

FONDATO NELL'ANNO 1876
DA ENRICO SCIALOJA

FORO L ITALIANO

ANNO CXLVIII
N. 4 - APRILE 2023

SI SEGNALANO IN QUESTO FASCICOLO

**Azione risarcitoria per danni da superlavoro
e onere della prova**

Cass., ord. 28 febbraio 2023, n. 6008 (I, 1055)

**Clausola di doppia indicizzazione del canone di leasing
immobiliare, derivato implicito e meritevolezza di tutela**

Cass., sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657 (I, 1070)

**Retroattività della esclusione della punibilità
per particolare tenuità del fatto**

Cass. 27 gennaio – 21 febbraio 2023, n. 7573, Arzaroli (II, 189)

**ChatGPT: limitazione provvisoria del trattamento
dei dati personali e prescrizioni per la sospensione
di detta limitazione**

*Garante per la protezione dei dati personali 11 aprile 2023,
n. 114, e 30 marzo 2023, n. 112 (III, 205)*

**Mercato dell'energia elettrica e contrasto
alle pratiche scorrette degli operatori**

Corte giust. 30 marzo 2023, causa C-5/22 (IV, 157)

continua SEGNALAZIONI

Portata soggettiva dei contratti di prossimità
Corte cost. 28 marzo 2023, n. 52 (I, 961)

In tema di contraddittorio preventivo con il contribuente
Corte cost. 21 marzo 2023, n. 47 (I, 966)

Disposizione di bonifico e prova (negata) del pagamento
Cass. 21 marzo 2023, n. 8046 (I, 1033)

Fattispecie di licenziamenti per giusta causa
*Cass., ord. 13 marzo 2023, n. 7293 (I, 1036),
e 9 marzo 2023, n. 7029 (I, 1045)*

Violazione delle distanze tra le costruzioni: danno *in re ipsa*
Cass., ord. 27 febbraio 2023, n. 5864 (I, 1059)

Candidato alle elezioni e impegno a versare
alcune somme al partito
Cass., ord. 21 febbraio 2023, n. 5406 (I, 1132)

**Trust discrezionale (in funzione successoria)
e diritti dei legittimari**
Cass., ord. 17 febbraio 2023, n. 5073 (I, 1137)

Società e supersocietà di fatto
*Cass., ord. 13 febbraio 2023, nn. 4404, 4398
e 4385 (I, 1168)*

Negoziante assistita facoltativa e patrocinio a spese
dello Stato (negato)
Cass., ord. 9 febbraio 2023, n. 3888 (I, 1182)

Forma scritta per l'accordo tra avvocato e cliente
sul compenso
Cass. 12 gennaio 2023, n. 717 (I, 1189)

Convivenza postmatrimoniale ultratriennale
e delibazione di sentenza ecclesiastica di nullità
per incapacità di intendere e volere
Cass., ord. 4 gennaio 2023, n. 149 (I, 1196)

Assicurazione obbligatoria r.c.a., azione diretta del trasportato,
azione del fondo di garanzia nei confronti del responsabile civile
*Cass., sez. un., 30 novembre 2022, n. 35318 (I, 1214),
e 7 luglio 2022, n. 21514 (I, 1244)*

Assegno per il nucleo familiare a cittadini stranieri e familiari
non residenti in Italia
Cass., ord. 9 novembre 2022, n. 33016 (I, 1235)

Trasformazione di società e iscrizione della deliberazione
nel registro delle imprese
Trib. Bari 28 marzo 2023 (I, 1272)

**Prime letture, contrastanti, dopo Corte cost. 263/22 e Corte
giust. UniCredit Bank Austria AG in tema di riduzione
del costo totale del credito in caso di estinzione anticipata
dei contratti di finanziamento ai consumatori**
*Trib. Torino, ord. 20 marzo 2023 e Trib. Castrovillari
10 marzo 2023 (I, 1277)*

In tema di invenzioni occasionali
Trib. Bari 7 febbraio 2023 (I, 1298)

Deposito incontrollato di rifiuti e messa alla prova dell'imputato
Cass. 11 gennaio - 13 febbraio 2023, n. 5910, Mangano (II, 211)

Lesioni personali, perseguibilità a querela, competenza
e regime sanzionatorio
Cass. 10 gennaio - 24 marzo 2023, n. 12517, Cinquina (II, 215)

**Concorso esterno in reato associativo, riqualificazione
in favoreggiamento alla mafia e indennizzo parziale
per detenzione illegittima**
*App. Palermo, ord. 15 dicembre 2022 - 17 febbraio 2023
(II, 227)*

Controllo giudiziario volontario e sospensione
del processo amministrativo
Cons. Stato, ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 7 (III, 153)

Potere del comune di circoscrivere le destinazioni d'uso
dei fabbricati esistenti e vincolo alberghiero
Cons. Stato, sez. IV, 24 gennaio 2023, n. 765 (III, 167)

Effetto abrogativo dell'assegno *ad personam*
per i componenti laici del Csm cessati dalla carica
Cons. Stato, ad. plen., 5 agosto 2022, n. 9 (III, 179)

Orario di lavoro e diritto al riposo giornaliero e settimanale
Corte giust. 2 marzo 2023, causa C-477/21 (IV, 165)

DIREZIONE, REDAZIONE E AMMINISTRAZIONE:

SOCIETÀ EDITRICE IL FORO ITALIANO
VIA LUDOVISI, 16 - 00187 ROMA

TEL. 06/3222992 - 3242027 - 3213606 - EMAIL: INFO@ILFOROITALIANO.IT

INFORMAZIONI E ABBONAMENTI: WWW.FOROITALIANO.IT - EMAIL: ORDINIFORO@LATRIBUNA.IT - TEL. 0523/463120

Autorizzazione del Tribunale di Perugia con decreto n. 30 del 23 dicembre 1952
Città di Castello - Tipografia SKA grafica srls - 2023

Spedizione in A.P. -45% - art. 2, comma 20/b, legge 662/96 - Filiale di Perugia; pubblicazione mensile; contiene inserto pubblicitario

INDICE DELLE DECISIONI

(fascicolo 4 – aprile 2023)

Parte I

CORTE COSTITUZIONALE

sent. 28 marzo 2023, n. 52
sent. 21 marzo 2023, n. 47
sent. 17 marzo 2023, n. 46
ord. 6 marzo 2023, n. 36
sent. 28 febbraio 2023, n. 33
sent. 28 febbraio 2023, n. 32
sent. 30 dicembre 2022, n. 270
sent. 20 dicembre 2022, n. 254

