LA CAUSA E L'INTERESSE MERITEVOLE DI TUTELA SECONDO L'ORDINAMENTO GIURIDICO

Di Massimo Franzoni

SOMMARIO: 1. Il diritto europeo dei contratti e il ruolo del giurista nazionale. – 2. La causa, la sua soppressione e altre vicende. – 3 Quasi un paradosso. – 3.1. … il 4you. – 3.2. La clausola claims made. – 4. Quasi una conclusione.

ABSTRACT. *L'abbandono del requisito della causa come elemento essenziale del contratto pone l'accento sulla dimensione funzionale del rapporto, senza sopprimere la valutazione sullo scopo del contratto e sull'interesse delle parti. Lo scritto analizza la contraddizione rispetto alle recenti pronunce in Italia che sembrano focalizzarsi sul profilo della congruità dello scambio. Il dubbio di fondo rimane quello di conciliare delle tendenze opposte in un quadro di uniformazione a livello europeo.*

The exclusion of the cause to the essential elements of the contract focuses the attention upon the execution of the contract, without abolishing an evaluation of the specific aim and scope of the negotiation. The essay analyzes the contradiction between French reform and Italian recent jurisprudence, which seems to focus the evaluation on the balance of the performances. This will produce consequences in term of European harmonization of civil law.

1. Il diritto europeo dei contratti e il ruolo del giurista nazionale

Ciò che mi riprometto di argomentare in questi pochi minuti è che quello che si definisce diritto europeo dei contratti è un sistema normativo il cui scopo è di rendere uniformi i singoli diritti interni. Questa uniformità può essere raggiunta per così dire dall'alto, ossia mediante gli strumenti normativi propri del diritto dell'Unione, ossia Regolamenti, direttive, raccomandazioni; oppure dal basso. In quest'ultimo caso è l'interprete che svolge un ruolo fondamentale nell'attribuire a norme normalmente vigenti in un certo Stato un certo significato che può essere più o meno confacente con il significato che norme analoghe hanno in altri ordinamenti.

In questo modo, è l'interprete che, nell'esercizio della sua funzione, può adoperarsi per realizzare i fini che ormai sono comuni agli ordinamenti dei Paesi dell'Unione europea: rendere tendenzialmente uniformi i diritti interni dei singoli Paesi. Al riguardo mi sembra dirimente l'art. 6, comma 3º, del Trattato sull'Unione europea, successivamente modificato, secondo il quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»[1].

Beninteso, un conto è che la uniformità per creare migliori condizioni di concorrenza sia raggiunta con gli strumenti propri del diritto dell'Unione europea (con i regolamenti, con le direttive, con le raccomandazioni); un altro conto è che si immagini di procedere verso una maggiore uniformità dei diritti dei Paesi membri, dando al diritto interno l'interpretazione più consona a quella data in altri ordinamenti sulla stessa figura giuridica. Questa seconda tecnica talvolta è incoraggiata dallo stesso legislatore nazionale che favorisce un processo di integrazione anche dal basso, come accade con l'art. 1, comma ult., l. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo il quale «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

Di norma il legislatore tace sul punto; ci si potrebbe chiedere se i tecnici debbano comunque preferire questa scelta o se, al contrario, siano tenuti a privilegiarne un'altra, più consona alle tradizioni proprie del singolo ordinamento. Oppure se sia verosimile scegliere una via ulteriore che, ferma la diversità dei singoli ordinamenti, in omaggio alla tecnica che prende atto della multiculturalità del tempo in cui viviamo, privilegi le convergenze negli effetti, seppure i presupposti e la struttura formale degli istituti siano differenti e apparentemente inavvicinabili.

Probabilmente l'uniformità dei diritti all'interno dei singoli ordinamenti è più semplice ottenerla impiegando la tecnica del diritto speciale o del diritto singolare. Così è astrattamente più semplice uniformare il diritto dei consumatori all'interno dei singoli ordinamenti, poiché questo si costruisce *ex novo*, come l'eccezione alla regola del diritto comune, rappresentata dalla disciplina sul contratto in generale di ogni ordinamento. Da questo punto di vista non mi pare decisiva la circostanza che questo diritto abbia trovato collocazione all'interno del codice civile, come è accaduto in Germania, oppure che anche la fonte disveli il proprio carattere speciale, come è accaduto in Italia, dove c'è un Testo unico chiamato Codice del consumo.

