



HAL
open science

La meritevolezza della clausola claims made

Riccardo Fornasari

► **To cite this version:**

Riccardo Fornasari. La meritevolezza della clausola claims made. Responsabilita Civile e Previdenza, 2017, 4, pp.1372-1389. hal-01915912

HAL Id: hal-01915912

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01915912>

Submitted on 8 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.

LA MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA *CLAIMS MADE* ^(*)

di **Riccardo Fornasari**

Il saggio, prendendo le mosse dalle recenti sentenze delle Sezioni Unite circa le clausole *claims made*, analizza finalità e modalità operative del giudizio di meritevolezza esperito sulla singola clausola atipica. Esaminando alcune disposizioni di matrice comunitaria e specifiche norme introdotte dalla recente riforma del *Code Civil*, sono evidenziati i punti comuni, le differenze e le potenziali contraddizioni tra le *rationes* di tali controlli giudiziali sul contratto.

Taking into account the Supreme Court decisions on the claims made clause, this paper assesses the aims and methods of the validity control of a specific clause of the contract. Considering certain rules provided for by the EU legislation and by the reform of the Code Civil, the similarities, differences and potential contradictions of the rationales of these judicial controls over the contract are highlighted.

Sommario 1. Il giudizio di meritevolezza della clausola atipica. — 2. Clausola *claims made* ed effetti sulla struttura del contratto. — 3. La sentenza Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140. — 4. Critica della decisione ed analisi del giudizio di meritevolezza. — 5. L'intervento giudiziale su singole clausole del contratto: la disciplina comunitaria. — 6. L'introduzione di un controllo generale sulle clausole del contratto nel *code civil*. — 7. Razionalità del controllo e potenziali contraddizioni.

1. IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA ATIPI-CA

L'art. 1322, comma 2, c.c., prevede che le parti possono concludere contratti atipici, purché questi siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Secondo l'interpretazione consolidata, il giudizio di meritevolezza ⁽¹⁾ deve essere effettuato sul contratto atipico complessivamente considerato: da tale scrutinio dipende la coercibilità giuridica dell'intero accordo. Un orientamento dottrinale ⁽²⁾ ha invece argomentato che tale giudizio debba essere esperito anche sulle singole clausole atipiche, a prescindere dal fatto che esse siano inserite in un contratto tipico. Tale indirizzo è stato seguito da

(*) Contributo approvato dai Referee.

(1) Il giudizio di meritevolezza è stato a lungo equiparato al giudizio di liceità della causa, cfr. SACCO, voce *Interesse meritevole di tutela*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., 2014, in *Banca dati Pluris*; GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, 329.

(2) G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 252-253; SANFILIPPO, *Controlli di meritevolezza e Statuti di Società. Una tecnica in cerca di autonomia*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, disponibile in www.orizzontideldirittocommerciale.it. In relazione alla clausola *claims made*, questa soluzione è stata proposta da MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, 714-716; GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013, 890 ss.

una recente sentenza delle Sezioni Unite ⁽³⁾, le quali, esaminando la clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione, hanno concluso che la validità delle clausole atipiche (come la *claims made*) dipende dalla loro meritevolezza.

La Suprema Corte ha quindi esteso l'applicabilità del giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c. ⁽⁴⁾, alle clausole del contratto: tale impostazione è innovativa perché il controllo esperito sulla singola clausola permette di intervenire direttamente sul contenuto dell'accordo, modificandolo tramite l'eliminazione di una o più pattuizioni ritenute immeritevoli. Inoltre, tale interpretazione conferisce al giudice un potere di intervento su tutte le clausole atipiche, non limitato ai contratti conclusi da determinate categorie di soggetti o in specifici settori.

Al fine di comprendere tale innovazione, l'analisi procederà come segue: in primo luogo si esamina la clausola *claims made* ed i suoi effetti sulla struttura del contratto di assicurazione. In seguito si ripercorre criticamente l'argomentazione delle Sezioni Unite e si evidenziano i criteri ed i parametri del giudizio di meritevolezza effettuato sulla singola clausola, confrontandoli altresì con il medesimo giudizio esperito sull'intero contratto atipico. Si prendono quindi in considerazione specifiche disposizioni di derivazione comunitaria concernenti la validità di singole clausole, nonché alcune norme introdotte con la riforma del *code civil*. In relazione a tale contesto, si cerca di cogliere la razionalità e le potenziali contraddizioni del controllo giudiziale su singole pattuizioni.

2. CLAUSOLA *CLAIMS MADE* ED EFFETTI SULLA STRUTTURA DEL CONTRATTO

La clausola *claims made*, sempre più di frequente inserita nei contratti di assicurazione della responsabilità civile, altera lo schema tipico previsto dall'art. 1917 c.c. ⁽⁵⁾: secondo il modello codicistico, infatti, l'assicuratore è tenuto ad indennizzare l'assicurato di quanto questi debba a pagare ad un terzo a causa di un « fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione » ⁽⁶⁾. La clausola *claims made*, invece, prevede che l'assicurato sia coperto per i sinistri in relazione ai quali la richiesta risarcitoria sia pervenuta durante la vigenza della

⁽³⁾ Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, in questa *Rivista*, 2016, 852, con note di VERNIZZI (861); di GUARNERI (1238); e riflessioni di FACCI (1136); in *Danno resp.*, 2016, 929, con note di GAZZARA, ALLAVENA, HAZAN. In argomento v. da ultimo le riflessioni di MOTTU, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, *infra*, 1390.

⁽⁴⁾ Per quanto concerne il giudizio di meritevolezza effettuato sull'intero contratto cfr. Cass. civ., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 852, con nota di VERSACI; in *Società*, 2016, 721, con nota di COSTANZA; Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22950, *ibidem*, 725, con nota di COSTANZA; Cass. civ., 30 settembre 2015, n. 19559 (ord.), in *Banca dati Pluris*. Un'analisi di tali sentenze e della razionalità del giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c., esperito sull'intero contratto è stata effettuata in un altro saggio del medesimo autore, al quale ci permettiamo di rinviare, cfr. R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza degli interessi, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, di prossima pubblicazione.

⁽⁵⁾ MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 701; CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da FRANZONI, IV, Milano, 2012, 163; GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto impr.*, 2013, II, 401 ss.; TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ.*, 2012, 689 ss.

⁽⁶⁾ Dottrina e giurisprudenza hanno dibattuto se la previsione dell'art. 1917 si riferisca al momento della commissione del fatto illecito (e quindi corrisponda al modello cosiddetto *act committed*) o se si riferisca al momento del verificarsi dell'evento dannoso (e quindi corrisponda al modello cosiddetto *loss occurrence*). Ha affrontato il problema la sentenza Cass. civ., 13 marzo 2014, n. 5791, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 712, con nota

polizza⁽⁷⁾. Muta quindi il riferimento in base al quale valutare l'operatività della garanzia: non occorre considerare il momento in cui si è verificato l'evento dannoso, ma il momento in cui la richiesta risarcitoria viene effettuata dal terzo⁽⁸⁾.

Le polizze *claims made* si affermano sul mercato poiché risolvono alcune delle principali criticità generate dal modello *loss occurrence*. Questo, non prevedendo un limite temporale alla garanzia prestata dall'assicuratore in relazione ai fatti commessi durante la vigenza della polizza⁽⁹⁾, rende sostanzialmente imprevedibili le richieste risarcitorie a cui gli assicuratori rimangono esposti nel corso del tempo⁽¹⁰⁾. Ciò risulta particolarmente problematico per i sinistri lungolatenti o a formazione progressiva, le cui richieste di risarcimento possono pervenire anche dopo un notevole lasso di tempo dal momento della cessazione della polizza⁽¹¹⁾. Inoltre, l'impossibilità di calcolare con precisione l'ammontare delle ipotetiche richieste risarcitorie comporta l'obbligo di porre a riserva somme maggiori, e rende quindi più elevato il premio richiesto all'assicurato⁽¹²⁾.

Il modello *claims made* permette invece all'assicuratore di prevedere i rischi a cui è esposto e, quindi, di calcolare con precisione le riserve tecniche da accantonare e di razionalizzare la gestione dell'impresa⁽¹³⁾. Infatti, la cessazione della polizza con clausola *claims made* comporta che l'assicuratore non sia più tenuto ad indennizzare l'assicurato, nemmeno per i fatti avvenuti durante l'operatività della garanzia. Inoltre, il vantaggio derivante dalla possibilità di valutare con precisione l'esposizione della compagnia assicurativa si trasferisce, teoricamente, anche all'assicurato, al quale è richiesto un premio di minore importo⁽¹⁴⁾. Tuttavia, a fronte degli indubbi vantaggi circa la razionalizzazione della gestione dell'impresa assicurativa, il modello *claims made* comporta altresì problematiche che non sussistono con il modello tipico di assicurazione previsto dal codice civile.

di DE LUCA, che ha concluso che, secondo il modello codicistico, il diritto alla garanzia sorge al momento della commissione del fatto. In generale, sui vari modelli assicurativi, cfr. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Milano, 2008.