CORTE DI CASSAZIONE

sez. un. 27 marzo 2023, n. 8557
sez. II 21 marzo 2023, n. 8046
sez. lav. ord. 13 marzo 2023, n. 7293
sez. II ord. 10 marzo 2023, n. 7180
sez. lav. ord. 9 marzo 2023, n. 7029
sez. I 7 marzo 2023, n. 6806
sez. lav. ord. 28 febbraio 2023, n. 6008
sez. II ord. 27 febbraio 2023, n. 5864
sez. un. 23 febbraio 2023, n. 5657
sez. I ord. 21 febbraio 2023, n. 5406
sez. II ord. 17 febbraio 2023, n. 5073
sez. II 17 febbraio 2023, n. 5049
sez. I ord. 14 febbraio 2023, n. 4586
sez. I ord. 13 febbraio 2023, n. 4404
sez. I ord. 13 febbraio 2023, n. 4398
sez. I ord. 13 febbraio 2023, n. 4385
sez. II ord. 9 febbraio 2023, n. 3888
sez. II 12 gennaio 2023, n. 717
sez. I ord. 4 gennaio 2023, n. 149
sez. lav. ord. 15 dicembre 2022, n. 36846
sez. II ord. 5 dicembre 2022, n. 35689
sez. un. 30 novembre 2022, n. 35318
sez. lav., ord. 9 novembre 2022, n. 33016
sez. III ord. 14 settembre 2022, n. 27014
sez. un. 7 luglio 2022, n. 21514
sez. II 21 giugno 2022, n. 19936

TRIBUNALI

Bari 28 marzo 2023
Torino ord. 20 marzo 2023
Castrovillari 10 marzo 2023
Bari 7 febbraio 2023

col. 961
» 966
» 972
» 982
» 983
» 1003
» 983
» 1009

col. 1015
» 1033
» 1036
» 1040
» 1045
» 1048
» 1055
» 1059
» 1070
» 1132
» 1137
» 1157
» 1163
» 1168
» 1168
» 1168
» 1182
» 1189
» 1196
» 1207
» 1211
» 1214
» 1235
» 1240
» 1244
» 1260

Parte II

CORTE DI CASSAZIONE

sez. VI 27 gennaio - 21 febbraio 2023,
n. 7573, Arzaroli col. 189
sez. V 18 gennaio - 13 aprile 2023,
n. 15743, Gualandri » 197
sez. III 11 gennaio - 13 febbraio 2023,
n. 5910, Mangano » 211
sez. V 10 gennaio - 24 marzo 2023,
n. 12517, Cinquina » 215
sez. III 20 dicembre 2022 - 3 febbraio 2023,
n. 4588, Gallone » 222

CORTI D'APPELLO

Palermo, ord. 15 dicembre 2022 - 17 febbraio 2023 col. 227

Parte III

CONSIGLIO DI STATO

ad. plen. 13 febbraio 2023, n. 7 col. 153
sez. IV 24 gennaio 2023, n. 765 » 167
ad. plen. 5 agosto 2022, n. 9 » 179

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI

Puglia sez. II 2 marzo 2023, n. 407 col. 197
Lazio sez. IV 9 febbraio 2023, n. 2205 » 202

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

provv. 11 aprile 2023, n. 114 col. 205
provv. 30 marzo 2023, n. 112 » 205

Parte IV

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

sent. 30 marzo 2023, causa C-5/22 col. 157
sent. 2 marzo 2023, causa C-477/21 » 165
sent. 28 febbraio 2023, causa C-695/20 » 174
sent. 8 dicembre 2022, causa C-460/20 » 187

INDICE ANALITICO

(fascicolo 4 – aprile 2023)

Articoli, note, osservazioni

ALESSIA MARIA SERENA CALDORO — <i>Violazione delle distanze tra costruzioni: resilienza del danno in re ipsa?</i> (Nota a Cass., ord. 27 febbraio 2023, n. 5864)	I,	1066
FABRIZIO PIRAINO — <i>La magica Porta di Ishtar e la via accidentata delle sezioni unite per la meritevolezza</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1087
FILIPPO ANNUNZIATA — <i>Facciamo ordine! Regole civilistiche e ordinamento finanziario alla prova delle sezioni unite nell'intricato caso dei "derivati impliciti"</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1093
ANDREA TUCCI — <i>Meritevolezza degli interessi e derivati impliciti</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)..	I,	1099
DANIELE MAFFEIS — <i>Clausole di connessione e trasparenza nell'offerta al pubblico di leasing e altri finanziamenti aleatori</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1104
FEDERICO PISTELLI — <i>Causa e meritevolezza degli accordi di indicizzazione. Tre proposte di lettura del "contratto indicizzato"</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1109
MARIO NATALE — <i>Derivati come clausole: l'arrocco delle sezioni unite dinanzi al leasing indicizzato</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1115
MARCO FRANCESCO CAMPAGNA — <i>Clausole parametriche vs. clausole meta-parametriche</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1120
ANDREA MARIA GAROFALO — <i>La clausola di indicizzazione al franco svizzero tra problemi della causa e doveri di correttezza</i> (Nota a Cass. 23 febbraio 2023, n. 5657)	I,	1126
RAFFAELLA GRIMALDI - ROBERTO PARDOLESI — <i>Il trust discrezionale e i mille modi per ledere i diritti dei legittimari</i> (Nota a Cass., ord. 17 febbraio 2023, n. 5073)	I,	1146
SILVIA BARCA — <i>La Corte di cassazione ritorna sul valore della durata della convivenza coniugale nel procedimento di delibazione della sentenza canonica di nullità matrimoniale</i> (Nota a Cass., ord. 4 gennaio 2023, n. 149)	I,	1200
MAURIZIO FERRARI — <i>Un rapporto di obbligazione indisponibile e sottratto al principio di tutela dell'affidamento</i> (Nota a Cass., ord. 15 dicembre 2022, n. 36846)	I,	1209
VALENTINA V. CUOCCI — <i>L'azione diretta del trasportato tra equilibri (ri)trovati e necessità di semplificazione dell'art. 141 cod. assicurazioni private</i> (Nota a Cass. 30 novembre 2022, n. 35318)	I,	1230
MAURIZIO FERRARI — <i>La possibile dimensione «aquiliana» del danno pensionistico</i> (Nota a Cass., ord. 14 settembre 2022, n. 27014)	I,	1242
PASQUALE LAGHI — <i>Pagamento al creditore apparente di somme depositate in conto corrente e tutela dell'eredità reale: azione di ripetizione dell'indebito ed esclusione della legittimazione passiva del terzo avente causa dall'accipiens</i> (Nota a Cass. 21 giugno 2022, n. 19936)	I,	1266
MASSIMILIANO GRANIERI — <i>Il caso limite dell'invenzione occasionale dello studente lavoratore</i> (Nota a Trib. Bari 7 febbraio 2023)	I,	1305
FEDERICO BACCO — <i>Tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e applicazione retroattiva: si cambia il passato per guardare al futuro</i> (Nota a Cass. 27 gennaio - 21 febbraio 2023, n. 7573, Arzaroli)	II,	193
PAOLA MAGGIO — <i>Indennizzo parziale per la detenzione illegittima patita da Contrada a seguito della riqualificazione del concorso esterno in favoreggiamento</i>		

