



HAL
open science

Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari "my way", ovvero la valutazione della razionalità dello scambio

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

Riccardo Fornasari. Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari "my way", ovvero la valutazione della razionalità dello scambio. *Contratto e impresa*, 2017, 23 (4), pp.1281-1307. hal-01915107

HAL Id: hal-01915107

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01915107>

Submitted on 7 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari *my way*, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio

SOMMARIO: 1. Il controllo del contratto atipico tramite il giudizio di meritevolezza. – 2. Origini dell'art. 1322, comma 2, c.c. – 3. Interpretazioni dottrinali ed applicazioni giurisprudenziali. – 4. Il caso *my way*: anatomia di un contratto e le questioni sollevate. – 5. La decisione della Corte di Cassazione. – 6. Critica ed inquadramento tematico: spunti di riflessione. – 7. Giudizio di meritevolezza e causa concreta.

1. – Le argomentazioni poste a base delle decisioni delle corti sono sempre più di frequente fondate sull'applicazione di clausole generali ⁽¹⁾. Tra le numerose clausole generali previste dal codice civile, vi è anche quella della meritevolezza degli interessi, prevista per sottoporre al controllo giudiziale contratti atipici. L'art. 1322, comma 2, c.c. dispone che «le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Qualora le parti concludano un contratto atipico, quindi, la giuridicità ⁽²⁾ dello stesso dipende dall'esito positivo del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti tramite tale contratto.

La disposizione, le cui origini sono da rinvenire nell'ideologia dirigitica dell'ordinamento corporativo del tempo in cui venne redatto il codice civile ⁽³⁾, ha ricevuto scarsissima applicazione giurisprudenziale, così da risultare pressoché abrogata *de facto*, sia a causa della *ratio* che ne è alla base, sia a causa della difficoltà di delinearne una funzione differente ed ulteriore rispetto a quella già svolta da altre disposizioni dell'ordinamento ⁽⁴⁾. Tuttavia, in tempi recenti, con un'inversione di tendenza rispetto

⁽¹⁾ FRANZONI, *Riflessioni a margine della sentenza sul «diritto a nascere sani»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, V, p. 1463.

⁽²⁾ La meritevolezza degli interessi perseguiti tramite il contratto è condizione preliminare affinché lo stesso possa essere giuridicamente coercibile ed avere efficacia vincolante.

⁽³⁾ DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, p. 121 ss.

⁽⁴⁾ SACCO, voce Interesse meritevole di tutela, in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., Aggiorn.

alla prassi consolidata, la giurisprudenza ha utilizzato la norma in maniera autonoma al fine di analizzare e scandagliare il contenuto del contratto concluso dalle parti.

Il controllo del contratto atipico effettuato tramite il giudizio di meritevolezza costituisce un ulteriore ⁽⁵⁾ filtro tramite il quale l'accordo è sottoposto allo scrutinio del giudice ⁽⁶⁾; inoltre, qualora l'immeritevolezza si riferisca solamente ad una o più clausole, e non all'intero contratto, tale valutazione permette di intervenire sul contenuto dell'accordo, eliminando le pattuizioni giudicate immeritevoli. La collocazione sistematica della disposizione, la quale costituisce un vaglio generale da effettuare su tutti i contratti e le clausole atipici, impone che tale giudizio sia espletato in relazione agli elementi fondamentali del contratto; il controllo volto ad attribuire efficacia vincolante ad un determinato accordo, non può infatti basarsi su particolarità e contingenze del singolo caso. Al tempo stesso, l'art. 1322, comma 2, c.c. non fornisce elementi in base ai quali individuare quali siano gli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento ⁽⁷⁾: di conseguenza tale valutazione, dalla quale dipende la vincolatività stessa del contratto, presenta notevoli elementi di incertezza ⁽⁸⁾.

Mettere in relazione e studiare criticamente come tale concetto sia stato costruito ed applicato dagli interpreti e dalla giurisprudenza consente quindi di analizzare gli elementi fondamentali del contratto, dei suoi effetti e della sua funzione sociale. Esaminare il concetto di meritevolezza significa dunque analizzare le funzioni svolte dal contratto e la razionalità che esso implementa rispetto agli obiettivi posti dall'ordinamento.

Nel corso dell'analisi si evidenziano gli elementi ed i criteri che sono stati presi in considerazione dalle corti nell'effettuazione del giudizio di meritevolezza. Si considerano i canoni ermeneutici e le chiavi di lettura

namento V, Torino, 2010, p. 782-783; GUARNERI, voce Meritevolezza dell'interesse, in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 329.

⁽⁵⁾ VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in *Manuale di diritto privato Europeo*, II, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 585 ss.; NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013.

⁽⁶⁾ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2015, p. 242.

⁽⁷⁾ COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *questa rivista*, 1987, III, p. 427 ss.

⁽⁸⁾ Sull'importanza della prevedibilità delle decisioni giudiziali nel contesto dell'economia capitalistica cfr. WEBER, *Economia e società*, II, Milano 1974, p. 189; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, IV, p. 1115 ss.; IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p. 11 ss. In generale, sull'importanza della calcolabilità per la società borghese cfr. ADORNO, HORKHEIMER, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, 2010, p. 14 ss.

secondo cui è stata interpretata la formula dell'«interesse che il contratto è diretto a realizzare», i contorni del concetto di meritevolezza, le differenze e le sovrapposizioni dello stesso rispetto ad altre fattispecie. A tal fine si esaminano le decisioni della Corte di Cassazione attinenti ai prodotti finanziari con funzione previdenziale variamente denominati *my way*, *4you* o *for you* ⁽⁹⁾. Lo studio di queste recenti pronunce consente infatti di considerare i criteri secondo cui è stato effettuato il giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. in relazione ad un contratto atipico: sulla scorta di tali considerazioni, si esaminano le *rationes* del controllo di meritevolezza, gli interessi tutelati e gli obiettivi perseguiti tramite lo stesso.

2. – L'art. 1322, comma 2, c.c. è una disposizione originale sia rispetto ai principali ordinamenti di *civil law* e *common law* ⁽¹⁰⁾, sia rispetto al codice del 1865, che non prevedeva nessuna norma analoga. La *ratio* di tale originale inserimento deve rinvenirsi nei principi corporativi di matrice fascista trasfusi nel codice ⁽¹¹⁾; nell'originario impianto sistematico del codice la disposizione non è isolata, ma è collegata ad una serie di altre clausole generali di cui alcune, tra cui il principio di correttezza e solidarietà corporativa (art. 1175 c.c.) e quello di ordine corporativo (art. 811 c.c., art. 1371, comma 2, c.c., art. 31, comma 2, disp. gen.), derivavano chiaramente dall'ideologia del regime ⁽¹²⁾.

L'introduzione di numerose clausole generali e l'ampliamento del loro ambito di operatività (anche in relazione a quelle già conosciute, come la buona fede) rappresenta una novità rispetto al codice previgente e comporta altresì una differente concezione dell'organo giudicante e, più in

⁽⁹⁾ La recente giurisprudenza relativa al giudizio di meritevolezza effettuato su di una singola clausola atipica (ed in particolare sulla clausola *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione) viene analizzata in un altro saggio del medesimo autore, al quale si rimanda, R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, IV, p. 1372 ss. In tale articolo si confrontano altresì le interpretazioni ed applicazioni del giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. relativo ad un intero contratto ed una singola clausola atipici, evidenziandone i punti di contatto e le contraddizioni.

⁽¹⁰⁾ Non vi è una disposizione analoga negli ordinamenti francese, tedesco, inglese e statunitense.

⁽¹¹⁾ GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 324 ss. Più in generale, sul rapporto tra l'ideologia fascista e le disposizioni del codice civile, cfr. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 25-30; MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 21; IRTI, voce *Diritto civile*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, VI, Torino, 1990, p. 138 ss.

⁽¹²⁾ Oltre alle quali vi erano quelle già previste dal codice del 1865 e da altri ordinamenti, come la buona fede e la correttezza.

generale, dell'attività ermeneutica ⁽¹³⁾: l'interprete non è più considerato quale soggetto che deve compiere mere operazioni logiche, deve invece effettuare un giudizio etico-politico (legato ai valori fascisti) sul contratto e sulla sua rispondenza alla funzione sociale che l'esercizio dell'autonomia contrattuale deve comunque realizzare. Secondo la concezione del legislatore originario il giudice deve controllare che gli atti dei privati siano conformi agli interessi corporativi ⁽¹⁴⁾, tutelati anche tramite il giudizio di meritevolezza.

La Relazione al Re chiarisce la funzione e la logica operativa della disposizione nel piano sistematico del codice: «l'autonomia privata non è limitata ai tipi di contratto regolati dal codice, ma può spaziare in una più vasta orbita, se il risultato pratico che i soggetti si propongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 152, 2° co.). Ciò vuol dire che l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte» ⁽¹⁵⁾.

Secondo il volere del legislatore del 1942, quindi, il giudizio di meritevolezza deve essere volto ad accertare che gli scambi realizzati dalle parti

⁽¹³⁾ BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1940, p. 222; ID., *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, p. 200-202; ID., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale. Fasi di elaborazione e mete da raggiungere*, in *Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 1941, p. 324 ss.

⁽¹⁴⁾ BETTI, voce *Negoziio giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, XXIV, Roma, 1949, p. 506-508.