Più difficile è ottenere l'uniformità nel diritto comune: qui la cultura nazionale si è stratificata nel corso del tempo, è diventata tradizione, sicché "l'orgoglio patrio" potrebbe essere più forte e resistente alle innovazioni in favore di un'idea di Europa che a questo livello probabilmente non gode di particolari consensi. Anche se è bene dire "mai dire mai", certo non è agevolmente ipotizzabile l'abbandono dei codici nazionali approvati nel corso degli ultimi due secoli, in favore di un diritto che riposi in una fonte diversa.

Ciononostante si può intraprendere un processo di uniformazione, sul modello di quello che ha visto la nascita della convenzione di Vienna sulla vendita di cose mobili (ratificata con l. 11 dicembre 1985, n. 765). In questa convenzione, ad esempio, per regolare il passaggio dei rischi tra venditore e acquirente, si è abbandonata la regola *res perit domino*, per approdare a quella della consegna effettiva all'acquirente; resta impregiudicato il momento in cui si produce l'effetto reale, che può essere diverso da ordinamento a ordinamento. Applicare la regola *res perit domino*, seppur più aderente alla tradizione, avrebbe aperto un insanabile conflitto fra gli ordinamenti che hanno accolto il principio consensualistico (coma la Francia e l'Italia) e quelli più fedeli alla tradizione romanistica (come la Germania e l'Austria). La vicenda dalla quale nascono i conflitti, dunque, è stata così risolta.

Probabilmente occorrerà riflettere sul fatto che l'appartenenza di un Paese all'Unione europea produce per ciò stesso effetti nell'interpretazione delle norme dell'ordinamento nazionale. Così, ad esempio, il comparatista ha sempre messo in rapporto fra loro le norme della responsabilità civile di Francia,

[1]Cfr. ampiamente MENGOZZI P., *Corte di giustizia, giudici nazionali e tutela dei principi fondamentali degli stati membri*, in *Dir. Unione europea*, 2012, p. 561.

Germania e Italia, come se si trattasse di norme di stati come l'Argentina, il Brasile e l'Italia. Di conseguenza è sempre stato affermato che il diritto comparato, quando non sia oggetto di studio da parte del legislatore, ha una forte valenza culturale, non strettamente legata alla funzionalità del diritto positivo, ossia del diritto vigente. Probabilmente questa impostazione, già oggetto di fruttuose riflessioni da parte dei comparatisti, deve essere ripensata quando si tratti di esaminare le norme interne ad ogni ordinamento[2]. Si può sostenere che le norme degli altri ordinamenti aderenti all'Unione europea possono costituire una buona base di riflessione, utile per offrire la migliore interpretazione delle norme interne, così da uniformare gli ordinamenti, specie nelle parti di diritto comune, non necessariamente investite dal diritto dei regolamenti o delle direttive.

La questione è rilevante anche nell'esame del tema che mi sono ripromesso di affrontare in questa sede, legato alla causa nel modo in cui è stata (formalmente) soppressa dalla recente riforma francese, nel modo in cui, in apparenza, non è particolarmente considerata dai progetti di norme comuni per un modello di contratto di fonte comunitaria, per il modo in cui la giurisprudenza italiana impiega l'«interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322, comma 2º, c.c.), per valutare la congruità dello scambio nei contratti atipici o resi atipici dall'introduzione di una clausola rilevante.

2. La causa, la sua soppressione e altre vicende.

Nelle precedenti relazioni, tutti si sono soffermati sul fatto che la riforma del *code civil* ha soppresso la causa. Il modello di codice causalistico, famoso in tutto il modo, ha ceduto il passo rispetto al modello tedesco e rispetto al modello di Common Law, la cui *consideration* non è esattamente corrispondente alla causa di diritto continentale. Senonché, molti sistemi, molte norme presenti anche dei principi *Unidroit*, tendono a garantire che il sinallagma iniziale venga conservato nel tempo che intercorre fra il perfezionamento del contratto e la sua esecuzione. Le clausole *hardship*, *rebus sic stantibus* e altre ancora svolgono questa funzione. E proprio queste sono le clausole che la riforma francese ha introdotto nel codice riformato, pur avendo eliminato la causa dagli elementi essenziale del contratto. Sembra quasi che la domanda da porsi rispetto al contratto non sia più "a che cosa serve?"; ma sia diventata "funziona ancora come era stato pensato dalle parti all'origine?".

