

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO



Corso di Dottorato di Ricerca in
Scienze Giuridiche

Curriculum: Rapporti civili, sociali ed economici

XXIX CICLO

Coordinatore: Ch.mo Prof. G. Preterossi

TESI DI DOTTORATO

“Le clausole claims-made nel contratto di assicurazione”

Tutor

Ch.ma Prof.ssa Elvira Autorino

Dottoranda

Dott.ssa Alessia

Annunziata

A mio Nonno Peppe

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 1
---------------------------	--------

CAPITOLO I: IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DELLA R.C. E IL PROBLEMA DEI DANNI LUNGOLATENTI.

<i>1. Origini del contratto di assicurazione della r.c.</i>	pag. 6
<i>2. Nozione e funzione</i>	pag. 12
<i>3. Natura e soggetti del contratto</i>	pag. 17
<i>4. Il rischio</i>	pag. 19
<i>4.1. Rischio e alea</i>	pag. 24
<i>4.2. L'accidentalità</i>	pag. 27
<i>4.3. Delimitazioni del rischio</i>	pag. 30
<i>5. Le delimitazioni temporali del rischio: i danni lungolattenti</i>	pag. 33
<i>5.1. Scarto temporale tra commissione del fatto e richiesta di risarcimento</i>	pag. 37

CAPITOLO II: CLAUSOLE DI ESONERO DALLA RESPONSABILITA' E DELIMITATIVE DELL'OGGETTO NEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE.

<i>1. L'art. 1229, c.c.: dal pactum de dolo non praestando alle clausole di esonero dalla responsabilità</i>	pag. 40
<i>2. Clausole di delimitazione dell'oggetto e clausole limitative della responsabilità: profili differenziali</i>	pag. 43
<i>3. Le condizioni generali di contratto e il contratto di assicurazione</i>	pag. 46
<i>4. Il problema nel contratto di assicurazione</i>	pag. 50
<i>5. Un ulteriore aspetto problematico: le clausole vessatorie</i>	pag. 53

CAPITOLO III: L'ORIGINE E LA DIFFUSIONE DELLE CLAUSOLE CLAIMS MADE.

<i>1. Origini della disciplina.....</i>	<i>pag. 59</i>
<i>2. L'utilità delle claims made: l'ottica dell'assicurato e quella dell'assicuratore.....</i>	<i>pag. 63</i>
<i>3. La diffusione nel civil law: la vicenda francese.....</i>	<i>pag. 69</i>
<i>3.1. La diffusione nel resto d'Europa.....</i>	<i>pag. 72</i>
<i>4. La diffusione delle clausole claims made in Italia.....</i>	<i>pag. 76</i>

CAPITOLO IV: L'AMMISSIBILITA' DELLE CLAUSOLE CLAIMS MADE NEL NOSTRO ORDINAMENTO.

<i>1. Premessa.....</i>	<i>pag. 80</i>
<i>2. Classificazione delle clausole claims made.....</i>	<i>pag. 83</i>
<i>3. Le claims made pure ed impure.....</i>	<i>pag. 86</i>
<i>4. Le teorie sull'ammissibilità: la nullità radicale.....</i>	<i>pag. 89</i>
<i>4.1. La piena validità.....</i>	<i>pag. 92</i>
<i>4.2. L'impostazione mediana.....</i>	<i>pag. 93</i>
<i>5. L'evoluzione giurisprudenziale.....</i>	<i>pag. 95</i>

CAPITOLO V: LE SEZIONI UNITE 06/05/2016, N. 9140: LE CLAUSOLE CLAIMS MADE NEL DIRITTO CIVILE MODERNO.

<i>1. La sentenza delle Sezioni Unite: il fatto.....</i>	<i>pag. 109</i>
<i>2. Il contratto di assicurazione e le clausole claims made nell'ottica delle Sezioni Unite.....</i>	<i>pag. 112</i>
<i>2.1. La validità delle claims made: l'art. 2956, c.c. e la decadenza convenzionale.....</i>	<i>pag. 114</i>
<i>2.1.1. La rilevanza della buona fede.....</i>	<i>pag. 115</i>
<i>2.1.2. La nullità per mancanza dell'alea.....</i>	<i>pag. 118</i>
<i>2.1.3. Dalla nullità all'immeritevolezza: limitazione della responsabilità e delimitazione dell'oggetto.....</i>	<i>pag. 122</i>
<i>2.2. La vessatorietà.....</i>	<i>pag. 129</i>

<i>3. Profili di critica.....</i>	<i>pag. 131</i>
<i>4. Le clausole claims made e il delicato rapporto con la buona fede, tra regole di comportamento e regole di validità.....</i>	<i>pag. 140</i>
<i>5. Il “carattere grandangolare” della nullità: le claims made tra nullità parziale e nullità relativa.....</i>	<i>pag. 152</i>
<i>6. La vessatorietà delle clausole claims made nell’ottica del Codice del Consumo.....</i>	<i>pag. 173</i>
<i>6.1. L’applicabilità della disciplina consumeristica all’assicurazione per responsabilità professionale.....</i>	<i>pag. 182</i>
<i>7. La giurisprudenza successiva.....</i>	<i>pag. 186</i>
<i>8. Osservazioni finali.....</i>	<i>pag. 194</i>

CONCLUSIONI	pag. 198
--------------------------	-----------------

BIBLIOGRAFIA	pag. 202
---------------------------	-----------------

Introduzione

Il moderno diritto civile, contrariamente a quanto avveniva in passato, è sempre più vicino alle istanze che originano dalla diffusione della prassi.

Il ruolo dei contratti che vengono definiti, con espressione in verità quasi ossimorica, "socialmente tipici" è ormai di innegabile importanza, come del resto dimostrato dalla più recente giurisprudenza di merito e di legittimità.

Non è un caso, in fondo, che alcuni tra i più rilevanti argomenti oggetto oggi di profondo studio siano proprio istituti che vedono la propria genesi non in norme predisposte dal legislatore, ma nella diffusione pratica che gli stessi incontrano tra gli operatori economici; diffusione che "costringe" gli interpreti a non poter negare un ruolo ben preciso a questi istituti anche in ambito giuridico.

Del resto, è vero che uno dei contratti nella prassi maggiormente diffusi, il leasing, sia ormai pacificamente ammesso ed anzi, proprio la sua indiscussa configurabilità ha dato recentemente origine ad ulteriori indagini nel campo della tutela dei cd. "rapporti multipolari", di cui si sono recentemente occupate le Sezioni Unite della Suprema Corte.

Neppure è un caso che, dietro le spinte della dottrina, il legislatore abbia da ultimo sancito, sebbene a date condizioni e in determinati casi, l'ammissibilità di una delle più dibattute figure nell'ambito dei diritti reali di garanzia, ovverosia il pegno senza spossessamento, da tempo, nella pratica dei traffici commerciali, realizzato e dunque continuamente oggetto di dibattiti circa la sua configurabilità.

Molteplici sono ancora gli esempi che potrebbero addursi alla citata tendenza, in particolare evidentemente in ambito contrattuale, dove

l'autonomia delle parti, sancita dall'art. 1322, c.c. e sempre più esaltata, consente ad esse di "creare" il meccanismo che ritengono più congeniale al soddisfacimento delle loro esigenze. Il franchising, il rent to buy, il contratto di rete, ma anche, in altri ambiti, il contratto autonomo di garanzia, la fideiussione omnibus; tutti esempi comunque accomunati dall'essere essi figure dibattute, al limite del legittimo da un punto di vista strettamente giuridico, eppure sempre più diffuse, in quanto capaci di adeguarsi alle esigenze dei traffici economici.

L'interesse suscitato dalla diffusione del fenomeno delle clausole claims made ben si inserisce in questa tendenza, giacché esso riguarda pattuizioni non contemplate da alcuna norma legislativa, eppure sempre più diffuse nella prassi assicurativa.

È vero, infatti, che esse prendono le mosse dall'esigenza, avvertita, sebbene in settori diversi, dapprima in America, poi in Europa e, più in particolare, in Italia, da parte delle compagnie assicuratrici, di far fronte al fenomeno, sempre crescente, dei danni cd. lungolatenti, i quali provocano una sfasatura temporale tra commissione del fatto e manifestazione del danno, così esponendo le compagnie assicuratrici alla possibilità di ricevere richieste di risarcimento anche per periodi estremamente lunghi (dati soprattutto dalle ricadute della fattispecie sulla disciplina della prescrizione).

Nonostante le iniziali reticenze, essenzialmente dipendenti dal fatto che la conclusione del contratto con metodo claims made non è in alcuna norma previsto, la più recente giurisprudenza non ha potuto ignorare la diffusione ormai capillare del fenomeno e giungere, come già accaduto per molti degli esempi citati, ad ammetterne l'astratta validità, poiché negarla avrebbe significato innanzitutto negare l'esistenza di un fenomeno che esiste ed è innegabilmente sempre più diffuso.

Non solo, poiché la poliedricità dell'istituto, a cavallo tra il diritto dei contratti e quello della responsabilità civile (come, del resto, la disciplina dell'assicurazione in generale), ha peraltro reso l'indagine di particolare complessità.

Se, infatti, da un lato si è inizialmente dato più peso alla questione circa la stessa configurabilità ab origine delle clausole claims made e, conseguentemente, alla legittimità del contratto di assicurazione concluso secondo il metodo della "richiesta fatta" e non del "fatto commesso", l'attenzione si è, poi, inevitabilmente spostata su altri profili dopo l'intervento delle Sezioni Unite n. 9140/16, che non hanno lasciato alcun dubbio circa l'astratta validità delle clausole in parola.

Tuttavia, si comprenderà, dire che un fenomeno socialmente diffuso è ammissibile può voler dire tutto, come niente, poiché il vero problema risiede in realtà nella disciplina giuridica che ad esso deve essere applicata, nell'individuazione dei principi generali atti a regolare quella materia e nell'inquadramento nell'ambito di istituti che, per contro, sono positivamente previsti e che, dunque, devono "incontrarsi" con il "nuovo" fenomeno nel migliore dei modi possibili. È questo il motivo per cui la trattazione si snoda in cinque capitoli, di cui i primi vorrebbero fungere da strumento per la più profonda comprensione degli ultimi.

In particolare, il primo è dedicato all'inquadramento generale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, sebbene, come immaginabile, esso contiene esclusivamente gli elementi essenziali finalizzati alla comprensione delle clausole claims made, poiché, evidentemente, si tratta di un istituto troppo vasto per poter essere racchiuso in poche pagine di un unico capitolo; particolare attenzione, infatti, è dedicata alla parte concernente l'emersione della summenzionata problematica dei danni lungolatenti, da cui, essenzialmente le clausole claims made hanno avuto origine.

Il secondo capitolo, invece, è chino sull'individuazione della sottile, quanto fondamentale, distinzione tra clausole limitative della responsabilità, la cui disciplina è contenuta nell'art. 1341, c.c., e delimitative dell'oggetto; distinzione su cui si è basato gran parte del dibattito circa la validità o meno delle clausole in parola.

Il capitolo terzo, poi, è dedicato all'interessante vicenda dell'origine e diffusione delle clausole claims made, in base ad un'analisi comparativa tra ordinamenti di common law, in cui, come detto, esse hanno incontrato la loro genesi, ed ordinamenti di civil law, con particolare riguardo, questa volta, alle reazioni che i diversi ordinamenti hanno avuto nei confronti di un fenomeno non positivizzato, che, evidentemente, crea "disagio" in sistemi che rinvergono il proprio fondamento nel dato legislativo preconstituito.

Il capitolo quarto, volendo scendere nel dettaglio dell'istituto, concerne il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che attorno alle claims made si è creato, con particolare riguardo alle differenti impostazioni circa i profili della ammissibilità, vessatorietà, atipicità ed invalidità e alle ricadute pratiche cui l'adesione all'una o all'altra impostazione conducono.