⁽¹⁵⁾ Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «Delle Obbligazioni», Torino, 1941, n. 8, VI-VII. La Relazione al re prosegue così: «Un controllo della corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificatamente disciplinati, perché in tal caso la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge col disciplinare il tipo particolare di rapporto: si tratterà allora, come dirò più avanti (n. 80), soltanto di indagare se per avventura la causa considerata non esiste in concreto o sia venuta meno. In ogni altro caso, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, deve rimanere fermo che il rapporto è suscettibile di valutazione da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico».

tramite uno schema contrattuale atipico abbiano una funzione sociale e, di conseguenza, siano corrispondenti agli interessi dell'ordinamento. Infatti, mentre per i contratti tipizzati la corrispondenza tra tipo e funzione sociale è già stata apprezzata *a priori* dal legislatore (salvo distorsioni del singolo negozio), nel caso di contratti atipici tale controllo deve essere effettuato dal giudice. La valutazione di meritevolezza si pone quindi non solo come limite negativo all'autonomia contrattuale, destinato a segnare i confini del lecito, ma anche come limite positivo ⁽¹⁶⁾, volto a sindacare gli interessi perseguiti tramite il contratto in rapporto alla funzione sociale che questo deve necessariamente espletare, dalla quale dipende la giuridicità del vincolo.

È agevole notare che il giudizio di meritevolezza così concepito svolge un ruolo complementare a quello della causa del contratto, intesa quale funzione economico-sociale ⁽¹⁷⁾, dato che tramite lo stesso si valuta la corrispondenza degli interessi perseguiti dalle parti agli interessi generali dell'ordinamento. Tuttavia, nell'opinione dei codificatori, il giudizio di meritevolezza deve essere separato e distinto rispetto a quello relativo alla liceità della causa, poiché esso ha una portata più ampia; valutando gli esempi proposti al fine di chiarirne l'ambito ⁽¹⁸⁾, tale distinzione appare in realtà più teorica che reale, poiché la casistica riportata, come sottolineato dalla dottrina successiva, potrebbe essere affrontata anche tramite il giudizio di liceità della causa ⁽¹⁹⁾.

3. – L'interpretazione dell'art. 1322, comma 2, c.c. muta con la fine del periodo fascista: con il d.lgs. luogotenenziale 14 settembre 1944, n. 287 sono abrogate le disposizioni e le clausole più evidentemente legate all'ordine corporativo; in linea generale si verifica una reazione all'antiformalismo giuridico propugnato da E. Betti e torna a prevalere un approccio metodologico formalista ⁽²⁰⁾, nell'ambito del quale il giudizio di meritevolezza del contratto è destinato ad occupare un ruolo marginale e certamente meno incisivo.

⁽¹⁶⁾ BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222.

⁽¹⁷⁾ Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «Delle Obbligazioni», cit., n. 79, L.

⁽¹⁸⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1943, p. 247 ss.

⁽¹⁹⁾ Per un esame di detta casistica cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 199 ss.

⁽²⁰⁾ GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 327; ID., voce *Clausole generali*, in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., II, Torino, 1988, p. 407 ss.

Nei decenni successivi l'interpretazione maggioritaria della norma tende a privare la stessa di contenuto precettivo, o a considerarla come una ripetizione dell'art. 1343 c.c. In particolare, si sottolinea che il conferire un'autonoma valenza al giudizio di meritevolezza comporterebbe un pervasivo controllo giudiziale del contratto e, di conseguenza, una soggezione dell'autonomia privata alla discrezionalità dell'organo giudicante ⁽²¹⁾. Si evidenzia come i casi che astrattamente si propone di risolvere tramite l'applicazione dell'art. 1322, comma 2 c.c. siano in realtà riconducibili ad ipotesi in cui il contratto ha una causa illecita; utilizzando una prospettiva comparatistica, tale conclusione è rafforzata dal fatto che anche altri ordinamenti sia di *civil law*, sia di *common law*, pur non prevedendo una norma simile, considerano invalidi accordi con il medesimo contenuto ⁽²²⁾. Numerosi autori sostengono quindi l'identità del giudizio di meritevolezza e di liceità ⁽²³⁾, e considerano l'art. 1322, comma 2, c.c. una superfetazione ⁽²⁴⁾.

Nel corso degli anni '70, invece, in un mutato contesto economico e socio-politico ⁽²⁵⁾, l'adozione di approcci lontani dal formalismo giuridico

⁽²¹⁾ G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse ed utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 324 ss. Inoltre, vi è chi ha prospettato che il concedere un'autonoma valenza al giudizio di meritevolezza provocherebbe un'ingiusta disparità di trattamento tra il contratto concluso tra cittadini italiani e quello stipulato da uno straniero, la cui validità dipende solamente dal rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume (in base all'art. 31 disp. prel. c.c.), cfr. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 210. La problematica relativa all'incostituzionalità di tale disposizione è stata respinta in quanto manifestamente infondata da Cass., 2 luglio 1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 263: la Suprema Corte ha sottolineato che l'art. 31 disp. prel. c.c. si riferisce a casi in cui, in Italia, sia applicabile una legge straniera: qualora si applichi un diritto straniero, chiaramente, non può essere applicata una disposizione italiana, quale l'art. 1322, comma 2, c.c.; al contrario, qualora il diritto applicabile sia quello italiano, l'art. 1322, comma 2, c.c. è applicabile anche a contratti conclusi da cittadini stranieri.

⁽²²⁾ GORLA, *Il contratto*, cit., p. 199 ss.

⁽²³⁾ MESSINEO, *Dottrina Generale del contratto*, Milano, 1946, p. 181; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 814; in seguito anche ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 402-403; Vi è chi ha invece asserito che «l'interesse (non) meritevole sta fra il difetto di causa e l'illiceità» cfr. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, t. III, Torino, 1999, p. 111.

⁽²⁴⁾ SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, VI, Torino, 1975, p. 571-573. Così come precisato anche nelle opere successive, l'autore considera il giudizio di meritevolezza quale strumento volto ad evitare che i contraenti utilizzino un contratto atipico al fine di eludere l'applicazione di una disciplina proibitiva dettata per uno specifico contratto tipico, cfr. SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco e De Nova, I, Torino, 2004, p. 848 ss.; Id., voce *Interesse meritevole di tutela*, cit., par. 3.

⁽²⁵⁾ Per una considerazione generale sui fenomeni e gli orientamenti che hanno influenzato il diritto privato negli anni '70 si veda *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di

implica un maggiore interesse per le clausole generali ⁽²⁶⁾ e, tra queste,

Nivarra, Milano, 2008. In tale contesto, soprattutto in relazione al controllo del contratto e la funzionalizzazione della proprietà privata, hanno avuto un ruolo centrale le riflessioni degli autori appartenenti all'area marxista. Tale area, ampia e variegata quanto alle proposte interpretative, ha sviluppato numerosi orientamenti relativi al cosiddetto «uso alternativo del diritto» ed il «governo democratico dell'economia», su cui cfr. D'ALBERGO, *Democrazia e capitalismo di Stato*, in *Democr. e dir.*, 1973, p. 185 ss.; P. BARCELLONA, *Appunti per una discussione sullo stato delle istituzioni e il ruolo della D.C.*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 59 ss.; ID., *Un nuovo rapporto fra istituzioni e popolo organizzato*, contributi alla "Tavola rotonda" su *Questione comunista e direzione dello Stato*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 653 ss.; RODOTÀ, *Un progetto strategico per le istituzioni*, in *Democr. e dir.*, 1974, p. 653 ss. In particolare Francesco Galgano, considerando la compenetrazione tra politica ed economia e l'incompatibilità tra liberismo ed alcuni principi costituzionali, prospetta una transizione democratica al socialismo che, ribaltando il percorso di transizione verificatosi in Oriente, passi tramite la socializzazione della politica per giungere alla statalizzazione dei mezzi di produzione, cfr. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1977; ID., *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978. Tali correnti dottrinali sono criticate da chi sostiene che queste non colgano la compenetrazione tra forma di merce e forma giuridica, che rende illusoria ogni possibilità di utilizzo del diritto in maniera alternativa ed antagonista rispetto all'ordine costituito, cfr. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015. Tale a. argomenta circa le aporie e le contraddizioni che hanno portato a poter ravvisare nel diritto, in base alla sua pretesa neutralità (circa la quale ha avuto notevole influenza il pensiero di N. Bobbio), uno strumento di mutamento sociale. In tal senso, si vedano le riflessioni di E. Pasukanis, che muovendo dal pensiero di K. Marx (in relazione al diritto ed alla forma giuridica, *ex multis*, cfr. MARX, *Critica al programma di Gotha*, Bolsena, 2008, p. 47 ss.; ID., *Il capitale*, Roma, 1974, libro III, sez. V, cap. 21, p. 403 ss.; ID., *Sulla questione ebraica*, Milano, 2010), afferma che la regolamentazione giuridica si pone come forma storicamente determinata di una mediazione reale dei rapporti di produzione e che «tra le stesse categorie dell'economia mercantile-montaria e la forma giuridica esiste un nesso interno indissolubile». Da questo punto di vista, il diritto non si pone come classista per il contenuto del comando; il diritto borghese, al contrario, elimina la differenza tra forma e contenuto, mettendone in risalto la sovrapposizione tra rapporto giuridico e rapporto economico, cfr. PASUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1975, p. 56 ss. Sul marxismo giuridico cfr. altresì GUASTINI, *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980; BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, Milano, 1999, p. 376-379. Sulla forma giuridica del comando cfr. A. NEGRI, voce *Sein-Sollen*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Roma, 1980, p. 368 ss.