⁽⁷⁾ LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in questa *Rivista*, 2016, 529 s.

⁽⁸⁾ LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., 529 s.

⁽⁹⁾ HAZAN, *La singolare vicenda delle claims made, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Danno resp.*, 2016, 963.

⁽¹⁰⁾ GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 943.

⁽¹¹⁾ Sulle problematiche derivanti dai sinistri cosiddetti tardivi e la diffusione della clausola *claims made* sul mercato assicurativo internazionale cfr. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 805 ss.

⁽¹²⁾ Inoltre, sia l'espandersi dell'area della responsabilità da fatto illecito (GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto impr.*, 1985, I ss.; FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da Franzoni, I, Milano, 2010, 905 ss.), sia la previsione legislativa di varie forme di assicurazione obbligatoria in determinati settori, hanno aumentato la domanda di prodotti assicurativi che siano al tempo stesso economicamente accessibili.

⁽¹³⁾ CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contratto impr.*, 2016, 1517; CESERANI, *Ancora nuove di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 536.

⁽¹⁴⁾ CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle coverage trigger disputes*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, I, 59; BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009, 480. Inoltre, l'assicurato non si trova a dover provare il momento della verifica del fatto o dell'evento dannoso, che in caso di sinistro lungolatente può risultare estremamente complicato, cfr., CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., 807 s. Come si vedrà *infra*, qualora la polizza *claims made* sia mista, la difficoltà dell'onere della

La clausola *claims made*, infatti, garantisce all'assicurato una copertura meno estesa di quella prevista dal modello *loss occurrence*. Al fine di valutare l'ampiezza del rischio trasferito in capo all'assicuratore, occorre precisare che la pratica commerciale ha elaborato numerose varianti di tale clausola: secondo una categorizzazione corrente, le clausole *claims made* si distinguono tra «pure» ed «impure»⁽¹⁵⁾. Mentre le prime prevedono che l'assicurato sia manlevato per ogni richiesta risarcitoria che sia pervenuta nel corso della vigenza della polizza, a prescindere dal momento in cui si sia verificato l'evento dannoso, le clausole impure coprono solamente le richieste di risarcimento che siano pervenute nel corso della vigenza della polizza e che siano relative ad eventi dannosi avvenuti nel medesimo periodo, oppure entro un determinato lasso di tempo antecedente alla conclusione della polizza stessa⁽¹⁶⁾. È chiaro che questo secondo modello riduce notevolmente la copertura dell'assicurato, specialmente per gli eventi dannosi a formazione progressiva o che si manifestano dopo un notevole intervallo di tempo dalla commissione del fatto. In tali casi, l'assicurato sarà completamente privo di copertura, anche qualora abbia concluso una serie continua di polizze; tale evenienza non può invece verificarsi qualora il contratto sia strutturato secondo il modello *loss occurrence*.

Di conseguenza l'assicurato, al fine di mantenere la copertura, è costretto a stipulare una serie continua di polizze, perché al termine della polizza la garanzia non è più operativa, nemmeno per eventi dannosi verificatisi durante la vigenza del contratto⁽¹⁷⁾. Inoltre, per ridurre il più possibile il rischio di «buchi» di copertura, le polizze che si succedono nel tempo devono prevedere il medesimo ambito di operatività, così da evitare che richieste risarcitorie relative a determinati eventi dannosi, inizialmente previsti tra quelli indennizzabili, risultino poi escluse dai contratti successivi. Da questo punto di vista il sistema *claims made* comporta altresì un'alterazione della concorrenza tra le imprese assicuratrici, poiché l'assicurato, considerato il rischio di rimanere privo di copertura, o di dover sopportare costi di transazione estremamente alti⁽¹⁸⁾, difficilmente varierà la compagnia assicuratrice con cui concludere il contratto.

Queste problematiche, e gli effetti negativi che esse generano non solamente per l'assicurato, ma altresì per i terzi danneggiati, hanno portato a dubitare della meritevolezza e validità della clausola *claims made*. Mentre in alcune pronunce la Suprema Corte ha statuito che l'atipicità della clausola si estende al contratto di assicurazione, cosicché deve

prova della verifica del sinistro permance, cfr. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 1218.

⁽¹⁵⁾ Dette altresì «spurie» o «miste».

⁽¹⁶⁾ MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 705.

⁽¹⁷⁾ È altresì problematica la clausola, frequente nella prassi, che attribuisce all'assicuratore il diritto di recedere dalla polizza entro un determinato lasso di tempo dal momento della ricezione della richiesta risarcitoria. È infatti evidente che l'assicurato, a meno che non riesca a stipulare in tempo utile un'ulteriore polizza, che preveda la medesima copertura, sarà completamente scoperto di fronte ad ulteriori richieste risarcitorie. La problematicità di tali clausole è stata peraltro presa in considerazione dal legislatore che ha, ad esempio nel settore dell'assicurazione professionale degli avvocati, vietato la previsione di clausole che attribuiscono all'assicuratore il diritto di recedere in seguito alla denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, cfr. art. 2, comma 2, del d.m. 22 settembre 2016.

⁽¹⁸⁾ Sul punto è intervenuta l'Autorità garante della concorrenza e del mercato che ha auspicato una modifica legislativa tramite la quale si imponga alle imprese assicuratrici, nel settore della responsabilità civile professionale, di offrire anche polizze strutturate secondo il modello *loss occurrence*, cfr. parere del 4 luglio 2014, n. AS1137.

essere valutata la meritevolezza dell'intero contratto ⁽¹⁹⁾, in una recente sentenza le Sezioni Unite, ritenendo che il controllo di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., debba essere esteso anche alle singole clausole atipiche ⁽²⁰⁾, hanno valutato la meritevolezza della singola clausola.

3. LA SENTENZA SEZ. UN. CIV., 6 MAGGIO 2016, N. 9140

Il caso deciso dalle Suprema Corte con la sentenza 6 maggio 2016, n. 9140 ⁽²¹⁾, concerne la responsabilità di una struttura ospedaliera per la mancata diagnosi di una patologia. La polizza assicurativa stipulata dalla struttura prevedeva una clausola *claims made* impura, in base alla quale l'assicurato aveva diritto all'indennizzo per le richieste risarcitorie pervenute durante il periodo di efficacia dell'assicurazione, relative a fatti illeciti commessi nel medesimo lasso temporale o nei tre anni antecedenti alla stipula ⁽²²⁾. In tale sentenza la Suprema Corte affronta le principali problematiche relative alla validità ed all'efficacia della clausola *claims made*.

Innanzitutto, si esclude che la clausola sia nulla per contrarietà al disposto dell'art. 2965 c.c. ⁽²³⁾: l'iniziativa del terzo, da cui dipende l'operatività della garanzia, determina infatti la nascita del diritto all'indennizzo e non costituisce un termine di decadenza. La Suprema Corte esclude altresì che la clausola *claims made* sia vessatoria ex art. 1341, comma 2, c.c. ⁽²⁴⁾: infatti, essa non limita la responsabilità del debitore ⁽²⁵⁾, ma è volta a stabilire quali siano i sinistri indennizzabili e, quindi, a delimitare l'oggetto della garanzia. Inoltre, la Corte di cassazione riafferma che, anche qualora la previsione della clausola *claims made* sia contraria alla buona fede, tale contrarietà non può comportare la nullità della pattuizione; infatti la buona fede rileva quale criterio al quale le parti devono informare il proprio comportamento in ogni momento del rapporto contrattuale, nonché quale criterio interpretativo dell'accordo stesso, ma la sua violazione non inficia la validità dell'accordo ⁽²⁶⁾.

La Suprema Corte affronta quindi la questione relativa alla validità dell'assicurazione

⁽¹⁹⁾ In tal senso cfr. Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno resp.*, 2005, 1071, con nota di SIMONE-LANZANI; Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, 886, con nota di GAZZARA; Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 361, con nota di FERMEGLIA.

⁽²⁰⁾ Cfr. nt. 2.

⁽²¹⁾ Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, *cit.* La decisione è stata poi seguita e riaffermata nelle successive sentenze Sez. Un. civ., 2 dicembre 2016, nn. 24645 e 24646, reperibili in in *Banca dati Pluris*; Cass. civ., 28 aprile 2017, n. 10506, *ibidem*.