Infine, l'ultimo capitolo riguarda la fondamentale pronuncia, che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno reso in materia, puntualmente analizzata in ogni sua parte. È, peraltro, parso opportuno, proprio alla luce dei principi emersi dallo studio dell'importante sentenza, inquadrare l'istituto delle claims made nel diritto civile moderno, prestando particolare attenzione ad alcuni ambiti che assumono rilievo nella pronuncia delle Sezioni Unite e che impongono una lettura più consapevole del fenomeno, proprio avendo riguardo all'evoluzione cui essi stanno andando incontro. Il riferimento è, in particolare, al principio di buona fede, all'istituto della nullità, alla disciplina del codice del consumo e a quella della

vessatorietà ivi prevista. Istituti, questi, particolarmente complessi ed oggetto di profonde riletture, in cui il fenomeno della clausola claims made deve essere inquadrato, alla luce dei più recenti orientamenti sul punto.

Del resto, l'obiettivo principale dello studio del giurista è proprio quello di misurarsi con istituti nuovi, che prendono le mosse da esigenze quanto mai concrete e che, con la loro diffusione, impongono un'analisi puntuale che l'interprete è chiamato a svolgere, inquadrando il fenomeno sociale nel formante giuridico.

Tuttavia, questo sforzo ermeneutico non può prescindere dall'evoluzione cui lo stesso diritto scritto va inevitabilmente soggetto. Non è un caso che la Suprema Corte, in una delle sentenze, forse, più significative degli ultimi anni, abbia evidenziato che la norma è "linfa vitale", ricca di potenzialità esegetica, malleabile ed in continuo cambiamento, "disvelata" dall'opera dell'interpretazione, che la "adatta" al contesto storico in cui essa vive. Ed è in questa linfa vitale che l'istituto "socialmente tipico" deve essere inserito. E' in questa linfa vitale che si è cercato di inquadrare, nella consapevolezza che tutto ancora può cambiare, il fenomeno delle clausole claims made inserite nel contratto di assicurazione.

CAPITOLO I

II CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DELLA R.C. E IL PROBLEMA DEI DANNI LUNGOLATENTI

1. Origini del contratto di assicurazione della r.c. - 2. Nozione e funzione. - 3. Natura e soggetti del contratto. - 4. Il rischio. - 4.1. Rischio e alea. - 4.2. L'accidentalità. - 4.3. Delimitazioni del rischio. - 5. Le delimitazioni temporali del rischio: i danni lungolatenti. - 5.1. Scarto temporale tra commissione del fatto e richiesta di risarcimento.

1. Origini del contratto di assicurazione della r.c.

Il contratto di assicurazione della r.c. assume fondamentale importanza nel novero dei contratti tipicamente previsti dal nostro ordinamento. Innanzitutto, certamente, per l'enorme peso che esso riveste nell'ambito dei traffici commerciali, che il diritto civile è, come noto, volto a regolare; in secondo luogo, poi, perché rispecchia la concezione che della responsabilità civile l'ordinamento intenda abbracciare.

Se questo è vero, allora, è evidente come la mutata concezione della responsabilità abbia, senza dubbio, influenzato il contenuto del contratto di assicurazione della responsabilità civile, sorto relativamente tardi rispetto all'intero ramo dei danni.

Il periodo cui si fa risalire la nascita di detto contratto, è, invero, la seconda metà del XIX secolo. Innanzitutto, e in maniera più evidente, perché la capillare e disordinata diffusione delle attività commerciali rese necessario lo sviluppo di un contratto che potesse efficacemente rilevare il costo dei danni ascrivibili a colui che li aveva cagionati e calcolarne il valore in maniera tendenzialmente certa. Esigenza,

questa, che, come efficacemente notato, non era, con ogni probabilità, neppure avvertita prima di detto periodo¹.

Da un punto di vista più spiccatamente giuridico, poi, come anticipato, la concezione che della responsabilità civile si aveva in passato ostacolava non poco la diffusione del contratto di assicurazione della r.c., considerato, per certi versi, contrario all'ordine pubblico ed immorale².

Ed infatti, è noto come la funzione della responsabilità civile fosse, sì compensativa, ma, altresì - ed innegabilmente - punitiva, tutta incentrata sulla persona del danneggiante e sull'elemento psicologico con il quale questi avesse contribuito alla produzione del danno. Si riteneva, in particolare, come presupposto fondante del sistema fosse la necessità di sanzionare il responsabile, che avesse agito, quanto meno, a titolo di colpa.

Di conseguenza, allora, è evidente come un contratto che sollevasse da ogni responsabilità il danneggiante non fosse neppure concepibile. Del resto, è vero che l'art. 434 del Codice di Commercio del 1882, nel prevedere una delle prime forme di assicurazione della r.c., sanciva a chiare lettere come l'assicuratore non dovesse rispondere, qualora il fatto fosse stato causato da colpa dell'assicurato.

Dunque, seppure la diffusione dei traffici commerciali avesse reso ormai necessaria la previsione di un contratto di assicurazione, la diffidenza verso la figura era dovuta ad una concezione di responsabilità ben diversa da quella oggi affermatasi, che imbrigliava la figura del contratto di assicurazione e ne impediva un'adeguata diffusione.

¹ ROSSETTI M., *Il Diritto delle Assicurazioni*, vol. III, CEDAM. Padova, 2013, 2.

² *Ivi*, 3 ss.

Il progressivo mutamento di impostazione in materia di responsabilità ha, dunque, comportato un proporzionale cambiamento di sistema, che ha riguardato anche la visione e la diffusione del contratto di assicurazione.

Già nel Codice civile del 1865, in verità, ma successivamente e in maniera più lampante, nel codice del 1942, l'introduzione di numerose ipotesi di responsabilità presunta indeboli non poco l'idea che la responsabilità civile dovesse necessariamente assumere veste sanzionatoria.

Gli artt. 2049 e 2051 dell'attuale codice civile³, poi, dimostrano come l'antica necessità di un fondamento soggettivo della responsabilità⁴ stesse lasciando spazio a forme che, oggi, per giurisprudenza e dottrina dominanti, sono qualificate pacificamente, di responsabilità oggettiva.

Del resto, se diventava possibile esigere un risarcimento che prescindesse del tutto dalla prova della colpa del danneggiante, ma sulla sola scorta per cui egli mancasse di dimostrare di esserne esente, fu di immediata logicità concludere che ben poteva sussistere risarcimento senza colpa e che, di conseguenza, il trasferimento del rischio del risarcimento in capo all'assicuratore non poteva considerarsi illegittimo.

³ Non manca, per la verità, chi riconduce nell'ambito della responsabilità oggettiva anche ulteriori ipotesi codicistiche, quali gli artt. 2052, 2053, 2054, II e III co. e, anche se non da tutti condiviso, l'art. 2048 (in tal senso BIANCA C. M., *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè ed., Milano, 1994, 696); senza, poi, considerare, le ipotesi di responsabilità oggettiva extracodistiche, come quella del produttore in caso di prodotto difettoso, prevista dal Codice del Consumo, agli artt. 114 - 121.

⁴ Il principio è fatto tradizionalmente, ma erroneamente, fatto risalire al diritto romano, nel cui ambito, per contro, ipotesi di responsabilità oggettiva erano certamente riscontrabili, come, ad esempio, nel caso di perdita o deterioramento della cosa da parte di determinate categorie di persone che l'avevano ricevuta in custodia. Noti sono i casi del *sarcinator*, dello *stabularius*, del *fullo* e del *commodatarius*, tenuti a risarcire il *dominus* a prescindere da qualsiasi profilo di colpa (sul punto vd. CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Torre, Catania, 1996, 70).

In questa prospettiva, per la verità è la stessa funzione generale della responsabilità civile ad aver subito un'importante metamorfosi funzionale.

Il codice civile italiano, invero, sulla scorta del *Code Napoléon*, ha aderito ad una concezione esclusivamente compensativa del danno, per cui il risarcimento ha la funzione di riportare il patrimonio del danneggiato allo *status quo ante* rispetto all'illecito ed ha come obiettivo quello di compensare le conseguenze negative da questo causate. Si passa, dunque, dall'attenzione prestata al profilo del danneggiante, che caratterizzava il precedente sistema, ad una prospettiva puramente vittimologica, in cui l'attenzione è tutta incentrata sulla figura del danneggiato e sulla necessità che le conseguenze dannose da questi subite non restino in capo allo stesso, ma si traslino in capo a colui che detto danno ha, a prescindere da qualunque atteggiamento psichico, cagionato.

Su questa scia, allora, si sono affermati i due predicati fondamentali del danno, stanti nell'effettività della tutela (per cui va compensato il detrimento patrimoniale subito in tutta la sua estensione) e nell'integralità del ristoro (per cui la compensazione non deve superare il detrimento patrimoniale effettivamente subito, ed evitare, così, il rischio di *overcompensation*); su questa scia, si sono affermati quegli orientamenti di totale chiusura verso quella figura, di matrice anglosassone e tanto contestata nel nostro ordinamento, dei danni cd. punitivi⁵.

⁵ E' opportuno evidenziare, tuttavia, come, ad onta di formali proclami di repulsione dal sistema di tali danni punitivi, di matrice anglosassone, vi sono, comunque, nel nostro ordinamento, tracce di un progressivo e sostanziale mutamento della realtà giuridica in direzione opposta. Alcuni esempi possono rinvenirsi: nell'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale, nell'art. 12 della l. n. 47/1948 (legge sulla stampa), nell'art. 4 del d.l. 22/09/06, n. 259, conv. con mod. in legge 20/11/06, n. 281, nell'art. 18, l. n. 349/1986, nell'art. 187 *undecies*, II co. del T.U. della Finanza e così via.

La circostanza, allora, che il risarcimento fosse dovuto non più per punire l'offensore, ma per ristorare l'offeso ha fatto sì che lo strumento assicurativo potesse costituire, senza dubbio, uno degli strumenti più efficaci al fine di non lasciare danni senza garante⁶.

E', dunque, in questo contesto che si inserisce, complice il suddetto aumento dei traffici commerciali, la nascita e la diffusione del contratto di assicurazione della r.c., la cui culla fu rappresentata dall'esercizio di quelle attività che più di altre esponevano l'imprenditore al rischio di poter causare danni al terzo, quali, ad esempio, quelle di trasporto⁷.

In particolare, la prima compagnia assicuratrice fu costituita nel 1825 a Parigi (la cd. *Automedon*, che si occupava della circolazione delle carrozze a cavalli). Dalla Francia, poi, la circolazione delle assicurazioni della r.c. giunse in Inghilterra (il riferimento è alla *London and Provincial Carriage Insurance Co. Ltd*⁸). Da qui, in verità, fu breve il passo verso la capillare diffusione delle compagnie assicuratrici anche nel resto d'Europa e negli Stati Uniti⁹.

In Italia, come anticipato, le prime assicurazioni comparvero alla fine del XIX secolo e, sebbene il codice del commercio del 1882, come detto, non abbracciasse ancora la moderna nozione di responsabilità, non mancarono norme atte a disciplinare forme di assicurazione della r.c., quali l'art. 445 e l'art. 618, la prima volta a disciplinare

⁶ LA TORRE A., *L'assicurazione nella storia delle idee*, Giuffrè, Roma, 1995, 192.

⁷ ROSSETTI M., *op. cit.*, 4.

⁸ DAVIES M., *The end of the affair: duty of care and liability insurance*, in *Legal studies*, 1989, 9, <http://onlinelibrary.wiley.com>.

⁹ BLANCHARD R. H., *Liability and Compensation Insurance*, D. Appleton & Co., New York - Londra, 1917.

l'assicurazione contro il rischio locativo ed il ricorso dei vicini¹⁰, la seconda tesa ad escludere la responsabilità dell'assicuratore marittimo nel caso del danno causato da "baratteria"¹¹.

L'iniziale diffidenza verso detto contratto, più forte in Francia, meno accesa in Italia¹², per le ragioni fin qui evidenziate, sono progressivamente state del tutto superate, comportando un costante ed ininterrotto sviluppo del contratto in parola.

In origine, in particolare, la struttura del contratto era "chiusa", arricchita da clausole che imponevano all'assicurato di tener segreta l'esistenza dell'accordo, nel tentativo di disincentivare i terzi ad invocare risarcimenti per danni inesistenti o esagerati¹³.