<i>alla mafia</i> (Nota a App. Palermo, ord. 15 dicembre 2022 - 17 febbraio 2023)	II,	239
GIOVANNI D'ANGELO — <i>Impugnazione dell'informazione interdittiva e controllo giudiziario volontario: profili critici dopo il d.l. n. 152 del 2021</i> (Nota a Cons. Stato, ad. plen., 13 febbraio 2023, n. 7)	III,	159
ELENA FALLETTI — <i>La proiezione della personalità online: quale rapporto tra diritto all'oblio e diffamazione?</i> (Nota a Corte giust. 8 dicembre 2022, causa C-460/20)	IV,	188
<i>La riforma dell'ordinamento giudiziario: un percorso ancora incompleto (esame della l. 17 giugno 2022 n. 71)</i>		
a cura di GIUSEPPE DE MARZO, GIANLUCA GRASSO e GABRIELE POSITANO		
Parte seconda:		
IX. - MAURIZIO ARCURI — <i>Il regime delle incompatibilità e il trasferimento d'ufficio del magistrato</i>	V,	147
X. - GIANLUCA GRASSO - ROBERTO MUCCI — <i>Le valutazioni di professionalità dei magistrati</i>	V,	153
XI. - GIUSEPPE CAMPANELLI — <i>Le novità in materia di responsabilità disciplinare del magistrato e gli effetti sul piano organizzativo nell'ambito della riforma dell'ordinamento giudiziario</i>	V,	164
XII. - FRANCESCA BIONDI — <i>Eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative, nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale, regionale o locale: i rapporti tra magistratura e politica</i>	V,	170
XIII. - FRANCESCA BIONDI — <i>La legge elettorale</i>	V,	175

Giurisprudenza

(in neretto le voci del Repertorio del Foro italiano)

Albergo, pensione, locanda

V. *Turismo*.

Assicurazione (contratto di)

Assicurazione obbligatoria r.c.a. — Sinistro con coinvolgimento di più veicoli — Passeggero — Azione diretta (Cass. 30 novembre 2022, n. 35318). I, 1214 (con *nota* di V.V. CUOCCI).

Assicurazione obbligatoria r.c.a. — Azione diretta — Caso fortuito (*id.*). I, 1214 (con *nota* di V.V. CUOCCI).

Assicurazione obbligatoria r.c.a. — Fondo di garanzia — Azione nei confronti del responsabile civile — Natura giuridica — Conseguenze (Cass. 7 luglio 2022, n. 21514). I, 1244.

V. *Competenza civile — Prescrizione e decadenza*.

Avvocato

Interruzione del rapporto professionale — Diritto al compenso — Causa e imputabilità dell'interruzione — Irrilevanza (Cass., ord. 10 marzo 2023, n. 7180). I, 1040.

Patto di quota lite — Nullità — Diritto al compenso — Criteri di liquidazione (*id.*). I, 1040.

Compenso — Accordo tra avvocato e cliente — Forma scritta *ad substantiam* (Cass. 12 gennaio 2023, n. 717). I, 1189.

Banca, credito e risparmio

Credito ai consumatori — Estinzione anticipata — Riduzione del costo totale del credito — Distinzione tra costi up front e recurring — Esclusione (Trib. Torino, ord. 20 marzo 2023). I, 1277.

Credito ai consumatori — Estinzione anticipata — Riduzione del costo totale del credito — Irripetibilità dei costi relativi all'acquisizione dei contratti di finanziamento — Esclusione (*id.*). I, 1278.

d'altronde, non erano meramente giustapposte, bensì interdipendenti; il che parrebbe renderne meno cristallina la funzione ipotizzata, rendendo, forse, non del tutto inappropriato il richiamo alla non meritevolezza, nell'accezione minimalista sopra esposta.

Non meno netto è il ripudio della teorica dei derivati impliciti, intesa nel senso di mera constatazione della presenza, nel regolamento contrattuale, di una pattuizione astrattamente dotata di autonomia causale, ma dalle parti inserita nel contesto di un più ampio regolamento di interessi. L'approccio incentrato sulla considerazione degli effetti della clausola, reputati identici a quelli di uno strumento finanziario derivato — peraltro considerato nella prospettiva angusta, se non proprio fuorviante, della "scommessa" — condurrebbe a una dilatazione eccessiva della fattispecie dei contratti derivati, idonea ad abbracciare qualsiasi contratto o pattuizione che presenti elementi di aleatorietà⁽¹⁷⁾.

Quest'ultima considerazione, apparentemente soltanto incidentale, costituisce, in realtà, il cuore della critica alla teoria dei derivati impliciti (o incorporati), come risulta evidente, se posta a raffronto con il passaggio cruciale (sul punto) dell'ordinanza di rimessione, consistente nell'affermazione tranchant, secondo cui il derivato è un mero effetto, giuridicamente rilevante anche quando risultante da clausole autonome o incorporate in un contratto di finanziamento⁽¹⁸⁾. Questa, in sintesi, la teoria dei derivati impliciti, che punta su un approccio sostanziale alla ricostruzione della fattispecie, recependo, a livello di categorie giuridiche, la metodologia dell'analisi finanziaria, in ciò, indubbiamente, agevolata dall'approccio empirico del legislatore e dalla sempre esile e incerta linea di demarcazione fra i vari segmenti del mercato finanziario (in senso ampio), testimoniata dalle successive stratificazioni normative, sia a livello di genere (il prodotto finanziario), sia a livello di specie (lo strumento finanziario)⁽¹⁹⁾.

Le sezioni unite, per contro, coniugano l'approccio, per così dire, settoriale con quello della teoria generale del contratto, incentrata sulla causa, onde valutare, di volta in volta, la giustificazione dell'operazione di destinazione o utilizzazione del risparmio (credizia, di investimento finanziario, assicurativo-previdenziale)⁽²⁰⁾. In questa prospettiva, un'operazione di natura creditizia non è "snaturata" dalla circostanza che gli effetti di una o più pattuizioni risultino analoghi a quelli di un'operazione di investimento, sotto il profilo della tipologia di rischio, piuttosto che della finalità di destinazione del risparmio; circostanza, questa, di per sé non idonea a descrivere le operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari non standardizzati⁽²¹⁾.

