre – d’ufficio, secondo la lettura della Cassazione – la penale manifestamente eccessiva avuto riguardo all’interesse del creditore<sup>28</sup>; iv) l’art. 2265 c.c., a mente del quale è nullo qualsiasi patto che escluda uno o più soci dalla partecipazione agli utili o alle perdite della società<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> L’esonero è, in quest’ottica, invalido solo quando si estende alla responsabilità per dolo e colpa grave proprio perché in tali ipotesi si perde il senso stesso della coazione giuridica. Sul punto v. A. D’ADDA, sub *art. 1229 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile*, E. GABRIELLI (diretto da), Milano, 2013, 348.

<sup>27</sup> Il che contribuisce a spiegare perché la condizione meramente potestativa è giudicata nulla solo se sospensiva e se fa dipendere la vincolatività dell’accordo dalla volontà del debitore o dell’alienante (colui, cioè, che ha interesse potenzialmente contrario all’esistenza stessa del vincolo). Inoltre, si chiarisce in questa prospettiva perché la condizione meramente potestativa è ritenuta valida ove tolleri di essere riqualficata in un’opzione (ossia, in una forma – quella del diritto potestativo – congrua rispetto agli interessi da regolare: v. G. CHANTEPIE-M. LATINA *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*<sup>2</sup>, Paris, 2018, 704 ss.).

<sup>28</sup> Cfr. la notissima Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985. La penale manifestamente eccessiva costituisce una regola disassata rispetto all’interesse che il creditore ha alla compensazione di un danno subito (unico interesse che può venire calato nel contratto e, comunque, che il sistema giuridico può leggersi, non essendo consentito alle parti di precipitare nella causa uno scopo schiettamente punitivo; sul punto, peraltro, è interessante confrontare anche l’evoluzione del diritto inglese in tema di *penalty clauses*: v. *Cavendish Square Holding BV v El Makdessi, ParkingEye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67).

<sup>29</sup> Il patto leonino, evidentemente, nega la funzione stessa del contratto sociale (sul punto v. F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, Padova, 2010,

La meritevolezza, applicata nel modo che s'è detto da parte della giurisprudenza (quantunque non sempre con piena consapevolezza), è venuta a costituire una clausola generale che, da un lato (cd. "immeritevolezza tipica"), consta di diverse concretizzazioni legislative e, da un altro lato (cd. "immeritevolezza atipica"), abbraccia l'istituto, di creazione dottrinale, dell'abuso del tipo, senza peraltro fermarsi allo stesso e, anzi, estendendosi assai oltre (del resto, l'immeritevolezza riguarda il contrasto concreto tra interessi e regole: e, a loro volta, gli interessi rilevanti, perché proiettati sulla causa, non sono solo quelli propri di un tipo o di un sottotipo, ma più in generale sono tutti quelli in concreto perseguiti dalle parti). Una clausola generale che, a ben vedere, è volta proprio a fornire un rimedio forte – la nullità, a seconda dei casi totale o parziale<sup>30</sup> – a certe ipotesi di contratti squilibrati o potenzialmente pregiudizievoli.

Emblematica, in questo senso, è la vicenda dell'assicurazione *claims made* e delle clausole di irretroattività o di retroattività limitata<sup>31</sup>: da un lato vi è un contraente che intende assicurarsi in modo pieno; da un altro lato vi è un'impresa assicuratrice che vende un prodotto che, in virtù delle clausole menzionate, offre una copertura assai scarsa. L'esito ultimo è la correzione del contratto, che viene amputato delle clausole che limitano l'interesse di copertura "piena" entrato nella causa. Tutt'al più, si ammette la ricostruzione della causa attorno a un interesse di copertura anche difettosa o limitata: ma a patto che in concreto l'assicurato ne abbia ricevuto un'informazione adeguata e che quindi

---

103); per tale ragione, deve considerarsi nullo pure il patto parasociale volto a eludere il divieto, perché nella sostanza diretto a svuotare la causa del contratto sociale (ciò che, invece, non avviene allorché la mancata partecipazione a utili e perdite, lungi dall'essere costante, è eccezionale o comunque limitata nel tempo: v. Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 81, nonché a tal riguardo V. DONATIVI, *Patti parasociali*, in *Tratt. Buonocore-Costi*, Torino, 2022, 186 s., testo e nt. 113).

<sup>30</sup> V. § 4.

<sup>31</sup> Così a partire da Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, cit., poi seguita da gran parte della (nutrita) giurisprudenza di merito e legittimità successiva (tra cui v., Cass., 13 maggio 2020, n. 8894, in *dejure*, proprio sulla "verifica – ai sensi dell'articolo 1322, comma 1, del codice civile – della rispondenza della conformazione del tipo operata attraverso l'adozione delle suddette clausole ai limiti imposti dalla legge").

persegua, anche alla luce dell'esiguità del premio pagato, interessi rilevanti diversi da quelli di copertura "piena".

Ma non è certo questo l'unico caso che segue la logica dell'immeritevolezza (o inadeguatezza causale). Alla stessa possono ascrivere diverse altre vicende come quelle, sempre oggetto di profonda attenzione da parte dei nostri giudici in tempi recenti, dei contratti For You o My Way (perfezionati per finalità asseritamente previdenziali da clienti ignari della vera struttura del contratto)<sup>32</sup> o degli *interest rate swap* conclusi per uno scopo di copertura, ma in realtà inidonei a perseguirlo, perché non sufficientemente correlati con il corrispondente rischio (e quindi privi di una struttura idonea a fornire la protezione divisata)<sup>33</sup>.

E ancora: quanto meno nella *ratio*, vengono alla mente anche i casi di penale irrisoria e quelli di indicizzazioni irragionevoli. Se la prima ipotesi rimanda immediatamente all'immeritevolezza, trattandosi di sanzionare un patto che priva di ogni contenuto il vincolo obbligatorio del debitore (tant'è vero che si può discutere se convenga applicare, in queste ipotesi, l'art. 1229 c.c. o se sia preferibile predisporre in via interpretativa una regola uguale e opposta a quella dell'art. 1384 c.c.)<sup>34</sup>,

---

<sup>32</sup> Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 852; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 305. Sulle operazioni My Way e 4You v. A.A. DOLMETTA, *My Way, For You, «Piano visione Europa» e Corte di cassazione*, in *ilcaso.it*, 2016, 1 ss.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, in *dejure*. Per la validità di un tale *swap* non è per forza di cose richiesta un'esatta corrispondenza degli elementi caratteristici del contratto (nozionale, durata, tassi) al rischio rispetto a cui fornire copertura: la logica dello *swap* implica una correlazione soltanto sufficiente, quand'anche non perfetta (v. anche Comunicazione Consob n. DI/99013791 del 26 febbraio 1999 e pure la n. DEM/1026875 dell'11 aprile 2001). La ragione è che lo *swap* non è un contratto sartorialmente cucito su certe esigenze di protezione, come potrebbe essere un'assicurazione, ma semmai un accordo con una sua causa tipica, rigidamente standardizzato, che viene poi piegato a una finalità di copertura.

<sup>34</sup> Se l'è chiesto, di recente, L. REGAZZONI, *Il problema della penale «irrisoria» nella prospettiva delle clausole di esonero da responsabilità*, in *Pactum*, 2022, 143 ss., il quale ha proposto di applicare l'art. 1229 c.c.: o, per meglio dire, di consentire il risarcimento del maggior danno, seppur solo in ipotesi di inadempimento posto in essere con dolo o colpa grave. Si potrebbe però forse anche ipotizzare una distinzione (che ridonda in una, per vero assai delicata, questione interpretativo-ricostruttiva): tra i casi in cui le parti intendevano davvero fissare una penale, seppur senza rendersi conto della sua esiguità, e quelli in cui – come potrebbe essere dimostrato dall'ammontare irrisorio della penale e dall'assenza di altri elementi di rilievo



la seconda richiama i casi in cui le parti, per governare un rischio – derivante dall’aumento o dalla diminuzione del costo, o del valore, di una certa prestazione –, introducono nel contratto un indice che appare fin da subito (o che diviene) inidoneo a tenere conto proprio di quel rischio<sup>35</sup>.