L'intervenuta prospettiva vittimologica di cui si è detto, ha, poi, dato una spinta decisiva verso la consapevolezza che l'assicurazione della r.c. dovesse essere finalizzata non già a salvaguardare il patrimonio dell'assicurato responsabile, bensì alla tutela della vittima incolpevole. Il carattere chiuso dell'assicurazione della r.c. fu, poi, definitivamente superato con la legislazione volta a rendere obbligatoria l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e la conseguente azione

¹⁰ VIVANTE C., *Del contratto di assicurazione*, U. Hoepli, Torino, 1936, 300 ss.

¹¹ Per "baratteria" si intendeva la frode o corruzione del capitano. L'art. 618 del codice del commercio del 1882, dunque, escludeva in tal caso la copertura assicurativa, "se non è convenuto il contrario", così prevedendo, indirettamente, che le parti potessero pattuire la copertura assicurativa anche per danni causati da persone, per cui l'assicuratore era tenuto a rispondere.

¹² Mentre, infatti, il processo di "legittimazione" delle assicurazioni della r.c. fu più lungo e tortuoso in Francia, dove i tribunali ritenevano invalidi gli accordi di tal genere perché, si diceva "eccitanti l'incuria", per poi essere ritenuti validi solo intorno alla metà del XIX sec., in Italia meno accesi furono i dibattiti circa la loro validità, tanto è vero che la giurisprudenza del tempo non faticò ad ammetterne la configurabilità sin dalle loro prime apparizioni, alla fine del XIX sec. (il riferimento è, in particolare, a Cass. Torino 17/01/1889, in *Monit. trib.*, 1889, p. 336).

¹³ Il riferimento è a clausole volte, ad esempio, all'obbligo contrattuale di non rivelare l'esistenza dell'accordo, a quello di non transigere con il danneggiato, di non confessare la propria responsabilità, di non chiamare, infine, in garanzia l'assicuratore, se convenuto dal danneggiato.

diretta del danneggiato nei confronti dell'assicurazione del responsabile¹⁴.

Non è un caso, del resto, che il sistema della responsabilità civile sia oggi ritenuto centrale anche sotto un altro punto di vista, oggi sempre più centrale, quello dell'analisi economica del diritto, realizzando, a tale riguardo, la finalità di efficiente distribuzione delle perdite, proprio in quanto trasferisce il rischio in capo al soggetto che meglio è in grado di sopportarlo, ovvero a colui che, potendo meglio d'altri ricorrere all'assicurazione, può anche concorrere a distribuire il rischio tra tutta la collettività¹⁵

L'evoluzione in parola ha condotto all'odierna struttura del contratto di assicurazione della r.c., pienamente compatibile con la concezione della responsabilità e con la sua funzione, e alla centralità che lo stesso assume, che trascina l'ambito dell'attività imprenditoriale, per raggiungere i più disparati settori.

2. Nozione e funzione.

L'art. 1917, I co., c.c., nello stabilire che *“Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto”* e che da tale meccanismo *“sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi”*,

¹⁴ In questo senso, L. 17/03/1898, n. 80; T.U. 31/01/1904, n. 51; R.d.l. 17/08/1935, n. 1764.

¹⁵ ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet, Milano, 2010, 240. Secondo l'A., in particolare, l'analisi economica del diritto finisce, sotto quest'aspetto, per coniugarsi con a disciplina eurounitaria, finalizzata alla regolamentazione quanto più possibile uniforme di un mercato che sia al contempo libero ed efficiente.

costituisce il cardine del contratto di assicurazione della r.c. In particolare, invero, la perimetrazione del contratto in questione è strettamente dipendente dalla sussistenza di due requisiti fondamentali, stanti nell'insorgenza del fatto dannoso e nella circostanza che detto fatto sia ascrivibile a responsabilità dell'assicurato, rappresentando essi il *minimum* essenziale ed irrinunciabile per la sussistenza dello stesso.

Dunque, nell'ambito del contratto di assicurazione della r.c., l'assicuratore si impegna ad indennizzare l'assicurato dal rischio delle azioni civili che contro di lui potranno essere proposte dal terzo danneggiato¹⁶.

In particolare, per vero, la tipologia di danni risarcibili è variegata e ricomprende, secondo quanto evidenziato da autorevole dottrina¹⁷: danni cagionati a persone o a cose di terzi, dipendenti da fatto colposo dell'assicurato; danni cagionati a persone o a cose di terzi, conseguenti a fatti dolosi o colposi ascrivibili a responsabilità di persone del cui operato l'assicurato debba rispondere; danni cagionati a persone o a cose di terzi da animali di cui l'assicurato sia proprietario o di cui si serva; danni cagionati a persone o a cose di terzi, da cose di cui l'assicurato sia proprietario o di cui abbia la custodia.

¹⁶ In questi termini, come si avrà modo di precisare in seguito, dunque, con la stipula del contratto di assicurazione, l'assicurato trasferisce sull'assicuratore il rischio delle conseguenze economiche negative che possono gravare sul suo patrimonio, in base alle previsioni generali di cui agli artt. 1218 o 2043, c.c., in virtù del fondamentale principio sancito dall'art. 2740, c.c. Così CASCELLA G., *Garanzie loss occurrence e claims made, ovvero le insidie delle polizze assicurative a copertura della r.c. professionale. Note a margine di Tribunale Milano 18 marzo 2010, n. 3527, in Comparazione e diritto civile*, 2010, 8.

¹⁷ ROSSETTI M., *op. cit.*, 7.

E', allora, evidente come l'art. 1917, c.c. copra tutti i casi in cui sorga, a carico dell'assicurato, l'obbligo di risarcire il danno¹⁸, che, in quest'ottica, assume un'importanza assolutamente centrale, giacché costituisce l'elemento di collegamento tra responsabilità civile ed assicurazione¹⁹

Particolari discussioni hanno riguardato l'evoluzione del contratto da un punto di vista funzionale. Ed invero, già a partire dalle prime manifestazioni del contratto nell'ordinamento francese, si era diffusa la teoria che ravvisava la funzione dell'assicurazione della responsabilità civile nell'eliminazione dell'insicurezza giuridica creata dalle pretese, sia pure infondate, di terzi²⁰. Infatti, si soleva sostenere che la formulazione di una pretesa risarcitoria da parte del terzo fosse, già di per sé e a monte, un danno. Non solo, poiché l'assicurazione della responsabilità civile copre le spese sostenute dall'assicurato per resistere alle pretese, anche infondate, del terzo. Infine, a sostegno della tesi, si adduceva l'argomento per cui è l'assicuratore a gestire la lite promossa dal terzo contro l'assicurato.

La tesi in parola, peraltro, è stata oggetto di serrate critiche. Innanzitutto, infatti, si è detto, il danno, propriamente inteso, è quello derivante dalla pretesa fondata del terzo, non già da quella infondata; in secondo luogo, poi, le spese sostenute per resistere alle domande infondate dei terzi, *ex art. 1914, c.c.*, rientrano nella copertura

¹⁸ Ispirandosi, è opportuno rimarcare, al principio indennitario, per cui la somma che l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere non potrà trascinare i limiti del danno emergente subito dal contraente, salva la sussistenza di una specifica pattuizione in senso a lui più favorevole. Cfr. STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Giappichelli Ed., Torino, 2013, 675.

¹⁹ Così CANDIAN A. D., *Responsabilità civile e assicurazione*, EGEA, Milano, 1993, 66.

²⁰ HEMARD J., *Théorie et pratique des assurances terrestres*, II, Contant-Laguette, Parigi, 1925, 196, ma anche CHABAS F. - MAZEAUD L. - MAZEAUD H. - MAZEAUD J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, III, L.G.D.J., Parigi, 1934, 457.

assicurativa senza necessità di sostenere che funzione del contratto sia l'eliminazione di incertezza giuridica²¹.

L'impostazione è, allora, stata superata da quella che rinviene nel contratto in parola la funzione di eliminare gli effetti patrimoniali negativi derivanti dall'insorgere di un debito di responsabilità. La causa è, allora, indennitaria, poiché trasferisce dall'assicurato all'assicuratore il rischio - che, dunque, diviene elemento fondamentale del contratto - del depauperamento discendente dalle pretese risarcitorie dei terzi.

L'impostazione è cristallizzata in alcune, sia pur non recentissime, pronunce della Suprema Corte, in cui si afferma che *“nell'assicurazione della responsabilità civile, l'obbligazione dell'assicuratore ex art. 1917 c.c., non ha ad oggetto direttamente il risarcimento dei danni, bensì il pagamento, nei limiti del massimale, di una somma di importo pari all'ammontare del danno che l'assicuratore deve corrispondere o ha già corrisposto al danneggiato”*²² e che *“l'assicurazione per responsabilità civile ha per scopo di tenere indenne l'assicurato dal rischio delle azioni che potrebbero essere intentate nei suoi confronti per il risarcimento dei danni, da lui colposamente cagionati a persone o cose in relazione al bene assicurato”*²³.

E' vero, del resto, che il discorso non può prescindere dall'evoluzione che ha riguardato il concetto di causa in diritto civile. E' noto come la concezione della causa astratta di Emilio Betti, comportando un sostanziale appiattimento della causa sul tipo negoziale, sia stata

²¹ DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1956, 324.

²² Cass. Civ. 18/07/1987, n. 6341, in *Foro it. Rep.*, 1987, *Assicurazione (contratto)*, n. 152.

²³ Cass. Civ. 13/10/1976, n. 3425, in *Dir. maritt.*, 1977, 46.

oggetto di una profonda rivisitazione negli ultimi tempi. A partire dalla nota sentenza di Cass. Civ. 08/05/2006, n. 10490²⁴, infatti, l'impostazione ormai pacificamente riconosciuta è quella della causa in concreto, funzione economico-individuale del negozio, intento pratico delle parti, sintesi degli interessi, non della volontà, da rinvenire in base ad una valutazione concreta del singolo negozio di volta in volta posto in essere. Come noto, infatti, l'evoluzione giurisprudenziale²⁵ e dottrinale ha evidenziato che la valutazione circa la meritevolezza degli interessi e l'utilità del negozio, ai fini della salvezza dello stesso o, viceversa, della sua illegittimità, è da effettuarsi proprio in base alla causa concreta per cui quel determinato regolamento di interessi è stato dalle parti posto in essere.

Quanto detto, com'è evidente, non può non valere anche per il contratto di assicurazione, laddove la valutazione della funzione del contratto è fondamentale per la risoluzione di svariate questioni che, nel tempo, hanno riguardato tale contratto. Il riferimento è, ad esempio, all'*exordium praescriptionis*, alla mora dell'assicuratore e, per quel che più strettamente concerne la presente trattazione, alla questione circa l'ammissibilità e la validità della clausola *claims made*²⁶.

²⁴ Per la verità, già Cass. Civ. 11/01/1973, n. 63, in *Foro it.*, 1973, I, sebbene più timidamente, aveva evidenziato che la causa, pur essendo intesa in astratto, non doveva rimanere "nel limite dell'astrattezza", ma essere analizzata all'interno del contratto concretamente posto in essere.

²⁵ Copiosa è, come noto, la produzione giurisprudenziale in materia di causa in concreto. Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, SS.UU. Civ. 11/11/2008, n. 26972/26975, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattrore Avvocato*, 2016, 3; Cass. Civ. 14/07/2009, n. 16382, in *Enc. dir.*, 2011, 4; SS.UU. Civ. 18/02/2010, n. 3947, in *Pers. Danno*, 2010; SS.UU. Civ. 18/03/2010, n. 6538, in *Centro studi giuridici di Mantova, Il caso*, 2010, 1; SS.UU. Civ. 23/01/2013, n. 1521, in *Il Sole 24 Ore*, *Guida al Diritto*, 2013, 11; Cass. Civ. 03/01/2014, n. 37, in *Il Sole 24 Ore*, *Quotidiano*, 2014.

²⁶ Su cui vd. *infra*, Cap. 3.

3. Natura e soggetti del contratto

Una delle certezze raggiunte nell'ambito del contratto di assicurazione della r.c., da dottrina e giurisprudenza praticamente unanimi²⁷, risiede nella sussunzione del contratto in questione nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, come, del resto, confermato dalla collocazione sistematica della disciplina, in ambito codicistico, nella sezione dedicata proprio all'assicurazione contro i danni²⁸. Più in particolare, in verità, l'assicurazione della responsabilità civile è sussunta nell'ambito delle assicurazioni di patrimoni²⁹.