Beninteso, di queste norme dirette a favorire la stabilità dello scambio, se non proprio la congruità, non vi era traccia nella codificazione ottocentesca, pensata all'insegna del contratto di vendita, quindi di un contratto destinato a produrre effetti istantanei. Il modo di ragionare è cambiato: l'economia e il mercato hanno spostato il loro *focus* dalla produzione dei beni per la vendita alla fornitura dei servizi da erogarsi con un contatto necessariamente di durata o, come si dice con altro linguaggio, ad esecuzione continuata (art. 1467 c.c.). Rispetto a questi contratti la risposta che i diversi sistemi hanno trovato si è concentrata normalmente sul momento funzionale e non su quello genetico. L'equilibrio contrattuale è garantito allorquando ci sia corrispondenza fra il sinallagma genetico e quello funzionale; il miglior modo per garantirlo è stato individuato nel principio di buona fede, ancorché non sempre codificato, o nella ragionevolezza dello scambio, in una logica più prossima alla *consideration* di *Common law*.

Questa è la risposata che anche la riforma francese ha pensato per un contratto il cui atto di autonomia non è più intangibile, salvo rarissime ipotesi. Il mercato, con la propria legge della domanda e dell'offerta, non è più insindacabile e fissato al momento genetico; occorre che le dinamiche del mercato non alterino significativamente lo scambio, quindi non pregiudichino ingiustificatamente le ragioni di un contraente rispetto a quelle dell'altro. Per la verità la riforma francese si spinge oltre nel prevedere all'art. 1170 *code civil* che «ogni clausola che privi di contenuto l'obbligazione essenziale del debitore deve reputarsi come non scritta»[3].

Sono portato a pensare che alla domanda "a che cosa serve il contratto?" i giuristi francesi continueranno a dare risposta, sebbene la causa non sia più tra gli elementi essenziali di quell'atto, dopo la riforma. Del resto, seppure ad altro riguardo, il codice italiano ha codificato con il danno ingiusto (art. 2043 c.c.), l'interesse meritevole di tutela che l'ordinamento vuole proteggere, così lasciando intendere che non tutti gli interesse lesi in capo alla vittima devono ricevere protezione. Molti ordinamenti, come quello francese, o quello italiano nel codice Pisanelli del 1865, mancano dell'aggettivo ingiusto, senonché nessuno ha mai dubitato della necessità che il fatto illecito abbia prodotto una

[2] Cfr. ALPA, *L'annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 299 ss.

[3] 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 reforme*. 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.

iniuria nella sfera della vittima; l'uso del latino sta ad indicare che la questione appartiene alla tradizione, sicché trova applicazione anche se formalmente non appare nella norma, poiché appartiene ai principi della materia.

3. Quasi un paradosso.

Tra le ragioni che gli addetti ai lavori hanno indicato a sostegno della scelta compita dal legislatore francese, ne segnalo due. La prima è che la funzione sociale del contratto, la causa così indicata nella relazione al cod. civ., e riprodotta meglio articolata nelle riflessioni di Betti[4], è sempre stata un poco opaca. Secondo questa opinione, qualche elemento di chiarezza si è aggiunto in corso d'opera, quando da "sociale", la causa è diventata "concreta", quindi è stata definita più vicina alla effettiva operazione economica, ma ugualmente resta qualche elemento di incertezza[5]. C'è poi una seconda ragione che è stata indicata per spiegare la scelta, ossia che anche i codici fungono da modelli per altre legislazioni o codificazioni. La tendenza generale oramai va nel senso di abbandonare la causa dagli elementi del contratto, vuoi per l'influenza culturale del modello tedesco, vuoi perché la *consideration* di *common law* non si identifica con la causa. Insomma sembra che il mercato trovi rimedio ai conflitti sorti dal contratto fra le parti o con i terzi, con rimedi che prescindono dall'impiego dalla causa, quindi dalla sanzione della nullità.

Probabilmente in queste critiche c'è anche il riflesso del dibattito apertosi verso la fine del secolo scorso, in seguito al fenomeno delle privatizzazioni; il risultato è stato il favore verso un modello di liberismo molto fiducioso nel funzionamento delle regole del mercato, molto poco propenso a funzionalizzarne l'andamento per realizzare fini diversi da quelli propri dell'atto. La necessità di liberare l'economia dal peso che l'intervento pubblico dello Stato aveva assunto nei Paesi occidentali ha forse fatto perdere di vista che «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2º, cost.). In sostanza l'idea che il lavoro sia il mezzo per tenere unito il tessuto della società civile fatto di individui e che, quindi, l'autonomia privata sia lo strumento immediato per garantire questa coesione è stato posto in secondo piano.