⁽²²⁾ Come si deduce dal testo della sentenza, il fatto lesivo si era verificato nel 1993; la durata della polizza *claims made* iniziava nel febbraio 1996 e terminava nel dicembre 1997; la richiesta di risarcimento era pervenuta alla struttura nel 2001. A prescindere dalla validità della clausola *claims*, quindi, non si riesce a comprendere come la struttura ospedaliera potesse richiedere la copertura del sinistro da parte dell'assicurazione.

⁽²³⁾ L'art. 2965 c.c. prevede la nullità del patto con il quale si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile, per una delle parti, l'esercizio del proprio diritto.

⁽²⁴⁾ Si è correttamente osservato che, da un punto di vista logico-giuridico, la valutazione circa la vessatorietà della clausola è posteriore rispetto al giudizio circa la meritevolezza del contratto, cfr. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, *cit.*, 711.

⁽²⁵⁾ Tale valutazione è altresì rilevante ai sensi dell'art. 1229 c.c.

⁽²⁶⁾ Richiamando il noto principio affermato dalle Sezioni Unite, si ribadisce che in nessun caso la violazione di regole di comportamento può comportare la nullità del contratto, ma semmai una obbligazione risarcitoria, cfr. Sez. Un. civ., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. La prima in *Danno resp.*, 2008, 525, con note di ROPPO e BONACCORSI; in *Corr. giur.*, 2008, II, 223, con nota di MARICONDA; in *Società*, 2008, 449, con nota di V. SCOGNAMIGLIO. La seconda in *Giur. it.*, 2008, II, 347, con nota di COTTINO; in *Resp. civ.*, 2008, 525, con nota di TOSCHI VESPASIANI, Entrambe in *Contratti*, 2008, 221, con nota di SANGIOVANNI. Sul punto cfr. altresì Cass. civ., 10 novembre 2010, n. 22819, Cass. civ., 22 gennaio 2009, n. 1618, Sez. Un. civ., 25 novembre 2008, n. 28056, tutte in *Banca dati Pluris*.

del cosiddetto rischio pregresso: confermando l'orientamento già seguito in precedenza ⁽²⁷⁾, asserisce che l'assicurazione di fatti potenzialmente dannosi avvenuti antecedentemente alla stipula della polizza non elimina l'alea, dato che l'assicurato non deve comunque essere a conoscenza di tali fatti (in caso contrario opererebbero gli artt. 1892 e 1893 c.c.) ⁽²⁸⁾.

La validità della *claims made* è infine valutata dal punto di vista della meritevolezza degli interessi perseguiti. La Suprema Corte, dopo aver asserito l'estendibilità di tale controllo anche alle singole clausole atipiche, svolge l'analisi in relazione al rapporto sinallagmatico tra le rispettive obbligazioni ⁽²⁹⁾, ossia tra il pagamento del premio ed il diritto all'indennizzo, valutando come la *claims made* incida la causa del contratto di assicurazione. Da un lato le Sezioni Unite prospettano l'infondatezza della questione in relazione alle clausole pure, poiché esse non prevedono limiti temporali in relazione al momento della commissione dell'illecito, dall'altro asseriscono che, relativamente alle clausole miste, occorre considerare la copertura garantita dalla singola polizza ⁽³⁰⁾.

La Suprema Corte indica poi alcuni elementi da considerare nello svolgimento del giudizio, quali l'asimmetria tra le parti (sia di potere negoziale che informativa), l'insieme della disciplina contrattuale e l'ammontare del premio corrisposto. Inoltre, qualora l'assicurato sia un consumatore, la clausola *claims made* deve essere altresì valutata in base al combinato disposto degli artt. 33 e 36 cod. cons. ⁽³¹⁾, che prevedono la nullità delle clausole che creano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto ⁽³²⁾.

Si evidenzia che nella valutazione di meritevolezza occorre considerare l'introduzione in numerosi settori dell'attività professionale dell'obbligatorietà dell'assicurazione contro la responsabilità civile ⁽³³⁾. Considerato che la previsione dell'obbligo di assicurarsi è stato posta a tutela del terzo danneggiato, che a causa dell'incapienza del patrimonio del profes-

⁽²⁷⁾ Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 712 ss.; Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7273, *cit.*; Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, *cit.*

⁽²⁸⁾ Il rischio assicurato si concretizza infatti in maniera progressiva, dato che esso non si esaurisce nella mera condotta illecita, ma occorre altresì che il danneggiato effettui la richiesta risarcitoria, cfr. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni: produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 64 ss., 142 ss. Tale conclusione è altresì rafforzata dalla previsione di cui all'art. 514 cod. nav., che prevede espressamente la possibilità di assicurare il rischio putativo, cfr. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010.

⁽²⁹⁾ Già la sentenza Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, *cit.*, aveva prospettato possibili problematiche relative alla validità della clausola, la quale potrebbe causare il venir meno del rapporto di corrispettività tra le reciproche obbligazioni.

⁽³⁰⁾ Ad esempio, all'approssimarsi della scadenza dell'operatività della polizza il sinallagma è destinato a ridursi considerevolmente, occorre altresì considerare che, qualora la copertura si estenda anche al rischio pregresso, il sinallagma persisterà quantomeno per le condotte realizzate antecedentemente alla conclusione del contratto, per cui il sinallagma non si può considerare assente. Tale osservazione non è però pertinente in relazione a polizze volte a manlevare l'assicurato dalla responsabilità professionale: qualora questi abbia appena iniziato la professione non ha evidentemente alcun interesse alla garanzia relativa al rischio pregresso.

⁽³¹⁾ Sul tema cfr. ALPA-PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997.

⁽³²⁾ Le Sezioni Unite specificano che lo scrutinio previsto dal Codice del consumo richiede un livello di alterazione dell'elemento causale minore rispetto al giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c.

⁽³³⁾ Il d.l. n. 138/2011, art. 3, comma 5, convertito con legge n. 148/2011, ha previsto che nella riforma degli ordinamenti professionali occorre disporre l'obbligo di assicurarsi contro la responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione. Tale obbligo è previsto, ad esempio, dalla l. 8 marzo 2017, n. 24, art. 10, in ambito sanitario, dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189, sempre relativo agli esercenti le professioni sanitarie, nonché dal d.m. 22 settembre 2016, relativo all'esercizio della professione forense. Peraltro, a fronte di tale obbligo non è stato previsto un corrispettivo obbligo a contrarre per le imprese assicurative.

sionista potrebbe essere definitivamente costretto a sopportare la perdita causata dall'illecito, la Suprema Corte specifica che difficilmente possono essere ritenute meritevoli di tutela clausole che, nonostante la continuità delle polizze assicurative, espongano l'assicurato a buchi di copertura.

Qualora, all'esito della valutazione, la clausola risulti immeritevole di tutela, la conseguenza è l'applicazione del modello codicistico fissato dall'art. 1917 c.c.: ciò in base a quanto previsto sia dall'art. 1419, comma 2, c.c., sia dal principio di buona fede che, in combinato disposto con l'art. 2 Cost.: «consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Sez. Un. civ., 13 settembre 2005, n. 18128)».

4. CRITICA DELLA DECISIONE ED ANALISI DEL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA

L'aspetto maggiormente innovativo della sentenza delle Sezioni Unite concerne l'effettuazione del giudizio di meritevolezza sulla singola clausola. Così come nel caso dello scrutinio di meritevolezza su un contratto atipico⁽³⁴⁾, anche quello su di una clausola è svolto in relazione alla causa concreta del contratto⁽³⁵⁾; nel caso di specie la clausola *claims made*, pur non modificando la causa dell'accordo⁽³⁶⁾ — che rimane lo scambio tra lo spostamento del rischio ed il pagamento del premio — altera il rapporto tra le rispettive prestazioni.

Tramite l'art. 1322, comma 2, c.c., si analizza come la clausola atipica si inserisca nel contratto: si esamina quindi l'effettiva struttura dello scambio, verificando se la clausola alteri, e in che maniera, il sinallagma dell'accordo⁽³⁷⁾. Tuttavia, rispetto al giudizio di meritevolezza dell'intero contratto, risulta notevolmente più complicato stabilire quando l'incisione della corrispettività delle prestazioni sia tale da causare l'invalidità della clausola. Nel primo caso, infatti, ciò che rende immeritevole il contratto è l'assoluto squilibrio tra le reciproche prestazioni, tale per cui una parte riceve sicuri benefici, mentre l'altra non percepisce alcuna utilità; lo scambio contrattuale è irrazionale secondo i paradigmi di mercato, in quanto si risolve in uno spostamento di ricchezza a senso unico da un contraente all'altro (nei casi decisi dalla Corte di cassazione, dall'investitore non professionale alla banca)⁽³⁸⁾. La clausola *claims made*, invece, non determina questa completa irrazionalità dello scambio, poiché un contratto di assicurazione che presenti detta clausola, anche impura, fornisce comunque una determinata copertura all'assicurato.