Non manca, peraltro, chi ha obiettato, a tale impostazione, come oggetto dell'interesse assicurato può essere una cosa, non già il patrimonio in quanto tale e che, da altro punto di vista, il riferimento al patrimonio non può costituire un valido criterio di classificazione.

Si è proposto, allora, di classificare il contratto di assicurazione della r.c. in base al rischio assicurando, facendola rientrare nell'ambito delle assicurazioni contro il rischio di insorgenza di un debito³⁰.

²⁷ Può, peraltro, citarsi, in senso contrario, un remoto precedente di merito di Trib. Milano 10/04/1939, in *Assicurazioni*, 1939, II, CXII, che attribui all'assicurazione della r.c. natura mista, al fine di pervenire, poi, all'esclusione del diritto dell'assicuratore di promuovere azione surrogatoria.

²⁸ DONATI A., *op. cit.*, 336, ma anche ANGELONI V., *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 555 e VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1936.

²⁹ Le assicurazioni sul patrimonio, dette anche assicurazioni di spese, si riferiscono a quelle polizze finalizzate a tutelare l'assicurato contro il rischio di una variazione negativa del proprio patrimonio complessivamente considerato; di conseguenza, la garanzia è, in questi casi, valida sia nel momento in cui la variazione derivi da un debito (come nell'ambito della responsabilità civile), sia se essa derivi da una spesa. In particolare vd. FRANZONI M., *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Digesto comm.*, vol. XII, Torino, 1997, 397; FANELLI G., *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973, 165; SALANDRA V., *Dell'assicurazione*, in *Comm. c.c.*, a cura di SCIALOJA A. E BRANCA G., Zanichelli- Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1966, 365; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, EGEA, Milano, 1993, 117.

³⁰ DONATI A., *op. cit.*, 337.

Meno diffuse sono state, invece, le teorie che hanno ritenuto il contratto in parola rientrante nelle assicurazioni di debiti o di interessi su cose materiali.

Peraltro, è opportuno evidenziare, l'assicurazione della r.c. è caratterizzata dall'obbligo dell'assicuratore non già di indennizzare il danno eventualmente subito dai terzi, bensì di manlevare l'assicurato dalle pretese di questi ultimi³¹. Dunque, in base a questo criterio, vanno distinti questi contratti da quelli in cui l'assicuratore assume nei confronti dello stipulante l'obbligo di indennizzare il danno patito dal terzo, come nel caso dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta³².

Con riguardo alle parti, poi, è opportuno chiarire che parte necessaria del contratto è, evidentemente, l'assicuratore. Riveste, invece, la qualifica di assicurato il soggetto il cui patrimonio è esposto al rischio di depauperamento in conseguenza di potenziali fatti dannosi che possano impegnarne la responsabilità.

L'assicurato può stipulare il contratto direttamente ovvero a mezzo di un rappresentante diretto o indiretto, a seconda che egli agisca in nome dell'assicurato o in nome proprio, nel qual caso si ha dissociazione tra stipulante ed assicurato, che, tuttavia, resta beneficiario del contratto di assicurazione.

Se, poi, l'assicurazione è, come pure è possibile, stipulata per conto altrui, lo stipulante non è titolare di alcun concreto interesse alla stipula, che, per contro, resta in capo all'assicurato; quando è, invece,

³¹ ROSSETTI M., *op. cit.*, 9 ss.

³² L'assicurazione per conto altrui è, in estrema sintesi, il contratto nel cui ambito si assiste ad una dissociazione tra contraente stipulante ed assicurato, sussistendo essa quando il contratto è stipulato da persona diversa rispetto al titolare dell'interesse assicurato. Il contratto di assicurazione stipulato per conto di chi spetta, invece, sussiste quando, al momento della conclusione, non è noto chi sarà il titolare dell'interesse assicurato, nè se sarà o meno lo stesso stipulante.

per conto di chi spetta, al momento della conclusione neppure è noto chi sarà il titolare dell'interesse assicurato al momento del sinistro, né se sarà o meno lo stesso contraente, per cui il contratto avviene per conto di un terzo, al momento della stipula indeterminato, ma che sarà necessariamente determinato, poi, al momento del "sinistro".

Pertanto, questo meccanismo non comporta che il beneficiario possa non coincidere con l'assicurato, sebbene questi possa essere persona diversa dallo stipulante. Ed infatti, nonostante tali meccanismi comunque siano, in ipotesi, consentiti, poiché esplicazione dell'autonomia negoziale, la tipica manifestazione del contratto di assicurazione della r.c. è, innegabilmente, quella di un contratto a favore proprio non già del terzo. Certamente, poi, è escluso che esso possa essere in favore del terzo danneggiato. Alcun rapporto diretto, infatti, sorge tra assicuratore e danneggiato: l'obbligazione dell'assicuratore di indennizzare l'assicurato è assolutamente distinta ed autonoma da quella, si badi, risarcitoria dell'assicurato nei confronti del terzo danneggiato, che resta, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza³³, estraneo al contratto, non costituendo di esso né parte in senso formale, né in senso sostanziale.

4. Il rischio

Da quanto finora detto, dunque, è emerso che uno degli elementi fondamentali del contratto di assicurazione della r.c. è, senza ombra di dubbio, il rischio.

³³ Cass. Civ. 08/03/2007, n. 5306, in *Foro it. Rep.*, 2007, n. 196; Cass. Civ. 26/03/1996, n. 2678, in *Foro it. Rep.*, 1996, n. 96; Cass. Civ. 27/07/1993, n. 8382, in *Arch. civ.*, 1994, n. 39; Cass. Civ. 17/07/1993, n. 7971, in *Foro it. Rep.*, 1993.

Non manca chi, per la verità, ha individuato nel rischio l'oggetto del contratto³⁴, così come non manca chi lo ha ritenuto presupposto dello specifico contratto³⁵. Comunque lo si voglia classificare, dunque, è indubbio che esso resti elemento essenziale e caratterizzante del contratto di assicurazione.

Peraltro, è opportuno evidenziare come la tesi che identifica nel rischio l'oggetto del contratto può, ormai, dirsi superata, sebbene non possa tutt'ora negarsi l'essenzialità dell'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, non già, tuttavia, nella sua obiettività, bensì con riguardo alle sue conseguenze economiche³⁶. Essenziale, in particolare, al punto che la sua mancanza inficia l'intero contratto con quella che, tradizionalmente, è la più grave delle patologie negoziali, ovverosia la nullità.

Con più stretto riguardo a cosa, in concreto, debba intendersi per rischio, è opportuno evidenziare come le varie definizioni fornite in via pretoria e dottrinale, sebbene non identiche, siano, quanto meno, analoghe, essendo a tutte comune l'elemento dell'eventualità di accadimento di un determinato evento dannoso, tale che l'assicurato sia tenuto a risarcire i danni cagionati a terzi³⁷.

In giurisprudenza, in maniera non dissimile, si è affermato che il rischio fosse “*conseguenza negativa di un sinistro, riflessa nel patrimonio dell'assicurato*”³⁸, ovvero, ancora, “*possibilità che*

³⁴ GASPERONI N., *Le assicurazioni*, Vallardi, Milano, 1966, 62.

³⁵ DURANTE A., *L'assicurazione R.C.*, Ed. Sicurtà, Milano, 1964, 31.

³⁶ DE STROBEL D. - OGLIARI V., *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, in *Teoria e pratica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, 26.

³⁷ In dottrina vd. ANGELONI V., *op. cit.*, 555; TASSONE L., *Evoluzione del rischio di responsabilità civile e suoi riflessi sull'assicurazione degli operatori sanitari*, in *Dir. econ. ass.*, 1995, 853; FRANZONI M., *op. cit.*, 368.

³⁸ Cass. Civ. 07/09/1977, n. 3907, in *Giur. it.*, 1979, I, 1.

*l'assicurato debba rispondere delle conseguenze dannose prodotte dall'evento considerato in contratto, per essersi trovato con quest'ultimo in una relazione tale per cui dal verificarsi del sinistro derivi un'incidenza negativa sul suo patrimonio*³⁹.

L'elemento della probabilità, dunque, che ingloba in sé l'elemento dell'incertezza, è costante irrinunciabile in quest'ambito, ma non basta a disegnarne i confini, poiché è necessario distinguere tra incertezza assoluta e relativa. Più in particolare, infatti, quest'ultima si riferisce agli eventi il cui accadimento è *incertus quando*, come avviene nell'ambito delle assicurazioni sulla vita in relazione all'evento morte. Per contro, è assoluta l'incertezza che incombe non soltanto sul tempo di accadimento dell'evento, ma anche sull'*an* del medesimo.

Nell'ambito dell'assicurazione della r.c. è opinione consolidata che l'incertezza debba qualificarsi necessariamente come assoluta, poiché, diversamente, verrebbe inevitabilmente a mancare l'elemento della probabilità, tramutandosi in certezza e, dunque, neutralizzando il rischio, che deve necessariamente caratterizzare il contratto in parola. Di conseguenza, come giustamente osservato, certezza assoluta di accadimento dell'evento ed impossibilità assoluta di accadimento sarebbero *“il dritto ed il rovescio d'uno stesso fenomeno che produce l'inesistenza del rischio”*⁴⁰.

Ciò posto, allora, è quanto mai opportuno evidenziare la necessità che il rischio sia definito e descritto in polizza, poiché ciascuno dei contraenti ha, com'è ovvio, l'esigenza di conoscere, con la maggior chiarezza possibile, quali eventi saranno compresi e quali esclusi dall'assicurazione.

³⁹ Cass. Civ. 14/07/1976, n. 2201, in *Giust. civ.*, 1976.

⁴⁰ DE STROBEL D. - OGLIARI V., *op. cit.*, 27.

Peraltro, se questo è vero, non è men vero che detta definizione non possa dirsi uniforme, ma cangiante, poiché cangianti sono le tipologie di danno e le forme di responsabilità, dalla cui individuazione la definizione del rischio direttamente discende.

La ricostruzione, in particolare, delle forme di responsabilità, non è, per la verità, agevole, tant'è vero che svariate e non sempre concordanti sono state le ricostruzioni in materia. Tuttavia, intendendo sposare la ricostruzione fornita da autorevole dottrina sul punto⁴¹, è opportuno ritenere che l'assicurazione della r.c., compatibilmente, tra l'altro, con la sua norma definitoria, ossia l'art. 1917, c.c., possa coprire: l'obbligazione risarcitoria sorta da illecito aquiliano ex art. 2043, c.c.; l'obbligazione risarcitoria sorta da reato colposo⁴², concordemente con quanto stabilito dall'art. 185, c.p.⁴³; l'obbligazione risarcitoria sorta da responsabilità presunta, come nel caso degli artt. 2048, 2050, 2051, c.c.; l'obbligazione risarcitoria da inadempimento

⁴¹ Si segnala, su tutti, ROSSETTI M., *op. cit.*, 17 ss.

⁴² In proposito, è opportuno precisare che la colpa possa essere graduata in ambito contrattuale, prevedendo l'esclusione, ad esempio, della copertura per condotte dipendenti da colpa grave dell'assicurato, così come anche quella derivante da specifiche ed individuate condotte colpose. Tuttavia, come del resto stabilito da consolidata giurisprudenza, è necessaria in questi casi, un'espressa pattuizione sul punto, non potendo desumersi implicitamente, nel silenzio del negozio, alcuna limitazione in ordine alla tipologia di colpa.

Con riguardo al dolo, invece, si esclude, in generale, la copertura assicurativa in virtù dell'espresso divieto di cui all'art. 1917, 1 c.c., quale applicazione del più generale art. 1900, c.c.; tuttavia, si precisa, detta esclusione concerne soltanto il danno direttamente discendente da dolo dell'assicurato, di tal che se dall'azione dolosa di costui derivi un evento dannoso non voluto, la responsabilità per quest'ultimo sarà coperta dall'assicurazione, salvo che, ovviamente, essa non sia ascrivibile nell'area del dolo eventuale.

