

INTERESSE LECITO E INTERESSE MERITEVOLE: I LIMITI SOSTANZIALI ALL'AUTONOMIA NEGOZIALE

Di Gerardo Villanacci

| 13

SOMMARIO: 1. *L'incidenza del concetto di interesse meritevole nella nuova concezione di causa del contratto* – 2. *Contratti tipici, interesse e controllo sostanziale* – 3. *Collegamento negoziale e interesse: il caso degli strumenti finanziari* – 4. *la portata degli interessi del debitore nel rapporto obbligatorio.*

ABSTRACT. *I poteri di autonomia privata, al pari dei diritti soggettivi, vanno esercitati non più con l'unico obiettivo di assicurare la funzione sociale cui essi sono rivolti, ma principalmente per realizzare quegli interessi individuali che, obbiettivizzandosi nel contratto, determinano l'area di significanza della pattuizione.*

Riqualificando la nozione di causa, si riapre il tema del rapporto tra negozi tipici ed atipici, del collegamento negoziale e della tutela degli interessi del debitore nel rapporto obbligatorio.

The private law powers, like individual rights, must be exercised not only with the aim of ensuring the social function which they are addressed but, primarily, for realizing parties interests.

Developing the concept of consideration, the relationship between typical and atypical contracts, the connection of agreements and the protection of debtor interests of the debtor is an open issue.



1. L'incidenza del concetto di interesse meritevole nella nuova concezione di causa del contratto.

14 L'interesse, inteso come elemento giustificativo dell'azione umana nonché requisito strutturale di qualsiasi posizione giuridica meritevole di protezione, svolge un ruolo significativo nella metamorfosi concernente il profilo causale¹ del contratto, tanto da assegnare all'interprete il potere di sindacare le scelte compiute dei contraenti secondo parametri di logicità e razionalità economica che nulla hanno a che vedere con la mera legalità della pattuizione.

Per mezzo della nuova concezione di causa, che da funzione economico sociale² del negozio giuridico prende a rappresentare la sintesi degli interessi reali che in esso si obiettivizzano, si attribuisce al concetto di "interesse meritevole" un propria autonomia sostanziale, disancorandolo dalla verifica di liceità imposta dall'art. 1343 c.c., che al contrario si preoccupa di assicurare la conformità della pattuizione a norme imperative, ordine pubblico e buon costume; paradigmi normativi estranei alle ragioni sostanziali che innervano la negoziazione.

I poteri di autonomia privata, al pari dei diritti soggettivi, vanno esercitati non più con l'unico obiettivo di assicurare la funzione sociale cui essi sono rivolti, ma principalmente per realizzare quegli interessi individuali che, obiettivizzandosi nel contratto, determinano l'area di significanza della pattuizione. Emblematica è la soluzione prospettata dalla giurisprudenza³ nel caso "package", avente ad oggetto un viaggio di piacere a Cuba: nel caso di specie, lo scoppio di un'epidemia di "dengue" emorragico nell'isola scelta dal contraente come meta di relax, è stato ritenuto del tutto inconciliabile, nonostante l'astratta esigibilità della prestazione, con il fine di svago che connota la

pattuizione. In particolare i giudici hanno affermato che la causa concreta del contratto di viaggio tutto compreso si sostanzia nella finalità turistica e l'irrealizzabilità di tale scopo, che coincide con l'intento dell'acquirente del pacchetto di godere di un periodo di sollievo a seguito dell'intensa attività lavorativa, comporta lo scioglimento del vincolo non per impossibilità oggettiva di esecuzione della prestazione, che resta eseguibile ed esigibile, ma per carenza dell'interesse giustificativo della permanenza in vita del vincolo. Ciò che viene in rilievo, in definitiva non è il diritto alla prestazione, che non è messo in alcun modo a repentaglio nella sua oggettiva realizzazione, bensì la lesione dell'interesse all'utilizzo della stessa, giacché un'infezione epidemica rientra senz'altro tra gli elementi fattuali in grado di incidere sugli interessi sottesi alla stipula di contratto di viaggio turistico determinandone la caducazione.

La causa così ricostruita assume il ruolo di ragione della perdita e dell'acquisto di diritti che da quel negozio sono destinati a scaturire come effetti pratici, giuridicamente rilevanti ed empiricamente percepibili; in questo senso la legge deve tutelare quelle manifestazioni dell'autonomia privata dotate di una valenza non solo collettiva ma anche particolare, salvaguardando interessi - che seppur non immediatamente identificativi dei valori espressi dalla Costituzione come utilità sociale, sicurezza, libertà, dignità umana - risultino degni di protezione alla luce del giudizio comparativo tra le sfere giuridiche di riferimento.