⁽²⁶⁾ Il rinnovato interesse della dottrina per il giudizio di meritevolezza si inserisce in un generale movimento che tende a riconsiderare la funzione ed estendere l'ambito di operatività delle clausole generali. In tale contesto, vi è una generale rivalutazione della portata precettiva delle clausole generali previste dal codice civile, come la buona fede, l'ordine pubblico, il buon costume, il danno ingiusto, etc. Tale mutata prospettiva, che si inserisce all'interno di un ripensamento più generale, anche in ambito extragiuridico, di alcune delle categorie del pensiero Occidentale, presenta stretti collegamenti con un rinnovato antiformalismo giuridico, con l'evidenziata insufficienza della tradizionale teoria delle fonti e con una rinnovata concezione del giurista, che non viene più visto come asettico interprete che attua operazioni neutrali, ma come soggetto portatore di valori e principi che si riflettono nell'interpretazione della disposizione. La letteratura scientifica sull'argomento è vastissima; *ex multis*, si vedano: RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*,

anche per la meritevolezza dell'interesse. In particolare, la dottrina considera l'art. 1322, comma 2 c.c. quale strumento per rendere funzionale il contratto, e quindi l'esercizio dell'autonomia contrattuale, alle superiori esigenze dell'ordinamento ⁽²⁷⁾. In tale ottica sono proposte numerose interpretazioni del giudizio di meritevolezza e delle funzioni che esso è deputato a svolgere ⁽²⁸⁾. Ad esempio, si prospetta un'interpretazione in un'ottica dirigistica, volta ad un impiego produttivo delle risorse ⁽²⁹⁾, anche con finalità solidaristiche. Nel contesto dell'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni del codice civile, il giudizio di meritevolezza è suggerito quale strumento per allineare la funzione del contratto ai principi costituzionali ed alle direttive di programmazione economica ⁽³⁰⁾. Viene altresì prospettato un utilizzo della disposizione

in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss.; ID., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 79 ss.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, p. 128 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 217 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il c.c. Comm.* diretto da Schlesinger, art. 1375, Milano, 2013, p. 171 ss.; ID., *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, p. 51 ss.; ID., *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.* diretto da Franzoni, I, Milano, 2010, p. 881 ss.; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 539 ss.; BESSONE, *Controllo sociale dell'impresa e ordine pubblico «tecnologico»*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 326-329; CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo della meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, II, Milano, 1971, p. 173-181; NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, I, Milano, 1974, p. 29 ss.; CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, p. 21 ss.; GUARNERI, voce *Clausole generali*, cit., p. 407 ss.

⁽²⁷⁾ È la stagione dell'intervento pubblico in campo economico, che trova riconoscimento anche nell'art. 41, comma 2, cost.: cfr. GALGANO, *Rapporti economici*, in *Comm. della costituzione*, a cura di Branca, art. 41, Bologna-Roma, 1982 p. 1 ss.; MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur dir. priv.*, 2011, II, p. 371 ss.

⁽²⁸⁾ Alcuni di questi autori hanno di conseguenza sottolineato la necessità di distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220-225; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 175 ss.

⁽²⁹⁾ LUCARELLI, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 178-179; COTTURRI, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica. Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, II, Milano, 1971, p. 98-99.

⁽³⁰⁾ LIPARI, *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, in *Riv. not.*, 1977, p. 938; PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* – Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania (17-18 maggio 1969), Milano, 1969, p. 25-26; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 98.

orientato al pieno sviluppo della persona umana ed alla tutela dell'ambiente ⁽³¹⁾. Si suggerisce di considerare la meritevolezza del contratto in relazione all'effettiva capacità dell'accordo di realizzare gli interessi delle parti e, quindi, di conferire risalto ai motivi del contratto ⁽³²⁾. Secondo un'altra prospettiva, si considera il giudizio di meritevolezza quale strumento volto a tutelare la corrispettività delle prestazioni e, dunque, l'equità dello scambio ⁽³³⁾. In un'ottica differente, si propone di espletare il giudizio di meritevolezza in relazione al tipo astrattamente configurato dalle parti: devono ritenersi immeritevoli i contratti il cui schema astratto non abbia alcun significato economico-sociale e sia quindi futile ⁽³⁴⁾. In contrasto rispetto a tali interpretazioni, alcuni autori evidenziano invece le problematiche derivanti dall'estensione dell'ambito dello scrutinio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. e sostengono che esso debba coincidere con il giudizio di liceità della causa ⁽³⁵⁾. In particolare, si sottolinea come un ampliamento di tale giudizio, peraltro non limitato da precisi parametri fissati dal legislatore, comporti un'eccessiva soggezione dell'autonomia contrattuale al libero apprezzamento ed alla sensibilità sociale e politica del giudice ⁽³⁶⁾.

Alle correnti dottrinali che proponevano un'interpretazione più ampia ed un'applicazione più incisiva del giudizio di meritevolezza non ha però corrisposto un altrettanto consistente utilizzo giurisprudenziale: l'art. 1322, comma 2, c.c. ha ricevuto scarse applicazioni e, anche quando le corti vi hanno fatto riferimento, questo risulta essere più nominale che sostanziale. L'elaborazione dottrinale sul tema, strettamente collegata al

⁽³¹⁾ LENER, *Ecologia, persone, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, a cura di Lipari, Bari, 1974, p. 339-345.

⁽³²⁾ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 262 ss.; BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1984, p. 431 ss.

⁽³³⁾ LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *questa rivista*, 1985, II, p. 333 ss.; SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli, 1984, p. 84 ss.; VOLPE, *La giustizia contrattuale tra economia e mercato*, Napoli, 2004. Peraltro, alcuni autori che hanno sostenuto tale interpretazione, hanno altresì proposto di estendere tale giudizio anche ai contratti tipici, cfr. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.*, 1978, p. 1327; ZENO-ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni del contratto di «leasing»*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 309 ss.; LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale*, cit., p. 309 ss.

⁽³⁴⁾ GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 67 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 816-818.

⁽³⁵⁾ G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1040 ss.; GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, p. 283.

⁽³⁶⁾ G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 324 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 223 ss.; MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, 161 ss.

controllo pubblico del contratto e, quindi, del processo economico, non è stata accolta dalla giurisprudenza, che nelle proprie decisioni ha continuato ad aderire al dogma della signoria della volontà, rifiutando di effettuare un pervasivo controllo dell'esercizio dell'autonomia contrattuale. Sono infatti estremamente rare le sentenze che decidono circa la validità del contratto in base all'art. 1322, comma 2, c.c. ⁽³⁷⁾ e, nella maggior parte di tali casi, il giudizio di meritevolezza è considerato quale equivalente del giudizio di liceità ⁽³⁸⁾.

Tale contesto, caratterizzato dalla limitazione dell'intervento giudiziale sul contratto, muta progressivamente con il manifestarsi di fenomeni che investono le fondamenta del diritto contrattuale contemporaneo ⁽³⁹⁾ e ne modificano struttura e razionalità ⁽⁴⁰⁾, sino a riconsiderare la funzione dell'autonomia privata. In tale prospettiva, svolgono un ruolo fondamentale le norme prodotte nel contesto dell'Unione Europea, che rispondono a logiche differenti da quelle dei codici liberali ⁽⁴¹⁾. Le fonti dell'Unione

⁽³⁷⁾ DE NOVA, *Leasing*, in *Digesto, disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1993, p. 466; per una rassegna dei casi in cui il giudice ha applicato l'art. 1322, comma 2, c.c. cfr. URCIOLI, *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, III, p. 752 ss.

⁽³⁸⁾ Ad esempio, si vedano Cass., 10 febbraio 1970, n. 325, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, c. 264; Cass., 13 maggio 1980, n. 3142, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in genere*, n. 56.

⁽³⁹⁾ Tale analisi si rivela ancor più importante in considerazione del ruolo sempre maggiore assunto dal contratto nella regolazione non solo dei negozi tra privati, ma anche nella regolamentazione della sfera pubblica, cfr. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 93 ss.

⁽⁴⁰⁾ Un'autorevole dottrina ha addirittura parlato, facendo riferimento agli anni novanta del secolo scorso, dei «dieci anni che sconvolsero il contratto»: ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 7.

⁽⁴¹⁾ L'estrema rilevanza della produzione del diritto privato derivante dalle fonti dell'Unione Europea e la sua estrema incidenza sugli ordinamenti nazionali sono stati analizzati, in prospettive differenti, da numerosi autori. Tra i molteplici studi che sono stati dedicati al tema si vedano: ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016; LIPARI, *Diritto privato europeo*, Padova, 1997; ID., *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 7 ss.; *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006; GRUNDMANN, *The Structure of European Contract law*, in *ERPL*, 2011, IV, p. 505 ss; FRANZONI, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. e impr./Europa*, 2012, I, p. 350 ss.; *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007; CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007; CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, IV, p. 905 ss.; BEALE, *The "Europeanisation" of Contract Law*, in *Exploring the Boundaries of contract*, a cura di Halson, Aldershot, 1996; NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, I, p. 211 ss.; SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007; G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, I, p. 1 ss.; ID., *La formazione del «civiltista» europeo*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, IV, p. 463 ss.; LUMINOSO, *Sul diritto europeo dei contratti:*

Europea ⁽⁴²⁾, funzionalizzando il diritto privato rispetto alla costruzione del mercato interno, tramite l'imposizione di principi generali, linee guida ed interventi settoriali, incidono profondamente sulla struttura sistematica e sulle finalità dei codici civili degli Stati membri. Il diritto privato diviene lo strumento principale per delimitare il campo di azione dei soggetti, le cui operazioni devono aderire alla logica funzionale della concorrenza ⁽⁴³⁾. A ciò si devono aggiungere i mutamenti determinati dalla globalizzazione dei mercati e dalla moltiplicazione dei centri di produzione normativa ⁽⁴⁴⁾ (come evidenzia il fenomeno del *transnational law*) ⁽⁴⁵⁾, i quali operano

strumenti, metodi, tendenze, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*. Prospettive e limiti dell'autonomia privata, a cura di Gitti, Delfini e Maffei, Milano, 2015, p. 1877 ss.; MILLER, *The Emergence of EU Contract Law. Exploring Europeanization*, Oxford, 2011; MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: sul recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contr. e impr./Europa*, 2008, I, p. 50 ss.; ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, IV, p. 961 ss.