⁴³ L'art. 185, c.p., testualmente dispone che: “*Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbano rispondere per il fatto di lui*”.

contrattuale colposo, ex art. 1218, c.c.; l'obbligazione risarcitoria da responsabilità contabile, seppure con precisi limiti⁴⁴.

Per quanto riguarda, poi, le diverse tipologie di danno, poco importa che esso sia patrimoniale o non patrimoniale: l'assicurazione copre la responsabilità in quanto tale, per cui l'assicurato, in mancanza di specifiche delimitazioni pattizie del rischio⁴⁵, deve essere tenuto indenne dall'assicurato quale che sia il danno prodotto.

Peraltro, la complessità dell'elemento del rischio è resa ancor più evidente se solo si pensi che esso, seppur debba essere inteso in senso unitario, si atteggi diversamente a seconda che l'assicurazione sia in forma facoltativa, ovvero, per contro, obbligatoria.

In particolare, infatti, nell'ambito delle assicurazioni facoltative la minaccia al patrimonio resta una delle immediate conseguenze dell'obbligazione e causa generatrice del bisogno e dell'interesse a contrarre, laddove, invece la *ratio* delle disposizioni normative volte a prevedere l'obbligatorietà di determinate tipologie di assicurazione è senz'altro quella dell'impedire, coerentemente con la funzione del sistema della responsabilità civile nel diritto contemporaneo, che il danno resti in capo al danneggiato, il quale ultimo deve essere risarcito. Di conseguenza, allora, se la ricerca dell'oggetto sarà immancabilmente ed intimamente connessa con la minaccia al patrimonio, con riguardo all'assicurazione facoltativa, ne prescindereà, invece, totalmente con riguardo a quella obbligatoria, per cui l'oggetto

⁴⁴ In particolare, infatti, poiché la responsabilità contabile rientra nel *genus* della responsabilità civile, è opinione comune che essa possa formare oggetto di copertura assicurativa, sempre che, innanzitutto, derivi da fatto colposo e che l'assicurazione sia stipulata per conto altrui, se contraente è la P.A. ed assicurato sia un pubblico amministratore incardinato presso l'amministrazione dello stipulante (ai sensi dell'art. 3, l. 24/12/2007, n. 244), configurandosi, nel caso in cui tale divieto venga disatteso, nullità dell'intero contratto.

⁴⁵ Su cui vd. *infra*, par. 4.3.

potrà essere solo ritrovato proprio nella probabilità di insorgenza di una obbligazione da illecito⁴⁶.

4.1 Rischio e alea

Una volta compreso, seppur nei suoi tratti essenziali, il significato dell'elemento del rischio, pare opportuno evidenziare una distinzione, emersa, essenzialmente, in dottrina, tra questo e l'*alea*, poiché è parso che la comprensione di questi due concetti, il cui significato sembra, in prima battuta, sovrapponibile, sia essenziale per meglio comprendere l'essenza del contratto di assicurazione.

Il rischio, invero, come visto, è da identificare con la probabilità di verificazione di un evento futuro ed incerto, nonché dannoso, se il riferimento sia alla responsabilità civile; si fa, dunque, riferimento ad un avvenimento possibile. Quando, invece, si discorre di *alea* ci si riferisce alle conseguenze economiche discendenti dall'avverarsi o meno del suddetto avvenimento e che i soggetti legati al rapporto assicurativo possono, di conseguenza, subire.

E' dunque, l'incertezza del rischio a determinare l'aleatorietà del contratto, di tal che rischio ed *alea* hanno in comune l'aspetto dell'incertezza e sono certamente correlati, tuttavia tale correlazione è univoca, nel senso che è solo il rischio a determinare l'*alea*, non essendoci esatta corrispondenza tra i due elementi.

Tuttavia, detta correlazione è assolutamente centrale, se è vero, com'è vero, che l'inesistenza del rischio comporta la carenza del carattere aleatorio e, dunque, la nullità del contratto di assicurazione.

⁴⁶ DE STROBEL D. – OGLIARI V., *op. cit.*, 29.

Tuttavia, è bene notare, proprio la nullità del contratto per assenza del carattere aleatorio ha condotto all'insorgenza di dubbi, incentrati, essenzialmente, sull'oggetto del contratto di assicurazione.

E' vero, infatti, come sotto questo punto di vista, si è da più parti evidenziato che la teoria che individua la prestazione del contratto nell'obbligo di indennizzo dell'assicuratore non appaia del tutto confacente con l'essenza del contratto e con la centralità che al rischio si è inteso conferire.

Non si spiegherebbe, infatti, aderendo a questa impostazione, la nullità del contratto per mancanza del carattere aleatorio, che, come evidenziato, proprio nel rischio trova la sua identificazione. Di qui, allora, le teorie che individuano la prestazione dell'assicuratore non già (*rectius* non solo) nella corresponsione dell'indennizzo, bensì anche nella sopportazione del rischio⁴⁷.

L'assunto, tuttavia, ha aperto la strada alle critiche di quanti hanno ritenuto l'elemento aleatorio, così strutturato, incompatibile con la corrispettività delle prestazioni, certamente presente nel contratto di assicurazione.

Non è mancato, infatti, per questa via, chi è giunto addirittura a negare il carattere di aleatorietà del contratto di assicurazione, partendo da un'asserita certezza che si rinviene, da parte dell'assicuratore, nel tenersi pronto all'eventualità del prodursi del danno, nonché, tra l'altro, in una stabilità della posizione economica dello stesso, per cui sarebbe del tutto indifferente, dal punto di vista delle negative conseguenze economiche, il verificarsi o meno dell'evento di danno,

⁴⁷ GASPERONI N., *op. cit.*, 26.

dati i complessi meccanismi che regolano l'impresa assicurativa, che dette conseguenze sono volti, essenzialmente, a neutralizzare⁴⁸.

Tuttavia, non pare potersi condividere la considerazione appena esposta, poiché, innanzitutto, la diversità del risultato economico dei singoli contraenti appare evidente nell'osservazione dei singoli contratti e, per giunta, non può escludersi *a priori* la possibilità di verificazione di un evento, ad esempio, talmente catastrofico e disastroso da colpire ingentemente il portafoglio dell'impresa assicurativa.

Certo, non può negarsi che l'aleatorietà che caratterizza i contratti assicurativi sia, per così dire, peculiare rispetto a quella che, di solito, concerne gli altri negozi che tipicamente sono contraddistinti dall'elemento aleatorio (il riferimento è a una vasta categoria di contratti, tra i quali si fanno rientrare, ad esempio, la vendita di cosa futura, ex art. 1472, c.c., oppure, ancora, l'art 1998, c.c., in materia di titoli di credito a premi). Come giustamente notato in dottrina⁴⁹, infatti, la tradizionale accezione dell'*alea* comporta uno scambio di eguali possibilità di guadagno e di perdita, laddove, invece, in ambito assicurativo, si confrontano due prestazioni di cui una, quella dell'assicurato, è essenzialmente certa, l'altra, per contro, quella dell'assicuratore, assolutamente eventuale.

Non solo, poiché nell'*alea* tradizionale la prospettiva dominante è quella che vede il realizzarsi della possibilità di guadagno di un contraente a danno dell'altro, laddove, nel contratto di assicurazione, l'interesse delle parti è comune e rivolto, con tutta evidenza, al non verificarsi dell'evento, costituente, appunto, il rischio. Certamente, è

⁴⁸ DURANTE A., *L'alea e il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 531.

⁴⁹ PINO A., *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1960, I, 236, ss.

un carattere che mostra una spiccata peculiarità, tuttavia non basta a scorporare il contratto di assicurazione dal novero dei contratti aleatori, di cui, anzi, pur essendo, com'è evidente, contratto a prestazioni corrispettive, costituisce uno dei più importanti esempi.

4.2 L'accidentalità

Strettamente connessa al rischio è l'accidentalità. Non è un caso, del resto, che, tradizionalmente, il rischio, oltre ai requisiti visti, dovesse necessariamente *“rivestire il carattere fortuito o di forza maggiore, perché altrimenti l'evento avrebbe perduto il carattere dell'incertezza”*⁵⁰, così come non sono mancati, nel tempo, richiami alla repentinità ed alla provenienza dall'esterno.

Svariati requisiti, dunque, talvolta anche discussi, si sono fusi ed adattati nell'espressione, di non facile in interpretazione, di *“fatto accidentale”*.

Certamente, non vi sono dubbi che si tratti di un requisito convenzionale, poiché nessuna norma di legge in materia di responsabilità civile fa riferimento a questa espressione. In particolare, quello che risulta maggiormente oscuro è, senza dubbio, il significato dell'aggettivo *“accidentale”* e la sua precipua funzione. Questione, questa, particolarmente dibattuta specialmente in relazione all'ammissibilità e all'interpretazione di clausole, il cui uso è particolarmente diffuso nei contratti di assicurazione della r.c., che prevedano l'operatività della polizza unicamente nel caso di *“fatti accidentali”* che rechino danni a terzi.

Diverse sono state le teorie che sul punto si sono contrapposte.

⁵⁰ DONATI A., *op. cit.*, 309.

Secondo un primo indirizzo, sarebbero, innanzitutto da escludere i significati del tutto contrastanti con la funzione stessa della garanzia discendente dalla r.c., così come quelli che, invece, risultano pleonastici, poiché nulla aggiungono a ciò che in quella funzione è già insito. L'accidentalità, allora, riguarderebbe fatti certamente involontari, ma comporterebbe un'ulteriore limitazione degli eventi ammessi a risarcimento, che, peraltro, non potrebbe consistere, nell'ambito della strutturazione del rischio, nell'assoluta straordinarietà e repentinità, tali da rendere veramente l'evento incerto ed imprevedibile e, dunque, assicurabile. Si è chiarito, infatti, che l'imprevedibilità non può andare di pari passo con l'incertezza, poiché mentre l'una non può essere richiesta, l'altra appare assolutamente necessaria.

Più in particolare, i Giudici di legittimità hanno evidenziato, a chiare lettere, che *“l'accidentalità non richiede l'imprevedibilità dell'evento dannoso, ma l'incertezza della sua specificità, sicché si configura quando, pur essendo astrattamente possibile prevedere il verificarsi di un'evenienza, sia incerto il complesso di fattori che concorrono a produrla secondo le modalità temporali concretamente verificatesi”*⁵¹, specificando, altresì, che *“un evento può qualificarsi accidentale quando, pur sussistendo la generica possibilità del suo accadimento, intervengano circostanze estranee all'attività dell'agente (predisposta con le cautele necessarie ad evitare l'altrui pregiudizio) che concretino l'astratta potenzialità dannosa di tale attività in uno specifico danno a carico di un determinato bene appartenente ad un terzo”*⁵².

⁵¹ Cass. Civ. 30/04/1981, n. 2652, in *Dir. e prat. assicur.*, 1982, 531.

⁵² Cass. Civ. 04/02/1992, n. 1214, in *Resp. Civ. Prev.*, 1993, 590.

Come, peraltro, anticipato, non v'è unanimità di vedute sul punto. Secondo altro indirizzo ermeneutico, per la verità maggioritario, infatti, l'accidentalità dovrebbe corrispondere proprio con i significati di caso fortuito e forza maggiore, poiché da essi non può sorgere responsabilità per l'assicurato. Se l'effetto naturale del contratto di assicurazione della r.c. è quello di tenere indenne l'assicurato dalla responsabilità derivante da fatti colposi (salve espresse clausole delimitative del rischio), ebbene, allora, la clausola che preveda la copertura del rischio per danni conseguenti a "fatti accidentali", dovrebbe interpretarsi come riferita esclusivamente alla condotta colposa, in contrapposizione con quella dolosa. Di conseguenza, secondo questa impostazione, qualora la polizza limiti l'indennizzabilità ai danni derivati da fatti accidentali, essi debbano essere intesi quali fatti colposi, sulla scorta del fatto che *"secondo la terminologia giuridica tradizionalmente accettata senza contestazioni, il fatto accidentale è equivalente a fortuito o forza maggiore; di conseguenza appare evidente la contraddizione della previsione del risarcimento dovuto all'assicurato quale civilmente responsabile per danni prodotti a terzi in dipendenza di un fatto accidentale"*⁵³.