La riqualificazione del concetto di causa rappresenta il tentativo di tracciare una linea *Maginot* in grado di dissociare liceità e meritevolezza, superando in tal modo la concezione, di matrice dirigitico-paternalistica, che assegna alla pattuizione una funzione precipuamente sociale, in cui gli scopi ultimi presi di mira dai contraenti non assumono rilevanza se non in senso negativo⁴. A lungo infatti la giurisprudenza ha ritenuto che il giudizio di meritevolezza si risolvesse nel più ampio controllo di illiceità del contratto per contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e

¹ F. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, 127. Per un approfondimento sul concetto di causa; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.* III, Torino 1957, 32 ss

² La teoria della funzione economico-sociale della causa trova la sua formulazione più persuasiva con E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino *Rist.* 1994, 170-207, ID., *Causa del negozio giuridico*, op. cit., 32 ss.

³ Si v. Cass. 24.7.2007, n. 16315, in *Nuova giur. civ. comm.* 2008, 542 ss; In senso analogo si v. Cass. 20.12.2007, n. 26958, in *Corr. giur.* 2008, 921, con nota di F. ROLFI, *Funzione concreta, inutilità della prestazione e causa concreta: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*. I giudici hanno fatto uso del concetto di causa concreta per sostenere la risolubilità di un contratto di soggiorno alberghiero dovuto alla morte, pochi giorni prima della sua esecuzione, di uno dei due coniugi che lo aveva stipulato.

⁴ Riflessioni sul concetto di causa inteso come mezzo mediante il quale lo Stato, nella sua connotazione fascista, poteva attuare una sorta di politica dirigitica dell'economia nazionale sono rinvenibili, *ex multis*, in A. CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, Torino 2000, 187; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, II, 1 ss.; F. GALGANO, *Il contratto*, Padova 2007, 143 ss; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Napoli 2006, 807 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, Torino 2004, 792 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano 2001, 369 ss.; spunti in tema di elaborazione della teoria della causa come funzione economico - individuale del contratto si rinvengono già in G. GORLA, *Il contratto*, I, Milano 1955.





buon costume⁵, sulla scorta del pensiero secondo cui l'interesse delle parti gioca un ruolo del tutto marginale e secondario nella contrattazione. Impostazione che subisce una profonda rimediazione per effetto della lettura precettiva dei principi di solidarietà sociale e di libertà di iniziativa economica contenuti nella Carta fondamentale che accentuano l'insoddisfazione per una nozione di causa che abbia a fondamento la sovrapposizione concettuale tra termini dotati di area semantica diversa; infatti, se da un lato la liceità continua a rappresentare parametro e limite oltre il quale il contratto è nullo, dall'altro la meritevolezza assurge a criterio distintivo tra interessi apprezzabili e scopi voluttuari, favorendo un più intenso controllo del giudice che - acclarata la conformità del contratto a norme di legge⁶ - potrà in ogni caso ritenere il negozio e più in generale la pretesa immeritevole, vale a dire non tutelabile⁷.

Per vero ammettere l'esistenza di una zona franca tra interesse illecito e immeritevole rappresenta la risposta all'esigenza di promuovere pattuizioni che, pur se non coincidenti con i fini ultimi dell'ordinamento, siano protese alla realizzazione di scopi seri e significativi, come per altro è evidente nel settore speciale delle procedure concorsuali ove il giudice, in sede di giudizio sulla fattibilità giuridica della proposta di concordato preventivo, è tenuto a considerare che - accanto alla funzione economico giuridica astratta rintracciata nell'attitudine a regolare la manifesta crisi d'impresa - lo strumento concordatario accoglie una causa concreta diretta alla risoluzione della situazione emergenziale⁸. In particolare, i giudici hanno rilevato che il controllo di legittimità attiene all'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato e che questa, lungi dal presentarsi fissa e predeterminabile nel contenuto,

dipende dal tipo di proposta formulata, considerata nell'ambito del più generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della crisi dell'imprenditore da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori dall'altro.