⁽⁴²⁾ Sul mutamento del rapporto tra legge ed autonomia contrattuale e, di conseguenza, del ruolo del legislatore e del giudice, cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, III, p. 626 ss.

⁽⁴³⁾ RICCIUTO, *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contr. e imp.*, 2016, VI, p. 1332; DE NOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, II, p. 52 ss.; NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 77 ss. In relazione alla funzionalizzazione del diritto privato si è affermato che: «il rimedio contrattuale mira, quindi, a supplire ad una sorta di abdicazione parziale del legislatore alla propria funzione regolatrice dall'alto di determinati settori di mercato, con ciò ispirandosi all'idea dell'autoregolazione dal basso del singolo contratto ancorché per il tramite di una congerie di rimedi minutamente disciplinati: il consumatore ovvero l'impresa c.d. debole rappresentano ormai gli attori in concreto della macrostrategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario ed il rimedio la chiave di accensione dell'intero sistema.» Cfr. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, cit., p. 380.

⁽⁴⁴⁾ L'emersione di una normatività nuova, che combina norme dirette ed indirette, pubbliche e private, nazionali, internazionali e globali, ridefinisce i confini del diritto privato, e con esso dell'autonomia privata e della funzione del contratto; cfr. TEUBNER, *Constitutional fragments, societal constitutionalism and globalization*, Oxford, 2012; ID., "Global Bukovina": *legal pluralism in the world society*, in *Global Law Without a State. Studies in Modern Law and Policy*, a cura di Teubner, Aldershot, 1997; ID., *Breaking Frames: economic globalisation and the emergence of lex mercatoria*, in *European Journal of Social Theory*, 2002, II, p. 199 ss.; SASSEN, *Territory, Authority Rights: from medieval to global assemblages*, Princeton, 2008; ZUMBANSEN, *The Next 'Great Transformation' of Markets and States in the Transnational Space: Global Assemblages of Corporate Governance & Financial Market Regulation*, 2009, 5, CLPE Research Paper No. 2; ID., *Lochner disembedded: the anxieties of law in a global context*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2013, 20, p. 29 ss.; FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012; MICHAELS, *The true lex mercatoria: private law beyond the state*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, II, p. 447 ss.; ID., *The re-statement of non-state law: the state, choice of law, and the challenge from global legal pluralism*, in *The Wayne Law Review*, 2005, 51, p. 1209 ss.; TAMANAHA, *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, in *Sidney Law Review*, 2008, III, p. 375 ss.

⁽⁴⁵⁾ ZUMBANSEN, *The Next 'Great Transformation' of Markets and States in the Tran-*

secondo logiche differenti ⁽⁴⁶⁾ da quelle proprie dell'impianto sistematico del codice civile. Uno dei numerosi fenomeni derivanti da tali innovazioni consiste nel controllo sempre più penetrante da parte degli organi giudicanti sul contenuto del contratto, volto alla correzione di accordi o specifiche pattuizioni che non siano conformi agli interessi generali dell'ordinamento ed alla logica dello scambio mercantile.

Tale controllo viene usualmente esercitato tramite differenti disposizioni, inerenti sia alla validità del contratto ⁽⁴⁷⁾, sia al comportamento delle parti ⁽⁴⁸⁾. Il ricorso al giudizio di meritevolezza, considerato quale scrutinio che presenta una propria autonomia e che può determinare l'agiuridicità del vincolo, costituisce invece una novità rispetto alla precedente elaborazione giurisprudenziale. In una serie di pronunce recenti le corti di merito e la Corte di Cassazione hanno esperito il giudizio di meritevolezza, sia in relazione a contratti atipici, sia a singole clausole atipiche inserite in contratti tipici, al fine di controllare lo scambio realizzato tramite l'accordo, o gli effetti di tali clausole sullo schema tipico ⁽⁴⁹⁾.

4. – I casi che si esaminano hanno ad oggetto un prodotto finanziario, comunemente denominato *my way, 4you* o *for you* ⁽⁵⁰⁾, normalmente sottoscritto da investitori non professionali e, teoricamente, destinato a svolgere una funzione previdenziale. La struttura di tale prodotto combina più tipi contrattuali profondamente intrecciati tra loro. L'operazione economica ⁽⁵¹⁾ realizzata tramite il contratto si presenta nella seguente ma-

sational Space: Global Assemblages of Corporate Governance & Financial Market Regulation, cit.; TEUBNER, "Global Bukowina": *legal pluralism in the world society*, cit.; TAMANAHA, *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, cit., p. 375 ss.

⁽⁴⁶⁾ ZUMBANSEN, *The law of society: governance through contract*, in *Indiana journal of global studies*, 2007, II, p. 220 ss.

⁽⁴⁷⁾ Ad esempio, tramite le disposizioni relative alla causa ed alla nullità del contratto.

⁽⁴⁸⁾ Ad esempio, tramite le disposizioni relative alla buona fede.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. nt. 9.

⁽⁵⁰⁾ Tale prodotto finanziario presenta una struttura simile a quella dei prodotti Visione Europa e 121 soluzione futuro.

⁽⁵¹⁾ Sulla categoria concettuale di operazione economica e sulla sua capacità esplicativa della funzione unitaria dell'autoregolamento degli interessi privati cfr. E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, III, p. 905 ss. dove si afferma: «l'operazione economica, quale schema strutturalmente unitario, è infatti espressiva anche sul piano nominalistico di un assetto globale di interessi e rappresenta uno strumento concettuale metodologicamente utile, sia per indicare ed indagare fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse; sia per scomporre il dato fenomenico e funzionale attraverso la considerazione dei suoi piani di rilevanza; sia per individuare, ed applicare, un piano di disciplina più articolato e più ricco di quello dettato dal singolo tipo legale»; cfr. anche E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003,

niera: l'investitore intende garantirsi un piano previdenziale per la realizzazione del quale, tuttavia, non dispone dei fondi o per il quale non intende utilizzare proprie risorse; una banca presta, a titolo di mutuo, una somma di denaro all'investitore, la quale, tuttavia, non entra nella libera disponibilità dell'investitore, ma viene investita in prodotti finanziari. Il contratto quadro di intermediazione viene stipulato con la banca stessa che ha concesso il mutuo all'investitore: data la funzione asseritamente previdenziale del piano, in ragione della quale l'investitore ha interesse a ricevere somme di denaro nel futuro, l'investimento dovrebbe essere a lungo termine e a basso profilo di rischio. Infine, sui titoli così acquistati viene costituito un pegno destinato a garantire il pagamento delle rate del mutuo erogato dalla banca. In alcuni casi ⁽⁵²⁾ è altresì stipulato un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore a cui è esposta la banca mutuante.

Il prodotto finanziario *my way* dovrebbe operare secondo la seguente logica: l'investitore non professionale riceve il mutuo e, tramite l'investimento finanziario, ottiene rendimenti che sono teoricamente maggiori degli interessi versati al mutuante; tali rendimenti permettono di realizzare la funzione previdenziale in ragione della quale l'investitore conclude il contratto. L'intermediario, invece, riceve gli interessi sulle somme mutuate, il pagamento dell'intermediazione dei singoli ordini e la garanzia della restituzione del finanziamento tramite il pegno sui titoli. Inoltre, qualora i titoli acquistati siano di società controllate o collegate, questi beneficerà altresì, in via indiretta, del finanziamento di tali società ⁽⁵³⁾. Tuttavia, le concrete modalità secondo cui il *my way* è stato strutturato hanno generato numerose problematiche, che sono alla base dell'ampio contenzioso avente ad oggetto i prodotti in questione. Infatti, analizzando il regola-

I, p. 93 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Roppo, II, Milano, 2006, p. 119; LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 181. Sull'operazione economica quale categoria rilevante in ogni vicenda che riguardi la formazione, l'esecuzione e l'interpretazione del contratto cfr. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 1; PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, p. 39 ss., 163 ss.; E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il c.c. Comm.* diretto da Schlesinger, Milano, 2001, p. 51; ORESTANO, *Accordo normativo ed autonomia negoziale*, Padova, 2000, p. 97 ss.;

⁽⁵²⁾ Ad esempio, nel caso deciso da Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 137 "" , con nota di A. TUCCI, si menziona la stipulazione di una polizza assicurativa a garanzia della restituzione del prestito. La presenza di tale contratto, tuttavia, non altera, né incide in maniera determinante, sulla struttura dell'operazione economica.

⁽⁵³⁾ Tale struttura è evidenziata in Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2006, II, p. 179, con nota di LIACE.

mento contrattuale nella sua complessità, e quindi valutando le relazioni tra le diverse obbligazioni dei contraenti, si coglie che lo scambio che il contratto è teoricamente diretto a realizzare risulta sostanzialmente alterato nella pratica. Difatti, da un lato vengono posti a carico dell'investitore tutti i rischi legati all'operazione di investimento, dall'altro i rendimenti garantiti dai titoli acquistati risultano inferiori rispetto ai costi sostenuti dal risparmiatore, cosicché l'operazione comporta per l'investitore stesso una perdita, e non un rendimento ⁽⁵⁴⁾.

Le problematiche giuridiche relative al *my way* sono molteplici e, a seconda delle soluzioni apportate, ne derivano diverse conseguenze sulla validità e l'efficacia del contratto. Innanzitutto, vi è un problema di qualificazione dell'accordo: si può infatti considerare il *my way* come una combinazione di più contratti collegati, che presentano ciascuno una propria causa ⁽⁵⁵⁾, oppure lo si può considerare come un unico contratto atipico. La decisione in ordine a tale aspetto, chiaramente, determina sia le modalità secondo cui deve essere analizzata l'operazione, sia le conseguenze relative a singoli profili di invalidità o inadempimento.