A fronte di tale constatazione, l'interprete deve distinguere i casi in cui la clausola, pur alterando l'equilibrio delle prestazioni, risulta comunque meritevole di tutela, dai casi in cui questa incide la causa del contratto di assicurazione a tal punto da risultare immeritevole. La sentenza 6 maggio 2016, n. 9140, indica alcuni elementi da considerare: l'asimmetria

⁽³⁴⁾ Cfr. nt. 4.

⁽³⁵⁾ Cfr. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, III, 559 ss. Il giudizio di meritevolezza è stato esperito secondo tali criteri anche in Sez. Un. civ., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Banca dati Pluris*.

⁽³⁶⁾ LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in questa *Rivista*, 2014, 833 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. anche Sez. Un. civ., 17 febbraio 2017, n. 4222, *cit.*

⁽³⁸⁾ Cfr. nt. 4.

informativa e di potere negoziale tra le parti, l'entità del premio corrisposto, nonché ulteriori caratteristiche dello specifico contratto concluso dalle parti. Emerge quindi come la valutazione abbia ad oggetto lo squilibrio tra le reciproche obbligazioni.

Tuttavia, non si precisa quale sia il parametro in relazione al quale questi devono essere valutati, ossia non chiarisce quale sia il livello di incisione dell'equilibrio causale che comporta l'agiuridicità della clausola. Né pare un elemento sufficiente quello indicato nella parte finale della sentenza, laddove si afferma che «il giudizio di idoneità della polizza difficilmente potrà avere esito positivo in presenza di una clausola *claims made*, la quale, comunque articolata, espone il garantito a buchi di copertura». È infatti chiaro che il rischio del buco di copertura, nel caso di clausola *claims made* impura, sussiste pressoché in ogni caso, a meno che la polizza non preveda una retroattività talmente ampia da includere tutti i potenziali eventi dannosi per i quali non sia già maturata la prescrizione. Inoltre, l'assicurato può risultare esposto al buco di copertura anche nel caso di clausola *claims made* pura⁽³⁹⁾: la precedente asserzione contrasta quindi con l'orientamento, al quale la Cassazione sembra invece aderire, secondo cui non si pone alcun problema di meritevolezza in relazione alle clausole pure.

La valutazione della meritevolezza di tutela è ulteriormente complicata dal fatto che la possibile esposizione dell'assicurato a buchi di copertura ha delle conseguenze non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche nei confronti dei terzi danneggiati. Ciò è particolarmente rilevante nei settori per i quali è stato introdotto l'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio di una determinata attività: come sottolineato dalla Suprema Corte tale obbligo è previsto non tanto a protezione dell'assicurato, quanto piuttosto a tutela del terzo eventualmente danneggiato, in considerazione del fatto che il patrimonio del danneggiante potrebbe risultare incapiente rispetto all'integrale risarcimento del danno.

Di conseguenza, il giudizio *ex art.* 1322, comma 2, c.c., sulla singola clausola risulta estremamente complicato a causa della difficoltà di distinguere il limite tra contratto non conveniente per uno dei contraenti — la cui valutazione è rimessa alle parti e non è sindacabile dal giudice⁽⁴⁰⁾ — e contratto imposto da un contraente forte a quello debole, il cui squilibrio è tale da incidere la causa dello stesso.

La decisione della Corte di cassazione, non indicando criteri precisi per individuare tale limite, demanda al singolo giudice la decisione circa il livello di incisione della causa dal

⁽³⁹⁾ GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 944. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 11, in *Contratti*, 2010, 371. In alcune professioni (caso emblematico è quello dell'avvocato), considerata la peculiarità degli eventi dannosi che possono verificarsi, è assai probabile che il professionista venga a conoscenza dell'errore. Qualora vi sia una successione temporale di polizze tra il momento in cui l'assicurato è venuto a conoscenza dell'errore e quello in cui gli è pervenuta la richiesta risarcitoria, opererà l'art. 1892 c.c., che prevede l'annullabilità del contratto di assicurazione qualora l'assicurato abbia formulato, con dolo o colpa grave, dichiarazioni inesatte o reticenze tali per cui l'assicuratore non avrebbe fornito il proprio consenso, o lo avrebbe fornito a condizioni differenti se avesse conosciuto il vero stato delle cose. Tali considerazioni evidenziano che l'assicurato rischia di non essere coperto contro eventi dannosi, nonostante la stipulazione di una serie continua di polizze, anche con la clausola *claims made* pura. Sul tema, circa la responsabilità dell'avvocato, cfr. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2017, 159 ss.

⁽⁴⁰⁾ M. BARCELLONA, «*La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 506.

quale discende l'immeritevolezza. Ciò, se da un lato consente di esaminare le concrete circostanze dello specifico caso e di analizzare gli effetti della clausola *claims made* sull'accordo, dall'altro determina una notevole imprevedibilità delle decisioni giudiziali. Ne sono un esempio le pronunce di merito successive alla sentenza 6 maggio 2016, n. 9140, che hanno applicato i principi enunciati dalla Cassazione in maniera ambigua e contraddittoria ⁽⁴¹⁾.

5. L'INTERVENTO GIUDIZIALE SU SINGOLE CLAUSOLE DEL CONTRATTO: LA DISCIPLINA COMUNITARIA

La decisione della Suprema Corte, pur costituendo un'originale applicazione dell'art. 1322, comma 2, c.c., si inserisce all'interno di un più ampio percorso di evoluzione normativa, nel corso del quale sono stati introdotti numerosi strumenti di controllo dell'equilibrio contrattuale, in particolare in applicazione della disciplina comunitaria ⁽⁴²⁾. Al fine di valutare la portata dell'estensione del giudizio *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, alle singole clausole e comprendere il contesto nel quale è maturata, nonché di valutare possibili parametri e criteri applicativi, occorre brevemente evidenziare i caratteri fondamentali di tale percorso.

La normativa di matrice comunitaria, centro propulsivo di tali innovazioni, ha disposto una serie di controlli sul contratto volti alla protezione di un contraente considerato in posizione di debolezza a causa di asimmetrie informative o di potere negoziale ⁽⁴³⁾, al fine di assicurare il corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale. Per quanto qui più interessa, si rileva che sono numerosi i casi in cui norme di derivazione comunitaria dispongono la nullità o inefficacia di singole clausole del contratto, prevedendo un intervento giudiziale di tipo modificativo sull'accordo.

Alcuni degli esempi più rilevanti, senza alcuna pretesa di completezza, sono i seguenti: gli artt. 33, comma 1, e 36, comma 1, cod. cons., che prevedono la nullità delle clausole che generino un eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto concluso da consumatori; l'art. 9, comma 3, l. 18 giugno 1998, n. 192, che prevede la nullità del patto tramite cui si realizzi l'abuso di dipendenza economica; l'art. 7, comma 1, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, che prevede la nullità delle clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero gravemente inique in danno del creditore ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Ad esempio, Trib. Milano, 9 giugno 2016, in *Insurance Daily*, 29 giugno 2016, con nota di MARTINI, ha giudicato immeritevole una clausola *claims made* spuria priva di irretroattività. Trib. Monza, 16 giugno 2016, ha ritenuto immeritevole una clausola *claims made* della quale non è possibile comprendere, dal testo della sentenza, la portata. Trib. Livorno, 27 luglio 2016, in *Banca dati Pluris*, ha ritenuto immeritevole una clausola *claims made* mista. Invece, App. Torino, 14 luglio 2016; Trib. Napoli, 20 giugno 2016; Trib. Milano 23 agosto 2016, reperibili in *www.iusexplorer.it*, hanno giudicato clausole *claims made* spurie meritevoli di tutela. In alcune sentenze si è invece evitato di effettuare il giudizio di meritevolezza, cfr. Trib. Milano, 7 luglio 2016; Trib. Monza 18 luglio 2016; Trib. Benevento 31 maggio 2016.

⁽⁴²⁾ M. BARCELLONA, *Della causa*, Padova, 2015, 569.

⁽⁴³⁾ FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contratto impr.*, 2013, I, 72 ss.; LABELLA, *Tutela della microimpresa e "terzo contratto"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 882 ss.