Per questo vanno favoriti accordi dalla natura proteiforme, che, pur non rispecchiando l'iter immaginato dal legislatore, mirino alla ricomposizione di interessi antagonisti senza discostarsi dall'esigenza di offrire una qualche forma di soddisfacimento dei creditori in tempi ragionevolmente contenuti⁹.

2. Contratti tipici, interesse e controllo sostanziale.

Nonostante la norma limiti il campo di indagine ai soli contratti atipici, analoghe considerazioni sono riferibili ai contratti espressamente tipizzati dalla legge giacché l'elemento causale concretamente inteso rappresenta requisito ben distinto dalla funzione astratta assegnata a ciascun tipo legale, con l'ineluttabile conseguenza che gli interessi dalle parti vanno sottoposti ad indagini di meritorietà tanto nei negozi innominati, quanto in quelli predisposti dal legislatore; infatti l'assunzione del tipo nell'ordinamento giuridico non importa automatica meritevolezza di tutti i concreti contratti di compravendita, mutuo, locazione che possono venire ad esistenza, giacché di fronte ad un vincolo pattizio non è sufficiente rilevare la sua astratta corrispondenza ad una funzione socialmente utile, ma è necessario altresì valutare se il modo in cui esso viene utilizzato produce il soddisfacimento degli interessi sottesi al contratto, senza partorire conseguenze illogiche o sproporzionate nella sfera giuridiche dei contraenti.

A ben vedere la divaricazione tra schemi legislativi e interessi perseguiti permette inoltre di superare l'annoso dibattito circa l'ammissibilità nel nostro ordinamento di contratti tipici con causa illecita¹⁰, giacché il profilo causale non si concretizza in una scelta del legislatore - che per definizione non può essere mai illecita - bensì in una regolamentazione delle parti che può essere ritenuta aberrante in base ad un controllo compiuto

⁵ Si v. *ex plurimis* Cass. 6.6.1967, n. 1248, in *Foro It.*, 1968, I, 1027; Cass. 5.7.1971 n. 2091, in *Foro It.*, 1971, I, 2190; Cass. 15.10.1974, n. 2859, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1066; Cass. 10.3.1980, n. 1602, in *Riv. not.*, 1980, 842; Cass. 9.10.1991 n. 10612 in *Corr. giur.*, 1991, I, 2889.

⁶ G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; A. CAUTAPELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumento per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991; ID., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. del diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 1038 ss.

⁷ Interessanti considerazioni sulla distinzione tra meritevolezza e liceità si rinvencono in Cass. 2.7.1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, 1976, II, 263; Cass. 5.1.1994 n. 75 in *Foro it.* 1994, I, 413; in *Contratti* 1994, 264.

⁸ In dottrina si v. A. DI MAJO, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2013, 3, p. 291; G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 6, p. 1203.

⁹ Per un approfondimento sul tema della causa in concreto anche in sede di concordato preventivo si v. Cass., sez. un., 23.1.2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1534.

¹⁰ C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit. p. 364; A. CAUTAPELLA, *I contratti*, op. cit. p. 188; C. SCOGNAMIGLIO, *Contratto in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja - Branca*, sub Artt. 1321-1352, Bologna 1970, 312 ss.

dall'interprete¹¹. D'altra parte limitare la disamina della contrattazione al mero rispetto di precetti legislativi¹², precludendo al giudice di verificare l'effettivo utilizzo che le parti facciano del negozio, significa assegnare cittadinanza a pattuizioni che, pur rispettando il diritto sul piano formale, non siano tutelabili¹³ sul piano pratico, come nel caso di un contratto stipulato al solo fine di eludere le norme fiscali, che non apporti altri vantaggi ai suoi contraenti se non quello di uno sgravio in termini di pressione fiscale o, in ogni caso, alla nascita di vincoli pattizi che andrebbero assoggettati a diversa disciplina da quella concretamente adottata, come accade nel caso in cui il dante causa decida di attribuire un bene ad una società di capitali contro un certo prezzo con la reale intenzione di compensare il debito derivante dalla sottoscrizione del capitale sociale. In quest'ultimo caso l'adozione di un criterio meramente formale, basato sulla coincidenza degli effetti giuridici dell'atto con la disciplina legale porta con sé l'errata qualificazione del programma come contratto di compravendita e al contempo l'elusione della reale disciplina ad esso riferibile; pericolo che può essere scongiurato con l'ausilio della causa in concreto che favorisce un'indagine più significativa della contrattazione e con essa l'individuazione delle norme realmente

riferibili alla vicenda, che nel caso di specie si sostanziano, tra l'altro, nell'obbligo di procedere alla stima del bene conferito secondo quanto previsto dall'art. 2343 c.c.