La necessità di liberare l'economia dal peso dello Stato ha messo in secondo piano l'idea che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2º, cost.). Insomma l'idea di riportare al privato tutta l'attività economica, abbandonando il pubblico, ha reso evanescente la socialità del singolo atto di scambio, quindi la funzione che la causa come elemento essenziale del contratto potrebbe aggiungere alla volontà e all'oggetto dell'art. 1325 c.c.. Di modo che, di fronte alla prima difficoltà apparentemente terminologica, consistente in una perdita di significato del concetto di causa del contratto, la risposta di una larga parte di interpreti è andata nella direzione di volerla abbandonare dal linguaggio giuridico.

Con queste premesse le conclusioni potrebbero essere presto raggiunte: si abbandona la causa, si focalizza l'attenzione sull'aspetto funzionale del contratto, così da proteggere l'interesse dei contraenti, tradizionalmente collegato alla necessità di garantire quella solidarietà sociale (art. 2 cost.) che, nella buona fede contrattuale (ad es. art. 1375 c.c.), ha trovato una adeguata espressione. Queste conclusioni trovano nella recente riforma del codice francese un'autorevole conferma.

Senonché la realtà spesso non ammette forti semplificazioni, e la vicenda italiana sembra porsi in chiara controtendenza da qualche tempo a questa parte. A questo riguardo segnalo soltanto due precedenti che hanno chiuso complesse vicende giudiziarie in modo, per certi versi, inaspettato.

3.1. … il *4you*.

Il primo processo ha avuto ad oggetto un prodotto finanziario, comunemente denominato *my way*, *4you* o *for you*, sottoscritto da una finanziaria con investitori non professionali, astrattamente, destinato a svolgere una funzione previdenziale[6]. Nei suoi termini essenziali, l'operazione economica è la seguente: il *target* dell'investitore non professionale è di garantirsi un piano previdenziale pur senza disporre della necessaria provvista. A titolo di mutuo, questa è fornita da una banca, ma la somma immediatamente è impiegata dalla stessa banca sulla base di un contestuale contratto quadro con il quale l'investitore la autorizza ad investire in prodotti fi-

[4] Cfr. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, rist. della II edizione, p. 169 ss.

[5] Segnalo comunque la riflessione critica di Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

[6] Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Trib. Nola, 7 aprile 2012, in *IlCaso.it.* e, più ancora, Cass., 7 marzo 2016, n. 4473, in *Mass. Foro it.*, 2016; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *ivi*, 2016.

nanziari. Infine, sui titoli così acquistati viene costituito un pegno destinato a garantire il pagamento delle rate del mutuo erogato dalla banca. Talvolta è altresì stipulato un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore a cui è esposta la banca mutuante[7]. Il recesso anticipato da parte dell'investitore è consentito previo pagamento di una penale. Nelle fasi di merito del processo, il giudice ha pronunciato la nullità di questi contratti per violazioni di diverse norme del TUF, e questa soluzione avrebbe potuto essere confermata anche in sede di legittimità. Ma proprio per questo vale la pena di parlarne in questa sede.

La Cassazione muove innanzitutto dalla qualificazione giuridica del complesso rapporto. Nel caso di specie due soluzioni sono infatti astrattamente possibili: il prodotto *4you* può essere considerato come una combinazione di contratti collegati tra loro, ma aventi ciascuno una propria causa[8], oppure può essere qualificato un unico contratto, reso atipico proprio dalla combinazione di tutti gli schemi causali presenti nell'operazione economica. La Cassazione ha scelto questa seconda opzione, pertanto ha fatto seguire il giudizio sulla meritevolezza della causa alla stregua dell'art. 1322, comma 2º, c.c. La Corte, dunque, non si è soffermata sulla violazione dei doveri di informazione, sul conflitto di interessi o sulle modalità convenute per l'esercizio del diritto di recesso, ma sulla meritevolezza degli interessi perseguiti con il contratto. La violazione del t.u.f. e del Regolamento Consob n. 11522/1998 è stat presa in considerazione per i riflessi sul sinallagma contrattuale, quindi per i riflessi sulla meritevolezza della causa del contratto.