⁽⁴⁴⁾ Tra le ulteriori disposizioni che prevedono la nullità di specifiche pattuizioni cfr. l'art. 6, l. 18 giugno 1998, n. 192; gli artt. 67-*octiesdecies*, 94, comma 3, e 134 cod. cons.; gli artt. 64-*sexies*, comma 3, e 102-*ter*, comma 4, l. 22 aprile 1941, n. 633.

Prendendo le distanze dal presupposto teorico dei codici liberali di stampo Ottocentesco, secondo cui il contratto è concluso da due parti astrattamente poste su un piano di uguaglianza e l'accordo è, per definizione, frutto della piena e libera volontà dei contraenti⁽⁴⁵⁾, si considera il concreto contesto in cui si svolge la contrattazione⁽⁴⁶⁾. Assume rilevanza il fatto che questa possa essere soggetta a *market failures* che non permettono al dispositivo concorrenziale di funzionare correttamente⁽⁴⁷⁾ e, quindi, non consentono la massimizzazione del valore di ogni transazione. Di conseguenza si introducono disposizioni volte a correggere le problematiche che non permettono alla contrattazione di svolgersi liberamente⁽⁴⁸⁾ ed al meccanismo del prezzo di garantire la migliore allocazione delle risorse⁽⁴⁹⁾. Mettendo almeno parzialmente in discussione la concezione unitaria del contraente⁽⁵⁰⁾, si accresce la protezione di determinati soggetti considerati deboli, così da ridurre i costi di transazione causati dagli ostacoli alla concorrenza e all'utilizzo razionale del potere di scelta⁽⁵¹⁾. In questa prospettiva, si interviene sul contratto al fine di conformare lo scambio a quello che sarebbe stato concluso in condizioni di concorrenza ideale⁽⁵²⁾.

Prescindendo da valutazioni circa l'adeguatezza di tale approccio rispetto all'obiettivo di massimizzare il benessere generale⁽⁵³⁾, occorre mettere in risalto il passaggio da un sistema che ha come presupposto la libera determinazione delle parti ad un sistema che prende in considerazione la differenza tra i contraenti ed il fatto che l'accordo non sia in ogni sua parte il frutto di un consenso libero e pieno e, di conseguenza, intangibile⁽⁵⁴⁾. Queste innovazioni

⁽⁴⁵⁾ NIVARRA, *Capitalismo e diritto privato*, Napoli, 2010, 102 ss.; PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, III, 879 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 367 s.; SEFTON-GREEN, *La cause ou la justice à l'aune du juge*, in *Regards Comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de Cartwright, Vogenauer et Whittaker, Paris 2010, 133 s. In generale, circa il dibattito sull'autonomia contrattuale, ALPA, *Le 'autonomie contrattuali' tra mercato e persona*, in ALPA-ROPPA (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, Roma-Bari, 2013, 204 ss.

⁽⁴⁶⁾ DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2015, III, disponibile a: <http://rivistaodc.eu/edizioni/2015/3/saggi/sulle-tracce-di-una-vecchia-talpa-il-diritto-commerciale-nel-sistema-neoliberale/>; SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, cit. 261; ID., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 293 s.

⁽⁴⁷⁾ FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., 73 ss.; DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in *Ars interpretandi*, 2013, II, 46 ss.

⁽⁴⁸⁾ SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, cit., 263 s.

⁽⁴⁹⁾ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 575; MONATERI, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 491.

⁽⁵⁰⁾ VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in SCALISI (a cura di), *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Milano, 2007, 611 s., 617; BATTIELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto meramente di specialità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 437 ss.

⁽⁵¹⁾ DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, cit., 56 ss.; per un esempio di tale approccio cfr. diffusamente WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, New York, 1996; ID., *The lens of contract: private ordering*, in *American economic review*, 2002, 92(2), 438 ss.

⁽⁵²⁾ M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 579 s.

⁽⁵³⁾ Per una critica radicale di tale impianto ideologico cfr. D. CAMPBELL, *Welfare economics for capitalists: the economic consequences of judge Posner*, in *Cardozo law review*, 2012, 33(6), 2233 ss.; D. HARVEY, *A brief history of neoliberalism*, Oxford, 2005; DARDOT-LAVAL, *La nouvelle raison du monde*, Paris, 2010.

⁽⁵⁴⁾ Circa la razionalità comportamentale dell'agente privato cfr. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in MAUGERI-ZOPPINI (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 16 ss. Per una critica del modello dell'agente razionale cfr. KAHNEMAN-TVERSKY, *Prospect*

sono altresì al centro dalle riflessioni sviluppatesi circa il terzo contratto ⁽⁵⁵⁾ ed il contratto asimmetrico ⁽⁵⁶⁾: le due teorie, pur presentando rilevanti differenze in relazione ai presupposti e, di conseguenza, ai riflessi pratici ⁽⁵⁷⁾, mettono tuttavia in luce le variazioni intervenute nel diritto contrattuale contemporaneo ed il mutamento di prospettiva della disciplina comunitaria.

Tale evoluzione normativa, finalizzata alla regolazione del mercato concorrenziale ⁽⁵⁸⁾, comporta anche l'introduzione di disposizioni che prevedono l'intervento giudiziale su singole clausole dell'accordo ⁽⁵⁹⁾, le cui specificità e finalità devono essere considerate in ogni singolo caso, poiché esse sono parametrizzate sugli specifici fallimenti del mercato che si intende correggere ⁽⁶⁰⁾. In linea generale, tuttavia, si può affermare che l'intervento giudiziale sul contratto previsto da questa disciplina ha una finalità conformativa dell'accordo rispetto all'equilibrio che, in assenza di distorsioni del mercato stesso, sarebbe stato rag-

theory: an analysis of decision under risk, in *Econometrica*, 1979, 47(2), 263 ss.; KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, London, 2011. Circa l'eterodeterminazione del comportamento del soggetto cfr. LORDON, *Capitalisme, désir et servitude*, Paris, 2010.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. i contributi in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; SIRENA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e tecniche di regolazione del mercato*, Milano, 2006; NAVARRA, *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, Napoli, 2015; FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

⁽⁵⁶⁾ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 769 s.; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss.; ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 65 ss.; BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, Ann., V, Milano, 2012, 370 ss.

⁽⁵⁷⁾ ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., 695 ss.; e più diffusamente in ID., *Ancora su contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito, con qualche elemento di novità*, in ALPA-ROPPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista*, cit., 178 ss.; PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, II, 414 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 365 ss.; NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per c.d. terzo contratto*, in *Contratto impr.*, 2016, 986 ss.

⁽⁵⁸⁾ FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, cit., 73 ss.; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore, e contratti asimmetrici (con postilla sul « terzo contratto »)*, cit., 697; SOMMA, *Private law as biopolitics: ordoliberalism, social market economy, and the public dimension of contract*, in *Law and contemporary problems*, 2013, 76, 105 ss.; E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, I, 33 ss.; ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai « codici di settore » (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 136 ss.; ID., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, cit., 9 ss.; ID., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, cit., 379; SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 415 ss.; FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, cit., 65 ss.

⁽⁵⁹⁾ In SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 418 ss., si evidenzia come anche i contratti conclusi da consumatori sono contratti commerciali, la cui disciplina rileva per la regolazione del mercato. Cfr. altresì D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, 100 ss. Peraltro, è il preambolo stesso della Direttiva 93/13/CEE ad indicare come l'eliminazione delle clausole abusive sia funzionale alla creazione del mercato interno.

⁽⁶⁰⁾ DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, cit., 60 ss.; LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto impr.*, 2009, I, 81 ss.; NAVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 97 ss.; BATELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto meramente di specialità*, cit., 453 s.

giunto dalle parti ⁽⁶¹⁾. Tali disposizioni, che permettono di modificare il rapporto di corresponsività tra le obbligazioni dei contraenti, tutelano il mercato concorrenziale anche promuovendo la correttezza e l'equilibrio dello scambio ⁽⁶²⁾.

6. L'INTRODUZIONE DI UN CONTROLLO GENERALE SULLE CLAUSOLE DEL CONTRATTO NEL *CODE CIVIL*

Queste innovazioni normative, limitate a specifici settori, hanno tuttavia influenzato il diritto comune dei contratti, agendo sulla struttura ed i principi dei diritti nazionali, come emerge chiaramente, ad esempio, dalla recente riforma del *Code Napoléon*. Già prima della riforma la dottrina dibatteva della « crisi del contratto » e del postulato liberale dell'autonomia della volontà ⁽⁶³⁾, messo in discussione da interventi di tipo modificativo dell'accordo ⁽⁶⁴⁾ — sia legislativi, sia giudiziali, sia di autorità indipendenti ⁽⁶⁵⁾ — e dalla ricerca di un equilibrio minimo tra le prestazioni, collegato alla tutela della concorrenza ⁽⁶⁶⁾. La riforma del diritto contrattuale francese, prendendo dichiaratamente come modelli ⁽⁶⁷⁾ i progetti di armonizzazione del diritto dei contratti di origine europea e transnazionale ⁽⁶⁸⁾, conferma tale tendenza.