La primazia dell'interesse nella vicenda contrattuale rappresenta inoltre argomento di portata formidabile per ammettere la praticabilità di negozi gratuiti atipici che - pur in assenza di un espresso o tacito consenso del promissario acquirente e di un corrispettivo apparentemente vantaggioso per il promittente venditore - abbiano ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene. La rigida convinzione che i contratti tipizzati sarebbero gli unici dotati di causa sufficientemente forte a giustificare l'effetto traslativo va coordinata con la rilevanza attribuita agli scopi dei contraenti che - se meritevoli - svolgono un ruolo decisivo nell'analisi della pattuizione, imponendo al giudice di valutare se il negozio, pur sfuggendo alla dicotomia vendita - donazione, abbia una propria dignità causale in grado di giustificare un'apparente sperequazione tra bene alienato e prezzo corrisposto. Come è noto infatti parte della dottrina¹⁴ qualifica la causa dei negozi gratuiti come "soggettiva" in quanto le motivazioni che spingono il contraente a sopportare un sacrificio economico, senza un corrispettivo giuridicamente inteso, sono ritenute meramente interne alla sfera giuridica del disponente. L'impostazione che nega l'esistenza di idoneo sostegno causale in grado di far nascere un'obbligazione o di giustificare un trasferimento di proprietà fuori dai casi previsti dalla legge, fonda sull'assunto della necessaria sussistenza di una controprestazione che valga a scongiurare ipotesi di donazioni mascherate da contratti di compravendita. In base a tale assunto la c.d. vendita "nummo uno" era ritenuta nulla per difetto dell'elemento causale, mentre quella a "prezzo irrisorio", vigendo il principio dell'indifferenza dell'equilibrio economico del contratto, doveva considerarsi valida giacché la sproporzione tra prestazioni rappresentava una scelta insindacabile delle parti¹⁵. Così l'indagine del giudice non poteva estendersi alla congruità del prezzo statuito a titolo di corrispettivo senza che ciò determinasse un'invasione della sfera dell'autonomia negoziale delle parti. La sottoposizione delle due fattispecie al medesimo controllo è frutto della valorizzazione dell'elemento causale che, per mezzo del sindacato

¹¹ Si v. *ex multis* Cass. 5.1.1994 n. 75 cit.; Cass. 2.7.1975, n. 2578 cit.

¹² M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in Enc. del dir., VI, Milano, 1960, 570; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1965, 65.

¹³ Cfr. Cass. sez. un. 15.11.2007 n. 23726, in *Foro it.*, 2008, fasc. 5, parte 1, 1514, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*. Si pensi ancora in tema di elusione fiscale a Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur it.* 2007, 868 ss.; in *Corr. trib.*, 2005, fasc. 47, p. 3729, con nota di G. M. COMMITTERI e G. SCIFONI, *Tassabili i proventi derivanti dal "dividend washing"*, ove la Corte dichiara nullo per mancanza di causa in concreto un contratto stipulato al solo fine di eludere le norme fiscali e che non apporta alcun altro vantaggio ai suoi contraenti se non quello di uno sgravio in termini di pressione fiscale. In termini sostanzialmente analoghi Cass. 14.11.2005 n. 22932, in *D. prat. trib.*, 2006, II, p. 252 con nota di G. CORASANITI, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della suprema corte*. Si pensi altresì alle alienazioni a scopo di garanzia e al ruolo dell'art. 2744 c.c. nella qualificazione di questa pattuizioni. Sul punto si v. *ex multis* C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; ID. *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.* diretto da F. Vassalli, VII, I, Torino, 1972, pp. 608 ss.; ID., *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, I, c. 49; ID., *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in *Foro pad.*, 1969, I, c. 1239; M. BIN, *Singoli contratti*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1991, pp. 959 ss.; V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428

¹⁴ Pregevoli sul punto le riflessioni di F. MESSINEO, voce *Contratto*, in Enc. dir., vol. IX, Milano, 1961, 221; F. CARRESI, *Autonomia privata nei contratti e negli atti giuridici*, in Riv. dir. civ., 1957, I, 273 ss.