L'impostazione in parola, in particolare, si fonda, innanzitutto sul significato letterale dell'aggettivo "accidentale", comunemente inteso come sinonimo di casuale, fortuito, non essenziale, contingente. Il che, peraltro, va, com'è ovvio, combinato con quanto disposto dall'art. 1362, c.c., che, quale norma d'apertura dei criteri di interpretazione, sancisce che è di primaria importanza individuare l'intenzione delle parti e la loro volontà, se necessario andando oltre il significato

⁵³ Cass. Civ. 10/04/1995, n. 4118, in *Resp. civ. prev.*, 1995, 528; ma nello stesso senso, vd. anche Cass. Civ. 28/02/2008, n. 5273, in *Assicurazioni*, 2008, II, 273; Cass. Civ. 30/03/2010, n. 7766, in *Giust. civ.*, 2011, I, 2176; da ultimo, Cass. Civ. 26/02/2013, n. 4799, in *Assicurazioni*, II, 285.

letterale delle parole utilizzate in ambito contrattuale. Se è vero, infatti, che, come evidenziato, tanto la responsabilità extracontrattuale, quanto quella contrattuale, siano escluse, qualora l'inadempimento o l'illecito dipendano da caso fortuito o forza maggiore, è necessario comprendere cosa le parti abbiano voluto intendere nel pattuire l'indennizzabilità dei soli danni causati dall'assicurato e derivanti da fatti accidentali.

Si è precisato, in questo senso, che l'unico senso ragionevole sia proprio quello di circoscrivere il rischio, evitando, cioè, che l'assicuratore possa trovarsi costretto ad indennizzare danni causati dall'assicurato, attraverso condotte del tutto esorbitanti, anomale rispetto a quelle avute presenti al momento della stipula della polizza⁵⁴.

Come visto, dunque, la tematica è strettamente connessa ad un altro punto particolarmente interessante, quanto arduo, concernente l'assicurazione della r.c.. Il riferimento è alla complessa area delle delimitazioni del rischio.

4.3. Delimitazioni del rischio.

⁵⁴ ROSSETTI M., *op. cit.*, 25. Tuttavia, sostiene l'A., se così è, il fine perseguito appare, in tal senso, del tutto inidoneo rispetto al fine che detta clausola si propone di raggiungere. In particolare, l'esatta delimitazione del rischio potrà avvenire, in ambito contrattuale, più chiaramente descrivendo le condotte potenzialmente dannose dell'assicurato, la sua attività lavorativa, il grado della colpa, ecc. Se, per contro, si intenda delimitare il rischio inserendo una clausola che faccia riferimento ai "fatti accidentali" si entrerebbe in un circolo vizioso, in cui si alternano due possibilità, entrambe senza via d'uscita: la clausola, infatti, sarebbe o nulla (qualora per fatti accidentali si intendano i fatti colposi), ovvero, comunque, inapplicabile per la sua indeterminatezza (laddove per fatti accidentali si intendano una porzione di tutti i fatti colposi), poiché, in tal caso, priva di qualunque riferimento concreto atto ad individuare, tra tutti i possibili fatti colposi, quelli coperti e quelli esclusi.

La tematica delle delimitazioni del rischio è, come anticipato, particolarmente complessa, poiché richiama, da un lato, tutto l'ambito della circoscrizione dell'oggetto del contratto e, da altro punto di vista, le limitazioni entro cui detta circoscrizione può essere operata dai privati nell'esplicazione della propria autonomia.

Sarebbe, in effetti, tecnicamente impossibile assicurare la responsabilità per qualunque fatto colposo commesso dall'assicurato, per cui è del tutto naturale che i contratti di assicurazione sovente contengano disposizioni volte a circoscrivere il rischio assicurato con numerose limitazioni. Più in particolare, per la verità, il contratto di assicurazione della r.c. è generalmente volto a tenere indenne l'assicurato dalle conseguenze non già, come in precedenza evidenziato, di ogni danno arrecato a terzi *quomodolibet*, bensì solo di quelli arrecati con determinate modalità, come, del resto, espressamente previsto dall'art. 1917, 1, c.c., nella parte in cui fa riferimento alla "*responsabilità dedotta in contratto*".

A questo riguardo, svariate sono le delimitazioni del rischio, sebbene, è opportuno evidenziare, non tutte sono automaticamente ritenute ammissibili, essendo, per contro, la valutazione rimessa ad un'accorta analisi, involgente, innanzitutto, la fondamentale differenza intercorrente tra clausole limitative della responsabilità e delimitative dell'oggetto⁵⁵.

Tuttavia, prescindendo, per il momento, da questa approfondita analisi, è opportuno chiarire che le delimitazioni del rischio si distinguono, innanzitutto, in soggettive ed oggettive. Dal primo punto di vista, innanzitutto, il contratto può circoscrivere sia il numero delle persone del cui operato l'assicuratore risponderà e, dunque, i

⁵⁵ Su cui vd. *infra*, Cap. 2.

danneggianti, sia il novero delle persone dei cui danni l'assicuratore terrà indenne l'offensore, ovverosia i danneggiati.

Le delimitazioni oggettive del rischio, per contro, riguardano il tipo di danni, come detto, di enorme vastità, causati dall'assicurato. I danni possono, come noto, essere di natura patrimoniale o non patrimoniale, con le rispettive sottocategorie che perimetrano i confini della responsabilità e che sono state, nel corso del tempo, elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Come chiarito, infatti, è raro che il contratto di assicurazione preveda una generica obbligazione da parte dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato per tutti i potenziali danni che questi potrebbe causare, per cui svariate sono le formule utilizzate volte a circoscrivere il novero di questi ultimi.

Da un punto di vista causale, poi, il rischio viene, usualmente, determinato in base a diversi criteri. Innanzitutto, viene in rilievo la determinazione della qualità dell'assicurato, come persona fisica o giuridica, di tal che il contratto possa includere nella copertura, la responsabilità per i danni di cui l'assicurato deve rispondere solo in una determinata qualità, escludendola, per contro, negli altri casi⁵⁶. In secondo luogo, viene, poi, in rilievo la determinazione dell'attività dal cui esercizio si prevede possano scaturire eventi dannosi nei confronti dei terzi, con la conseguenza della non indennizzabilità dei danni che l'assicurato abbia arrecato nello svolgimento di attività diversa da quella oggetto del contratto di assicurazione. Infine, si ha riguardo alla determinazione dell'estensione e dell'intensità dell'attività

⁵⁶ In questi termini, Cass. Civ. 10/02/2003, n. 1954, in *Arch. Civ.*, 2003, 933

dell'assicurato, da un lato, alla determinazione della natura delle azioni od omissioni colpose fonte di danno⁵⁷, dall'altro.

Da un punto di vista, poi, spaziale, è solita la delimitazione con riferimento al territorio nazionale, o all'ambito di esercizio dell'attività fonte potenziale di danno, o, ancora, avendo riguardo al luogo in cui si trova la cosa potenziale fonte di danno.

Sebbene tutte le suddette delimitazioni del rischio siano, come anticipato, frequenti nei contratti di assicurazione della r.c., la più problematica tra queste è, senza dubbio, rinvenibile nell'ambito delle delimitazioni temporali, per le innumerevoli sfaccettature che esse comportano, dagli illeciti permanenti, all'emersione della rilevanza dei danni lungolatenti, alla diffusione, infine e conseguentemente, delle clausole cd. *claims made*.

5. Le delimitazioni temporali del rischio: i danni lungolatenti

Come noto, tradizionalmente, il contratto di assicurazione della r.c., si struttura secondo due differenti modelli, l'uno pienamente aderente al dettato dell'art. 1917, c.c., l'altro, invece, lievemente differente, ma, comunque, evidentemente compatibile con esso. Ed infatti, l'obbligo indennitario dell'assicuratore può sussistere, tanto qualora il fatto si verifichi durante l'efficacia del contratto, dal pagamento della prima rata di premio, fino alla sua scadenza, secondo il modello cd. *act committed*, tanto nel caso in cui il danno si manifesti dopo il pagamento della prima rata di premio e prima della scadenza dell'efficacia del contratto, così delinendosi il sistema meglio noto come *loss occurrence*.

⁵⁷ ROSSETTI M., *op. cit.*, 29, ss.

In caso, poi, di mancato pagamento della rata di premio troverà applicazione l'art. 1901, c.c.

Peraltro, questo schema del contratto di assicurazione può variare, nel momento in cui subentrino particolari condizioni, che provochino una sfasatura temporale, tanto da rendere necessaria una modifica del regolamento contrattuale come finora delineato.

Il riferimento è, innanzitutto, alla possibilità di illeciti permanenti e a quella, parzialmente differente, di illeciti che producano danni permanenti.

Con riguardo alla prima delle due ipotesi, invero, è noto come una condotta illecita possa certamente essere istantanea, ma anche permanente, nel momento in cui essa si presenti come reiterata nel tempo⁵⁸. Nel primo caso, in particolare, troveranno piena applicazione sia il modello di *act committed*, com'è ovvio, sia quello di *loss occurrence*, nel caso in cui la produzione del danno “*segua immediatamente il danno che ne è causa*”⁵⁹. Nel secondo caso, invece, pure vi sarà piena compatibilità con entrambi i modelli se tanto la condotta quanto il danno si manifestino nel periodo di efficacia del

⁵⁸ La tematica è di non poco rilievo nell'ambito del diritto civile. Invero, Cass. Civ. 20/12/2000, n. 16009, in *Foro it. Rep.*, 2000, Responsabilità civile, n. 183, ritiene che la valutazione circa la permanenza e l'istantaneità dell'illecito sia cosa diversa rispetto a quella circa la permanenza od istantaneità del danno, giacché essa va effettuata con riferimento al nesso eziologico tra il danno ed il comportamento *contra ius* dell'agente, permeato da dolo ovvero da colpa. Per contro, nell'illecito istantaneo, il comportamento è mero elemento genetico del fatto dannoso e con la produzione di esso si esaurisce (ben potendo, poi, per contro, il danno protrarsi permanentemente nel tempo).

⁵⁹ L'espressione è, in verità, del DONATI, *op. cit.*, 368, il quale, tuttavia, ritiene che il danno segua immediatamente il fatto che ne è causa sempre, anche quando esso si manifesti tardivamente. Da ciò la conclusione dell'A. per cui il danno manifestatosi dopo lo spirare del contratto, a prescindere dal modello utilizzato, sia sempre indennizzabile, se è causato da una condotta tenuta dall'assicurato nel corso della polizza. Peraltro, è opportuno evidenziare, l'espressione non può essere presa alla lettera, poiché, giuridicamente, se letteralmente interpretata, essa finisce per confondere due piani che vanno, per contro, tenuti ben distinti: la lesione del diritto, presupposto del danno, e il danno vero e proprio, la lesione, cioè, patrimoniale o personale, che dalla condotta discende. Più correttamente, allora, come pure suggerisce ROSSETTI, *op. cit.*, 34, l'espressione va intesa nel senso che il danno causato dall'assicurato (volendo tener presente il più tradizionale dei modelli di contratto assicurativo della r.c., ex 1917, c.c.) sia, in generale, sempre indennizzabile quando rappresenti una conseguenza immediata e diretta, ancorché non contestuale, della condotta illecita.

contratto; con la differenza che se la condotta, sia pur iniziata nella vigenza del contratto, si protragga oltre lo spirare dello stesso, non risulterà più coperta, neppure in base al modello più tradizionale di *act committed*.

Differente è, come anticipato, il caso in cui ad essere permanente sia, non già la condotta dell'assicurato, bensì il danno da quella condotta, sia essa istantanea o permanente, scaturito. In questo caso, infatti è pacifico che i danni causati saranno tutti coperti dall'assicurazione, qualora la condotta ricada nel periodo di vigenza del contratto.

Come si vede, dunque, le questioni finora esposte sono state sempre risolte alla luce dell'efficacia di un tradizionale modello di assicurazione, che si è definito *act committed*, o *loss occurrence*.

Tuttavia, vi sono casi in cui il tradizionale modello di contratto assicurativo della r.c. cede il passo ad ulteriori e diverse esigenze, per cui anche la tematica dei danni e degli illeciti permanenti non trova univoca soluzione, la quale dipende, invero, dalla tipologia di contratto di assicurazione in cui essi trovano copertura.