Dopo aver affermato che il giudizio di meritevolezza è un giudizio di diritto, e quindi sindacabile in sede di legittimità[9], la Suprema Corte si è profusa sulla natura e sugli effetti di tale scrutinio. Chiarisce che il giudizio di immeritevolezza non deve essere effettuato secondo il parametro del proibito, altrimenti sarebbe non meritevole ciò che è contrario alla legge. È immeritevole ciò che non può ricevere la protezione formale degli effetti giuridici, sicché un contratto immeritevole risulta improduttivo di effetti *ab initio*.

Il giudizio di meritevolezza è inoltre assimilato a quello di nullità in relazione agli obiettivi perseguiti tramite lo stesso, in quanto anche il giudizio *ex* art. 1322, comma 2º, c.c. costituisce un controllo a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento[10]. La Cassazione asserisce che anche ai contratti atipici di investimento o di intermediazione finanziaria è estendibile il principio secondo cui: «il legislatore, predisposta una struttura normativa significante, […] ha "voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati"»[11].

A questo punto la Corte di Cassazione esamina la meritevolezza del *my way* oggetto della controversia, delineando modalità operative e *ratio* di tale valutazione. Come viene autorevolmente affermato, il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa concreta dell'accordo[12]. Ciò che si esamina non è, quindi, l'astratta configurazione delle reciproche prestazioni, ma la struttura effettiva dello scambio come predisposto dalle parti; in tale prospettiva so-

[7] Ad esempio, nel caso deciso da Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di Tucci A., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

[8] Peraltro, in relazione al giudizio di meritevolezza, la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva. Infatti, si è evidenziato come il collegamento contrattuale presenti una propria causa, diversa da quella dei contratti collegati; da questo punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Qualora si accolga tale interpretazione del collegamento contrattuale, quindi, il giudizio di meritevolezza dovrebbe comunque essere effettuato in relazione all'intera operazione economica, a prescindere dalla tipicità dei contratti collegati, cfr. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 402 ss.

[9] Così come già affermato in Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, VI, p. 725, con nota di Costanza.

[10] Così come la nullità, come affermato in Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 299, con note di C. Scognamiglio, Rizzo, Pagliantini; in *Danno e resp.*, 2015, VI, p. 592, con note di R. Fornasari, Laghezza.

[11] Da tale stretto collegamento con il giudizio di nullità deriva la possibilità di rilevare la non meritevolezza del contratto anche *ex officio* in ogni stato e grado del processo, sulla scorta di quanto affermato nelle pronunce Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Foro it.*, 2015, I, c. 862, con note di Pardolesi R., Palmieri A., Proto Pisani, Adorno M., Di Ciommo, Pagliantini, Menchini: in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 299, con nota di Rizzo; in *Corriere giur.*, 2015, p. 88 (m), con nota di Carbone; in *Contratti*, 2015, p. 113 (m), con nota di Pagliantini; in *Giur. it.*, 2015, p. 70 (m), con nota di Pagni; in *Danno e resp.*, 2015, p. 592, con note di R. Fornasari, Laghezza; in *Giur. it.*, 2015, p. 1386 (m), con nota di Bove; in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 970, con nota di Delli Priscoli; e in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1560, con nota di Giussani.

[12] Che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto la causa del contratto e non sia sovrapponibile a quello relativo alla liceità del contratto è stato sottolineato da Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 185, 242-243; tuttavia l'autore sostiene che il giudizio di meritevolezza sia sostitutivo di quello relativo all'esistenza della causa in astratto, che in relazione ai contratti tipici è già stato effettuato dal legislatore. Al contrario, una parte della dottrina aveva ritenuto che il giudizio di meritevolezza avesse ad oggetto il tipo, cfr. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62; Id., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 817.

no decostruiti ed esaminati gli interessi perseguiti tramite il contratto ed il rapporto di scambio tra le obbligazioni convenute. La meritevolezza, quindi, non è valutata in relazione agli interessi che, astrattamente, l'accordo è volto a realizzare, ma in relazione ma alla loro effettiva configurazione nell'assetto dello scambio pattuito.