¹⁵ Cfr. Cass. 16.7.1963, n. 1945, in *Rep. Foro it.*, 1963, voce *Vendita* n. 44 e Cass., 24.2.1968, n. 632, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1475



dell'interprete, favorisce una disamina più approfondita del reale assetto degli interessi in gioco con riguardo ad ogni tipo di schema contrattuale e ad ogni effetto che dallo stesso può scaturire, specie se si considera che l'art. 922 c.c., nell'elencare i modi di acquisto della proprietà, fa generico riferimento ai contratti senza porre distinzioni di sorta tra quelli tipici e quelli atipici, mentre l'art. 1322 c.c. nel disciplinare questi ultimi subordina la nascita degli stessi al solo requisito della meritevolezza.

Ciò sta a significare che i privati hanno piena facoltà di scelta nei mezzi da adoperare per la realizzazione dei loro fini e la mancanza di un margine di proporzionalità tra sacrifici e vantaggi di un'operazione economica, in particolare tra il prezzo e il reale valore di un bene nella vendita, non esonera l'interprete dal valutare se l'operazione persegua interessi degni di tutela integrando, eventualmente, una fattispecie atipica in cui la gratuità della prestazione sia correlata alla sussistenza di un interesse economico indiretto del contraente in grado di riequilibrare le prestazioni in gioco.

Emblematica in questo senso è la predisposizione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente che diventa fonte da cui abbeverarsi per plasmare negozi atipici con effetti obbligatori o traslativi, a nulla valendo la sterile obiezione che fonda sulla ipotetica lesione della sfera giuridica dei terzi¹⁶ giacché il principio di intangibilità della stessa viene in gioco per i soli effetti sfavorevoli del negozio, e non per quelli che, producendo un arricchimento nella sfera giuridica del terzo, possono essere sventanti mediante il rifiuto risolutivo previsto dalla norma¹⁷.

3. Collegamento negoziale e interesse: il caso degli strumenti finanziari.

¹⁶ Argomentazione utilizzata per sostenere che nel nostro ordinamento gli atti giuridici unilaterali costituiscano un *numerus clausus*. In questo senso si cfr. G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, 58; R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altri. Disposizione "novativa" del credito ed estinzione dell'obbligazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1968, 183 ss.; V. MOSCARINI, *I negozi giuridici a favore di terzo*, Milano, 1970, 150 ss.; F. CARRESI, op. cit., 275 ss.; N. DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, 244; E. CESARO, *Il contratto e l'opzione*, Napoli, 1969, 252 ss.

¹⁷ R. SACCO – G. DE NOVA, *I contratti*, I, in SACCO, *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 1993, 37 ss.; V. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 68 ss.; PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 557 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, 675.

Promuovere un'indagine approfondita che sveli le ragioni sottese ad un determinato affare ricavandolo anche da una pleora di negozi connessi, permette altresì di superare la diffidenza della dottrina nei confronti di negozi con causa esterna¹⁸ che, lungi dal rappresentare eccezioni al principio causale, avvalorano l'idea secondo cui la giustificazione dell'operazione deve essere radicata dalla singola pattuizione per trovare la sua ragion d'essere nella lettura sintetica dell'affare.

Infatti l'idea che tali figure rappresentino negozi scevri da qualsiasi sostegno causale¹⁹ è del tutto insoddisfacente a rappresentare la realtà fattuale in cui sovente lo scopo dell'affare si manifesta e acquista logicità in base alla lettura congiunta di più contratti collegati tra loro, come per altro palesa la recente disciplina consumeristica che - in tema di accertamento di clausole vessatorie - impone al giudice di considerare, oltre alla natura del bene e al servizio oggetto della pattuizione, le altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o dal quale dipenda; infatti l'art. 34 del Codice del consumo espressamente prevede che "*La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende*". Ne deriva che, anche nello speciale contratto tra consumatore e professionista gli interessi sottesi ad un affare vanno ricavati dalla lettura congiunta di più negozi che atomisticamente considerati, non sarebbero in grado di giustificare la transazione.