(17) Sembra percepibile, al riguardo, il timore di un'ulteriore (e poco controllabile) estensione dell'ambito di applicazione della teoria delle "scommesse razionali" (cfr., da ultimo, Cass. 10 agosto 2022, n. 24654, *ForoPlus*, nel solco di Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, *Foro it.*, 2020, I, 3142). Lo spettro dell'applicazione di questa regola di recente conio giurisprudenziale, d'altronde, aleggiava nell'ordinanza di rimessione (§ 10).

(18) In questi termini Cass. 8603/22, cit., 1641, ove il consueto richiamo agli indici normativi di questa costruzione, ossia l'art. 2426, comma 11 *bis*, c.c., e l'art. 62 d.l. n. 112 del 2008; disposizioni che affrontano, peraltro, un diverso tipo di problema.

(19) Cfr. l'art. 25 *bis* (depositi strutturati e prodotti finanziari, diversi dagli strumenti finanziari, emessi dalle banche) e l'art. 25 *ter* (prodotti di investimento assicurativi).

(20) È questo, d'altronde, l'approccio — che riecheggia quello giurisprudenziale sui contratti misti (cfr., *e.g.*, Cass. 20 dicembre 2005, n. 28233, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 20) — seguito anche dalla Banca d'Italia, nelle *Disposizioni di vigilanza* (provvedimento del 29 luglio 2009 e successive modificazioni, in materia di *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, sez. I, par. 1.1, lett. b, in relazione ai «prodotti composti la cui finalità esclusiva o preponderante non sia di investimento»). E si veda, altresì il protocollo d'intesa fra Abf e Acf e il successivo *forum* del 19 settembre 2022.

(21) In effetti, la negoziazione degli strumenti finanziari derivati OTC, nel contesto della prestazione dei servizi di investimento, determina pur sempre l'assunzione di un rischio di natura finanziaria (per entrambe le parti); il che giustifica l'assoggettamento dell'operazione alla disciplina dei servizi di investimento, a tutela del cliente (art. 23, comma 5, t.u.f.). Questa circostanza non implica, peraltro, che con la negoziazione del derivato il cliente intenda porre in essere un investimento di natura finanziaria (ovvero speculare, più o meno razionalmente, nel mercato finanziario), nell'accezione socio-econo-

La tesi patrocinata dalle sezioni unite appare, su quest'ultimo aspetto, persuasiva⁽²²⁾, anche in termini metodologici, poiché coniuga l'attenzione per il dato empirico con l'autonomia nella qualificazione giuridica⁽²³⁾, rispetto all'approccio e alle narrazioni dell'operatore pratico e dell'analista finanziario, cui pure risulta tributaria la disciplina di settore, in tal modo offrendo argomenti ai sostenitori dell'opposta tesi.

La constatata natura storica (anziché logica o ontologica) della persistente segmentazione del mercato finanziario e le sempre più frequenti contaminazioni dei prodotti realizzate nella prassi, peraltro, potrebbero rendere meramente provvisoria la soluzione accolta, in virtù di successivi ripensamenti del legislatore.

mica del termine, in ragione dell'utilizzazione peculiare — se si vuole, anomala, rispetto alla logica economica dell'investimento (come, da ultimo, ben chiarito da C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016, 177) — dello strumento finanziario, per la realizzazione di una più complessa operazione, la cui logica può emergere soltanto dalla considerazione congiunta del contratto derivato e del rapporto o della situazione sottostante, riferibile al cliente (*e.g.*, un finanziamento a tasso variabile ovvero un'esposizione debitoria/creditoria in valuta estera, ecc.) ed è, per contro, preclusa dalla contemplazione atomistica del contratto derivato (o, peggio, di una singola clausola), secondo la logica della scommessa razionale o dello scambio in sé; teoria, quest'ultima, incompatibile anche con la giustificazione causale di qualsiasi spostamento di ricchezza. Per una più distesa argomentazione, cfr. A. TUCCI, *Questioni problematiche*, cit., 933 ss.

(22) Oltre che utile, rispetto a vicende analoghe o, se si vuole, speculari, come, ad esempio, la controversia sulla rilevanza usuraria della negoziazione di strumenti finanziari derivati, anch'essa incentrata sulla valorizzazione del risultato economico effettivamente realizzato, che può rivelarsi — in una prospettiva meramente empirico-finanziaria — una sorta di equivalente funzionale di un'ordinaria operazione di credito. Per un approfondimento della questione, cfr. A. TUCCI, *Derivati e usura*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 1 ss.

(23) D'uopo il riferimento a T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, 1959, 37 ss., ma già ID., *L'importanza dei criteri tecnici nella sistemazione delle discipline giuridiche e il diritto agrario*, in *Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario*, tenuto in Firenze nei giorni 21, 22 e 23 ottobre 1935, a cura di Mariano Ricci, Firenze, 1935, spec. 105.

* * *

Clausole di connessione e trasparenza nell'offerta al pubblico di leasing e altri finanziamenti aleatori

di DANIELE MAFFEIS

I. — I giudici di merito resteranno soggetti soltanto alla legge, non alle sezioni unite, ma è bene che una sentenza delle sezioni unite chiuda i discorsi, almeno per un bel po'⁽¹⁾. Perché il diritto serve a fare giustizia e il modo migliore per sistemare un problema è risolverlo, in vista delle future decisioni⁽²⁾. E la sentenza n. 5657 espone i problemi per risolverli. Come hanno fatto la sentenza c.d. Cattolica delle sezioni unite n. 8770 del 2020⁽³⁾, e le successive sentenze a sezione semplice⁽⁴⁾, per i derivati che si presentano, invece che come clausole, come contratti, e che oggi la sentenza n. 5657 richiama, per ricordare gli elementi unificanti della categoria dei derivati.

Il problema risolto è il derivato come clausola, e il principio di diritto è che il derivato come clausola non è configurabile. Il problema che si apre è se la clausola che rende aleatorio un contratto di leasing — o altro contratto di finanziamento — deve essere trasparente, e come.

(1) In questa direzione, chiaramente, lo strumento dell'art. 363 *bis* c.p.c.

(2) In argomento A. TOFFOLETTO, *Diritto di recesso ed efficienza del sistema*, in *Società*, 2023, 299.

(3) *Foro it.*, 2020, I, 3142.