Le obbligazioni reciprocamente convenute dall'investitore e dall'intermediario sono quindi contestualizzate in relazione alla situazione economica in cui si trovano le parti che è, in ragione della asimmetria informativa e del diverso potere contrattuale, strutturalmente squilibrata. Al termine dell'analisi, la Corte di Cassazione afferma che il contratto oggetto della controversia è immeritevole in quanto: «la rilevanza dell'insieme delle violazioni, […], evidenzia l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale *for you*, in quanto caratterizzato da una promessa, il raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali, radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione, ove accompagnato dalle cautele previste dal T.U.F. e dalla normazione regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso, mentre l'interesse dell'intermediario è sostanzialmente privo di effettivi margini di rischio dal momento che esso lucra gli interessi del mutuo, colloca prodotti (anche in conflitto d'interessi) ed opera sul mercato. Tale rischio non può identificarsi con la possibilità che il mutuatario investitore sia inadempiente, trattandosi di un'evenienza comune a tutti i contratti onerosi»[13].

La Corte evidenzia che il mancato raggiungimento di un beneficio per l'investitore non dipende da un andamento negativo del mercato, ma dallo schema contrattuale, costruito in modo tale da comportare una perdita sicura per lui. La Cassazione pone al centro del giudizio di meritevolezza lo scambio così come realizzato in concreto dai contraenti, differenziando il profilo strutturale da quello relativo allo svolgimento del rapporto contrattuale[14]. Per di più nell'enunciazione del principio di diritto si afferma che il contratto *4 you*, così come strutturato, è in contrasto con i principi di cui all'art. 47, comma 1º, cost. e dell'art. 38, comma 2º, e 5 cost., relativi rispettivamente alla tutela del risparmio ed all'incoraggiamento di forme di previdenza, anche privata.

3.2. La clausola *claims made*.

L'assicurazione della responsabilità civile sta mutando lo schema dell'art. 1917 c.c.; 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». 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 polizza[15]. Pertanto il sinistro non è l'evento dannoso causa di responsabilità civile, ma la richiesta risarcitoria effettuata dalla vittima. La differenza è notevole soprattutto al momento della cessazione dell'assicurazione. Nel modello *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c. la compagnia non può ritenersi liberata dal rischio di dover indennizzare, poiché la concreta percezione del danno può insorgere anche in un tempo successivo alla condotta pregiudizievole che ha causato il sinistro: il c.d. danno lungolatente è un rischio per la compagnia di assicurazioni. Al contrario, nel modello *claims made*, anche se la *malpractice* è occorsa prima della conclusione del contratto, questa è coperta se la richiesta risarcitoria è effettuata quando il contratto è efficace; e, se allo spirare del contratto nessuna richiesta risarcitoria è stata comunicata, l'impresa può azzerare tutte le riserve tecniche, quindi ripristinare il proprio capitale di vigilanza. La clausola *claims made*, quindi, non appartiene al genere delle clausole vessatorie, bensì a quelle che delimitano il rischio assicurato, ossia di quelle che, in via mediata, influenzano il calcolo del premio[16].

La prassi del mondo assicurativo ha visto la nascita di un modello c.d. misto: per l'indennizzabilità è richiesto che la denuncia e conseguente richiesta risarcitoria siano intervenute nella vigenza del contratto, e che il sinistro (tale ai sensi dell'art. 1917 c.c.) sia avvenuto durante la vigenza del contratto o in un determinato lasso di tempo antecedente alla

[13] Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

[14] Così anche Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di TUCCI, .

[15] Cfr. LOCATELLI, *Clausole* claims made *e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, II, p. 529 s.

[16] La questione è stata definitivamente risolta dalla Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, anche in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238, con nota di GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*; e in *Danno e resp.*, 2016, p. 929, con note di GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*; ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite*; e HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite («piacer figlio d'affanno; gioia vana...»)*.

stipulazione della polizza. Proprio su questo doppio limite, evento dannoso e richiesta risarcitoria intervenute durante la vita del contratto, si è soffermata la Corte di Cassazione, e nel farlo ha impiegato il criterio della meritevolezza dell'interesse dell'art. 1322. comma 2º, c.c., trattandosi di una clausola che rende atipico il contratto. Rileva la Cassazione che qualora l'assicurato sia un consumatore, la clausola *claims made* deve essere altresì valutata in base al combinato disposto degli artt. 33 e 36 c. cons., che prevedono la nullità delle clausole che creano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto[17].