Di diversa natura – vale la pena di evidenziarlo per maggior chiarezza – è invece la questione dello sfioramento del limite nel mutuo fondiario, di recente decisa dalle Sezioni Unite nel senso dell’irrelevanza civilistica di tale superamento<sup>36</sup>. A voler ritenere che il mutuo fondiario sia un vero e proprio tipo, seppur, per così dire, calato dall’alto dal legislatore (giacché non si tratta di un tipo sociale reso giuridicamente nominato dal legislatore, ma immediatamente di un tipo legale), si deve pure ipotizzare che la volontà pattizia di ricorrere a tale schema negoziale sia di per sé rilevante ai fini della qualificazione (nel qual caso l’eventuale sfioramento potrà ora comportare la nullità – totale o parziale – contratto, per violazione di una norma imperativa prevista nell’ambito di un certo tipo all’interno del quale le parti si sono poste, ora essere irrilevante, qualora si ritenga che la norma non sia imperativa)<sup>37</sup>. Al contrario, a voler supporre che il mutuo fondiario altro

---

ermeneutico – esse miravano direttamente, e unicamente, a derogare alla responsabilità debitoria. Nelle prime ipotesi sarebbe sempre accordabile il risarcimento del maggior danno, mentre nelle seconde il rimedio sarebbe concesso solo a fronte di un inadempimento posto in essere con dolo o colpa grave; e il discrimine starebbe nel verificare se la regola pattizia era, o meno, immediatamente volta a limitare o escludere la responsabilità (con prevalenza, nell’incertezza o nel disaccordo tra le parti, per la soluzione positiva).

<sup>35</sup> Salvo, ovviamente, che le parti non volessero escludere il rischio in parola dalla clausola di adeguamento (il che, però, apre una *quaestio voluntatis*). Per un diverso ordine di rimedi, slegato dall’inadeguatezza causale, v. R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Foro it.*, 1981, I, 2133 ss.

<sup>36</sup> Cass., Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719, cit.

<sup>37</sup> La volontà pattizia non è già nel senso di derogare ad alcuni degli interessi propri di un tipo, pur restando all’interno di quest’ultimo (il che potrebbe dar vita a un caso di immeritevolezza, tipica o atipica). Semmai, le parti approvano tutti questi interessi (per mezzo di una loro indicazione espressa di scelta del tipo: poiché il mutuo fondiario non ha, nella sostanza, alcunché di differente da un mutuo, si deve ritenere che la selezione del tipo sia affidata a una semplice indicazione espressa delle parti); nel farlo, però, violano una norma che riguarda proprio quello specifico tipo: norma che può essere ritenuta imperativa (e giocoforza eteronoma) oppure solo regolatoria (e comunque eteronoma), con conseguenze opposte in tema di nullità o invalidità del contratto.

non sia che un mutuo che intercetta una disciplina di favore in virtù di taluni suoi specifici connotati, e non già un vero e proprio tipo (conclusione che sarà inevitabile per chi ritenga che i tipi legali debbono in ogni caso essere dapprima tipi sociali), si deve concludere nel senso che, nonostante l'intendimento delle parti di concludere un contratto rientrante in un regime di favore legale, lo sfioramento del limite farà sì che la concreta pattuizione costituisca sì un "mutuo", ma sfugga alla qualificazione di "mutuo fondiario" (con il risultato di non potersi parlare di nullità del contratto e meno che meno di conversione, ma piuttosto di semplice riqualificazione del mutuo fondiario in un mutuo semplice)<sup>38</sup>.

La prima tesi (nella sua seconda variante) è stata quella di recente seguita dalle Sezioni Unite, mentre la seconda è quella che a chi scrive pare preferibile, proprio per la preferibile limitazione del concetto di tipo legale a quei tipi che, prima di essere regolati dal legislatore, sono tipi sociali. Ma quel che più importa in questa sede è che in nessun caso si potrebbe ritenere che lo sfioramento corrisponda a un abuso del tipo (interessi perseguiti per mezzo di clausole in tutto o in parte contraddittorie rispetto agli stessi).

### *3. L'ideologia al fondo del controllo di meritevolezza*

La meritevolezza, intesa come controllo di adeguatezza causale e, quindi, come sindacato interno all'autonomia privata volto a promuoverne un uso ragionevole<sup>39</sup>, diviene, come s'è visto, una

---

<sup>38</sup> Questa era la tesi che, invero, appariva preferibile prima dell'intervento delle Sezioni Unite. V. a tal riguardo F. MACARIO, *Mutuo fondiario e superamento del limite di finanziabilità*, in *Contratti*, 2023, 9.

<sup>39</sup> Dove la Cassazione scrive che, "in definitiva, esiste una sorta di parallelismo tra i limiti che il legislatore incontra nell'esplicazione del suo potere e quelli posti all'autodeterminazione dei privati; ed i fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro, vale a dire i controlli di «meritevolezza di tutela degli interessi» (art. 1322 c.c.) e di «liceità» (art. 1343 c.c.)", quel che si vuol dire – più o meno consapevolmente – non è già, e solo, che le norme costituzionali costituiscano limite diretto dell'autonomia privata (il che ridonderebbe in un controllo unicamente di liceità), ma che gli interessi pattizi, letti e ricostruiti attraverso le lenti dell'ordinamento (e quindi pure per mezzo delle norme costituzionali), devono essere

clausola generale: la quale, aggiungiamo ora, è davvero volta a sanzionare contratti squilibrati o potenzialmente pregiudizievoli.

Le ipotesi delle penali eccessivamente esigue, delle clausole di irretroattività nelle polizze *claims made* miste e delle clausole di indicizzazione disallineate rispetto ai rischi di cui dovrebbero tenere conto riflettono, in effetti, altrettanti casi di squilibrio (di squilibrio normativo, ossia di diritti e di obblighi).

Del resto, se di regola in caso di approvazione di interessi corrispondenti a quelli di un tipo o di un sottotipo trova naturale applicazione il diritto dispositivo e, comunque, se di norma la causa concreta trova svolgimento in una disciplina *ex fide bona* del rapporto contrattuale, laddove il diritto dispositivo o la disciplina *ex fide bona* siano derogati in modo irragionevole (senza, cioè, che a tale deroga si accompagni una nuova conformazione dell'assetto di interessi), è inevitabile ammettere che si sia al cospetto di uno squilibrio, proprio poiché la disciplina equilibrata sarebbe stata (invece) rappresentata dal diritto dispositivo, quale normale *Zuendedenken* del tipo o del sottotipo, e dall'integrazione *ex fide bona*, quale particolare *Zuendedenken* correlato a quello specifico rapporto contrattuale<sup>40</sup>; uno squilibrio, peraltro, intollerabile, perché irragionevole (non accompagnandosi a una revisione degli interessi al cui perseguimento l'accordo mira).

Nei casi, poi, di *swap* inidonei a svolgere una funzione di copertura o di piani previdenziali in realtà impicanti audaci operazioni finanziarie è evidente che, quantunque non sia giocoforza presente uno squilibrio, i contratti sono in un duplice senso pregiudizievoli o potenzialmente tali per il privato che li ha conclusi: da un lato, non corrispondono a ciò che costui poteva aspettarsi; da un altro lato, da essi può derivare – e anzi spesso deriva – una perdita dal punto di vista patrimoniale.

---

sufficientemente congrui rispetto al regolamento contrattuale: così come le disposizioni legislative devono essere adeguate – ragionevolmente adeguate – rispetto agli interessi che vogliono perseguire, andando altrimenti incontro a un giudizio di illegittimità costituzionale per violazione del parametro recato dall'art. 3 Cost.

<sup>40</sup> La corrispondenza tra interessi e regole è al fondo di diversi istituti contrattuali: e, soprattutto, è ben chiarita, nel suo funzionamento, dalla *ergänzende Auslegung* tedesca (su cui v. per tutti D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*<sup>9</sup>, München, 2006, 132 ss.).