In relazione a ciò che qui interessa, il controllo giudiziale del contratto, anche tramite l'intervento su singole pattuizioni — già manifestatasi nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale relativa a determinati istituti di diritto comune ⁽⁶⁹⁾ — è attualmente previsto da disposizioni concernenti la validità di singole clausole ⁽⁷⁰⁾, che deve essere valutata in

⁽⁶¹⁾ M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 46 ss. In relazione alla funzione conformativa dell'accordo, GITTI, *La determinazione del contenuto*, in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit., 83 ss., sottolinea come anche l'intervento esterno sull'oggetto dei contratti di impresa permetta di conformarne il contenuto con finalità eterogenee.

⁽⁶²⁾ ALPA, *La disciplina della concorrenza e la correttezza nell'attività commerciale*, in *Econ. dir. terziario*, 2002, 359 ss.; E. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, cit., 57 ss. Inoltre, senza voler affrontare un tema che meriterebbe una trattazione a sé stante, si noti che anche la valorizzazione della clausola di buona fede permette un intervento eteronomo sul contratto, comprimendo l'autonomia contrattuale qualora essa sia stata esercitata in maniera inconciliabile con la razionalità mercantile, cfr. M. BARCELONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 319 ss.; Id., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 263 ss.; D'ANGELO-MONATERI-SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, cit., 95 ss. Circa buona fede, equità e mercato cfr. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto impr.*, 1999, I, 85 ss.

⁽⁶³⁾ JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin, Mazeaud, Paris, 2003, 8 ss.

⁽⁶⁴⁾ JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction*, 22 ss.

⁽⁶⁵⁾ FAGES, *Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la « chose » des parties?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin, Mazeaud, Paris, 2003, 154 ss.

⁽⁶⁶⁾ MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin, Mazeaud, Paris, 2003, 138 ss.

⁽⁶⁷⁾ Sono altresì indicati il *projet Terré* e l'*avant-projet Catala* e le norme di elaborazione giurisprudenziale.

⁽⁶⁸⁾ Si fa riferimento, in particolare, ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti, al *DRAFT Common Frame of Reference*, ai Principi Unidroit ed al codice Gandolfi.

⁽⁶⁹⁾ In particolare, tramite il giudizio causale, cfr. SEFTON-GREEN, *La cause ou la justice à l'aune du juge*, cit. 141.

⁽⁷⁰⁾ BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2016, II, 259 ss. L'autore osserva come la prevalenza delle sanzioni parziali, tese a modificare ed a conservare il contratto, si manifesti altresì nelle disposizioni concernenti l'esecuzione del contratto ed i rimedi

relazione agli effetti delle stesse sull'operazione economica ⁽⁷¹⁾ divisa dalle parti. Una breve analisi di due disposizioni introdotte con la riforma permette di evidenziare come siano stati inseriti, in un ordinamento affine a quello italiano, controlli generalizzati su singole clausole dell'accordo e, di conseguenza, di cogliere possibili punti di contatto con il giudizio di meritevolezza così come effettuato dalle Sezioni Unite.

L'attuale art. 1170 *code civil* dispone che: «Ogni clausola che privi di contenuto l'obbligazione essenziale del debitore deve reputarsi come non scritta» ⁽⁷²⁾. Si prevede ⁽⁷³⁾ quindi la possibilità, tramite l'intervento giudiziale, di eliminare le clausole del contratto che vanifichino l'obbligazione principale del debitore ⁽⁷⁴⁾. Tale obbligazione è la ragione per la quale l'altro contraente si vincola; da questo punto di vista, quindi, una clausola che privi di contenuto l'obbligazione essenziale fa venire meno la ragione stessa dell'impegno dell'altra parte ⁽⁷⁵⁾. La disposizione è volta a preservare un equilibrio minimo tra le obbligazioni dei contraenti, al fine di salvaguardare il nucleo dello scambio. Come ha rilevato la dottrina, nonostante con la riforma si sia eliminata dai requisiti del contratto la causa, la norma

previsti in caso di inadempimento, tra cui cfr. l'art. 1195 *code civil*, che introduce la fattispecie dell'*imprévision*; in chiave critica cfr. LAITHIER, *Comment le hardship s'invite à tort en droit français*, in *Chron. Revue des contrats*, 2015, III, 458 ss.

⁽⁷¹⁾ Dando altresì rilevanza al contesto ed alle modalità con cui il contratto è stato concluso, cfr. BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., 254.

⁽⁷²⁾ Traduzione dell'autore. Il testo francese della disposizione è il seguente: «*toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*». La disposizione è rimasta invariata rispetto al *projet de réforme*. Essa era prevista altresì nell'*avant-projet Catala* agli artt. art. 1121, al. 3; art. 1125, al. 2 e nel *projet Terré* all'art. 78.

⁽⁷³⁾ Occorre peraltro sottolineare la vaghezza del testo legislativo, che non specifica cosa sia la *substance* dell'obbligazione e non indica parametri e criteri di valutazione al fine di comprendere quando essa sia vanificata, cfr. DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *Revue des contrats*, 2015, 759; sull'ambiguità di alcuni termini introdotti dalla riforma cfr. GENICON, *Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, *ibidem*, 630 ss.

⁽⁷⁴⁾ Come indicato nel *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* e anche dalla dottrina (DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, cit., 759) la disposizione codifica l'elaborazione giurisprudenziale derivante dall'*affaire Chronopost* (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, in *Rec. Dalloz*, 1997, p. 121, obs. Sériaux; in *JCP*, 1997, 4025, obs. Viney et Fabre-Magnan) nel quale si era stabilita la nullità di una clausola che limitava in maniera eccessiva la responsabilità del debitore. Le decisioni successive a tale sentenza erano state estremamente differenti e perfino contraddittorie, fino alla sentenza Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, in *Revue des contrats*, 2010, 1253, obs. Deshayes; *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1832, obs. Mazeaud; *JCP* 2010, 787, obs. Houtcieff; in *JCP E*, 2010, 1790, obs. Stoffel Munck; in *Contr. conc. cons.*, 2010, comm. n° 220, obs. Leveneur, nella quale si è stabilito che si reputa non scritta solamente la clausola limitativa della responsabilità, tale da vanificare la portata dell'obbligazione principale. Sull'*arrêt Chronopost* ed il controllo giudiziale del contratto cfr. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?*, in *Rec. Dalloz.*, 2010, 1832 ss.; SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale en droit franco-anglais*, Paris, 2000; MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?*, in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Jamin, Mazeaud, Dalloz, 2003, 143 ss.; CHAZAL, *Théorie de la cause et justice contractuelle: à propos de l'arrêt Chronopost*, in *Semaine Juridique G.*, n° 29, 15 juillet 1998, 152.

⁽⁷⁵⁾ CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, in *Revue des contrats*, 2015, 656, 659. Sulla causa come ragione dell'impegno della parte cfr. MONATERI, *Ripensare il contratto; verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 416.

richiama un elemento del controllo causale ⁽⁷⁶⁾, poiché valuta come la singola clausola incida sull'obbligazione principale del debitore ⁽⁷⁷⁾.

Inoltre, si amplia notevolmente la portata del controllo della clausola sia rispetto alle applicazioni del controllo causale precedenti alla riforma ⁽⁷⁸⁾, sia rispetto ai controlli introdotti dalla disciplina comunitaria, che concernono determinate categorie di soggetti o determinati settori. L'art. 1170 *code civil* ha infatti una portata generale, poiché può trovare applicazione in relazione ad ogni clausola, a prescindere dal tipo contrattuale o dalla qualità dei contraenti ⁽⁷⁹⁾.

L'art. 1170 *code civil* presenta numerosi punti di contatto con il giudizio di meritevolezza effettuato sulla singola clausola atipica: la clausola è valutata in relazione all'operazione economica divisata ed agli effetti che ha sullo scambio convenuto. Tale valutazione, i cui criteri e parametri non sono definiti con precisione, è rimessa all'organo giudicante, il cui intervento è finalizzato a preservare l'effettività dell'obbligazione principale.