Qualora si ritenga il *my way* un contratto atipico, esso è sottoposto al giudizio di meritevolezza ⁽⁵⁶⁾. Tale giudizio ha un'importanza fondamentale, dato che dalla sua decisione dipende l'efficacia vincolante del contratto stesso. Inoltre, occorre considerare l'eventuale violazione della normativa sull'intermediazione finanziaria: in particolare, gli aspetti relativi alla violazione dei doveri di informazione ⁽⁵⁷⁾, all'intermediazione in conflitto di interessi ed alla previsione del diritto di recesso. Infatti, nella maggior parte dei casi decisi dalla giurisprudenza, i prodotti finanziari acquistati in base al contratto quadro sono titoli di fondi di investimento controllati o comunque partecipati dall'intermediario: da ciò consegue che si applichi la disciplina relativa all'intermediazione in conflitto di interessi di cui agli artt. 21 TUF e 27 Regolamento Consob di attuazione n. 11522 del 1998 ⁽⁵⁸⁾. Inoltre, sovente nel contratto quadro non è previsto il diritto di recesso, o lo stesso è sottoposto a condizioni che ne rendono estrema-

⁽⁵⁴⁾ Cfr. la giurisprudenza analizzata nel par. 5.

⁽⁵⁵⁾ Qualora si accedesse a tale interpretazione, i contratti dovrebbero chiaramente considerarsi collegati. Sul collegamento negoziale cfr. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 250 ss.

⁽⁵⁶⁾ Come si dirà, la questione è centrale nelle decisioni giurisprudenziali sul tema.

⁽⁵⁷⁾ Previsti dall'art. 21 TUF.

⁽⁵⁸⁾ Nella versione *ratione temporis* applicabile. Tali disposizioni impongono all'intermediario di comunicare al cliente non solo l'esistenza di una situazione di conflitto di interessi, ma anche la natura e l'estensione di tale conflitto.

mente oneroso l'esercizio ⁽⁵⁹⁾. Infine, occorre considerare la possibile annullabilità del contratto, dipendente da un errore dell'investitore o dal dolo dell'intermediario.

5. – I prodotti finanziari *my way* hanno costituito l'oggetto di un ampio contenzioso, sia in sede di merito, sia di legittimità, nel corso del quale la giurisprudenza ha esaminato le problematiche sopra delineate. Ad una prima giurisprudenza di merito che aveva fornito soluzioni tra loro contrastanti ⁽⁶⁰⁾, erano seguite alcune pronunce della Corte di Cassazione, che tuttavia non avevano analizzato in maniera dettagliata gli aspetti caratteristici della struttura contrattuale, ma avevano invece deciso la controversia in base ad alcune problematiche legate al singolo caso specifico ⁽⁶¹⁾. Recentemente, invece, la Corte di Cassazione ha emesso la sentenza 15 febbraio 2016, n. 2900 ⁽⁶²⁾, che ha esaminato in maniera approfondita il contratto *4you* e la struttura dello scambio che esso implementa, riportandolo alle disposizioni ed ai principi fondamentali dell'ordinamento.

Nel caso oggetto della decisione della Suprema Corte un cliente non professionale aveva stipulato un contratto *4you* che presentava la struttura descritta nel paragrafo precedente. I titoli acquistati per conto dell'investitore erano obbligazioni *zero coupon* ⁽⁶³⁾ di Interbanca e fondi comuni di investimento della Ducato Gestioni s.p.a. (società collegata alla banca

⁽⁵⁹⁾ La pattuizione è quindi in contrasto con gli artt. 24 TUF e 37 Regolamento Consob, concernenti la libertà di investimento.

⁽⁶⁰⁾ Hanno giudicato immeritevole di tutela il prodotto finanziario "4you" oggetto della controversia le seguenti sentenze: cfr. Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, cit.; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, III, p. 353, con nota di SABATELLI; App. Salerno, 30 settembre 2009, in *Contr.*, 2009, XII, p. 1015; App. Napoli, 3 marzo 2010, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Ravenna, 7 novembre 2011, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, in *Banca borsa tit. cred.*, p. 368, con nota di A. TUCCI. Hanno invece ritenuto meritevole di tutela il contratto: Trib. Parma, 22 settembre 2004, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Bari, 8 giugno 2006, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Roma, 15 giugno 2006, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Prato, 5 marzo 2009, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Parma, 1 aprile 2009, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Vicenza, 14 aprile 2009, disponibile su *ilcaso.it*; App. Salerno, 25 gennaio 2010, reperibile in banca dati *DeJure*; Trib. Roma, 23 maggio 2011, disponibile su *ilcaso.it*; Trib. Pisa, 15 marzo 2012, in *Contr.*, 2012, XII, p. 1013; Trib. Massa, 31 dicembre 2012, disponibile su *ilcaso.it*.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass., 16 dicembre 2013, n. 28013, reperibile in banca dati *DeJure*; Cass., ord., 21 giugno 2012, n. 10376, in *Contr.*, 2013, II, p. 131, con nota di NATOLI; Cass., 25 maggio 2012, n. 8312, in banca dati *Pluris*.

⁽⁶²⁾ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ.*, 2016, VI, p. 852, con nota di VERSACI; in *Società*, 2016, VI, p. 721, con nota di COSTANZA.

⁽⁶³⁾ Si definiscono obbligazioni zero coupon le obbligazioni che non hanno cedole, il cui rendimento è calcolato in base alla differenza tra la somma versata al momento della sottoscrizione e la somma ricevuta alla scadenza del titolo.

Monte dei Paschi di Siena, che aveva erogato il finanziamento ed era altresì l'intermediario): tali titoli, nel contratto quadro, erano solo denominati, senza che se ne specificasse il costo, il rendimento e le caratteristiche. Inoltre, l'intermediario aveva informato l'investitore circa l'esistenza del conflitto di interessi, senza tuttavia specificarne la natura e l'estensione e senza aver acquisito il consenso del cliente stesso, così come invece previsto *ex art.* 27 del Regolamento Consob di attuazione n. 11522 del 1998 ⁽⁶⁴⁾.

La Corte d'Appello di Genova, riformando la sentenza di primo grado, aveva dichiarato la nullità del contratto in questione, condannando Monte dei Paschi di Siena alla restituzione delle somme versate dall'investitore e degli interessi legali decorrenti dalla data di ogni singolo versamento. La Corte d'Appello ha evidenziato come il contratto violi numerose disposizioni del TUF e del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 ⁽⁶⁵⁾, ed ha asserito che tali violazioni non costituiscono solamente inosservanza di norme di comportamento, ma anche vizi genetici e strutturali dell'accordo stesso. La banca, soccombente in appello, ricorreva in Cassazione, censurando la sentenza sotto numerosi profili: in particolare, la ricorrente argomentava che i vizi rilevati dalla Corte d'Appello, anche qualora fossero stati ritenuti sussistenti, attenevano tutti a norme di comportamento, e non potevano quindi comportare l'invalidità del contratto, ma solamente la risoluzione ed il risarcimento dei danni subiti ⁽⁶⁶⁾.

L'analisi della Corte di Cassazione muove innanzitutto dalla qualificazione giuridica del contratto. Nel caso di specie due soluzioni sono infatti astrattamente possibili: il prodotto *4you* può essere considerato come una combinazione di contratti collegati tra loro, ma aventi ciascuno una propria causa ⁽⁶⁷⁾, oppure come un unico contratto atipico. La Cassazione

⁽⁶⁴⁾ Nella versione *ratione temporis* applicabile.

⁽⁶⁵⁾ La Corte d'Appello dichiarava la violazione dell'art. 21 TUF concernente il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza, trasparenza; dell'art. 21 TUF e dell'art. 27 Regolamento Consob relativo all'intermediazione in conflitto di interessi; dell'art. 24 TUF e dell'art. 37 Regolamento Consob, concernenti la libertà di investimento, poiché la possibilità di recedere dal contratto era sottoposta al pagamento di una penale particolarmente onerosa, nonché alla preventiva cessione dei titoli detenuti in pegno dalla banca stessa.

⁽⁶⁶⁾ Secondo il noto principio affermato dalle Sezioni Unite in Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. La prima in *Danno e Resp.*, 2008, V, p. 525, con note di ROPPO e BONACCORSI; in *Corr. giur.*, 2008, II, p. 223, con nota di MARICONDA; in *Società*, 2008, IV, p. 449, con nota di V. SCOGNAMIGLIO. La seconda in *Giur. it.*, 2008, II, p. 347, con nota di COTTINO; in *Resp. civ.*, 2008, VI, p. 525, con nota di TOSCHI VESPASIANI, entrambe in *Contr.*, 2008, III, p. 221, con nota di SANGIOVANNI.

⁽⁶⁷⁾ Peraltro, in relazione al giudizio di meritevolezza, la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva. Infatti, si è evidenziato come il colle-

sceglie questa seconda opzione, facendo leva sul concetto di causa concreta del contratto, così come delineato nelle sentenze Cass., 8 maggio 2006, n. 10490 ⁽⁶⁸⁾ e Cass. 12 novembre 2009, n. 23941 ⁽⁶⁹⁾. La Suprema Corte evidenzia come la scomposizione in tre contratti sia, in realtà, meramente artificiale, in quanto nessuno di questi presenta una propria autonoma causa ⁽⁷⁰⁾: l'operazione contrattuale presenta invece una causa unitaria ⁽⁷¹⁾, poiché ha uno scopo di investimento, che in quanto tale ricade entro la fattispecie dell'art. 1, comma 1, lett. u), TUF ⁽⁷²⁾.

gamento contrattuale presenti una propria causa, diversa da quella dei contratti collegati; da questo punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Qualora si accolga tale interpretazione del collegamento contrattuale, quindi, il giudizio di meritevolezza dovrebbe comunque essere effettuato in relazione all'intera operazione economica, a prescindere dalla tipicità dei contratti collegati. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 402 ss.