In entrambi i casi – di squilibrio contrattuale o di contratto potenzialmente pregiudizievole – la meritevolezza, quale clausola generale, è volta a reprimere ipotesi che, seppur tra loro omogenee, sono inevitabilmente diverse: con la conseguenza che all'interprete è richiesta un'opera di concretizzazione della clausola generale. Si tratta di uno strumento sì residuale da un punto di vista statistico, perché idoneo ad abbracciare solo casi-limite, ma al contempo assorbente, essendo evidente che la nullità da immeritevolezza, allorché si sovrappone a eventuali altre forme di invalidità (ad esempio, per annullabilità) o di responsabilità (come quelle derivanti da scorrettezze precontrattuali), finisce per escluderne l'operatività<sup>41</sup>.

La meritevolezza, peraltro, supera quel tradizionale principio per cui squilibrio o pregiudizio sono rilevanti, nel mondo dei contratti, solo se collegati a una disfunzione precontrattuale (salvi casi eccezionali, come quelli di causa irrealizzabile perché *dérisoire*): basti pensare alle ipotesi di penali eccessivamente esigue, dove il punto saliente non è affatto rappresentato da una responsabilità nelle trattative. Ma, in pari tempo, la meritevolezza aggira nella sostanza anche le sentenze Rordorf, pur mantenendosi alle stesse formalmente fedele: benché in nessun modo essa miri a sanzionare con l'invalidità una patologia precontrattuale, è chiaro che in alcuni casi essa rappresenta principalmente una prospettiva particolare attraverso cui guardare a una simile patologia (ossia, a una disfunzione precontrattuale) altrimenti condannata all'irrelevanza o a una rilevanza diversa rispetto a quella che deriva dall'applicazione della nullità (per inadeguatezza causale). Lo dimostra, in modo lampante, la vicenda delle clausole *claims made*, in cui un problema di informazione precontrattuale relativo alle condizioni di polizza assume una diversa e peculiare rilevanza nell'ottica dell'immeritevolezza.

Il che ci collega a un altro e diverso tema: ossia, a quali condizioni certi interessi entrino nella causa del contratto, pur in presenza di clausole apparentemente opposte, senza venire poi da queste ultime conformati.

---

<sup>41</sup> Il che è sempre vero se la nullità da immeritevolezza è intesa (o comunque in concreto è applicata) come nullità assoluta; viceversa, è vero solo da un punto di vista statistico (e di opportunità) ogni qual volta la nullità da immeritevolezza si attegga a nullità relativa (v., sul punto, il § 4).

Interrogativo, questo, la cui risposta richiede un approccio casistico, che impedisce eccessive generalizzazioni (e impone, semmai, l’elaborazione di una tassonomia che possa rappresentare una guida per l’interprete), ma che al contempo consente di individuare alcune linee di tendenza<sup>42</sup>.

Anzitutto, va rilevato che la stessa rilettura di alcune norme codicistiche in chiave di immeritevolezza, e quindi di sindacato consentaneo all’autonomia privata (e non già eteronoma), deriva ed è permessa da una revisione in senso solidaristico del sistema. Si pensi alla regola di cui all’art. 1229 c.c.: per un verso, potrebbe ritenersi che essa miri a sanzionare, per ragioni eteronome (volte, ad esempio, alla tutela della classe dei creditori), chi conclude un contratto e in pari tempo accetta una deroga alla responsabilità per dolo o colpa grave<sup>43</sup>; per un altro verso, potrebbe sembrare che essa, a fronte di un accordo volto a creare un vincolo, semplicemente escluda tutto ciò che irragionevolmente e contraddittoriamente neghi quel vincolo<sup>44</sup>. La differenza tra le due posizioni sta in una minore o maggiore “materializzazione” dell’autonomia: ora vista in senso più formalistico (come avveniva per lo più in passato), ora invece più solidaristico (come avviene oggi e come dimostra proprio la vicenda dell’immeritevolezza).

Questo stesso solidarismo, che percorre oggi l’ordinamento, porta in diversi casi – e specialmente a fronte di rapporti asimmetrici – a rendere rilevanti, quali interessi proiettati nella causa del contratto e non superabili da clausole pur contrarie, lo scopo che la parte debole intende in concreto perseguire o addirittura, e semplicemente, lo scopo che normalmente la parte debole di un tale rapporto persegue. Così, nelle ipotesi di *swap* volti a perseguire una funzione di copertura quest’ultima rientra nella causa del contratto anche se solo dichiarata dal cliente nella fase precontrattuale come sua finalità. Quanto poi all’assicurazione *claims made*, la funzione di assicurazione “piena” precipita

---

<sup>42</sup> Linee che riflettono l’importanza rivestita negli ultimi anni dal principio di solidarietà nella rilettura dell’ordinamento privatistico (v., tra tante, la notissima C. Cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035).

<sup>43</sup> F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, *passim*.

<sup>44</sup> A. TORRENTE, *Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità*, in *Giust. civ.*, 1951, 251 ss.

immediatamente nella causa, in quanto finalità normale (quantunque poi, stando a una certa opinione, le parti possano escluderne il rilievo, a patto che al cliente venga fornita un'informazione chiara e trasparente circa il fatto che il contratto da concludere presenta delle lacune di copertura)<sup>45</sup>.

Come ben si vede, una reinterpretazione in senso solidaristico dell'ordinamento conduce ad aumentare, e di molto, le ipotesi di immeritevolezza, soprattutto nell'ambito della contrattazione asimmetrica: senza, però, affidarsi a criteri rigidi o formalistici (come lo *status* di una delle parti<sup>46</sup>), ma semmai in base a un apprezzamento del caso concreto degli interessi pattizi. Detto in altri termini: l'immeritevolezza resta rimedio di parte generale, che però estende il suo campo d'azione soprattutto nell'area dell'asimmetria contrattuale (da dove, anzi, il sindacato di meritevolezza trae nuova linfa, in un moto circolare che, nel suo movimento di ritorno, rappresenta un esempio della diffusa "consumerizzazione" dell'intero diritto privato<sup>47</sup>).

Con specifico riferimento ai contratti tra parti diseguali il risultato finale è, tra l'altro, quello di dar vita in talune ipotesi ad altrettante "cause di classe": dove la flessibilità della causa in concreto è sostituita da una nuova rigidità, derivante dal fatto che gli interessi "normali" (ossia, normalmente perseguiti da un contraente-modello) conformano di per sé la causa, sino al punto che questa "normalità" limita l'autonomia delle parti, restringendo la libertà delle parti deboli. Siamo però ben lungi dalla conformazione contrattuale, volta a dare rilievo alla prospettiva dell'attività d'impresa e, in uno, a realizzare attraverso la tutela del singolo effetti di più larga scala: non vi è qui alcuna protezione direttamente volta alla tutela della parte debole e, meno che meno, uno scopo indirettamente repressivo di certe prassi commerciali; l'immeritevolezza resta, semmai, un presidio dell'autonomia privata

---

<sup>45</sup> Sul punto si consenta il rinvio, anche per le citazioni bibliografiche, ad A.M. GAROFALO, *L'assicurazione claims made e il dialogo tra formanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, IV, 1039 ss. In giurisprudenza, di recente v. Cass., 26 aprile 2022, n. 12981; Cass., 22 aprile 2022, n. 12908; Cass., 13 novembre 2019, n. 29365, tutte in *dejure*.

<sup>46</sup> Mentre, invece, come ben noto la disciplina consumeristica gravita attorno alla definizione – formalistica, anche e soprattutto per finalità di certezza – di "consumatore".

<sup>47</sup> Su cui v. per tutti V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in ID., *Il contratto del Duemila*<sup>4</sup>, Torino, 2020, 69 ss.

volta a preservarla da un uso patologico, per quanto, ovviamente, una sua estensione finisca per realizzare, in fin dei conti, proprio un effetto di conformazione dell'attività d'impresa<sup>48</sup>.