Limitatamente alle condizioni generali predisposte da uno dei contraenti ⁽⁸⁰⁾, l'ordinamento francese ha altresì generalizzato il controllo sull'eccessivo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni dei contraenti generato da una clausola. L'art. 1171 prevede che: « In un contratto per condizioni generali predisposte da uno solo dei contraenti, ogni clausola che crea uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni dei contraenti deve ritenersi come non scritta.

La valutazione dello squilibrio significativo non può concernere «né l'oggetto principale del contratto, né l'adeguatezza del prezzo rispetto alla prestazione» ⁽⁸¹⁾.

La disposizione, che deriva da una norma del Codice del consumo ⁽⁸²⁾ e da una del Codice del commercio ⁽⁸³⁾, permette al giudice di valutare gli effetti di una clausola in relazione ai diritti ed alle obbligazioni che essa genera per le parti, così da reprimere squilibri che risultino eccessivi. Lo squilibrio non deve essere valutato né in relazione all'adeguatezza del prezzo, né all'oggetto del contratto: aderendo alla teoria neoliberale, che considera il sistema dei prezzi quale strumento che, se in grado di funzionare correttamen-

⁽⁷⁶⁾ Circa la riproduzione del giudizio causale sul contratto tramite alcune disposizioni introdotte con la riforma cfr. BARBIER, *La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat »*, in *Chron. Rev. trim. dr. civ.*, 2016, 614; BASSILANA, « Déséquilibre significatif: entre droit des pratiques restrictives et droit commun des contrats en France », in *Dir. comm. int.*, 2016, 407 ss.

⁽⁷⁷⁾ DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, cit., 759 s. Più in generale, circa la teoria della *cause contrepartie*, cfr. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006, 111 ss.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. nt. 72.

⁽⁷⁹⁾ La disposizione prevede quindi un controllo più ampio rispetto a quello sviluppato dalla elaborazione giurisprudenziale successiva all'*arrêt Chronopost*, che aveva previsto un controllo simile solo in relazione alle clausole limitative della responsabilità del debitore.

⁽⁸⁰⁾ Nel *projet d'ordonnance* era previsto che la disposizione non si riferisse solamente ai contratti in serie, ma a tutti i contratti.

⁽⁸¹⁾ Traduzione dell'autore. Il testo francese della disposizione è il seguente: « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

⁽⁸²⁾ Cfr. art. L. 212-1 (precedentemente L. 132-1) *code de la consommation*.

⁽⁸³⁾ Cfr. art. 442-6 *code de commerce*.

te, permette la migliore allocazione delle risorse⁽⁸⁴⁾, la norma vuole garantire l'operatività della dinamica concorrenziale e la repressione delle clausole che rendano il prezzo non trasparente⁽⁸⁵⁾.

Occorre peraltro notare che gli artt. 1170 e 1171 *code civil* presentano la medesima *ratio*, diretta alla repressione di clausole che alterino sensibilmente l'equilibrio del contratto, o privino lo scambio della sua ragion d'essere, mentre la differenza risiede solamente nel grado di intensità di tutela da accordare al contraente svantaggiato (maggiore nel caso di condizioni generali predisposte da uno dei contraenti). Ciò emerge anche dal dibattito sviluppatosi in relazione al testo del progetto di riforma, in cui il controllo di cui all'originaria versione dell'art. 1171 (nel progetto art. 1169) non era limitata ai soli contratti le cui condizioni sono predisposte da uno solo dei contraenti. La dottrina ha rilevato che, qualora il testo di tale disposizione non fosse stato modificato, l'art. 1170 (nel progetto art. 1168) sarebbe risultato inutile, in quanto i casi in cui questo sarebbe stato applicabile sarebbero comunque ricaduti nel campo di operatività dell'art. 1171⁽⁸⁶⁾.

Nel solco dell'evoluzione giuridica sopra evidenziata, i controlli su singole clausole, relativi all'alterazione dello scambio ed all'eccessivo squilibrio delle prestazioni, si sono espansi da singole normative di settore fino a divenire parte integrante del diritto comune dei contratti, assumendo una portata generale. Emerge quindi una propensione alla ricerca di equilibrio tra le obbligazioni dei contraenti⁽⁸⁷⁾, tramite l'ampliamento di controlli un tempo effettuati tramite il giudizio causale⁽⁸⁸⁾. Come affermato nel rapporto al Presidente della Repubblica⁽⁸⁹⁾, la riforma propone soluzioni efficaci, adatte ad un'economia di mercato, ed al tempo stesso attente all'equilibrio tra i doveri e le obbligazioni delle parti. Un'ampia analisi circa le *rationes* e la concezione del contratto su cui si basa la riforma va ben oltre l'ambito del presente scritto; in questa sede basti rilevare che proprio a causa dell'attenzione al mercato concorrenziale e dell'introduzione di disposizioni derivanti dal diritto del consumo e della concorrenza vi è chi ha asserito che la riforma propone una visione economicistica del contratto⁽⁹⁰⁾, volta a promuovere la rispondenza dell'accordo ai parametri di mercato ed alla repressione delle clausole che fuoriescano da detto schema. In questo senso, anche le disposizioni che prevedono un intervento giudiziale sul contratto, volte ad assicurare l'equilibrio tra diritti ed obbligazioni, sono finalizzate alla tutela della concorrenza⁽⁹¹⁾.

Infine, occorre sottolineare che le summenzionate disposizioni comportano un amplia-

⁽⁸⁴⁾ FERRARESE, *The truth of the market*, in *Reshaping markets: economic governance, the global financial crisis and liberal utopia*, ed. Lomfeld, Somma, Zumbansen, Cambridge, 2016, 321 ss.

⁽⁸⁵⁾ M. BARCELONA, *Della causa*, cit., 575-578; CHÉNÉDÉ, *L'équilibre contractuel dans le projet de réforme*, cit., 659.

⁽⁸⁶⁾ DELEBECQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *Revue des contrats*, 2015, III, 760; BROS, *Article 1169: le déséquilibre significatif*, in *Revue des contrats*, 2015, 762.

⁽⁸⁷⁾ BARBIER, *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016*, cit., 248; REVEL, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, in *D.*, 2015, 1217.

⁽⁸⁸⁾ BARBIER, *La transition en douceur de la cause vers la contrepartie, et l'entrée en scène de « l'équilibre général du contrat »*, cit., 616 ss.; Cass. civ., 1^{re}, 12 mai 2016, n° 15-12.360, in *D.*, 2016, 1076.

⁽⁸⁹⁾ RAPPORT AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, cit.

⁽⁹⁰⁾ ROUVIÈRE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *Revue des contrats*, 2016, 600 ss.

⁽⁹¹⁾ BASSILANA, *« Déséquilibre significatif »: entre droit des pratiques restrictives et droit commun des contrats en France*, cit., 392 ss.

mento del ruolo dell'organo giudicante ⁽⁹²⁾, che acquisisce poteri di controllo sul contratto sempre più penetranti ⁽⁹³⁾. La rilevanza ed i margini di operatività di tali norme si prestano infatti a molteplici interpretazioni ed applicazioni derivanti dalla sensibilità dello specifico organo giudicante ed agli interessi cui si ritiene opportuno accordare tutela nel caso concreto ⁽⁹⁴⁾.

7. RAZIONALITÀ DEL CONTROLLO E POTENZIALI CONTRADDIZIONI

Un controllo giudiziale sul contratto sempre più penetrante ed incisivo, anche su singole clausole, si presenta quindi come una tendenza generale del diritto contrattuale contemporaneo, sia a livello transnazionale e comunitario, sia a livello dei singoli ordinamenti (in particolare, di *civil law*). Tale controllo non si limita a circoscrivere i confini all'interno dei quali l'autonomia privata può operare tramite norme imperative, ma esplica una *vis* conformativa dell'accordo; esso si configura anche come vincolo positivo, come imposizione di un determinato modo di essere dello scambio. Si valuta non solo l'accordo *tout court*, ma si interviene in maniera «chirurgica» sulle singole clausole incompatibili con detto schema.

L'innovatività della decisione della Suprema Corte consiste nel fatto che, effettuando il giudizio sulla singola clausola tramite l'art. 1322, comma 2, c.c., si introduce un vaglio generale applicabile a tutti i contratti, a prescindere dalle «qualità» dei soggetti contraenti o del settore della contrattazione. Tale controllo si focalizza quindi sullo squilibrio del contratto stesso, a prescindere dalla situazione di debolezza di determinati soggetti: l'elemento centrale diviene la ricerca di un equilibrio minimo tra le reciproche obbligazioni ⁽⁹⁵⁾. L'assunto a fondamento di tale impostazione è che un contratto eccessivamente squilibrato non è stato effettivamente contrattato dalle parti, non è il frutto del consenso libero (e informato) ⁽⁹⁶⁾ di tutti i contraenti, e ciò giustifica l'intervento modificativo sullo stesso. Inoltre, sotto altro profilo, lo spostamento dal giudizio di meritevolezza dell'intero accordo a quello delle singole pattuizioni permette di conservare la validità del contratto, e quindi di preservare lo scambio realizzato tramite lo stesso.