(4) Cass. 6 settembre 2021, n. 24014, *Foro it.*, Rep. 2021, voce *Contratto in genere*, n. 310; 29 luglio 2021, n. 21830, *ForoPlus*; 10 agosto 2022, n. 24654, *ibid.*; ord. 7 novembre 2022, n. 32705, *ibid.*

II. – Letto che «esatta interpretazione della legge consiste nel sussumere le nuove fattispecie concrete, fino a quando sia possibile, in categorie giuridiche note, piuttosto che partorirne continuamente di nuove», osservo che compito dello studioso è di vagliare le categorie giuridiche, siano esse note o nuove, perché possano essere fornite al giudice come possibili modelli di decisione, e quindi accolte o respinte. Nel caso di specie non ci sono dubbi che le sezioni unite escludono la configurabilità dei derivati come clausole, anche se la questione non pone un tema di categorie note anzi che nuove, perché il derivato è disciplinato dal t.u.f. (art. 1, 23, comma 5), sicché si tratta di un consueto problema di qualificazione, che in linea di principio la sentenza n. 5657 risolve in senso condivisibilmente positivo, affermando che una pattuizione, che non si presenta isolata ma come clausola di un più ampio contratto, resta soggetta alla disciplina imperativa sua propria⁽⁵⁾.

Si può ricordare di passaggio che nel diritto civile della finanza è già accaduto che le sezioni unite abbiano recepito categorie nuove, quando si è elaborata, e le sezioni unite hanno accolto, la nullità c.d. selettiva (con il rigetto delle domande restitutorie dell'investitore non eccedenti i guadagni⁽⁶⁾) o la forma con sottoscrizione di uno solo dei contraenti (con il rigetto delle domande dell'investitore di declaratoria della nullità dei contratti non sottoscritti dall'intermediario⁽⁷⁾) o la scommessa finanziaria razionale (con l'accoglimento delle domande dell'investitore di declaratoria della nullità di contratti derivati over the counter⁽⁸⁾).

La considerazione di fondo, che penso sia bene non sfugga, è che la sentenza delle sezioni unite n. 5657, come le altre, è una sentenza che tratta problemi di finanza con il diritto civile. È questa la strada ed è questo il metodo, il diritto civile, non la prassi. Quale che sia l'interpretazione esatta, e la soluzione esatta, il metodo è interpretare le singole regole dentro il sistema, dando significato alle nozioni sempre inevitabilmente indeterminate (clausola, alea, causa, errore, danno, ecc.) tramite l'attività di interpretazione, senza identificare la regola giuridica con la sola regola scritta che verbalizza ogni dettaglio.

III. – Un primo problema risolto, bene a mio avviso, è se una clausola è valida anche se è difficile da interpretare. Un problema che in finanza si percepisce da tempo. La risposta è sì, senza se e senza ma, ed è un sì di cui c'era bisogno, perché la trasparenza non deve far sembrare facili le cose difficili, deve far vedere quanto sono difficili. Sicché una clausola trasparente, che si presenta difficile, nel dubbio ha già un grande merito. Ed è a dir poco salutare il monito a non usare la meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., io dico la causa⁽⁹⁾, per dichiarare nulle clausole non equilibrate sul piano economico, prestazioni di valore non proporzionato, una distribuzione disuguale del rischio. Perché clausole difficili, non equilibrate sul piano economico, che prevedono prestazioni di valore non proporzionato o una distribuzione disuguale del rischio non sono, per queste sole caratteristiche, clausole invalide (il discorso è diverso, è ovvio, per i consumatori⁽¹⁰⁾). C'è una linea di continuità qui fra la sentenza Cattolica n. 8770 del 2020 e la sentenza n. 5657, perché *mark to market*, criterio di calcolo e scenari probabilistici, che secondo la sentenza Cattolica rendono

l'alea trasparente, e quindi razionale, sono clausole difficili, che richiedono attenzione, e non sono semplicemente clausole valide, sono proprio clausole che, se ci sono, rendono l'alea trasparente e, quindi, valido il contratto.

IV. – Un secondo problema affrontato a fondo è se la clausola di un contratto di leasing che disciplina il corrispettivo prevedendo, tra l'altro, il criterio — di difficile lettura — di doppia indicizzazione (oltre a un floor e a nozionali diversi per il calcolo dei flussi di denaro reciproci) è un derivato, un derivato che si presenta come una clausola invece che come un contratto.

Nella clausola in esame, la connessione avveniva a un tasso di cambio ed anche a un parametro di tasso di interesse e in maniera due volte diversa per i due contraenti, perché il floor sull'oscillazione del tasso lavorava solo contro, non a favore del cliente, e il nozionale su cui si calcolava l'incidenza del tasso di cambio era più basso, perché al netto dell'Iva, quando si trattava di determinare le somme che doveva pagare la concedente, più alto, perché al lordo dell'Iva, quando si trattava di determinare le somme che doveva pagare l'utilizzatore⁽¹¹⁾.

La risposta delle sezioni unite al quesito se la clausola è un derivato è no, senza se, ma con importanti ma.

Il no, temperato dai ma, è comunque espresso con nettezza e va in senso opposto alla linea di tendenza, che è, ed è destinata irreversibilmente a restare, la trasparenza del rischio finanziario, quando esso è misurabile. Perché l'indicizzazione del corrispettivo pecuniario di un contratto, come il leasing, che ha causa di finanziamento al pari del mutuo, è un criterio che si può fedelmente descrivere come la connessione della prestazione pecuniaria di un finanziamento — oggetto di un contratto che nasce con il denaro e finisce con il denaro e in cui i flussi programmati sono incentrati su un differenziale di valore — a un indice variabile. E perché introduce nel contratto un'alea scientificamente misurabile. La parola chiave dei derivati è «connessi», ed è una parola che il legislatore utilizza nell'elenco attuale della sez. C dell'all. 1, ma la natura dei derivati era la stessa quando la parola non c'era, come nell'elenco in vigore nel 2006 e di cui all'art. 1, comma 2, lett. da f) a j). Si chiamano derivati perché il valore deriva da; se la denominazione non fosse mutuata dalla prassi, ma dalle categorie giuridiche, si chiamerebbero connessi, perché le prestazioni sono connesse a.

V. – La sentenza n. 5657 afferma che l'individuazione dei derivati come clausole presupporrebbe «una nozione di così sconfinata latitudine, che vi rientrerebbero — ad esempio — la vendita del raccolto futuro (*emptio spei*); l'assicurazione con clausola di regolazione del premio; l'indicizzazione del corrispettivo negli appalti a misura; e sinanche la tariffa di somministrazione di acqua da parte del gestore del servizio idrico».