#### 4. *Lo statuto della nullità da immeritevolezza*

L'immeritevolezza è assistita, secondo la giurisprudenza, dalla sanzione della nullità: il che contribuisce a giustificarne il suo successo. Del resto, riletta quale inadeguatezza causale, l'immeritevolezza non può essere collegata a una semplice inefficacia o inesistenza (parziale o totale) del contratto<sup>49</sup>, come avverrebbe se essa costituisse il frutto di una semplice operazione ermeneutico-ricostruttiva: si tratta, infatti, di un istituto che presuppone la rilevanza di un contratto, di cui eventualmente predicare la nullità (parziale o totale)<sup>50</sup>. Il contratto, con tutte le sue contraddizioni, è voluto: e l'intervento dell'ordinamento, in funzione di uso ragionevole dell'autonomia, è successivo ed è volto a riportare in asse interessi e regole.

Ciò non toglie che di tale nullità debba approfondirsi lo statuto, il quale determina ovviamente anche il tipo, e il grado, di tutela che l'istituto è in grado di fornire. D'altro canto, che lo statuto della nullità tratteggiato dagli artt. 1418 ss. c.c. non sia l'unico esistente nel sistema e, comunque, subisca diverse deroghe è ormai un dato acquisito, se sol

---

<sup>48</sup> Detto in altri termini: la meritevolezza resta un problema dell'atto, più che dell'attività, quantunque, da un lato, la selezione degli interessi rilevanti (e idonei a proiettarsi sulla causa del contratto) risenta delle prassi del mercato (oltre che di una tendenza assiologica più o meno solidaristica nel rileggerle dall'interno dell'ordinamento) e, da un altro lato, il giudizio di immeritevolezza di certe operazioni contrattuali ridondi in una conformazione indiretta dell'attività. Sulla prospettiva dell'immeritevolezza nell'ottica dell'attività d'impresa v. le considerazioni di M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (Profili ricostruttivi)*, II, Torino, 2013, 79 ss.

<sup>49</sup> Sulla differenza tra nullità e inesistenza v. M. RABITTI, sub *art. 1418 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, E. GABRIELLI (diretto da), Milano, 2012, 524 ss., testo e nt. 16

<sup>50</sup> Del resto, a ritenere il contrario non si comprenderebbe la necessità di un'apposita disposizione, come l'art. 1322, comma 2, c.c., volta non già a risolvere una questione interpretativo-ricostruttiva, ma semmai a limitare espressamente l'autonomia privata.

si pensa al diffondersi delle nullità di protezione e al frantumarsi del loro statuto<sup>51</sup>.

Due sono i quesiti che sovengono ai nostri fini: a) in che termini la nullità in parola possa essere, e rimanere, solo parziale; b) se e a quali condizioni tale nullità possa essere di protezione (quanto a legittimazione a rilevarla).

Il primo interrogativo trova una risposta, per quanto frammentaria, nel sistema: e, precisamente, negli artt. 1229 e 1355 c.c., i quali prevedono ora la nullità parziale del patto tipicamente immeritevole (nullità del solo patto di deroga alla responsabilità concluso contestualmente all'assunzione di un vincolo), ora la nullità totale dello stesso (nullità dell'intero contratto che subordina alla mera volontà del debitore il prodursi dei suoi effetti). La differenza, a ben vedere, sta nel fatto che nel primo caso la contraddittorietà attiene a una clausola che incide su una delle varie regole che derivano dal contratto (la responsabilità debitoria), mentre nel secondo riguarda una clausola la cui rilevanza tocca il contratto nel suo stesso nucleo e nel suo stesso fondamento (privato di ogni sua coercività)<sup>52</sup>. Ne deriva che nella prima ipotesi l'espunzione della regola, di per sé recessiva, lascia in vita l'assetto di interessi; nel secondo, invece, la centralità della clausola impedisce di ritenere davvero voluto il contratto privato della stessa.

Non solo: l'art. 1229 c.c., nel richiamare un'ipotesi di nullità parziale, fa ben comprendere che in casi del genere la nullità, oltre a non trasmettersi all'intero contratto e a comportare la riespansione della disciplina di *default*, non si estende all'intero esonero da responsabilità,

---

<sup>51</sup> Sul senso ormai molteplice e plurale della nullità cfr. C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 476 s., anche con richiamo di V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 438.

<sup>52</sup> In tal senso può pure spiegarsi la soluzione che la giurisprudenza tradizionalmente dà al problema della nullità del patto leonino, ritenendo che essa non si estenda all'intero contratto sociale (o comunque all'intera partecipazione allo stesso di un socio), ma conduca piuttosto all'applicazione delle norme dispositive in tema di ripartizione di utili e perdite (v. già Cass., 3 marzo 1955, n. 626, in *Dir. fall.*, 1955, II, 5).



ma solo quella parte che esclude la responsabilità per dolo e per colpa grave (mantenendolo in vita, dunque, per i casi di colpa lieve)<sup>53</sup>.

Questa dovrebbe essere, dunque, la logica per distinguere tra nullità per immeritevolezza totale o solo parziale e per regolare il funzionamento di quest'ultima: funzionamento che non sarà mai soggetto all'art. 1419 c.c., poiché dall'espunzione della clausola illogica deriverà l'applicazione del diritto dispositivo, illogicamente derogato. Né un simile esito può sorprendere: l'art. 1419 c.c., peraltro dettato con precipuo riferimento a nullità di stampo eteronomo, riguarda un contratto già ricostruito e interpretato e come tale privo di patologie, mentre nelle ipotesi di cui si discute il contratto presenta una disfunzione che compare nella stessa fase di ricostruzione-interpretazione e che, però, non riesce a venire risolta<sup>54</sup>.

Proviamo a esemplificare.

A fronte di una clausola di irretroattività in un'assicurazione *claims made* mista, l'intervento del giudice sarà di regola volto a espungere la singola clausola: infatti, il contratto ha una struttura che non fa perno su questa regola, la quale può quindi ben essere rimossa. E tale espunzione, a ben vedere, dovrebbe tradursi in un'estensione della retroattività tale, semplicemente, da riportare a meritevolezza l'accordo (facendo riacquistare al regolamento contrattuale una corrispondenza con la funzione di copertura reale)<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Sul punto v. A. D'ADDA, *op.cit.*, 370 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali.

<sup>54</sup> Per di più, l'art. 1419 c.c. gravita attorno a una valutazione di essenzialità che è inapplicabile alle ipotesi di immeritevolezza, dal momento che, mancando un assetto di interessi ricostruito nella sua pienezza e senza contraddittorietà interne, difetta il criterio su cui condurre un tale sindacato di essenzialità (che, come pare preferibile, rinviene il suo parametro proprio nella causa concreta del contratto). Sull'art. 1419 c.c. v. per tutti M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, 105 ss. e 483 s.; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 686 ss.

<sup>55</sup> In linea generale v., oltre alle norme previste per alcuni settori professionali e volte a concretizzare la meritevolezza (art. 11, l. 24/2017; art. 2, d.m. 22 settembre 2016), Cass., 25 febbraio 2021, n. 5259, in *dejure*, secondo cui “la dichiarazione di nullità della clausola *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile, non può comportare l'automatica sostituzione della relativa polizza con il modello *loss occurrence* di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., trattandosi dello statuto negoziale che le parti hanno espressamente voluto emendare. Il giudice di merito deve invece integrare il contratto individuando, tra i differenti modelli di

Nell'ipotesi, invece, di contratti For You o My Way, tutta la struttura del contratto appare essere inidonea allo scopo precipitato nella causa, sicché non si potrebbe procedere a depurare il contratto da una clausola apposta allo stesso per ripristinarne la funzionalità. Il contrasto è frontale e riguarda il nucleo delle regole: non già per importanza o essenzialità, che qui non si tratta di applicare l'art. 1419 c.c., ma perché a confliggere con gli interessi sono segmenti della disciplina pattizia su cui tutto il complesso di regole approvate dalle parti si fonda<sup>56</sup>.

Quanto, infine, ai contratti di *swap* inidonei a perseguire uno scopo di copertura, si dovrebbe distinguere (quantunque ciò di regola non avvenga in giurisprudenza): vi potranno essere ipotesi in cui il contratto riesca a salvarsi parzialmente, essendo possibile un intervento sartoriale volto a riportarlo alla funzione divisata (ad esempio, ove il nozionale sia più alto rispetto al rischio da coprire), mentre in altri casi nulla di ciò potrà avvenire (ad esempio, se la scelta dei tassi di riferimento è del tutto disancorata dall'esposizione debitoria rispetto a cui lo *swap* dovrebbe fornire una copertura)<sup>57</sup>.