La pronuncia conclude, infine, che qualora la clausola risulti immeritevole di tutela, la conseguenza è l'applicazione del modello codicistico fissato dall'art. 1917 c.c., sulla base dell'art. 1419, comma 2º, c.c., e anche del 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; Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128)»[18].

In tempi più recenti, adeguandosi alla pronuncia delle sezioni unite, la sezione III della Cassazione ha pronunciato il seguente principio di diritto: «la clausola c.d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2º, c.c., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione»[19]. Come si può notare in questo caso deciso non c'era un consumatore al cospetto di un professionista; ciononostante la decisione è stata che una parte per effetto del contratto guadagna una posizione di vantaggio sproporzionato rispetta all'altra e questo vantaggio fa diventare la causa del contratto immeritevole di tutela, *rectius*, la clausola contrattuale è immeritevole e deve essere sostituita dall'art. 1917 c.c.

4. Quasi una conclusione.

Mi sono soffermato su queste decisioni poiché mi paiono espressive di una precisa intenzione di impiegare la norma sulla meritevolezza in chiave di valutazione della congruità dello scambio. Questa soluzione si inserisce e rappresenta una fase diversa da quella incontrata fino a questo momento, nella quale si è fatto leva sulla fase di esecuzione del contratto e si è fatto perno sulla buona fede per equilibrare il sinallagma alterato fra le parti[20]. Certo qualche volta si è andati oltre e si è ritenuto che il recesso *ad nutum* sarebbe in contrasto con la buona fede poiché realizzerebbe un abuso di diritto[21]. La clausola è così concepita fin dall'origine sicché, pur potendo sembrare un vizio genetico, è la volontà della parte di volersene avvalere che la rende inefficace, poiché fonte di abuso.

I casi del contratto *4 you* e della clausola *claims made* mista, invece, investono proprio il sinallagma contrattuale per come fin dall'origine è stato pensato. Mentre con l'impiego della buona fede (art. 1375 c.c.) si censura la condotta di una parte per il modo in cui questa rileva nell'operazione economica contrattuale, con l'impiego della meritevolezza (art. 1322, comma 2º, c.c.) si regola direttamente l'equilibrio del contatto, per come è stato pensato fin dall'origine.

Si tratta di una soluzione che si pone in controtendenza rispetto ai *Principi unidroit*, nonché rispetto all'idea di codice europeo dei contratti sul quale si è formato un certo dibattito che si è concluso con

[17] Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.
[18] Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.
[19] Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Mass. Foro it.*, 2017.

[20] Cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, con nota di Barone; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 852, con nota di Picardi, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto di azienda*; in *Corriere giur.*, 1994, p. 566, con nota di Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; e in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159, con nota di Morelli, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*; Nanni, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e impr.*, 1994, p. 475.
[21] Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di Palmieri e Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, 2010, p. 5, con nota di D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 231, con nota di Scognamiglio, *Abuso del diritto, buon fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*; in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 172, con nota di Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*; in *Resp. civ.*, 2010, p. 345, con nota di Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Dir. e formazione*, 2010, p. 186 (m), con nota di Macario, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*; in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577, con nota di Giorgini, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*; e in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828, con nota di Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*.

la riforma del *code Napoléon* di cui si è dato conto. Tuttavia è una tendenza italiana che potrebbe essere in linea con l'idea di autonomia privata che si desume dall'art. 41, comma 2º, cost., secondo il quale l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Insomma nel nostro sistema ci sono rimedi apprestati per la patologia del contratto che operano sul piano genetico e in sede di esecuzione. L'idea che emerge è quella di un contratto non sempre fedele alla dura legge della domanda e dell'offerta, propria di un liberismo sfrenato. L'occidente anche di area comunitaria probabilmente ha seguito l'art. 41, comma 3º, cost., secondo il quale «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Incentivi di carattere fiscale, finanza agevolata, l'uso del contratto imposto, ossia con clausole che proteggono interessi di determinate categorie nel conflitto con altre, mirano indubbiamente ad orientare l'economia e l'iniziativa privata verso certi obbiettivi.

C'è anche la previsione che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2º, cost.). Questa disposizione si presta ad esercitare un controllo dell'autonomia privata attraverso la verifica di meritevolezza di quell'atto di microeconomia che è il contratto. Da tempo l'attenzione della giurisprudenza si è focalizzata sull'idea di una certa giustizia del contratto, con il risultato che, quando quest'atto sia standardizzato e sia destinato ad operare frequentemente, questo controllo può produrre effetti simili ad una vera e propria programmazione economica.