La nozione dei derivati come clausole, in realtà, un confine netto lo ha, perché i contratti sono quelli offerti al pubblico nell'esercizio di un'attività riservata ad intermediari finanziari e la clausola che connette (sinonimo: parametra, aggancia) la prestazione pecuniaria ad un indice esterno variabile è parte di un contratto di finanziamento, com'è il leasing o il mutuo, in cui c'è «l'intento di trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili»⁽¹²⁾.

Ma il punto decisivo è la natura di scommessa, non la lista dei derivati.

La sentenza afferma che la clausola non rivela lo scopo di «scommettere» sull'andamento dei cambi, perché non sono strumenti finanziari collegati alla valuta «quelli che si limitano a determinare il valore d'una prestazione rinviando ad un indice monetario, comunque determinato».

(11) Nozionale calcolato in base al capitale da restituirsì da parte dell'utilizzatore, ma sempre nozionale, come dimostrano i molti tipi di derivati in cui il nozionale coincide o dipende da un capitale, esso pure scambiato tra i contraenti.

(12) Non è un caso se il legislatore vieta a regioni ed enti locali di concludere «contratti di finanziamento che includono componenti derivate» escludendo dal divieto i «contratti di finanziamento che includono l'acquisto di cap da parte dell'ente»: il motivo è che quelle clausole sono derivati, come il legislatore dice testualmente, perché il rischio è quello dei derivati.

(5) Si legge: «Se per "derivato implicito" si intendesse un patto dotato di una sua autonomia causale, ma aggiunto od accessorio ad altro negozio, la categoria non merita dignità concettuale: ci troveremmo infatti di fronte ad un normale negozio con una sua causa ed un suo oggetto, che se pur collegato ad altro negozio resta sottoposto alla disciplina per esso prevista dalla legge».

(6) Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, *Foro it.*, 2020, I, 934, con nota di A. PALMIERI.

(7) Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, *Foro it.*, 2018, I, 928.

(8) Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, *Foro it.*, 2020, I, 3142.

(9) M. LIBERTINI, *Note di lettura: alla ricerca del «derivato» di C. Angelici*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2017, I, 178, auspica «un controllo di merito delle operazioni alla luce dell'ordine pubblico economico».

(10) S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di giustizia da Arpad Kasler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, I, 1258 ss. Al contratto dei consumatori la sentenza n. 5657 fa puntuale riferimento nel par. 8.

Al riguardo, alcune considerazioni possono chiarire il quadro entro cui si collocano gli spunti eccezzuativi che si colgono nella sentenza. Innanzitutto, la causa del contratto è quella del contratto, non dell'obbligazione, e dipende dal programma finanziario complessivo, non dal tratto strutturale che presenta una delle prestazioni. Quindi la clausola va interpretata con l'intero (art. 1363 c.c.). Poi, non può convenirsi che scopo unico dell'utilizzatore nell'operazione di leasing immobiliare sia l'acquisto dell'immobile, non solo perché l'oggetto è l'acquisto dell'opzione di acquisto, e l'esercizio è naturalmente eventuale, ma innanzitutto perché l'unica prestazione certa a carico dell'utilizzatore è quella pecuniaria.

Ed è vero che «agganciar[...]e il valore al rapporto di cambio con una valuta estera [è] un modo per evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale», ma lo strumento per fare ciò è per definizione una scommessa sul tasso di cambio⁽¹³⁾. Basta pensare che il più classico plain vanilla, con cui i contraenti si scambiano denaro parametrato a fisso e variabile, è una clausola che connette i flussi al tasso variabile pattuito nel finanziamento, sovente proprio un leasing. Il valore al quale la prestazione del contraente è connessa (sinonimo: parametrata, agganciata) non è scelto in base al semplice valore attuale, ma sulla base di una curva forward del parametro, e inserito nel contratto dà luogo a scenari probabilistici. E la clausola valore ha un valore, calcolato scientificamente, che si chiama mark to market. Né occorre, affinché vi sia una scommessa sui cambi, che «le contrapposte prestazioni di dare gravanti su ciascuna parte siano conguagliate per produrre un valore “differenziale”», perché il differenziale è tra due valori, non tra due prestazioni, e il pagamento del differenziale in denaro è l'unica prestazione, che è sempre di un solo contraente⁽¹⁴⁾, come nel tradizionale contratto differenziale semplice⁽¹⁵⁾.

VI. – Queste criticità illuminano gli spunti eccezzuativi, i ma, che riguardano l'alea e la condivisione dell'alea (e quindi la stima dei flussi attesi).

Un primo spunto eccezzuativo a me sembra che tocchi il cuore del problema, che è l'«aleatorietà del contratto», perché la sentenza n. 5657 non ha dubbi: il leasing che presenta la «clausola-valore» è un contratto aleatorio (punto 5.7).

Una volta assodato questo, il problema è se si tratta dell'alea del codice civile — assunta come non misurabile scientificamente nella sua distribuzione qualitativa e quantitativa, o come non rilevante, anche se misurata o misurabile — oppure dell'alea razionale, quella della finanza, misurabile scientificamente e infatti misurata da chi offre al pubblico la conclusione dei contratti che la contemplan.

Qui è decisivo il secondo spunto eccezzuativo, che mi pare di poter cogliere, laddove la sentenza osserva che, se «fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro», il fatto che «uno dei contraenti (lo) taccia alla controparte» — la sentenza considera la curva attesa come una delle possibili «circostanze note circa lo sviluppo o la convenienza dell'affare» — «potrebbe costituire una violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella conclusione del contratto, e (...) i rimedi previsti dall'ordinamento possono essere l'annullamento del contratto per errore o il risarcimento del danno» (punto 2.6).

Non è tanto importante che il contratto, in quanto aleatorio, è annullabile per errore — direi, sopra una qualità dell'oggetto determinante del consenso, che è il rischio — e, soggiungerei leg-

gendo la motivazione, per dolo, dato che l'errore si assume causato dalla reticenza dell'intermediario. Più importante è che, se è giuridicamente rilevante la misura dell'alea, significa che l'alea è quella scientificamente misurabile, quella della finanza.