⁽⁶⁸⁾ In Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corriere giur.*, 2006, XII, p. 1718, con nota di ROLFI, si ritrova la ben nota definizione di causa concreta: «(...) ricostruendo tale elemento [la causa] in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un *iter* evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale». Circa il concetto, l'utilizzo giurisprudenziale ed il dibattito dottrinale relativo alla causa si vedano, *ex multis*: ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 66 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, Padova, 2015, p. 186 ss.; ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, I, Torino, 2006, p. 541 ss.; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, IV, p. 957 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.

⁽⁶⁹⁾ Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 448, con nota di DI LEO.

⁽⁷⁰⁾ Da tale distinzione deriva che il contratto deve essere identificato ed analizzato in base alla sua causa concreta, mentre il tipo costituisce un modello organizzativo degli interessi, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 247 ss. Sulla distinzione e non sovrapposibilità di causa e tipo cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 231 ss.; ALPA, *Causa e tipo*, cit., p. 541 ss.

⁽⁷¹⁾ Sulla causa quale elemento che coordina l'intera operazione economica e ne esprime la funzione cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 370-371; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 65 ss.; MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, I, p. 367.

⁽⁷²⁾ Sul punto la sentenza aderisce all'orientamento di cui alla sentenza Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Contr.*, 2013, XII, p. 1105, con nota di SAVASTA, in cui si era affermato che i contratti di investimento hanno natura atipica e sono, quindi, soggetti al controllo di meritevolezza del «regolamento di interessi che ne costituisce il tessuto causale»; in particolare, si era evidenziato che l'atipico contratto di investimento «si presta ad assur-

Considerata la qualificazione dell'operazione come contratto atipico unitario, ne discende che, secondo l'*iter* logico del ragionamento, prima di esaminare la sussistenza di violazioni di specifici obblighi di comportamento da parte dell'intermediario, occorre valutare se il contratto sia meritevole di tutela *ex art.* 1322, comma 2, c.c., e se le prestazioni pattuite siano quindi coercibili. L'attenzione della Suprema Corte non si concentra dunque sulla possibile violazione dei doveri di informazione, sul conflitto di interessi o sulle modalità convenute per l'esercizio del diritto di recesso, ma si focalizza sulla meritevolezza degli interessi perseguiti tramite il contratto, la cui valutazione è giuridicamente e logicamente prioritaria rispetto alla possibile presenza di vizi funzionali. La violazione di disposizioni del TUF e del Regolamento Consob n. 11522 del 1998 viene invece presa in considerazione nella misura in cui incide sulla struttura delle reciproche obbligazioni, e quindi sulla causa del contratto.

Dopo aver affermato che il giudizio di meritevolezza è un giudizio di diritto, e quindi sindacabile in sede di legittimità ⁽⁷³⁾, la Suprema Corte si concentra sulla natura e sugli effetti di tale scrutinio. Si chiarisce che esso non deve essere effettuato secondo il parametro del proibito, quanto secondo quello dell'agiuridico: un contratto che sia immeritevole risulta quindi improduttivo di effetti *ab initio*. Il giudizio di meritevolezza è inoltre assimilato a quello di nullità in relazione agli obiettivi perseguiti, in quanto anche il giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. costituisce un controllo a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento ⁽⁷⁴⁾. La Cassazione asserisce che anche ai contratti atipici di investimento o di intermediazione finanziaria è estendibile il principio secondo cui: «il legislatore, predisposta una struttura normativa significante, (...) ha “voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati”». Da tale stretto collegamento con il giudizio di nullità deriva la possibilità di rilevare la non meritevolezza del contratto anche *ex officio* in ogni stato e grado del processo, sulla scorta di quanto affermato nelle pronunce Cass.,

gere a forma giuridica di ogni investimento di natura finanziaria, ai sensi del citato art. 1, comma 1, lett. u), t.u.f.».

⁽⁷³⁾ Così come già affermato in Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, VI, p. 725, con nota di COSTANZA.

⁽⁷⁴⁾ Così come la nullità, come affermato in Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 299, con note di C. SCOGNAMIGLIO, RIZZO e PAGLIANTINI; in *Danno e resp.*, 2015, VI, p. 592, con note di R. FORNASARI e LAGHEZZA.

12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243 ⁽⁷⁵⁾, concernenti la rilevabilità della nullità del contratto.

Una volta inquadrato il giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. ed averne evidenziato la rilevanza ed il ruolo rispetto ai principi cardine del sistema, la Corte di Cassazione esamina la meritevolezza del *my way* oggetto della controversia, delineando modalità operative e *ratio* di tale valutazione. Come viene autorevolmente affermato, il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa concreta dell'accordo ⁽⁷⁶⁾. Ciò che si esamina non è, quindi, l'astratta configurazione delle reciproche prestazioni, ma la struttura effettiva dello scambio come predisposto dalle parti; in tale prospettiva sono decostruiti ed esaminati gli interessi perseguiti tramite il contratto ed il rapporto di scambio tra le obbligazioni convenute. La meritevolezza, quindi, non è valutata in relazione agli interessi che, astrattamente, l'accordo è volto a realizzare, ma in relazione alla loro effettiva configurazione nell'assetto dello scambio pattuito.

Le obbligazioni reciprocamente convenute dall'investitore e dall'intermediario sono quindi contestualizzate in relazione alla situazione economica in cui si trovano le parti, che è, in ragione della asimmetria informativa e del diverso potere contrattuale, strutturalmente squilibrata. Al termine dell'analisi, la Corte di Cassazione afferma che il contratto oggetto della controversia è immeritevole in quanto: «la rilevanza dell'insieme delle violazioni, (...)», evidenzia l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale *for you*, in quanto caratterizzato da una promessa, il raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali, radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione, ove accompagnato dalle cautele previste dal T.U.F. e dalla normazione regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso, mentre l'interesse dell'intermediario

⁽⁷⁵⁾ Cfr. nt. 74.

⁽⁷⁶⁾ Che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto la causa del contratto e non sia sovrapponibile a quello relativo alla liceità del contratto è stato sottolineato da GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 185, 242-243; tuttavia l'autore sostiene che il giudizio di meritevolezza sia sostitutivo di quello relativo all'esistenza della causa in astratto, che in relazione ai contratti tipici è già stato effettuato dal legislatore. Al contrario, una parte della dottrina ha ritenuto che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto il tipo, cfr. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62; ID., *Manuale di diritto privato*, cit., p. 817.

è sostanzialmente privo di effettivi margini di rischio dal momento che esso lucra gli interessi del mutuo, colloca prodotti (anche in conflitto d'interessi) ed opera sul mercato. Tale rischio non può identificarsi con la possibilità che il mutuatario investitore sia inadempiente, trattandosi di un'evenienza comune a tutti i contratti onerosi».

La Corte evidenzia che il mancato raggiungimento di un beneficio per l'investitore non è dovuto ad un andamento negativo del mercato, ma alla struttura contrattuale, che è costruita in modo tale da comportare, per l'investitore non professionale, una perdita sicura. L'immeritevolezza del contratto non dipende quindi dalla particolare combinazione, astrattamente considerata, di più contratti tipici, né dalla semplice violazione di norme di comportamento, ma dal fatto che la struttura complessiva del contratto non è idonea a procurare alcun beneficio all'investitore. La Corte di Cassazione pone al centro del giudizio di meritevolezza lo scambio così come realizzato in concreto dai contraenti, differenziando il profilo strutturale da quello relativo allo svolgimento del rapporto contrattuale: la violazione delle norme di comportamento non rileva in sé quale causa di invalidità del contratto, ma in quanto contribuisce a realizzare il rilevante squilibrio delle prestazioni (77).

Nel corso dell'argomentazione si richiama un'altra decisione, sempre della Corte di Cassazione (78), che ha analizzato la struttura del *for you* e lo ha dichiarato immeritevole di tutela. Anche in tale sentenza si è posto in evidenza lo squilibrio estremamente rilevante tra le prestazioni, e come tale squilibrio derivi non tanto dalle capacità negoziali dei singoli contraenti, ma dalla disparità della situazione di mercato nella quale essi si trovano. Infatti la banca ottiene prestazioni vantaggiose grazie alla propria posizione sul mercato e, anche tramite rappresentazioni decettive, impone all'altra parte obbligazioni estremamente svantaggiose, se non addirittura rovinose. Anche in tale caso si asserisce che il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa concreta del contratto e si sottolinea come l'elemento dirimente per la decisione non sia la mancanza di corrispettività delle reciproche obbligazioni, né il fatto che l'investitore concluda un contratto svantaggioso, ma il fatto che l'operazione economica procuri all'interme-

(77) SCALFI, *Corrispettività ed alea nel contratto*, Milano, 1960, p. 62 aveva già segnalato che la questione relativa all'equilibrio contrattuale attiene al profilo della causa e non del tipo. Cfr. anche ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2017, 3, p. 339 ss., 346.

(78) Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

diario un sicuro beneficio, mentre espone l'investitore a tutti i rischi, procurandogli una pressoché sicura perdita.

Infine, nell'enunciazione del principio di diritto (che viene direttamente ripreso anche da Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900), si asserisce che il contratto *4you*, così come strutturato, è in contrasto con i principi di cui all'art. 47, comma 1, Cost. e dell'art. 38, comma 2 e 5 Cost., relativi rispettivamente alla tutela del risparmio ed all'incoraggiamento di forme di previdenza, anche privata: la Corte prospetta l'incompatibilità del *my way* rispetto a tali norme, in quanto l'intermediario, sfruttando le preoccupazioni previdenziali del risparmiatore, colloca titoli di dubbia redditività e attribuisce all'investitore una parte del proprio rischio di impresa.