D'altra parte, sia nei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC), sia nei Principi Unidroit, sono previste disposizioni analoghe volte ad eliminare clausole che creano squilibri eccessivi tra diritti ed obbligazioni dei contraenti ⁽⁹⁷⁾. L'art. 4:109 PDEC permette al giudice di modificare il contenuto dell'accordo secondo quanto sarebbe stato convenuto nel

⁽⁹²⁾ MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, in *Revue des contrats*, 2016, 355 ss.

⁽⁹³⁾ L'importanza del ruolo assegnato al giudice dalla riforma del *code civil* è stata evidenziata anche dalla dottrina, come testimoniano gli interventi racchiusi nel *colloque: Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats*, in *Revue des contrats*, 2016, 351 ss.

⁽⁹⁴⁾ MAZEAUD, *La place du juge en droit des contrats*, cit., 356; FENOUILLET, *Le juge et les clauses abusives*, cit., 359 ss.

⁽⁹⁵⁾ Il fatto che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto lo squilibrio tra le obbligazioni dei contraenti (squilibrio tale da incidere la causa del contratto) è confermato anche dal passaggio della sentenza Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, *cit.*, in cui si asserisce che lo stesso opera sul medesimo piano del giudizio di vessatorietà delle clausole di un contratto del consumo (benché i due giudizi, al fine di rendere la clausola nulla, richiedano un diverso grado di incisione della causa).

⁽⁹⁶⁾ Il fatto che il contraente sia informato è il presupposto affinché lo stesso possa effettuare una scelta razionale ed efficiente. Con la riforma del *code civil* è stata addirittura introdotta una disposizione che prevede un generale dovere di informazione dell'altro contraente, cfr. art. 111-2-1 *code civil*.

⁽⁹⁷⁾ M. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 269 ss.

rispetto della buona fede e della correttezza; l'art. 4110 PDEC prevede che: «una parte può annullare una clausola che non sia stata oggetto di trattativa individuale se, in contrasto con la buona fede e la correttezza, essa provoca un significativo squilibrio nei diritti e nelle obbligazioni contrattuali delle parti a danno di detta parte, tenuto conto della natura della prestazione, delle altre clausole del contratto e delle circostanze al momento in cui il contratto è stato concluso»⁽⁹⁸⁾; l'art. 3.10 Principi Unidroit dispone che una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo.

Queste norme, così come il giudizio di meritevolezza, focalizzano l'analisi non tanto sulle condizioni soggettive dei contraenti, ma sullo squilibrio oggettivo delle obbligazioni previste dal contratto che, per essere sanzionato, deve risultare eccessivo⁽⁹⁹⁾. Per quanto concerne lo scrutinio *ex art. 1322*, comma 2, c.c., come sottolineato dalle Sezioni Unite, specifici requisiti soggettivi dei contraenti devono essere valutati quali indici dello squilibrio, ma non sono di per sé condizione necessaria per l'applicazione del giudizio di meritevolezza.

Evidenziato tale contesto, si può meglio comprendere la decisione delle Sezioni Unite: lo scrutinio di meritevolezza esperito sulla clausola *claims made* è volto ad esaminare una pattuizione che può risultare estremamente penalizzante per l'assicurato — nonché pregiudizievole per i terzi danneggiati — la cui previsione deriva da una notevole asimmetria informativa e di potere negoziale tra le parti. La clausola è infatti imposta dal contraente più forte, senza che vi sia alcuna libera determinazione dell'altro contraente, alterando in maniera determinante il rapporto di scambio tra le rispettive prestazioni⁽¹⁰⁰⁾; inoltre, la stessa genera un'indebita restrizione della concorrenza e pregiudica altresì i diritti dei terzi danneggiati. Al tempo stesso, la valutazione della singola clausola mantiene in vita il contratto di assicurazione, preservando quindi l'interesse principale dell'assicurato, ossia quello di essere coperto in relazione al sinistro.

Tale approccio, tuttavia, presenta altresì alcune problematiche che sono qui solo brevemente richiamate. Occorre sottolineare che non vi sono precisi parametri e criteri secondo cui il giudizio di meritevolezza deve essere esperito, né finalità normativamente definite, contrariamente alla disciplina comunitaria esaminata, che è dichiaratamente finalizzata alla tutela del mercato concorrenziale. Di conseguenza, esso conferisce all'organo giudicante una notevole discrezionalità di valutazione — che si tramuta in incertezza circa la validità di pattuizioni, anche fondamentali, dell'accordo — in relazione al livello di incisione

⁽⁹⁸⁾ Il comma 2 dell'art. 4:110 PDEC, sulla falsariga della disciplina consumeristica, ripresa dal legislatore francese, dispone che: «Questa norma non si applica a: (a) la clausola che fissa l'oggetto del contratto, sempre che essa sia formulata in un linguaggio chiaro e intelligibile; né (b) all'adeguatezza del valore delle obbligazioni di una parte rispetto al valore delle obbligazioni dell'altra».

⁽⁹⁹⁾ ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 172 s.

⁽¹⁰⁰⁾ Si precisa che in Francia la questione relativa alla validità della clausola *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale è stata risolta con la *loi de sécurité financière* del 1° agosto 2003, con la quale è stato introdotto l'art. L 124-5 nel *Code des assurances*. Questo dispone che le clausole *claims made* non possano prevedere alcun riferimento al momento in cui si è prodotto l'evento lesivo (devono quindi essere *claims made pure*), ed impone inoltre che esse abbiano un'ultrattività di almeno 5 anni.

della causa del contratto che rende la clausola immeritevole, che varia in base agli obiettivi perseguiti tramite tale sanzione ⁽¹⁰¹⁾.

Infine, se in linea generale il giudizio di meritevolezza è volto a reprimere un eccessivo squilibrio tra diritti ed obbligazioni dei contraenti, risulta limitante l'esperirlo solamente sulle clausole atipiche. È infatti chiaro che la creazione di uno squilibrio eccessivo non deriva dalla tipicità o meno della clausola, ma dal suo contenuto ⁽¹⁰²⁾. Tale valutazione, peraltro, è conforme all'orientamento seguito dal legislatore francese, che ha esteso il controllo giudiziale ad ogni pattuizione, in relazione agli effetti che questa ha sulla struttura del contratto. Considerato il dettato normativo dell'art. 1322, comma 2, c.c., è dubbio che il controllo di meritevolezza possa essere effettuato su ogni clausola, a prescindere dalla atipicità; tuttavia, dato che il controllo di meritevolezza, come evidenziato, concerne la causa concreta del contratto ⁽¹⁰³⁾, si potrebbe esperire il medesimo giudizio sulla clausola tipica tramite l'ampliamento dell'ambito di operatività del giudizio causale ⁽¹⁰⁴⁾, così come accaduto nel contesto francese antecedentemente alla riforma.

⁽¹⁰¹⁾ Ad esempio, un controllo sul contratto volto a tutelare la concorrenza sarà diverso da un intervento di stampo solidaristico, cfr. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 521 s. ROUVIÈRE, *Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats*, in *Revue des contrats*, 2016, 603 ss., evidenzia come i giudici possano non adeguarsi alle finalità dei controlli che gli sono demandati ed effettuare tipi di ragionamento differenti. DENOZZA, *Sulle tracce di una vecchia talpa: il diritto commerciale nel sistema neoliberale*, cit., 21-23, sottolinea come in relazione alla tendenza ad accordare protezione a determinati soggetti ed a valorizzare il divieto di abuso, sia la spiegazione efficientista, sia quella moralizzante facciano riferimento all'ideologia del mercato. Sulla politicità delle decisioni giudiziali cfr. D. KENNEDY, *A critique of adjudication*, Cambridge, 1997.

⁽¹⁰²⁾ Il tipo costituisce infatti un modello organizzativo degli interessi, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 247 ss. Sulla distinzione e non sovrapposibilità di causa e tipo cfr. Id., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 231 ss.; ALPA, *La Causa e il tipo*, in G. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, I, Torino, 2006, 541 ss.

⁽¹⁰³⁾ Come rilevato dalla Suprema Corte sia in relazione ai contratti atipici, cfr. nt. 4, sia in relazione alla singola clausola atipica, cfr. Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, *cit.*

⁽¹⁰⁴⁾ ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 229.