Resta poi da dire della legittimazione a rilevare, e a far rilevare, la nullità.

In dottrina si va diffondendo la tesi per cui la nullità di protezione costituisca un modulo che l'interprete può applicare anche nel silenzio del legislatore, e pure al di fuori della disciplina consumeristiche

---

clausola *claims made* rinvenibili nell'ordinamento, quello maggiormente compatibile con gli interessi dei contraenti, così riadeguando le condizioni di polizza in funzione della causa concreta".

<sup>56</sup> Cfr. Cass., 5 marzo 2020, n. 6201; Cass., 3 maggio 2017, n. 10708, entrambe in *dejure*. La seconda decisione, come già la precedente sentenza n. 22950/2015, per vero sottolinea anche, e soprattutto, il carattere sostanzialmente unilaterale dell'alea (così, tuttavia, nascondendo il punto focale della questione, che è – come ben emerso nella decisione n. 2900/2016 – quello del travestimento, nei panni di un piano previdenziale, di un'operazione finanziaria complessa e assai rischiosa).

<sup>57</sup> Ipotesi ancora differenti sono quelle dello *swap* che protegge in modo "scarso": ad esempio, perché il nozionale è inferiore all'esposizione debitoria che si vorrebbe garantire, come avveniva in Cass., 6 settembre 2021, n. 24014, in *dejure*, e pure in Trib. Torino, 14 gennaio 2020, n. 185, in *ilcaso.it*. In casi del genere il derivato non dovrebbe essere considerato immeritevole (quantunque così di tanto in tanto avvenga in giurisprudenza): può emergere semmai una responsabilità precontrattuale a carico dell'intermediario che non ha venduto "abbastanza" protezione.

nell'ambito della quale esso è sorto, ogni qual volta particolari esigenze lo richiedano<sup>58</sup>.

Nel caso dell'immeritevolezza queste esigenze si presentano ogni qual volta si sia in presenza di una contrattazione asimmetrica e la peculiare rilevanza di certi interessi sia derivata proprio dalla specifica natura della contrattazione: in tal caso, infatti, la nullità reca in sé traccia del rapporto asimmetrico, che la giustifica, e quindi si atteggia – per quanto indirettamente – a strumento rimediale previsto a fronte di una simile situazione. La nullità, quindi, dovrà essere intesa come protettiva: sicché sarà la parte debole a poter scegliere se far valere, o meno, la nullità.

Più complesso, semmai, è comprendere il ruolo del giudice. Nelle nullità di protezione consumeristiche, come noto, il giudice può (e deve) rilevare la nullità, ma non può dichiararla ove il consumatore vi si opponga<sup>59</sup>. Vale una simile regola anche per la nullità di protezione da immeritevolezza?

L'interrogativo sottende in realtà più questioni: ad esempio, se lo statuto della nullità di protezione sia molteplice e in che termini si possa differenziare tra nullità protettive consumeristiche e, per così dire, strutturali. Ammesso che il primo quesito trovi risposta positiva, resta che il giudice non dovrebbe poter dichiarare l'invalidità indicata dalla parte forte del rapporto (il che equivarrebbe, nella sostanza, a rendere la legittimazione assoluta). Ciò può voler dire che il giudice non ha alcun potere di rilevazione o comunque di dichiarazione della nullità in assenza di un'eccezione del debitore oppure che, in caso di opposizione del debitore, non gli è consentito pronunciare la nullità stessa (altrimenti rilevabile e dichiarabile).

Ora, pur non presentandosi nelle ipotesi in parola una necessità di tutela di una parte disinformata e inesperta come strutturalmente è il consumatore, la situazione di asimmetria impone di attribuire un generale potere di ausilio al giudice: con la conseguenza che dovrà comunque applicarsi la regola valevole in linea generale per la nullità di protezione consumeristica, consentendo al giudice di rilevare e

---

<sup>58</sup> V. per tutti G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, I, *Teoria generale, Persone e Famiglia*, Milano, 2010, 1016.

<sup>59</sup> A partire dalla assai nota Corte giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon*.

dichiarare l'invalidità in ogni caso, salva l'opposizione della parte protetta.

##### 5. Di alcuni abusi giurisprudenziali del controllo di meritevolezza

La repentina espansione dell'immeritevolezza riflette un processo per larghi tratti irrefrenabile e dettato, da un lato, da una sensibilità socio-economica nuova e, da un altro lato, da una tendenza generale del sistema.

Ciò non toglie che, talvolta, la giurisprudenza ha abusato di questa categoria, come dimostra la vicenda degli *swap*.

Secondo una nota teoria, avallata dalle Sezioni Unite<sup>60</sup>, il contratto di *interest rate swap* concluso tra una banca e un cliente deve poggiare su una causa aleatoria razionale: il che postula una completa informazione, nei confronti del cliente, circa il *mark to market* e gli scenari probabilistici, oltre che sui costi occulti nascosti nel contratto (e derivanti dallo squilibrio aleatorio iniziale)<sup>61</sup>.

Questa tesi, almeno per come è stata argomentata dalla Cassazione, si fonda sull'estremo tecnicismo del contratto di *swap*, il quale

---

<sup>60</sup> Cass., Sez. Un., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Contratti*, 2020, 539. La sentenza delle Sezioni Unite aveva ad oggetto lo *swap* di un ente locale; tuttavia, il principio richiamato nel testo, effettivamente espresso in modo assai ampio dal Collegio, è stato poi applicato anche agli *swap* dei privati dalla giurisprudenza maggioritaria successiva, tanto di legittimità (v. ad esempio Cass., 29 luglio 2021, n. 21830; Cass., 10 agosto 2022, n. 24654, entrambe in *dejure*), quanto di merito (C. App. Roma, 6 dicembre 2022, n. 7900; C. App. Milano, 18 novembre 2021, n. 3382, entrambe in *centroanomaliiebancarie.it*; *contra*, però, Trib. Milano, 6 marzo 2023, n. 1717, in *dirittobancario.it*).

<sup>61</sup> Anche in questo caso, come nell'ipotesi dell'assicurazione *claims made*, si potrebbe ritenere che l'immeritevolezza sia evitata da un'informazione piena e adeguata (lì, sulla retroattività limitata o mancante; qui, sui costi occulti). Volendo invece seguire una tesi più rigida, si dovrebbe ritenere che nemmeno un'informazione piena e completa consenta, in ipotesi del genere, di evitare il giudizio di immeritevolezza: e, ciò, perché gli interessi "normali" o addirittura "ragionevoli" della parte debole si proietterebbero come tali nella causa del contratto, pur a fronte di un'informazione trasparente circa il perseguimento, mediante la pattuizione concreta, di uno scopo in tutto o in parte discrepante. Questa seconda opzione sembra, però, d'impronta eccessivamente solidaristica, alla luce delle scelte politiche immanenti nel sistema (e pure di quelle che l'interprete può autonomamente porre in essere).

costituisce un accordo della finanza e la cui causa non si confonde con quella di scommessa – nonostante la sovrapposibilità strutturale – proprio per il diverso ambito su cui insiste. Tanto che il legislatore ha utilizzato un criterio soggettivistico per distinguere scommesse e derivati, richiedendo, con l'art. 23, comma 5, t.u.f., che almeno una delle due parti del contratto sia un soggetto della finanza (ossia, un intermediario).

Se così è, deve ritenersi – ecco la sostanza del ragionamento delle Sezioni Unite – che il cliente possa partecipare alla causa di un *interest rate swap* solo se riceve un'informazione tale da colmare il suo *deficit* e da essere messo in una condizione pressappoco analoga a quella dell'operatore finanziario: per l'appunto, venendo a conoscenza del *mark to market* e degli scenari probabilistici, nonché concludendo un contratto perfettamente *par* (salvo, ove così non fosse, che il disequilibrio economico sia giustificato da una comunicazione trasparente relativa ai costi applicati, che cessano di essere occulti).