6. – Al fine di comprendere i criteri seguiti dalla Corte di Cassazione nell'effettuazione del giudizio di meritevolezza ⁽⁷⁹⁾ è fondamentale considerare la configurazione delle prestazioni dei contraenti e lo scambio che con esse viene implementato. Nei casi esaminati dalla giurisprudenza il prodotto finanziario dovrebbe astrattamente realizzare lo scambio sinalagmatico sopra analizzato ⁽⁸⁰⁾ che, così astrattamente configurato, non sembra presentare profili di immeritevolezza o invalidità. La problematicità risiede invece nell'alterazione genetica di tale schema verificatasi nella prassi: infatti, a fronte dei benefici percepiti dalla banca, l'investitore non riceve alcuna utilità ⁽⁸¹⁾. È opportuno sottolineare che ciò non dipende da un esito estremamente negativo dell'investimento nel singolo caso concreto, ma dal fatto che il contratto è strutturato in modo tale da non permettere che l'investimento generi un rendimento superiore al tasso di interesse convenuto per il finanziamento ⁽⁸²⁾. In altri termini, il vizio del contratto non si manifesta nel suo svolgimento, a causa del comportamento di una delle parti o di eventi sopravvenuti, ma attiene al momento genetico dello stesso ⁽⁸³⁾: il contratto non solo non realizza lo scambio promesso, ma non realizza in realtà alcuno scambio, poiché in concreto

⁽⁷⁹⁾ L'orientamento della Suprema Corte è stato seguito dalla successiva giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Viterbo, 20 gennaio 2016, reperibile in banca dati *DeJure*; Trib. Pisa, 25 febbraio 2016, reperibile in banca dati *DeJure*; App. Campobasso, 7 luglio 2016, reperibile in banca dati *Pluris*. Tale orientamento è stato altresì seguito da Cass., 3 gennaio 2017, n. 37, reperibile in banca dati *DeJure*.

⁽⁸⁰⁾ Tale configurazione, presente nell'analisi delle sentenze che si sono occupate del prodotto, è ad esempio esplicitato con chiarezza in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; ed anche in Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, cit.

⁽⁸¹⁾ Lo si afferma chiaramente in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁽⁸²⁾ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁽⁸³⁾ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

implementa un trasferimento di ricchezza a senso univoco, dall'investitore alla banca ⁽⁸⁴⁾.

Tenendo a mente tale considerazione, occorre analizzare quale sia il ruolo svolto dalla funzione previdenziale che sarebbe deputato a svolgere il *my way*, e come tale funzione incida sul giudizio di meritevolezza del contratto ⁽⁸⁵⁾. Al fine di comprendere se la funzione previdenziale debba essere considerata nello svolgimento del giudizio di meritevolezza e, in caso affermativo, secondo quali parametri, occorre valutare come tale funzione entri a far parte dello scambio convenuto dai contraenti. Questa valutazione è dirimente, poiché qualora si ritenga che la funzione previdenziale non incida sull'elemento causale del contratto (in relazione al quale la Suprema Corte ha effettuato il giudizio di meritevolezza), la sua violazione o non realizzazione può rilevare in rapporto ai vizi del consenso, o alla violazione delle norme di comportamento (con le note conseguenze relative all'annullabilità o risolubilità del contratto), ma non rileva circa la meritevolezza degli interessi perseguiti.

Per svolgere tale analisi occorre, innanzitutto, chiarire in cosa dovrebbe consistere la funzione previdenziale e, quindi, le modalità di realizzazione della stessa tramite le obbligazioni convenute. Come si desume chiaramente dalle circostanze dei casi analizzati dalla giurisprudenza, la funzione previdenziale si traduce nel fatto che il prodotto finanziario dovrebbe generare, nel lungo periodo, rendimenti che entrino nella disponibilità dell'investitore e che siano maggiori rispetto ai costi sopportati per effettuare l'operazione. In tale prospettiva, pur essendo ogni investimento finanziario sottoposto all'inevitabile alea derivante dall'oscillazione dei mercati, i prodotti offerti dovrebbero presentare un basso profilo di rischio, che renda plausibile attendersi un ritorno positivo dall'investimento

⁽⁸⁴⁾ Sul trasferimento di ricchezza in senso univoco cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 352 ss. Sull'invalidità di un contratto in base al quale sia già certa, al momento della conclusione, la perdita in capo ad un contraente ed il guadagno in capo all'altro cfr. GUADAGNO, *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, III, p. 289. Circa contratto e scambio cfr. U. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Dizionario critico del diritto*, a cura di Donati, Roma, 1980, p. 61 ss. Sullo scambio e la sua importanza per le varie manifestazioni della vita in comunità SACCO, voce *Scambio*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VII, Torino, 2012, p. 894.

⁽⁸⁵⁾ Si noti che la problematica presenta numerosi punti di contatto con quella relativa al ruolo svolto dalla funzione di copertura nei contratti derivati; in particolare, in relazione alla giuridicità e validità dei contratti derivati che dovrebbero astrattamente svolgere una funzione di copertura, la quale non viene però realizzata in concreto, su cui cfr. M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale. Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *questa rivista*, 2014, IV-V, p. 881 ss.

nel lungo periodo. Infatti, come chiarito anche in un passaggio della summenzionata sentenza ⁽⁸⁶⁾, se ogni investimento finanziario è soggetto ad un'alea che non può essere totalmente eliminata, è altresì corretto affermare che l'alea può essere modulabile in funzione dell'obiettivo dell'investimento stesso ⁽⁸⁷⁾. La possibilità di ricevere tali rendimenti nel lungo periodo è la contropartita per la quale l'investitore si obbliga ad eseguire le prestazioni convenute.

Di conseguenza la funzione previdenziale influisce sul giudizio di meritevolezza non in quanto specifico scopo che si prefigge uno dei due contraenti (in tal senso, atterrebbe alla sfera dei motivi, e risulterebbe quindi irrilevante ⁽⁸⁸⁾; oppure potrebbe essere considerata in relazione ai vizi del consenso), né poiché le rappresentazioni decettive della banca hanno indotto in errore l'investitore (in tale caso occorrerebbe valutare il possibile dolo dell'intermediario), ma in quanto presuppone una determinata struttura dello scambio tra le prestazioni, astrattamente meritevole, che però in concreto non è quella propria del contratto. Inoltre, tale mancata realizzazione non afferisce ad una incapacità personale del contraente o ad un inadempimento della controparte, ma ad un vizio strutturale nelle modalità secondo cui si combinano le reciproche obbligazioni ⁽⁸⁹⁾. Ne deriva il venir meno della ragione stessa della controprestazione dovuta dall'investitore: questi si è obbligato ad eseguire prestazioni in cambio delle quali, a causa della struttura stessa del contratto, non può ricevere la contropartita ⁽⁹⁰⁾. Da questo punto di vista, quindi, la funzione previdenziale non è irrilevante, poiché presuppone un determinato modo di essere dello scambio, che però non è realizzato dalla struttura dell'accordo in concreto concluso.

⁽⁸⁶⁾ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁽⁸⁷⁾ In generale, sul contratto aleatorio, cfr. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000.

⁽⁸⁸⁾ Sui motivi dei contraenti e la loro rilevanza giuridica, anche in rapporto all'interesse ed alla causa del contratto, cfr. SACCO, voce *Motivo, fine, interesse*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento VII, 2012, p. 298 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 345 ss.; ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2377 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 207 ss.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 232 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo del negozio giuridico*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 466 ss.

⁽⁸⁹⁾ Come rilevato in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

⁽⁹⁰⁾ Il giudizio di meritevolezza così come effettuato dalla Corte di Cassazione, pur presentando un carattere positivo e non meramente negativo, sembra richiedere, così come il giudizio relativo all'esistenza della causa, che il contratto e gli spostamenti di ricchezza effettuati tramite lo stesso producano una circolazione biunivoca delle risorse; circa il giudizio causale cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 532 ss.

Circa il ruolo svolto dalla funzione previdenziale l'analisi della Suprema Corte non è sempre chiara: in alcuni passaggi l'argomentare relativo alla struttura del contratto, dipendente anche da tale funzione, sembra confondersi con una prospettiva che dà rilevanza ai motivi che hanno determinato a contrarre l'investitore non professionale. Tuttavia, la funzione previdenziale, dal punto di vista della meritevolezza degli interessi perseguiti, rileva non perché costituisce la ragione dell'investimento del cliente, ma perché entra a far parte del tessuto causale del contratto secondo la logica sopra specificata: la funzione previdenziale è determinante poiché presuppone un determinato modo di essere dello scambio, che invece in concreto non si verifica.

A ciò si deve aggiungere che non solo il contratto non è idoneo a realizzare tale funzione, ma anche che l'investitore non professionista non riceve alcuna utilità dal contratto stesso. Il risparmiatore esegue più prestazioni (il pagamento delle rate del mutuo, il pagamento dell'intermediazione finanziaria, la concessione dei titoli in pegno) senza ricevere alcuna controprestazione, poiché la probabilità che i rendimenti dei titoli acquistati siano maggiori dei costi sopportati è estremamente bassa, se non pressoché inesistente. Tale struttura dello scambio non è dovuta a diverse valutazioni delle parti circa l'andamento del mercato finanziario, o ad una errata previsione di uno dei contraenti, ma ad uno strutturale squilibrio tra le posizioni delle parti, in forza del quale la banca impone all'investitore un contratto grazie al quale essa si assicura notevoli guadagni senza sopportare alcun rischio ⁽⁹¹⁾, mentre il risparmiatore non riceve alcuna utilità. Il contratto si traduce quindi in un immeritevole spostamento di ricchezza unidirezionale dall'investitore non professionale all'intermediario.