Il problema non è il rapporto tra causa e tipo, su cui la sentenza svolge un'approfondita disamina, ma il grado di trasparenza di una clausola che introduce nel contratto un'alea misurabile⁽¹⁶⁾. Che singole clausole in più o in meno sono il frutto dell'autonomia contrattuale (art. 1322, comma 1, c.c.) e di per sé non spostano il tipo, come la sentenza illustra, è esatto, ma certamente non vale per qualsiasi clausola⁽¹⁷⁾. La condizione, per esempio, è una clausola, ma incide sulla causa del contratto che la contiene⁽¹⁸⁾. E la clausola che fa dipendere (sinonimi: connette, indicizza, parametrata, aggancia) l'an della restituzione da un evento esterno, nel prestito a tutto rischio — come accade nell'interest rate swap in cui la gamba a debito del cliente funge da prestazione corrispettiva all'erogazione dell'up front — è talmente caratterizzante che il codice civile del 1865 annoverava il prestito a tutto rischio fra quelli aleatori tipici⁽¹⁹⁾. Oggi è un contratto aleatorio atipico e se il problema che l'interprete deve risolvere riguarda proprio la clausola che introduce il rischio, non si applica la disciplina del mutuo, ma dei contratti aleatori⁽²⁰⁾.

Così, se il floor non è un derivato, ma una condizione, essa è illecita, ai sensi dell'art. 1354, comma 1, c.c., perché introduce nel contratto un'alea misurabile, la cui misura non è stata condivisa.

Le norme imperative ed i principi inderogabili del diritto civile della finanza esibiscono, chiaro, il principio di ordine pubblico secondo cui il rischio finanziario scientificamente calcolabile e calcolato — il rischio che può caratterizzare i contratti che iniziano e finiscono con il denaro, come mutuo e leasing — deve nascere e deve circolare in modo trasparente, per esigenze di fiducia e integrità dei mercati (prima e più che per esigenze di tutela del singolo cliente). E non dico meritevolezza degli interessi, dico proprio ordine pubblico. In finanza, l'insindacabilità della determinazione del contenuto del contratto non è quella del codice civile, in cui dominano le norme derogabili. Il «dovere di rispettare le regole del gioco», ricordato dalla sentenza n. 5657 come il limite al «diritto di pianificare in piena libertà le proprie strategie imprenditoriali e commerciali», è molto ampio, perché siamo in presenza di un'offerta al pubblico di strumenti e prodotti finanziari, riservata a soggetti abilitati.

Quando l'alea è misurabile scientificamente, ai fini del giudizio di liceità opera il canone delle «scommesse razionali», e così occorre verificare «se si sia in presenza di un accordo tra intermediario ed investitore sulla misura dell'alea, calcolata secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi» e che «non deve limitarsi al mark to market, ma investire, altresì, gli scenari probabilistici»⁽²¹⁾, che (i) sono gli scenari del contratto, non del tasso, (ii) considerano la volatilità attesa del tasso,

(16) La causa in concreto eclissa il ruolo del tipo: v. M. COSTANZA, *Tipicità e tipo*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, I tematici: *Contratto*, Milano, 2022, 321 s.

(17) Sulla clausola claims made, ad es., Cass. 24 settembre 2018, n. 22437, *Foro it.*, 2018, I, 3015; in dottrina, riassuntivamente, C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto. Regolamento*, II, 2ª ed., Milano, 2022, 216 s.

(18) Da tempo si insegna che la condizione «è spesso causa del contratto»: R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 2004, II, 135.

(19) P. CORRIAS, *I contratti aleatori: rivisitazione di una categoria*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, 398. La clausola a tutto rischio altera lo schema legale del mutuo secondo A. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici (contratti di alienazione, di godimento, di credito)*, in G. IUDICA - P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1995, 709.

(20) Se il problema fosse il rapporto fra causa e tipo, l'applicazione transpica di norme imperative che guardano allo scopo ha da tempo condotto a superare la prospettiva della «norma imperativa a fattispecie specifica e analitica» per adottare la prospettiva della norma «che non si preoccupa dello strumento giuridico ma del risultato»: G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2009, 62. Sulla rilevanza dello scopo delle parti ai fini dell'elusione, G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 475.

(21) Cass., sez. un., 12 maggio 2020, n. 8770, cit.

(13) F. CAPUTO NASSETTI, *Le clausole di indicizzazione come strumenti finanziari derivati?*, in <www.giustiziacivile.com>, 12 dicembre 2015, esclude la qualificazione giuridica delle clausole di indicizzazione come derivati ed osserva che «Dal punto di vista finanziario l'accostamento della clausola di indicizzazione al cambio ad uno strumento finanziario derivato (domestic currency swap) appare corretto come appare corretto anche l'accostamento fatto dal tribunale di Udine all'interest rate swap in relazione alla clausola di indicizzazione al tasso di interessi variabile del franco svizzero (Libor trimestrale)» e che la struttura del domestic currency swap «equivale dal punto di vista finanziario a quella della clausola di indicizzazione del capitale al cambio».

(14) F. CAPUTO NASSETTI, *Strumenti finanziari derivati*, voce dell'*Enciclopedia del diritto-Annali*, Milano, 2013, VI, 926.

(15) A. WEILLER, *Contratto differenziale*, voce del *Nuovo digesto*, Torino, 1938, 103.

a differenza della curva, (iii) sono più importanti quanto più si discostano dall'attesa del mercato — per dare così una percezione del rischio (nei suoi possibili scenari) —, all'opposto della curva costruita sulle attese del mercato, (iv) indicano le probabilità, a differenza della curva. E sempre il carattere razionale dell'alea comporta che si applicano i rimedi della rescissione per causa di lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (da ammettersi entro limiti molto ristretti).

Non si tratta naturalmente di dettare requisiti, si tratta di rendere l'alea trasparente, per escludere, insieme ad annullabilità per dolo o errore e risarcimento del danno, l'illiceità.

La conclusione è compatibile con il principio, affermato dalla sentenza n. 5657, secondo cui alle clausole di connessione, che la sentenza descrive come clausole valore, non si applica il t.u.f. Difatti, la sua disapplicazione comporta la disapplicazione dell'art. 23, comma 5, e così della previsione che legalizza le scommesse ai sensi dell'art. 1935 c.c.; ma le sezioni unite, nella sentenza Cattolica n. 8770 del 2020, con le susseguenti pronunce a sezioni semplici, non hanno delineato le condizioni di liceità delle scommesse in quanto legalmente autorizzate ai sensi dell'art. 1935⁽²²⁾, bensì in quanto ipotesi di «scommessa finanziaria differenziale», come è la clausola che «aggancia il valore al rapporto di cambio con una valuta estera (...) per evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale».

VII. — L'ordine pubblico evolve, e la storia del leasing è istruttiva.

Il contratto di leasing, parte di un'operazione di lease back, si è salvato dalla nullità quando il giudice ha ritenuto la causa certamente lecita se è presente il patto marciano⁽²³⁾, che salva il contratto dalla possibile violazione, o elusione, del divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., dettato a tutela dei principi della tipicità delle garanzie reali e della parità di trattamento dei creditori⁽²⁴⁾.