La questione si intreccia, preliminarmente, con quella riguardante l'emersione dei cd. danni lungolatenti, ossia quelli in cui si verifica uno scarto temporale tra la commissione del fatto illecito ed il manifestarsi delle conseguenze negative che da esso promanano.

E' vero, infatti, che anche il modello cd. *loss occurrence*, incentrato sulla produzione del danno più che su verificarsi del fatto, presuppone una contestualità tra i due accadimenti, senza contemplare la possibilità di sfasatura temporale, presupposta, invece, nei danni lungolatenti.

Il problema dei danni lungolatenti, invero, è sorto in epoca relativamente tarda, quando cioè si affrontato il problema della

possibile discrasia tra momento di verifica dell'illecito e momento di manifestazione del danno.

Per la verità, l'origine del problema, da un punto di vista strettamente giuridico, ha riguardato la questione, ormai da tempo risolta, della prescrizione relativa alle azioni risarcitorie proprio volte a fronteggiare situazioni in cui il manifestarsi del danno fosse "scollato", per così dire, dalla condotta di esso causativa⁶⁰. La giurisprudenza, copiosa in materia, è giunta a ritenere che il *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento del danno in questi casi, è individuabile nel momento in cui sia stata raggiunta, tramite precise indagini mediche, la certezza della malattia e della sua origine professionale⁶¹. Più precisamente, poi, la Suprema Corte, in tema di emotrasfusioni infette, ha statuito che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, nelle suddette circostanze, decorre non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno, né semplicemente dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene percepita, o può essere percepita, quale danno ingiusto, munito di rilevanza giuridica, riferibile al comportamento del terzo⁶².

Peraltro, una volta risolto come innanzi il problema legato alla decorrenza della prescrizione, le questioni legate ai danni lungolatenti non si sono esaurite.

⁶⁰ Il campo elettivo della problematica dei danni lungolatenti è, senza dubbio, quello della responsabilità medica in generale, con particolare riguardo, poi, ai casi di trasfusione di sangue o emoderivati infetti, ma anche a quelli di esposizione a sostanze nocive o ad onde elettromagnetiche, fino ad estendersi ad una serie di condotte vessatorie (quali quelle qualificabili come *mobbing*), che possono generare danni psichici manifestatisi anche a seguito di un lungo ed asintomatico periodo di latenza.

⁶¹ Cass. Civ., 08/05/2007, n. 10441, in *Foro it.*, 2007, I, 2701.

⁶² Cass., sez. un., 11/01/2008, nn. 576-585, in *Foro it.*, 2008, I, 453.

Ed invero, gli approdi giurisprudenziali evidenziati comportano conseguenze di non poco conto qualora esse vengano trasposte nell'ambito che qui più interessa, ovverosia quello del contratto di assicurazione della r.c.

E' vero, infatti, che tanto il modello *loss occurrence*, quanto quello *act committed* siano assolutamente ed inscindibilmente connessi ai concetti di fatto e danno, cui, in effetti, l'art. 1917, c.c. fa riferimento, poiché fondanti, insieme al nesso causale, l'intero sistema della responsabilità civile. Entrambi i modelli, dunque, prescindono totalmente dalla richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, che, per contro, appare centrale se solo si consideri che la prescrizione dell'azione decorre, come visto, non già dalla produzione del fatto, né, tanto meno dalla mera manifestazione del danno, bensì da quando questo sia, in un'ottica di evidente, quanto necessaria, esaltazione del nesso causale che lega condotta e danno (inteso, ovviamente, sotto questo profilo, come danno-conseguenza), percepibile come tale dal danneggiato e causalmente ricollegabile, in base alle conoscenze medico-scientifiche, proprio a quel fatto. Questo assunto implica, a ben vedere, che la richiesta di risarcimento possa giungere al danneggiante in un momento successivo non solo alla commissione del fatto, ma anche alla semplice manifestazione del danno, così comportando un'ulteriore sfasatura temporale e, di conseguenza, problemi di copertura assicurativa di non agevole soluzione.

5.1 Scarto temporale tra commissione del fatto e richiesta di risarcimento

Lo scarto temporale tra commissione del fatto e richiesta di risarcimento a nulla vale, come detto, nei tradizionali modelli di assicurazione per la r.c., poiché l'indennizzabilità del danno prescinde del tutto da quando il danneggiato decida di far valere la propria richiesta risarcitoria.

L'assunto è, però, problematico, nel suddetto caso dei danni cd. lungolatenti.

Ed invero, il problema si è posto come particolarmente "sentito" nel corso degli anni '80, quando, in America, si è posta la necessità di far fronte a danni di tale portata, con particolare riguardo ai prodotti difettosi, ai danni ambientali e, più tardi, ai danni alla salute derivanti da fumo di sigarette. La tutela giuridica, infatti, che in quello stesso periodo si sviluppa intorno ai diritti della persona, ampliando incontrollabilmente l'area di risarcibilità, provoca uno shock finanziario del sistema assicurativo statunitense, incapace di fronteggiare l'esponenziale aumento degli indennizzi da corrispondere, con il conseguente fallimento di numerose compagnie assicurative, che non riuscivano più a programmare la propria attività imprenditoriale, poiché esposte a richieste di risarcimento spesso ingenti, per periodi di tempo praticamente indeterminati. Ed infatti, proprio le clausole che si sono definite "tradizionali", al tempo diffuse, di *act committed* e *loss occurrence*, assicurando tutti gli accadimenti di danno o i fatti generatori di danno verificatisi nella vigenza del contratto, comportano l'obbligo di manlevare gli assicurati anche a distanza di anni dalla cessazione del contratto (almeno fino alla prescrizione, nei termini illustrati, del diritto risarcitorio), non consentendo, così, alle compagnie di prevedere gli esborsi annuali e l'esatta proporzione tra premio e rischio su di esse gravante.

Per questa ragione si sono diffuse particolari tipologie di clausole, cd. *claims made*, che differiscono dal suddetto modello, stabilendo che l'obbligazione dell'assicuratore (cioè quella di tenere indenne l'assicurato) scatta qualora la relativa richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, intervenga durante il periodo di copertura assicurativa, anche per fatti che in ipotesi si siano verificati prima del suddetto periodo.

La diffusione di tali clausole nell'ambito del sistema angloamericano ha, tuttavia, sollevato dubbi sulla trasponibilità delle stesse nel nostro sistema civilistico.

Preliminare alla risoluzione del problema è la distinzione, quanto mai importante in quest'ottica, tra clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative dell'oggetto.

CAPITOLO II

CLAUSOLE DI ESONERO DALLA RESPONSABILITÀ E DELIMITATIVE DELL'OGGETTO NEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

1. L'art. 1229, c.c.: dal pactum de dolo non praestando alle clausole di esonero della responsabilità. - 2. Clausole di delimitazione dell'oggetto e clausole limitative della responsabilità: profili differenziali. - 3. Le condizioni generali di contratto e il contratto di assicurazione. - 4. Il problema nel contratto di assicurazione. - 5. Un ulteriore aspetto problematico: le clausole vessatorie.

1. L'art. 1229, c.c.: dal pactum de dolo non praestando alle clausole di esonero della responsabilità

Le origini del divieto di clausole di esonero della responsabilità nell'adempimento delle obbligazioni, positivizzate nel disposto dell'art. 1229, c.c., si rinvencono nella disciplina romanistica del *pactum de dolo non praestando*, o *pactum ne dolus praestetur*. Si trattava, cioè, del patto con il quale si escludeva, in principio per il contratto di deposito, la responsabilità del depositario per la perdita dolosa della cosa.

In questo senso, dunque, si ritenne⁶³ inefficace la suddetta limitazione, non soltanto per il deposito, ma anche per gli altri contratti, poiché contraria a *fides bona* e ai *boni mores*⁶⁴.

Più tardi, il giurista Ulpiano (III sec. d. C.) ritenne l'assunto *ius stabilmente* recepito, tanto che, successivamente, i Giustiniane

⁶³ L'assunto è attribuibile al giurista Celso (II sec. d.C.) ed è riportato in D. 50.17.23.

⁶⁴ D. 16.3.1.7.

estesero il divieto anche all'esonero della responsabilità per colpa grave, equiparata al dolo, in base al noto brocardo per cui *magna culpa dolus est*⁶⁵.

L'art. 1229, c.c., dunque, in continuità con tale impostazione, prevede, al comma 1, la nullità di qualunque patto escluda o limiti preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave, ovvero di qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione degli obblighi derivanti da norme di ordine pubblico, al comma 2.

Il legislatore del '42, dunque, ha inteso enunciare un principio generale di ordine pubblico, nel tentativo di evitare fenomeni di grave irresponsabilità a fronte di un impegno negoziale già in precedenza assunto dalle parti, in un'ottica contraria rispetto alla tendenza dilagante dell'ordinamento volta all'esaltazione dell'autonomia negoziale, di necessaria compressione della stessa.

Del resto, la rilevanza dell'art. 1229, c.c. ha più volte trovato conferma nella giurisprudenza costituzionale⁶⁶, quale corollario del più generale principio di ragionevolezza, ex art. 3, Cost.

La *ratio* del comma 1 dell'art. 1229, allora, è da individuare tanto, da un lato, nella tutela del credito, quanto, poi, nel generale principio di buona fede.

Dal primo punto di vista, nell'ottica del principio generale per cui *pacta sunt servanda*, non è concepibile, in base alla strutturazione del nostro diritto civile, che un debito sia contratto senza che sia prevista la conseguente responsabilità in caso di inadempimento (salvi i casi,

⁶⁵ D. 50.16.226.

⁶⁶ In questo senso, vd. Corte Cost. 22/11/1991, n. 420; Corte Cost. 26/05/2005, n. 199; Corte Cost. 20/06/2002, n. 254; Corte Cost. 11/02/2011, n. 46.

pur previsti nel nostro ordinamento, di responsabilità senza debito); di conseguenza, se il debitore è inadempiente, l'ordinamento appresta una serie di rimedi idonei a far valere la sua responsabilità contrattuale. Come autorevolmente sostenuto, quindi, se non vi fosse la previsione di cui all'art. 1229, comma 1, l'impegno del debitore sarebbe totalmente svuotato di contenuto, con pesanti ripercussioni sulla tutela del credito e la certezza dei traffici giuridici⁶⁷, facendosi dipendere, per questa via, l'esecuzione del contratto dal mero arbitrio del debitore.

Dal secondo punto di vista, poi, per cui ulteriore fondamento della norma in parola è da rinvenirsi nel principio di buona fede, è evidente che una clausola che prevedesse l'irresponsabilità del debitore per dolo o colpa grave, ovvero anche con colpa lieve, ma per violazione di norme di ordine pubblico, costituirebbe certamente la spia di un impegno non serio e scorretto, dunque, contrario al generale canone che deve improntare l'agire delle parti dalla stipula del contratto, sino alla sua esecuzione, come positivamente stabilito dalle disposizioni degli artt. 1337, 1175, 1375, c.c.

In base a quanto esposto, allora, le parti, nello stabilire limitazioni convenzionali di responsabilità, non potranno che muoversi negli stretti margini di discrezionalità lasciati dall'art. 1229.

Così, ad esempio, le parti non potranno prevedere una clausola che esoneri il debitore da responsabilità in caso di dolo o colpa grave, ma potranno, per contro, limitare la suddetta responsabilità, in caso di colpa lieve, sempre che, beninteso, non si rientri nella previsione di cui al comma 2 del 1229, ovvero sia il caso in cui l'inadempimento del debitore comporti la violazione di norme di ordine pubblico.

⁶⁷ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 638.

E', infatti, proprio al comma 2 della norma in parola che si suole far riferimento per sostenere l'esonero da responsabilità extracontrattuale, in considerazione del fatto che l'illecito aquiliano è improntato a principi di ordine pubblico.

In definitiva, quindi, devono sottostare alla disciplina illustrata importanti ipotesi di limitazione della responsabilità, quale, ai fini che qui maggiormente interessano, quella concernente le condizioni generali di contratto a favore di colui che le ha predisposte *ex art. 1341, c.c.*, per cui è, tra l'altro, richiesta la specifica approvazione per iscritto da parte del contraente non predisponente.