Il dibattito assume rilievo anche nel settore degli strumenti finanziari, area in cui l'astratta idoneità del contratto a fungere da schema giuridico per la regolamentazione di interessi è stata messa in discussione dalla presenza dell'art. 1933 c.c., norma che in tema di gioco e scommesse impedisce la nascita di un rapporto obbligatorio nel caso di creazione "artificiale" di un rischio insussistente in *rerum natura*. Come è noto, a risolvere la questione, è intervenuto il legislatore che, con norma *ad hoc*, ha escluso l'applicabilità dell'art. 1933 c.c. agli strumenti finanziari derivati negoziati nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento. Se da un lato ciò vale superare il problema attinente la

¹⁸ Cfr. sul punto C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contr. impr.*, 2, 1998; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Appunti dalle lezioni, II, Milano, 1967, p. 42 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, p. 200 e ss.

¹⁹ M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit. 570; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, cit. 1965, 65.



reale propensione degli strumenti finanziari a creare vincoli giuridicamente rilevanti, dall'altro lascia irrisolta la questione concernente il concreto assetto di interessi che le parti intendono perseguire, mediante la conclusione di uno specifico contratto derivato. È in questa sede che l'interprete è chiamato a valutare l'operazione economica in termini di meritevolezza, tenendo conto delle ragioni pratiche che hanno indotto le parti a concludere il vincolo contrattuale. Nello svolgimento di questa indagine è di fondamentale importanza non arrestarsi ad una visione atomistica dello strumento finanziario, ma aver riguardo alla complessità dell'operazione, tenendo conto della connessione intercorrente tra lo strumento finanziario derivato e il rapporto ad esso sottostante. Il richiamo alla natura aleatoria delle operazioni in derivati, puntualmente rinvenibile nella modulistica approntata dagli intermediari, non può offuscare il collegamento con il rapporto sottostante che incide sulla qualificazione stessa dello strumento finanziario.

In altri termini, non v'è dubbio che se un intermediario e un cliente concludono un contratto di *interest rate (o currency) swap* si espongono all'alea della variazione del valore del sottostante tasso d'interesse o tasso di cambio, essendo, a ben vedere, oggetto dello scambio proprio il differenziale di valore nel tempo; ciò non toglie che l'esposizione a un rischio assume un diverso ruolo allorché la negoziazione di uno strumento finanziario derivato - e, dunque, la stipula del contratto che a quello strumento attribuisce significato - sia volta a scongiurare o a limitare un diverso e preesistente rischio al quale il cliente è esposto in virtù dell'attività svolta.

In questo contesto, una corretta disamina dell'operazione dovrebbe far sì che l'ipotetico flusso negativo di pagamenti, dovuto all'andamento del rapporto originato dalla negoziazione del derivato, venga neutralizzato dal flusso speculare derivante dallo svolgimento del rapporto che ha originato il rischio da coprire. Non vale a superare l'assunto il richiamo alla natura aleatoria dei contratti derivati poiché le parti hanno inteso utilizzare il contratto derivato in funzione di copertura rispetto a un connesso rapporto giuridico di per sé già produttivo di un rischio; in questo senso l'interprete deve tener conto che lo strumento finanziario derivato non va considerato come prodotto a sé stante, ma contestualizzato nell'operazione economica concretamente realizzata in vista di un risultato economico unitario e il giudizio di meritevolezza, dallo stesso compiuto, costituisce passaggio logico ineludibile nel giudizio di validità della pattuizione che, una volta ritenuta

inidonea a realizzare gli scopi delle parti, potrà essere dichiarata nulla per difetto genetico di causa, ad onta della sua ritenuta liceità.

4. La portata degli interessi del debitore nel rapporto obbligatorio.

Gli interessi non debbono semplicemente esistere ma persistere e connotare le ragioni creditorie per tutta la durata del vincolo²⁰; infatti la realizzazione dello scopo sotteso al contratto o alla singola obbligazione non si concretizza nel mero adempimento della prestazione dedotta, ma anche nella soddisfacente utilizzazione della stessa da parte di chi la riceve in quanto l'elemento teleologico - inteso come appagamento del bisogno sotteso al negozio giuridico - attraversa, influenzandola, l'intera vita di ogni obbligazione e ne determina lo scioglimento non soltanto quando la prestazione diventa impossibile per causa non imputabile al debitore, ma anche quando, pur restando esigibile, non soddisfa gli scopi per i quali il contratto è stato posto in essere²¹. Tuttavia nell'ambito del rapporto obbligatorio le ragioni creditorie non sono le uniche a connotare il vincolo pattizio giacché l'estinzione dell'obbligazione rappresenta evento favorevole anche per il debitore che non può essere ostacolato dal creditore nello svolgimento della propria attività. L'*accipiens* è tenuto al contrario ad un vero e proprio obbligo²² di