Un simile modo di argomentare non convince e, soprattutto, sottende un abuso dell'immeritevolezza.

L'inadeguatezza causale non si fonda, nei casi di cui s'è detto, sull'inadeguatezza delle regole contrattuali rispetto a interessi che corrispondono allo scopo perseguito o normalmente perseguito dalla parte debole, ma piuttosto rispetto a interessi che l'interprete ritiene connaturati al tipo: se il tipo "derivato" è contratto dominato da un notevole tecnicismo, dovrebbe essere inevitabile accedervi solo sulla base di un elevato livello di razionalità e, quindi, avendo a disposizione informazioni particolari ed evitando qualsiasi squilibrio economico non riconosciuto e accettato.

Senonché, il legislatore ha scelto un criterio soggettivo, come tale formalistico e rigido, per distinguere derivati e scommesse proprio al fine di evitare contenziosi e liti (che sarebbero altrimenti sorti senz'altro e che avrebbero riguardo l'appartenenza, in concreto, del singolo contratto al "mondo della finanza"). Al contrario, il legislatore non ha dettato la norma dell'art. 23, comma 5, t.u.f. per richiedere che il cliente concluda l'*interest rate swap* solo e soltanto se messo in grado di farlo, ossia se posto a un livello di razionalità almeno pari a quella dell'intermediario. Per di più, l'applicazione della tesi della causa aleatoria razionale conduce a esiti assai discutibili, conducendo a dichiarare nulli praticamente tutti gli *interest rate swap* conclusi in

passato, poiché di fatto perfezionati sempre senza alcuna indicazione – che mai alcun intermediario avrebbe potuto ritenere necessaria – circa il *mark to market*, gli scenari probabilistici e i costi occulti (quand’anche assai ridotti)<sup>62</sup>.

E non è tutto: l’opinione criticata, a mente della quale il tecnicismo del contratto impone che l’assetto di interessi sia necessariamente modellato su una razionalità dell’alea, e quindi dello scambio aleatorio, rischia di giungere a un – criticabile – risultato d’ordine generale, portando a ritenere che in ogni contratto proprio di un settore di mercato dotato di un certo grado di tecnicismo la causa assorba questa razionalità e richieda sia un’informazione piena della parte debole, sia un equilibrio economico perfetto tra prestazioni, che la parte forte del rapporto potrebbe evitare (a tutto voler concedere) solo e soltanto fornendo un’informazione adeguata.

In tal modo, tuttavia, si estende di molto la portata della neonata clausola generale di immeritevolezza, rendendola strumento per un sindacato generalizzato sull’informazione precontrattuale, e addirittura sull’equilibrio economico, sanzionato mediante la nullità dell’intero contratto (nullità integrale che, a sua volta, rischia di costituire un esito in concreto sproporzionato ed eccessivo, in tanto in quanto non modulabile dall’interprete). La meritevolezza, così, da rimedio finale e residuale, per quanto assorbente, finisce con l’essere uno strumento fagocitante, che non solo presidia tutta l’area delle trattative e della formazione del contratto (occupando l’intero spazio riservato ad altri istituti), ma che addirittura può spingersi a consentire una valutazione dell’equilibrio quantitativo tradizionalmente estranea a tutti gli altri rimedi (risarcitori o caducatori che siano).

Probabilmente, nel caso degli *interest rate swap* era preferibile servirsi di più specifici strumenti di tutela, come quelli fondati sulla carenza di informazione e imparzialità tipici del rapporto di

---

<sup>62</sup> Infatti, va considerato che un’applicazione così penetrante, e creativa, della meritevolezza finisce per imporre in modo sostanzialmente retroattivo degli oneri informativi (se non addirittura di forma informativa) cui nessun operatore poteva supporre, diversi lustri fa, di dover far fronte. Si tratta di una considerazione critica diffusa in dottrina: M. ANOLLI-A. PERRONE, *La giurisprudenza italiana sui contratti derivati. Un’analisi interdisciplinare*, in questa Rivista, 2020, 195 ss.; R. LENER-C. CIPRIANI, *I derivati, le Sezioni Unite e l’Europa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 768 ss.

intermediazione finanziaria<sup>63</sup>, senza attribuire alla meritevolezza spazi ulteriori rispetto a quelli che ha conquistato negli ultimi anni: anche alla luce del fatto che la sanzione, ossia la nullità del contratto (qui per forza di cose integrale), rischia di facilitare condotte opportunistiche del cliente, che per una lieve carenza informativa, magari pure irrilevante o poco rilevante, può sentire pronunciata addirittura l'invalidità dell'intero vincolo.

La diversa soluzione delle Sezioni Unite, tuttavia, è ormai diffusa nell'ordinamento: tanto da essersene sentita l'eco anche in aree del diritto dei contratti assai lontane, ove pure si è riproposta un'idea simile a quella della “causa razionalità in rapporto connotato da alto grado di tecnicismo”. Lo attesta, ad esempio, un recente caso su patto di quota lite<sup>64</sup>, in cui la Cassazione, volendo sancirne la validità solo se contenuto entro una misura proporzionata, non si è limitata a ricavare un limite eteronomo alla libertà contrattuale dalle norme codicistiche, della legge professionale e deontologiche (come sarebbe stato forse preferibile), ma piuttosto ha guardato “allo squilibrio significativo tra i diritti e gli obblighi delle parti ..., e, dunque, alla verifica in concreto del requisito causale (la «ragion d'essere dell'operazione», valutata nella sua individualità) sotto il profilo [non solo] della liceità, [ma anche] dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dai contraenti”.

In breve: il patto di quota lite sproporzionato è nullo, osserva la Cassazione, (anche) perché in un contratto con un avvocato si deve ritenere che le parti perseguano (non solo “debbono” perseguire, ma anche “effettivamente” perseguano) interessi complessivamente ragionevoli anche dal punto di vista economico, tale essendo

---

<sup>63</sup> È vero che anch'essi risentono di limiti – evidenziati di recente, tra l'altro, dalla High Court inglese nel § 170 della sua sentenza *Banca Intesa San Paolo and Dexia Crediop v Comune di Venezia* [2022] EWHC 2586 (Comm) –; tuttavia, in concreto appare preferibile tollerare questi limiti, inerenti ad esempio ai problemi di prova del danno conseguenza e a quelli derivanti dalla sua possibile prescrizione, piuttosto che andare incontro alle inevitabili rigidità che nelle ipotesi in parola presenta il rimedio demolitorio (e che rischiano di piegare la meritevolezza, da strumento volto a garantire un uso ragionevole dell'autonomia privata, a leva per la repressione di pratiche sgradite, così attribuendole un compito che, come già si è detto, non le appartiene immediatamente).

<sup>64</sup> Cass., 5 ottobre 2022, n. 28914, in *dejure*. Peraltro, tale arresto è stato poi seguito da Cass., 14 ottobre 2022, n. 30287, sempre in *dejure*.

l'aspettativa del cliente che si proietta sulla causa del contratto (aspettativa, a sua volta, ricalcata non già sullo scopo reale o normale, ma piuttosto sulla finalità che un contraente, dotato di informazione ed esperienza, perseguirebbe). Con la conseguenza che, in questi rapporti asimmetrici, la causa, già divenuta causa "di classe" (intesa come scopo normalmente perseguito da un contraente-modello) diviene pure causa "economicamente razionale" (quale assetto di interessi che un contraente perfettamente razionale approverebbe e che, magari, la parte debole – e così pure un contraente-tipo – nemmeno s'immagina di perseguire).

Peraltro, se quanto si è detto riguarda i rapporti asimmetrici, non può poi trascurarsi che un uso eccessivo dell'immeritevolezza nei rapporti tra uguali, e in particolare in quelli tra grandi operatori economici, può risultare altrettanto (se non ancora più) pernicioso: esso corrisponde a un potere di intervento forte del giudice sul contratto, spesso mal tollerato dagli attori economici, che non a caso a fronte di tale rischio evitano la giurisdizione italiana e si spostano verso sistemi più garantisti, come quelli di *common law*, o verso le corti arbitrali internazionali<sup>65</sup>.