Sostenere che tipicità delle garanzie reali e parità di trattamento dei creditori siano più importanti della trasparenza dell'alea non sarebbe solo atipistico, sarebbe impossibile, perché garanzie reali atipiche e trattamento preferenziale del creditore che è anche debitore sono tra i più preziosi strumenti legislativi che servono proprio per ridurre i pericoli della circolazione tra il pubblico del rischio finanziario⁽²⁵⁾, da chi lo offre, dopo averlo misurato, a chi, tra il pubblico, se lo accolla senza averne condiviso la misura.

Il principio del diritto civile della finanza non è la tipicità delle garanzie reali, né la parità di trattamento dei creditori. È la trasparenza e l'integrità dei mercati.

(22) Vedi anche il par. 2.8 di Cass. 29 luglio 2021, n. 21830, cit.

(23) Cass., ord. 21 settembre 2022, n. 27615, *ForoPlus*.

(24) *Ibid.*

(25) Art. 6 d.leg. 21 maggio 2004 n. 170; art. 11 *quaterdecies*, comma 12 *quater*, l. 2 aprile 2015 n. 44. Cfr. G. D'AMICO - S. PAGLIANTINI - F. PIRAINO - T. RUMI, *I nuovi marciiani*, Torino, 2017; A.A. DOLMETTA, *La ricerca del «marciano utile»*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 811.

* * *

Causa e meritevolezza degli accordi di indicizzazione. Tre proposte di lettura del “contratto indicizzato”

di FEDERICO PISTELLI

1. — L'attesa pronuncia a sezioni unite sul caso della doppia indicizzazione al franco svizzero procede con argomentazioni decise, a tratti persino perentorie, senza nascondere fin dal suo esordio i due propositi di fondo che la animano.

Per un verso, quello di contrastare la tendenza, riscontrabile in buona parte del dibattito in giurisprudenza e dottrina, a ravvisare nell'elemento della causa e nel vaglio di meritevolezza degli interessi strumenti atti a valorizzare istanze di tipo equitativo, di giustizia nel contratto. Soprattutto in circostanze che tradiscono forme più o meno mascherate di approfittamento di situazioni di asimmetria informativa — come nel caso di clausole basate su complessi

meccanismi di funzionamento, con effetti sistematicamente a favore del predisponente —, l'assenza di strumenti ritagliati sulle specifiche esigenze di tutela del cliente ha indotto una nutrita fetta degli interpreti a suggerire un ampliamento dei confini dei rimedi a carattere generale, come la nullità per difetto o immeritevolezza della causa⁽¹⁾. Ciò ha aperto la strada a ben note serie di casi, nei quali il sindacato ex art. 1322, comma 2, c.c. ha rappresentato la via attraverso cui potersi operare un riequilibrio nella posizione di forza delle parti e, in fin dei conti, redistribuire le perdite derivanti da andamenti inaspettati o crisi sistemiche del mercato.

Per l'altro verso, quello di respingere l'approccio — invero, mai del tutto consolidatosi nei gradi superiori di legittimità⁽²⁾ — sintetizzabile nella formula della «scomposizione» del regolamento contrattuale nei suoi elementi semplici⁽³⁾. Facendo leva sull'insolubile diatriba sulla nozione di «derivato» e sulla elasticità del concetto di «derivazione del valore»⁽⁴⁾, questa tesi ravvisa una componente derivativa autonoma e implicita in ogni clausola che abbia l'effetto di mutare i flussi finanziari tipicamente prodotti da uno strumento di debito — così, le clausole cap, floor, di estinzione anticipata e, per l'appunto, di indicizzazione⁽⁵⁾. Con la conseguenza per cui, salvo che la pattuizione della clausola sia stata preceduta dall'osservanza degli obblighi di forma-contenuto previsti dal t.u.f., la stessa sarebbe da ritenersi invalida, con conseguenze che vanno dalla caducazione della sola pattuizione sugli interessi, sino a quella dell'intero accordo, in dipendenza del rilievo che la clausola assume all'interno del regolamento.

L'incedere della corte, nella pur condivisibile soluzione che fornisce nel merito della questione — segnatamente, la clausola di doppia indicizzazione non è immeritevole, non riquifica l'operazione e non ha natura derivativa autonoma —, sembra piuttosto peccare di eccesso nella difesa del principio di autonomia negoziale, con la conseguenza di sottrarla quasi del tutto a forme di controllo esterno. La sensazione è quella per cui il *decisum* sulla vicenda in esame poteva invece rappresentare ben altra occasione per affermare taluni criteri per la ricostruzione del profilo causale, della disciplina e dei rimedi dei contratti di finanziamento con indicizzazione valutaria. Se ne indicano tre, al fine di dare ordine all'analisi critica che seguirà:

a) la causa dei contratti che presentano elementi di finanziarietà non può sempre essere ricondotta nella stretta dicotomia fra copertura e speculazione;

b) il vaglio di meritevolezza copre la giustificazione oggettiva della misura e dell'allocazione del rischio;

c) l'indicizzazione non determina la riqualificazione del negozio, laddove costituisca una modalità tecnica della fattispecie contrattuale tipica.

2. — Senza addentrarsi in puntigliose ricostruzioni tecniche, appare non di meno importante soffermarsi brevemente sul funzionamento del meccanismo di indicizzazione in esame, al fine di provare a comprenderne la *ratio* o, meglio, le *rationes* che vi fanno da sfondo.

Anzitutto, quello che le sezioni unite definiscono «un normale contratto di leasing in valuta straniera» assume, in realtà, configurazioni differenti; fra di esse è annoverabile quella realizzata per mezzo della tecnica di indicizzazione, che costituisce giocoforza solo una delle possibili manifestazioni della macrocategoria del

(1) In senso critico, F. AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediale: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati alla valuta straniera*, in *Nuove leggi civ.*, 2022, 1219, e A.M. GAROFALO, *Un anno dopo le sezioni unite: è davvero nella causa il rimedio migliore per gli swap conclusi da clienti disinformati?*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, II, 472.

(2) Basti qui il richiamo al precedente più significativo, Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, *Foro it.*, 2022, I, 277.

(3) E. GIRINO, *I derivati «impliciti»: virtù e vizi della scomposizione*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, I, 155.

(4) C. ANGELICI, *Alla ricerca del «derivato»*, Milano, 2016.

(5) D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: rischio di cambio e di tasso e valore nella componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca, borsa, ecc.*, 2016, I, 190.