7. – Evidenziati l'oggetto ed i parametri del giudizio di meritevolezza, è opportuno sottolineare che lo stesso ha acquisito una rilevanza ed un'ampiezza che vanno oltre il giudizio di liceità della causa del contratto ⁽⁹²⁾. Nella *ratio decidendi* della sentenza analizzata, infatti, la Corte non verifica la contrarietà del *my way* a norme imperative, all'ordine pubblico o al

⁽⁹¹⁾ Come si è correttamente sottolineato, in realtà non è l'unilateralità del rischio, nel caso di specie, a rendere nullo il contratto, quanto il fatto che la struttura del contratto renda impossibile realizzare il fine previdenziale, cfr. A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, III, p. 380; ID., *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *questa rivista*, 2017, III, p. 921 ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *questa rivista*, 2003, I, p. 113; ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 62.

buon costume; nel ragionamento, invece, analizza lo scambio delle prestazioni, il loro rapporto sinallagmatico, il contesto economico e le posizioni dei contraenti, che risultano estremamente squilibrate sia in relazione all'asimmetria informativa, sia in relazione alla differenza di potere contrattuale ⁽⁹³⁾. Se tale prospettiva sembra quindi conferire un'autonomia rilevante alla disposizione di cui all'art. 1322, comma 2 c.c., occorre al tempo stesso notare che essa avvicina, se non addirittura sovrappone, il giudizio di meritevolezza a quello concernente l'esistenza della causa concreta.

La Suprema Corte non fornisce criteri per distinguere il giudizio relativo alla meritevolezza degli interessi da quello circa l'esistenza della causa; considerando l'elaborazione giurisprudenziale ⁽⁹⁴⁾ e dottrinale ⁽⁹⁵⁾ sul tema, e l'utilizzo che ne è stato fatto al fine di controllare la struttura dello scambio, i due giudizi tendono a sovrapporsi. Collegando il giudizio di meritevolezza al controllo dell'esercizio dell'autonomia privata, che si deve svolgere in modo «corretto, ordinato e ragionevole», sulla base di principi cardine quali la buona fede, la tutela del contraente debole e la parità quanto meno formale delle asimmetrie economiche sostanziali ⁽⁹⁶⁾, la Corte richiama infatti quelli che sono i parametri del giudizio causale. Inoltre, come evidenziato nel corso dell'analisi delle sentenze, gli interessi di cui deve essere valutata la meritevolezza non sono gli interessi che hanno mosso i singoli contraenti a concludere il contratto, ma (come peraltro si deduce dal testo dell'art. 1322, comma 2 c.c.) gli interessi che il contratto è diretto a realizzare. Tuttavia, tali interessi corrispondono alla causa concreta del contratto, così come definita dalla dottrina e dalla

⁽⁹³⁾ Per quanto concerne il contratto concluso tra imprenditori in posizioni asimmetriche cfr. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori in situazione simmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, p. 113 ss. In generale, sul terzo contratto, cfr. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, cit., p. 9 ss. Vi è altresì chi ha sottolineato che, in ambito differente, uno strumento per intervenire sul contratto squilibrato potrebbe essere quello dell'oggetto del contratto: GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, cit., p. 92 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, cit.

⁽⁹⁵⁾ ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 66 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 186 ss.; ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 541 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 402 ss.; ID., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 957 ss.; BIANCA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, III, Milano, 2015, p. 447 ss.;

⁽⁹⁶⁾ Sul rapporto tra autonomia privata e disciplina della concorrenza cfr. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri, Zoppini, Roma, 2008, p. 1 ss.

giurisprudenza ⁽⁹⁷⁾. In particolare, la meritevolezza degli interessi perseguiti non può che essere valutata in relazione alla conformità dello scambio diviso dalle parti alla razionalità del mercato ⁽⁹⁸⁾, che richiede una circolazione bilaterale della ricchezza.

Inoltre, con l'argomentazione svolta in relazione al *my way* la Suprema Corte sembra riprendere, almeno in parte, il ragionamento seguito in una precedente pronuncia ⁽⁹⁹⁾, nella quale si dichiarava immeritevole di tutela un contratto contrario ad alcune disposizioni dell'ordinamento sportivo. A prescindere dalla correttezza della decisione ⁽¹⁰⁰⁾, in tale caso il giudizio di meritevolezza veniva effettuato non solo in senso negativo, ossia verificando se il contratto realizzasse interessi contrari all'ordinamento, ma anche considerando l'equilibrio sinallagmatico delle reciproche obbligazioni: le modalità di effettuazione dello scrutinio erano non solo quelle proprie del giudizio di liceità ⁽¹⁰¹⁾ (la Suprema Corte asseriva che il contratto fosse stato concluso in frode alle norme dell'ordinamento sportivo), ma si prendeva altresì in considerazione l'equilibrio tra le rispettive obbligazioni e la concorrenzialità del mercato.

Non sembra invece determinante il riferimento, nella parte finale della sentenza Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, agli articoli 47, comma 1, cost. e dell'art. 38, comma 2 e 5, cost. relativi alla tutela del risparmio ed alle forme previdenziali. Infatti, nella *ratio decidendi* della sentenza non si fa alcun riferimento a tali norme; esse sono invece citate solamente nel pas-

⁽⁹⁷⁾ Cfr. note 94 e 95.

⁽⁹⁸⁾ M. BARCELONA, *Della causa*, cit., p. 195 ss.; SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, cit., p. 115, 118.

⁽⁹⁹⁾ Cass., sez. III, 20 settembre 2012, n. 15934, in *Contr.*, 2012, XI, p. 927.

⁽¹⁰⁰⁾ Sul punto, cfr. diffusamente FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, in *questa rivista*, 2013, III, p. 650 ss. Infatti, in considerazione degli artt. 4 e 5 della l. n. 91 del 1981 si può innanzitutto dubitare dell'atipicità del vincolo sportivo e quindi della proponibilità del giudizio di meritevolezza, cfr. MINERVINI, *Il trasferimento del giocatore di calcio*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, IV, p. 1079. In secondo luogo, è discutibile l'equiparazione tra norme dell'ordinamento sportivo e norme statuali: le prime, infatti, come affermato costantemente da dottrina e giurisprudenza, non hanno il rango di legge, e non costituiscono norme imperative la cui violazione causa la nullità del contratto. Le norme dell'ordinamento sportivo non sono atti normativi di rango pubblicistico; la loro natura viene invece identificata con quella del contratto normativo (Cass., 5 aprile 1993, n. 4063, in *Foro it.*, 1994, I, c. 136; Cass., 28 luglio 1981, n. 4845, in *Giust. civ.*, 1982, II, 1, p. 2411; MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato dir. civ.*, già diretto da Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 1973, p. 658) e costituiscono un ordinamento separato da quello di diritto comune, secondo la teoria della pluralità e della separazione degli ordinamenti (ALPA, *L'ordinamento sportivo tra autonomia e costituzione*, in *Il caso Genoa. Alla ricerca di un giudice*, a cura di Benedetti, Torino, 2005, p. 25; SANINO e VERDE, *Il diritto sportivo*, Padova, 2011, p. 10).

⁽¹⁰¹⁾ FACCI, *Il contratto immeritevole di tutela nell'ordinamento sportivo*, cit., p. 649.

saggio in cui la Corte richiama, in senso adesivo, una precedente decisione che aveva dichiarato immeritevole il *my way* ⁽¹⁰²⁾. Peraltro, anche in tale pronuncia le summenzionate disposizioni costituzionali non influivano sull'analisi svolta dalla Suprema Corte che, effettuando il giudizio di meritevolezza del contratto in relazione alla causa concreta, prendeva invece in considerazione l'equilibrio delle prestazioni e la strutturale asimmetria informativa e di potere negoziale che aveva caratterizzato le negoziazioni.

In tale decisione il richiamo alle disposizioni costituzionali è utilizzato quale ulteriore elemento per giustificare un incisivo controllo giudiziale sul contratto atipico, al fine di evidenziare l'importanza del controllo di operazioni di investimento che siano presentate come piani previdenziali ⁽¹⁰³⁾, più che come effettivo criterio considerato nell'effettuazione dello scrutinio. Tale conclusione è peraltro confermata dal fatto che un'altra sentenza della Suprema Corte ⁽¹⁰⁴⁾ ha dichiarato l'immeritevolezza del *4you* senza fare alcun riferimento a disposizioni costituzionali, ma seguendo il medesimo *iter* logico-giuridico delle altre due pronunce, fondando il proprio giudizio sulla causa e sullo scambio che il contratto implementa. Peraltro, anche considerando il passaggio della sentenza in cui si afferma che le parti rimangono libere di concludere contratti per sé rovinosi ⁽¹⁰⁵⁾, se ne deduce che la problematicità non è direttamente collegata con la tutela del risparmio astrattamente considerata, ma con la particolare struttura del contratto in esame, che comporta una perdita pressoché sicura per il contraente debole e, dunque, uno spostamento unidirezionale di ricchezza.

Il giudizio di meritevolezza è quindi utilizzato dalla Suprema Corte quale ulteriore strumento di controllo del contratto al fine di valutare la razionalità dello scambio, anche in considerazione del concreto contesto di mercato nel quale esso è stato concluso.

⁽¹⁰²⁾ Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

⁽¹⁰³⁾ In tale pronuncia la Suprema Corte asserisce: «Pertanto, la combinazione dei due principi fondamentali deve indurre ad una considerazione nuova – e, in sostanza, di ben maggiore sensibilità rispetto a quella pure riservata alle ordinarie operazioni di investimento, necessariamente a rischio, nel mercato di quelli – delle esigenze di previdenza complementare privata in rapporto a prodotti finanziari presentati quali idonei a tali fini.

Tanto vale a maggior ragione in un contesto storico, quale quello in cui l'operazione per cui oggi è causa è stata portata avanti, notoriamente caratterizzato dalla presa di coscienza della potenziale insufficienza del solo sistema pubblico e dall'adozione di una serie di misure, legislative e non, ad incoraggiamento e tutela delle forme complementari di previdenza».

⁽¹⁰⁴⁾ Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.

⁽¹⁰⁵⁾ Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.