Così ad esempio la scelta di censurare dal lato della causa i contratti di assicurazione con la clausola *claims* mista non è indifferente sul modo di operare delle compagnie di assicurazioni nel nostro Paese. Mi viene in mente il settore sanitario nel quale da anni si è registrata la fuga delle compagnie di assicurazioni. Questo atteggiamento molto rigoroso da parte della giurisprudenza potrebbe influire sullo sviluppo di un certo comparto economico determinandone una certa posizione nel mercato globale. Penso a cosa sarebbe successo se si fosse consolidato l'orientamento in seguito ad una pronuncia di un certo Tribunale che negli anni '80 dichiarò la nullità del *leasing*, o a che cosa sarebbe successo se il contratto autonomo di garanzia fosse stato dichiarato nullo per mancanza di causa.

Penso ancora al contratto autonomo di garanzia che negli anni '80 del secolo scorso ha sollevato un ampio dibattito, diviso tra chi riteneva che questo contratto avrebbe potuto trovare ingresso soltanto negli ordinamenti che non hanno base causalistica e coloro che, con diverse motivazioni, ritenevano che anche nel nostro ordinamento avrebbe potuto trovare cittadinanza[22]. Sullo sfondo c'erano questioni di diritto estremamente sofisticate che involgevano la tradizione giuridica di ordinamenti diversi: quello tedesco, non causale; quelli di ispirazione francese causali; quelli provenienti dal *common law*, che per ragioni diversi si sarebbero potuti apparentare al sistema tedesco.

Ciò premesso, mi chiedo se la soluzione italiana fosse stata diversa da quelle che ha portato a giustificare causalmente quei contratti ed avesse optato per la declaratoria della loro nullità, quale sarebbe stata la posizione degli imprenditori nazionali nel commercio internazionale? Quale sarebbe stata la fiducia dei committenti stranieri nei confronti delle imprese italiane fornitrici di beni o esecutrici di opere in appalto, se non avessero potuto confidare nell'efficacia di un *performance bond*, di un *bind bond*, di un *repayment bond* e così via? Il risultato di questa soluzione sarebbe stata la penalizzazione delle imprese italiane, con grande ripercussione sul PIL; in alternativa, si sarebbe verificata una marginalizzazione del diritto italiano poiché, per contrattare fuori dalle mura domestiche, le imprese italiane avrebbero dovuto precostituire all'estero una provvista capace di assicurare quella pronta garanzia di solvibilità che il diritto italiano non avrebbe potuto garantire. In entrambi i casi i costi di produzione delle imprese italiane sarebbero aumentati, quindi le stesse sarebbero diventate meno concorrenziali e pertanto il PIL sarebbe diminuito.

Con queste premesse, quale può essere il ruolo del giurista italiano, al cospetto di uno scenario così variegato? È auspicabile che assuma un ruolo difensivo di modelli e figure che appartengono alla nostra tradizione, in omaggio ad un'idea di purismo culturale, oppure è auspicabile che il giurista o

[22] Riassumono i termini di questo dibattito: BENATTI F., *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. Dig. it., appendice III*, Utet, Torino, 1982, p. 918; RAGUSA MAGGIORE, *Clausole limitatrici della responsabilità della banca nella fideiussione generale e contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 1985, p. 17; COSTANZA, *Contratto autonomo di garanzia e clausole di deroga all'art. 1939 c.c.* in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1171, in nota a Cass., 31 agosto 1984, n. 4738; PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p. 169; Cass., sez. un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Dir. banc.*, 1988, I, p. 504, con nota di PORTALE, *Le sezioni unite e il contratto autonomo di garanzia ("causalità" ed "astrattezza" nel Garantievertrag*; in Foro it., 1988, I, c. 3021, con nota di CALDERALE A., *La cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il "big sleep" delle sezioni unite.*

l'interprete privilegi scelte che, senza entrare in rotta di collisione con i fondamenti del proprio ordinamento, tuttavia favoriscano un certo dialogo fra ordinamenti diversi, quindi faciliti la libera circolazione nel mercato?

Domanda non semplice, la cui risposta indotta è in realtà meno scontata di quanto potrebbe sembrare. Probabilmente sarà opportuno interrogarsi sulla questione nel prossimo futuro.