A fronte di questi abusi, o per lo meno di questi pericoli di abuso, dell'immeritevolezza, taluno potrebbe replicare che, una volta ammessa la cittadinanza nell'ordinamento della categoria di cui discutiamo, diviene difficile frenarne l'utilizzo: il problema diventa quantitativo, e non più qualitativo; e per ciò stesso ogni tentativo di limitare l'utilizzo della categoria sarebbe destinato al fallimento. Tuttavia, il problema, più che schiettamente quantitativo, attiene – come sempre avviene per la concretizzazione delle clausole generali – alla forza degli

---

<sup>65</sup> Il che, peraltro, fa sorgere alcuni ulteriori, e più specifici, interrogativi (che esulano però dai limiti di questo contributo): il successo dell'immeritevolezza, ossia di una categoria di parte generale riletta in senso solidaristico, andrebbe forse frenato nell'area dei rapporti tra parti uguali, in una sorta di "ri-commercializzazione" della parte generale del diritto privato, o quanto meno a fronte di rapporti prettamente commerciali tra uguali, in una differenziazione tra diritto privato comune e diritto privato commerciale? E alle parti è consentito, magari per il tramite di *merger clauses* o *entire agreement clauses* (su cui v. M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2016), limitare il sindacato di meritevolezza oppure è solo permesso – come pare più probabile – cambiare indirettamente il rilievo di certi interessi, così finendo per diminuirne la forza concreta e magari evitare quelle contraddizioni su cui si fonda il giudizio di immeritevolezza?



argomenti<sup>66</sup>: dove gli argomenti, nei casi in esame, altro non sono che gli interessi delle parti evincibili dall'interprete, mentre la loro forza è l'intensità con cui si proiettano, più o meno rigidamente, nell'assetto di interessi<sup>67</sup>.

Per orientarsi, sarebbe d'uopo – come in ogni caso di *Konkretisierung der Generalklauseln* – formare una tassonomia di casi, raccogliendo entro gruppi omogenei – le *Fallgruppen* di tedesca memoria<sup>68</sup> – i casi cui sta dando vita la giurisprudenza. In tal modo si potrebbe realizzare una perimetrazione dell'istituto, onde evitare abusi, al contempo ammettendo – lì dove non si può o non si deve individuare alcuna contraddizione tra interessi e regole – l'operatività degli altri rimedi (i quali possono apparire in talune ipotesi più adeguati a tenere in considerazione le esigenze di giustizia espresse dal caso concreto). Ciò che, in una recentissima sentenza, ha ricordato finanche la Corte di cassazione, sottolineando i limiti da cui in un ordinamento (anche) liberale il sindacato di meritevolezza dev'essere circondato, affinché essa non diventi una “magica porta di Ishtar attraverso la quale veicolare un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> In tal modo, e quindi attraverso un'analisi della forza degli argomenti da valorizzare caso per caso (e pure mediante l'elaborazione di una tassonomia), possono farsi convivere un'applicazione non irrisoria della meritevolezza e un vaglio rispettoso del concetto stesso di autonomia privata. Il che, peraltro, consente – o almeno così sembra a chi scrive – di superare le perplessità formulate da F. PIRAINO, *Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura claims made*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1086 s., nt. 108.

<sup>67</sup> Ovvio che, più si ammette un'area di libertà delle parti (ad esempio, nel definire l'equilibrio economico), meno rigido dev'essere l'assetto di interessi per come ricostruito, ad esempio, alla luce dello scopo apparente del contratto o dello *status* delle parti; così come è ovvio che una tendenza più solidaristica irrigidisce la fase di ricostruzione dell'assetto di interessi.

<sup>68</sup> Su cui v. per tutti R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *AcP*, 1992, 516 ss.

<sup>69</sup> Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5657, cit. Ma v. pure, già qualche anno fa, Cass., 4 luglio 2018, n. 17498, cit., secondo cui, “tanto più quando si tratti di soggetti entrambi imprenditori, che abbiano concordato un regolamento pattizio nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale privata, ogni intervento giudiziale *ex art. 1322* cod. civ. – col suo effetto d'autorità rispetto ad equilibri negoziali liberamente contrattati – non può che essere del tutto residuale”.

6. *A mo' di conclusione: dalla clausola generale di invalidità alle nullità a geometrie variabili (per un uso bilanciato della nullità)*

Possiamo concludere riconoscendo che la giurisprudenza ha davvero reperito una clausola generale di invalidità dei contratti squilibrati o pregiudizievoli: la quale, però, richiede di essere mantenuta entro limiti rigorosi, onde evitare di scompaginare l'intero diritto dei contratti. Un'estensione eccessiva, come si è visto, nell'ambito dei rapporti tra uguali rischia di coincidere con un eccessivo interventismo giudiziale, mentre a fronte di rapporti asimmetrici porta con sé pericoli ulteriori, come quello di fornire un rimedio sproporzionato per casi che esprimono necessità di tutela ridotte.

In ogni caso, al di fuori della meritevolezza esistono per certo altri istituti che riescono a soddisfare le esigenze di protezione che il risarcimento, quale rimedio obbligatorio (e non reale), non realizza.

Da un lato, il riferimento va all'annullabilità, che meriterebbe quale figura di parte generale una revisione a livello anzitutto ermeneutico, se non anche legislativo: in primo luogo, con riferimento alle sue cause, al fine di superare il dogma dell'inapplicabilità in via analogica delle stesse (e quindi in particolare dei vizi del consenso)<sup>70</sup>; in secondo luogo, con riguardo al suo regime, onde verificare fino a che punto l'annullabilità parziale possa avere cittadinanza nell'ordinamento (e, in caso di risposta positiva, come si possa stimolarne l'utilizzo quale tecnica rimediale).

Del resto, per quanto l'annullabilità possa sembrare uno strumento vetusto, soprattutto nel suo essere riservata a una domanda di parte (con conseguente applicazione rigorosa del principio dispositivo), essa

---

<sup>70</sup> Ad esempio ammettendo, con riferimento a errore e dolo, che essi vadano interpretati in senso letterale e rigoroso e, al contempo, che costituiscano l'epifenomeno positivo di un concetto più ampio di errore (spontaneo o indotto), di cui ricostruire le condizioni di rilevanza sulla base di una distribuzione precontrattuale di rischi, desumibile e dalla clausola generale di buona fede, e dalle norme positive che la concretizzano (tra cui, per l'appunto, quelle su errore e dolo "tipici"). Lo si è provato a dimostrare in A.M. GAROFALO, *Towards a Unitary and Consistent System of Informational Defects in Consent and Pre-Contractual Liability Under Italian Law*, in *The Italian Law Journal*, 2020, 105 ss., argomentando anche a partire dal principio per cui a non poter essere interpretate analogicamente sono le regole eccezionali, e non quelle meramente speciali, le quali sono idonee a dar vita a sottosistemi all'interno dei quali è ammessa l'analogia.

costituisce il mezzo tradizionale per rispondere ai problemi posti da un vizio del consenso o da un'incapacità: sicché vi sarebbe quanto meno da domandarsi se l'annullabilità, eventualmente a valle di una sua rimediazione complessiva, possa rispondere a tali patologie anche ove queste assumano i tratti più moderni della vulnerabilità<sup>71</sup> o della debolezza commerciale<sup>72</sup> (pure senza voler entrare nel regno, da poco regolato positivamente in modo peraltro assai criptico, delle pratiche commerciali scorrette<sup>73</sup>).

Ma non vi sono solo annullabilità o risarcimento. La stessa nullità, testuale e virtuale, ha oggi infatti assunto latitudini tali da poter essere utilizzata per gli scopi che la giurisprudenza intende perseguire allorché, provando l'insoddisfazione per un rimedio solo risarcitorio, va alla ricerca di uno strumento che consenta la caducazione del contratto. D'altro canto, le fattispecie di nullità sono ormai innumerevoli, così come numerosi sono i casi in cui si riconosce il carattere imperativo di una disposizione; oltre a questo, si tende ormai ad ammettere una molteplicità degli statuti della nullità, che in vario modo può dunque adeguarsi alle specificità del singolo caso concreto.