²⁰ In passato la giurisprudenza negava che ci potesse essere una sorta di sovrapposizione tra impossibilità del creditore di ricevere la prestazione e impossibilità di utilizzo della prestazione da parte dello stesso. Sul punto si v. Cass. 9.11.1994 n. 9304, in *Contratti*, 1995, 170. Il cambiamento di rotta avviene per effetto del ripensamento del concetto di causa che, incentrandosi sugli scopi sottesi alla pattuizione, determina la risoluzione del contratto, anche qualora la prestazione sia ancora possibile e tuttavia non soddisfa l'interesse del creditore che si sia obiettivizzato nel contratto. *Ex multis* si v. Cass. 24.7.2007, n. 16315, cit.; Cass. 20.12.2007, n. 26958 cit.

²¹ Cfr. Cass. 20.12.2007 n. 26958, cit. La Corte valorizza la centralità dell'art. 1174 c.c. per affermare che l'obbligazione può corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore e che di tale interesse si deve tener conto sia nella determinazione della causa in concreto del contratto sia nell'eventuale determinazione del *quantum* da risarcire.

²² In senso contrario parte della dottrina ritiene che in capo al creditore sia rinvenibile solamente un onere di collaborare e non un vero e proprio obbligo di cooperazione. In questo senso si v., *ex multis* M. GIORGIANNI, *L'obbligazione, (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1951, p. 68; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1974, p. 48 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, 1991, p. 378; G. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 56; G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 72.



cooperazione nei confronti del debitore dovendo porre in essere tutte quelle condotte rispettose del canone di buona fede che, senza arrecare un sacrificio irragionevole nella propria sfera giuridica, favoriscano l'adempimento di quest'ultimo. Inoltre dalle disposizioni in tema di mora del creditore, di deposito e di liberazione coattiva del debitore, di remissione del debito e ancora di adempimento del terzo è evidente il superamento dell'idea che il *solvens* si trovi in una condizione di assoluta soggiacenza nei confronti del creditore. In questo senso valga ricordare che l'art. 1375 c.c. impone anche all'*accipiens* condotte informate al principio di solidarietà sociale²³, vale a dire l'adozione di tutte quelle misure, anche non previste nel contratto, che favoriscano e agevolino l'espletamento della prestazione da parte del debitore. Nella sua complessità il contratto è finalizzato alla realizzazione di una molteplicità di interessi tra i quali vanno annoverati quelli del *solvens*, non più mero esecutore di una prestazione in favore di altri, ma soggetto titolare di interessi giuridicamente vincolanti la cui intensità varia a seconda della fattispecie in gioco.

In questo senso si tenga conto del fatto che l'atteggiamento pregiudizievole del creditore, se foriero di conseguenze dannose per il debitore, può essere contrastato mediante gli ordinari strumenti di tutela, salvo poi stabilire se la fattispecie possa essere inquadrata sotto la disciplina che regola la responsabilità aquiliana per violazione del *neminem laedere*, o in quella più favorevole - per il danneggiato debitore - che detta il regime della responsabilità contrattuale²⁴. Sintomatiche

dell'attenzione che il nostro ordinamento riserva alle ragioni debitorie sono le figure della remissione del debito²⁵ e dell'opposizione all'adempimento del terzo²⁶, categorie da sole non sufficienti a dimostrare l'esistenza di una vera e propria situazione qualificata dell'obligato, ma senz'altro in antitesi con una concezione di rapporto obbligatorio che vede contrapposto al potere del creditore la mera condizione di soggiacenza del soggetto tenuto alla prestazione. Infatti, nonostante le figure rammentate siano sintomatiche dell'esistenza di un vero e proprio interesse all'adempimento personale da sole non sono in grado di provare l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo ad adempiere. Tuttavia affermare che nel rapporto obbligatorio possa convivere, insieme al diritto del creditore, anche quello del debitore ad eseguire la prestazione ha il pregio di certificare, ancora una volta, che una situazione soggettiva esiste e dispiega la propria forza in ragione di un interesse che la giustifica e non già in funzione di una norma che ne preveda l'esistenza.