Beninteso, ciò non comporta un superamento dei principi delle sentenze Rordorf: tuttavia, il pullulare di vecchie e nuove nullità, spesso in funzione di protezione delle parti deboli e di conformazione dei rapporti d'impresa, consente di rispondere con questo rimedio a molte delle situazioni che esprimono in concreto bisogni di tutela, limitando fortemente il numero di ipotesi in cui l'interprete non riesce a reperire alcun rimedio caducatorio che risponda alle esigenze di giustizia sostanziale espresse dal caso concreto.

---

<sup>71</sup> V., seppur con specifico riferimento al testamento, le proposte di ampliamento del dolo *ex art.* 624 c.c. formulate da S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1003 s.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 562 ss.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e «vulnerabilità» senile*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 372 ss.

<sup>72</sup> V. per tutti E. BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 939 ss.

<sup>73</sup> Cfr. il recente art. 27, comma 15-bis, cod. cons., dal significato davvero oscuro. Se n'è occupato, tra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *“Rimedi” privatistici individuali e pratiche commerciali scorrette. Il recepimento nel diritto italiano dell'art. 11-bis della direttiva 2005/29/CE (comma 15-bis, art. 27 c.cons.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 441 ss.

E a sostenere ulteriormente questo percorso è poi, come anticipato, l'idea che la nullità – sapientemente maneggiata – possa superare le sue rigidità, non perdendo però quella forza protettiva e conformativa che le è propria. Gli esempi che sovengono sono svariati:

- nel caso dei contratti a valle delle intese *antitrust*, la nullità – la si ricostruisca come necessariamente integrale o anche come potenzialmente parziale – potrebbe finire per ridondare a svantaggio del soggetto tutelato: ma un simile risultato verrebbe scongiurato qualificando una simile invalidità come protettiva (e, quindi, ammettendo che il soggetto protetto possa scegliere tra il servirsene e il domandare il risarcimento del danno)<sup>74</sup>;
- nel caso di nullità per carenza di un'autorizzazione, la legittimazione a far valere l'invalidità può essere intesa come relativa, sempre al fine di evitare che la nullità ridondi a sfavore della parte incolpevole e che attraverso essa il debitore riesca facilmente a sottrarsi alla sua responsabilità (che diversamente non potrebbe poggiare nemmeno sull'art. 1338 c.c.)<sup>75</sup>;
- nel caso di contratti del consumatore e di nullità di una clausola vessatoria attinente all'oggetto, che in concreto comporti la

---

<sup>74</sup> Assai ampio è il dibattito sul tipo di nullità di cui sono, o possono essere, viziati gli accordi a valle di intese anticoncorrenziali. Tra le diverse tesi quella che vi rinviene una nullità di protezione (sostenuta ad esempio da F. LONGOBUCCO, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Milano, 2016, 371 s.) appare la più rispettosa degli interessi del soggetto protetto da questa nullità, che in astratto potrebbe anche essere interessato a lasciar vivere l'accordo e a servirsi di un rimedio risarcitorio (peraltro, chi ritenesse tale nullità anche potenzialmente parziale – come deciso nel notissimo caso delle fideiussioni *omnibus* da Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, I, 499 – potrebbe desumere dalla natura protettiva l'inapplicabilità dell'art. 1419 c.c. e la conseguente necessaria parzialità: infatti, proprio la parzialità necessaria è, secondo più d'uno, elemento connotante non solo le nullità consumeristiche ex art. 36 cod. cons., ma anche e più in generale tutte le nullità volte a finalità di protezione; cfr., per una sintesi del dibattito, V. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 569 ss.). Sul tema v. qui M. MARTINO, *Intese anticoncorrenziali e contratti a valle: ripresa di un tema*.

<sup>75</sup> La tesi, volta ad ascrivere la nullità delle fideiussioni rilasciate da un confidi in assenza di autorizzazione alla nullità relativa, è di S. PAGLIANTINI, *La fideiussione al pubblico di un confidi minore: perché non una nullità virtuale di protezione?*, in *Foro it.*, 2022, I, 1659 ss. Si è interessata di questi profili, nelle pagine di questo fascicolo, F. BARTOLINI, *Contratti "non autorizzati" e nullità: il problema del giusto rimedio*, in questo numero di questa Rivista.

caducazione dell'intero contratto, ci si può chiedere se la tutela del consumatore – ad esempio, in ipotesi di mutuo – possa venire recuperata in sede risarcitoria o restitutoria<sup>76</sup>;

- nel caso di nullità selettive, l'uso opportunistico della nullità può essere sventato mediante un'applicazione della disciplina restitutoria informata dai principi dell'*exceptio doli generalis*<sup>77</sup>.

La virtualità della nullità di protezione, così come il concorso di altre discipline con quella della nullità, sono solo alcuni aspetti di questa frantumazione degli statuti della nullità: la quale traspare con evidenza pure dalla necessità, all'interno della nullità di protezione, di individuare regole diverse, a seconda ad esempio che si tratti di rapporti del consumo o tra imprenditore forte e debole (un esempio tra tutti è fornito dal regime monitorio di queste nullità<sup>78</sup>, apparendo in effetti eccessivo che il *dictum* di recente espresso dalla Corte di Giustizia, con

---

<sup>76</sup> Sul complesso tema della post-vessatorietà cfr., tra le numerosissime pronunce dedicate negli ultimi anni al tema (soprattutto con riferimento a casi di mutui con doppia indicizzazione), C. Giust. UE, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*; C. Giust. UE, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Dunai*; C. Giust. UE, 26 marzo 2019, cause C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*; Corte Giust. UE, 3 ottobre 2019, causa C-260/18, *Dziubak*; C. Giust. UE, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Marc Gómez del Moral*; C. Giust. UE, 25 novembre 2020, causa C-269/19, *Banca B. Sa*; C. Giust. UE, 21 dicembre 2021, causa C-243/20, *Trapeza Peiraios AE*; C. Giust. UE, 31 marzo 2022, causa C-472/20, *Lombard Pénzügyi*. V. anche le opinioni degli Avvocati Generali Pitruzzella, del 14 maggio 2019, nel caso *Dziubak*, e Micheal Collins, del 16 febbraio 2023, nella causa C-520/21, *Bank M. SA*. Nella letteratura di lingua italiana v. per tutti A. PALMIERI-S. PAGLIANTINI, *Il post-vessatorietà come una «Baustelle im Dunkeln»?*, in *Foro it.*, 2021, IV, 294 ss., e P. IAMICELI, *The 'punitive nullity' of unfair terms in consumer contracts and the role of national courts: a principle-based analysis*, in corso di pubblicazione in *EuCML*.

<sup>77</sup> V., a tal proposito, U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive» A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, 828 ss. In questo fascicolo v. And. DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla conditio indebiti di protezione*.

<sup>78</sup> Su cui v. qui L. BACCAGLINI, *Le Sezioni Unite 6 aprile 2023, n. 9479 sul decreto ingiuntivo non opposto e le nullità di protezione a favore del consumatore. Quali conseguenze sul piano della cognizione e dell'esecuzione?*, in questo numero di questa *Rivista*.

la sentenza Banco di Desio, possa come tale valere per tutte le nullità di protezione<sup>79</sup>).

In conclusione: la ricerca di una clausola generale di invalidità per i contratti squilibrati o pregiudizievoli ha un esito positivo, ma la portata della corrispondente norma va inevitabilmente limitata. Essa deve piuttosto lasciare spazio, da un lato, a una profonda rimediazione della categoria dell'annullabilità, nelle sue cause e nel suo regime, e, da un altro lato, alla tessitura, all'interno della generale categoria della nullità, di un numero sufficientemente ampio di fattispecie di nullità e pure di modelli di disciplina, attraverso la cui ricognizione il giurista può soddisfare quel *distingue frequenter* a cui è costantemente chiamato.

---

<sup>79</sup> Si consenta a tal riguardo il rinvio ad A.M. GAROFALO, *Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore*, in corso di pubblicazione in *Accademia*.