D'altra parte ogni rapporto giuridico sprigiona una contrapposizione di interessi per la realizzazione dei quali l'affare è posto in essere e in questo contesto, talvolta, il debitore adempie solo mediamente per realizzare l'interesse della parte contrapposta e in via principale perché animato da interessi squisitamente egoistici che possono avere una rilevanza straordinaria a causa delle implicazioni di carattere patrimoniale e morale che derivano dall'espletamento della sua attività²⁷. Valga ricordare ad esempio che in materia di lavoro subordinato la normativa sui limiti ai licenziamenti è tutta incentrata sulla tutela del soggetto tenuto alla prestazione lavorativa e la configurabilità del diritto del lavoratore ad adempiere è confermata dalla presenza di forme di tutela predisposte per la sua

²³ L'obbligo di cooperazione del creditore viene generalmente ricondotto dalla dottrina al generale al canone della buona fede o correttezza. Cfr., per tutti U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1961, p. 157 ss.

²⁴ La riconducibilità nell'alveo della responsabilità da inadempimento della condotta creditoria può essere ammessa soltanto accedendo ad una definizione ampia del concetto di buona fede, non più e non solo come clausola di integrazione del contratto, ma vera e propria fonte di obblighi per i contraenti. Sul concetto di buona fede come fonte di integrazione del contratto si v. per tutti A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p.214; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, p.162. In Giurisprudenza emblematica è Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, pp. 2129 ss.: "la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto"

²⁵ Ci si riferisce all'art. 1236 c.c. a memoria del quale "la dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l'obbligazione quando comunicata al debitore, salvo che questi dichiari in un congruo termine di non volerne profittare".

²⁶ Cfr. art. 1180 c.c. a norma del quale "l'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione".

²⁷ Cfr. Cass. 6.11.2000 n. 14443, in *dir e giust.*, 2000, 43, in tema di prestazioni lavorative, la Corte afferma che il rifiuto del creditore a ricevere la prestazione lede una posizione soggettiva del debitore diversa da quella contrattuale seppure ad essa collegata; dall'obbligo del datore di lavoro di ricevere la prestazione lavorativa si fa discendere la tutela della personalità del dipendente con l'ineluttabile conseguenza che l'eventuale condotta illecita del creditore comporta senz'altro la responsabilità del datore di lavoro e il risarcimento di tutti quei danni patrimoniali e non, che al comportamento del danneggiante sono direttamente ed immediatamente connessi.



attuazione, come quella contemplata dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che, in caso di licenziamento illegittimo, predispone a difesa del diritto leso la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

20 In senso analogo nel campo delle prestazioni artistiche, il professionista ha un interesse di eccezionale rilevanza a che la sua prestazione venga effettuata per i riflessi economici che la stessa può procurare in termini di immagine sul piano lavorativo: si pensi a titolo esemplificativo e non esaustivo al caso dell'impresario che, al debutto della rappresentazione di un'opera lirica, decida senza giustificato motivo di non far esibire uno dei tenori; o ancora al caso in cui sia stata commissionata la creazione di un quadro da esposizione e successivamente non sia lasciata all'autore la possibilità di esibirlo al pubblico.

Nonostante la giurisprudenza prevalente escluda che in ipotesi siffatte l'interesse del debitore possa dar luogo a fattispecie obbligatorie del tutto anomale che vedano le parti invertire il proprio ruolo - in modo che il debitore della prestazione si trasformi in soggetto attivo del rapporto ed il creditore, tenuto a cooperare col debitore per permettergli di adempiere, assuma la veste di soggetto passivo dell'obbligazione - appare illogico e poco aderente al dato fattuale non tener conto che l'interesse, se qualificato, è in grado di forgiare posizioni soggettive di nuovo conio in grado di sprigionare gli stessi effetti dei diritti soggettivi. A ciò si aggiunga che, accedendo ad una definizione ampia del concetto di buona fede non più e non solo come clausola di integrazione del contratto, ma come fonte di veri e propri obblighi anche diversi da quelli previsti nel rapporto, non appare illogico estendere la disciplina della responsabilità contrattuale al caso in cui sia il creditore, mediante una condotta non rispondente ai parametri di diligenza, a paralizzare il normale andamento della vicenda contrattuale, assegnando al debitore la possibilità di esperire un'azione di condanna che imponga al creditore di ricevere la prestazione, nonché di avvalersi di tutti i privilegi che differenziano la responsabilità contrattuale da quella aquiliana, primi fra tutti il diverso e più lungo termine di prescrizione e l'onere della prova semplificato che agevolano il compito del soggetto leso nella sua posizione giuridica.