Non solo, poiché l'anzidetta disciplina codicistica, in materia di clausole limitative della responsabilità, va coordinata con le disposizioni dettate a tutela del consumatore, nell'ambito del d.lgs. n. 205/2006 (Codice del Consumo), in cui, all'art. 33, comma 2, è stabilita una presunzione relativa di vessatorietà delle clausole che hanno per oggetto o per effetto di *“escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista”* (lett. a), nonché di *“limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità”* (lett.q).

2. Clausole di delimitazione dell'oggetto e clausole limitative della responsabilità: profili differenziali

I limiti che l'autonomia contrattuale incontra, come visto, con riguardo alle delimitazioni convenzionali della responsabilità in

ambito contrattuale, si riducono, per contro, nella predisposizione di clausole di delimitazione dell'oggetto del contratto.

Dette clausole, in particolare, lungi dal prevedere limitazioni di responsabilità, specificano l'oggetto del contratto, cioè il regolamento contrattuale stabilito dalle parti stesse.

E' noto, infatti, che la nozione di oggetto del contratto non sia pacificamente delineata, alternandosi ricostruzioni volte a far coincidere l'oggetto con la *res* materiale, a ricostruzioni tese a rinvenire in esso le prestazioni dovute dai contraenti, altre, ancora, più propriamente, a ritenere che l'oggetto del contratto debba coincidere, in realtà, più in generale, con l'intero programma negoziale voluto dalle parti, con il complesso, cioè, delle regole contrattuali che ne delineano l'impegno. In altre parole, dunque, la nozione di oggetto si riferisce all'insieme di diritti ed obblighi che ricadono nella sfera giuridica di ciascuna parte⁶⁸.

Se, dunque, così si ricostruisce la nozione di oggetto, appare netta ed evidente la distinzione strutturale, ontologica e temporale tra clausole di esonero o limitazione della responsabilità e delimitazione dell'oggetto.

Ed invero, le prime incidono *ex post* sul contenuto della responsabilità, limitandola, o, addirittura, eliminandola del tutto, esonerando il debitore dalla stessa. Si tratta, cioè, di clausole che disciplinano le conseguenze dell'inadempimento con una diversa distribuzione del rischio contrattuale. Esse non riguardano il contenuto del regolamento negoziale, che rimane fermo quanto alle sue prescrizioni; per contro, esse limitano le conseguenze di quello che,

⁶⁸ Per la nozione di oggetto del contratto, la sua identificazione con il contenuto sostanziale e la distinzione tra bene reale e bene dovuto, vd. BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. III, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2015, 315 ss.; GAZZONI F., *op. cit.*, 907.

altrimenti, sarebbe un inadempimento, proprio in quanto è stato disatteso l'impegno assunto. Un comportamento contrario alle pattuizioni dei contraenti, dunque, all'oggetto del contratto, o, addirittura, a quanto stabilito da un precetto normativo, dovrebbe, *naturaliter* far scattare le sanzioni previste dall'ordinamento; per contro, invece, proprio per l'introduzione di dette clausole, la responsabilità della parte "infedele" per violazione dell'obbligazione assunta viene a mancare del tutto o ad essere limitata.

Le clausole di delimitazione dell'oggetto, per contro, si pongono "a monte", incidendo sul differente momento strutturale e temporale della predisposizione delle regole contrattuali e della determinazione delle reciproche prestazioni. La loro finalità, evidentemente, è solo quella di delineare l'oggetto del contratto, specificando *ex ante* diritti ed obblighi delle parti e fungendo, quindi, da parametro nella valutazione dell'impegno delle parti. I contraenti, cioè, decidono di delimitare *ab origine* il loro impegno, di tal che, mancando già *a priori* l'intenzione di obbligarsi con riferimento ad una determinata prestazione, nessuna responsabilità potrà, poi, sussistere *a posteriori*, per un'obbligazione che, appunto, non è mai nata.

Il profilo dell'oggetto, dunque, non si intreccia con quello della responsabilità, poiché l'uno interviene nel momento genetico dell'accordo, l'altro, invece, in una fase eventualmente patologica del rapporto.

E' evidente come la distinzione tra le due tipologie di clausole non sia meramente teorica, in quanto foriera di conseguenze di non scarsa rilevanza. Infatti, soltanto con riguardo alle clausole di esclusione della responsabilità opera la declaratoria di nullità *ex art. 1229, c.c.*; una volta superato il sindacato di legittimità ai sensi del 1229, poi, è necessario procedere alla verifica dell'ulteriore requisito formale della

specifica approvazione per iscritto con riguardo alle condizioni generali di contratto *ex art. 1341, comma 2, c.c.*; infine, sussistendone i presupposti generali, risulterà eventualmente applicabile la disciplina speciale prevista in tema dal Codice del Consumo, *ex art. 33, comma 2, lett. a) e q)*.

3. Le condizioni generali di contratto e il contratto di assicurazione

Ben si innesta in questo discorso quello relativo alla predisposizione delle condizioni di contratto, che, come noto, rientrano negli elementi essenziali che il contratto di assicurazione deve contenere.

E' vero che le suddette condizioni siano di norma predisposte unilateralmente dall'assicuratore, in base al modello di cui all'art. 1342, c.c., che, nel disciplinare i contratti conclusi mediante moduli e formulari, sancisce che, per l'interpretazione, si segue il principio della prevalenza dei patti aggiunti su quelli prestampati.

Peraltro, è bene evidenziare, detta prevalenza si ha solo nel caso di incompatibilità tra la disposizione contenuta nel modulo e quella aggiunta dai contraenti, poiché, chiaramente, le due disposizioni possono logicamente coesistere e completarsi, essendo, così, entrambe pienamente valide.

In tema di interpretazione, poi, vale altresì il principio, sancito in materia di esegesi del contratto, per cui, in caso di ambiguità, le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposte da uno dei contraenti (in questo caso, di norma, evidentemente, l'assicuratore), si interpretano a favore dell'altro.

Tuttavia, l'aspetto più importante sul quale soffermarsi è quello riguardante l'applicazione dei principi di cui all'art. 1341, c.c., circa l'approvazione in forma specifica di alcune pattuizioni⁶⁹.

Risalente è, ormai, la giurisprudenza di legittimità, per cui l'obbligo della specifica approvazione scritta delle clausole particolarmente onerose, che richiamino il comma 2 dell'art. 1341, c.c., inserite in un contratto già predisposto, debba ritenersi assolto, qualora *“la clausola di approvazione sia seguita da nuova ed apposita sottoscrizione, distinta da quella apposta al contratto”*⁷⁰.

Il fondamento sotteso alla disciplina in materia è rinvenuto, di solito, nella necessaria protezione del contraente più debole, che, evidentemente, è colui il quale debba subire la regolamentazione predisposta dall'altro.

E' vero, infatti, che nell'ambito del contratto di assicurazione si usi richiamare generalmente una sorta di sperequazione economica tra i due contraenti. Non v'è chi, in realtà, non evidenzi come, in concreto, possa non porsi un siffatto squilibrio tra parti, se solo si pensi alla stipula di un'assicurazione con lo Stato o con imprese di grandi dimensioni. Per questa via, allora, non manca chi ritiene di rettificare questa visione del rapporto, basata sul riequilibrio di forze, per natura, squilibrate tra i contraenti, aderendo ad un'interpretazione differente che vede il fondamento del 1341 nella protezione della contrattazione in materia, in quanto tale, per una intrinseca delicatezza delle pattuizioni in se stesse considerate⁷¹, senza aprioristiche valutazioni circa l'equilibrio o meno delle posizioni dei contraenti.

⁶⁹ DE STROBEL D. - OGLIARI V., *op. cit.*, 78.

⁷⁰ Cass. Civ., 12/01/1959, n. 53, in *Resp. civ. e prev.*, 1959, 447.

⁷¹ DE STROBEL D. - OGLIARI V., *op. cit.*, 80.

Ulteriore valutazione, poi, concerne il valore da conferire al comma 2 dell'art. 1341, c.c. Ed infatti, la disposizione in parola contenga un'elencazione di clausole che, "in ogni caso", sono inefficaci se non specificamente approvate per iscritto; il riferimento è, in particolare, alle condizioni che stabiliscono, in favore del predisponente, testualmente, "*limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie, o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*".

In materia, vi è chi ritiene la disciplina eccezionale, dunque, non suscettibile di applicazione analogica, per cui considera l'elencazione tassativa. Tuttavia, è vero che la teoria che fa riferimento ai principi generali di liceità e meritevolezza, sia, in realtà, da un punto di vista giuridico, più soddisfacente⁷² e, del resto, in linea, come si vedrà, con le più recenti tendenze giurisprudenziali.

In ogni caso, la mancanza dell'approvazione scritta priva di effetto la clausola, restando, peraltro, ferma l'operatività del contratto nella parte non colpita dalla disposizione analizzata.

Il meccanismo che si innesca è, in questo senso, di tutta evidenza. La clausola non approvata è affetta da nullità per contrarietà con la norma imperativa, di cui all'art. 1341, c.c., in base a quanto disposto dall'art. 1418, comma 1, c.c. Peraltro, detta nullità non comporta la nullità dell'intero contratto, ma solo della singola clausola, in base alle regole dettate in tema di nullità parziale, dall'art. 1419, c.c. Questo comporta, dunque, una legittimazione assoluta a far valere la nullità in parola, *ex*

⁷² STANZIONE P., *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano, 1970.

art. 1421, c.c., rilevabile, come noto, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio.

Ora, nell'ambito del contratto di assicurazione della r.c., il problema che ha maggiormente agitato gli interpreti ha riguardato il richiamo, nel corpo del succitato comma 2 dell'art 1341, alle condizioni contenenti limitazioni di responsabilità. Ed invero, sotto questo punto di vista, stante il frequente riferimento al termine "responsabilità", nel corpo dei contratti assicurativi, non è infrequente una confusione tra clausole limitative della responsabilità e delimitative dell'oggetto, con tutte le conseguenze in precedenza segnalate, che possono discenderne in punto di disciplina.

Si era, per la verità, in passato, affermato nella giurisprudenza della Suprema Corte, il principio per cui *"nel contratto di assicurazione le clausole manoscritte o dattiloscritte non prevalgono sulle clausole a stampa quando esse siano rivolte solo a specificare il rischio assicurato. Le condizioni contrattuali che stabiliscono limitazioni di responsabilità e che a norma dell'art. 1341, comma 2, c.c., debbono essere specificamente approvate per iscritto sono le clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, da non confondere con quelle che, stabilendo i limiti entro i quali l'assicuratore s'impegna a rivalere l'assicurato, attengono all'oggetto del contratto"*⁷³. Detto principio, peraltro, si è, successivamente, offuscato, lasciando spazio ad una notevole confusione, anche nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, tra descrizione del rischio e delimitazione della responsabilità, nell'ambito della assicurazione della r.c.

⁷³ Cass. Civ., 03/10/1967, n. 2254, in *Resp. civ. e prev.*, 1968, 315.

4. Il problema nel contratto di assicurazione

Nell'ambito del contratto di assicurazione, come anticipato, si è posto il problema di distinguere tra le due tipologie di clausole poiché è invalsa la prassi negoziale, da parte delle compagnie assicuratrici, di inserire nelle condizioni generali di contratto clausole volte a limitare, specificare o escludere la garanzia assicurativa in caso di sinistro.

E', dunque, facilmente intuibile come ci si sia posti immediatamente il problema di individuare la natura di dette clausole, per comprendere se esse limitino o escludano l'obbligo indennitario dell'assicuratore, oppure, per contro, concorrano soltanto a delineare il rischio da questi assunto.

Nel primo caso, infatti, la clausola inciderà, come specificato, sul piano della responsabilità, una volta verificatosi già l'evento che costituisce il rischio, oggetto dell'assicurazione; nel secondo, per contro, si limiterà a delineare l'oggetto del contratto, specificando, quindi, il contenuto del rischio.

In altre parole, per utilizzare l'espressione di una certa dottrina sul punto, *“è necessario distinguere se la clausola incide sulla individuazione dell'evento previsto dal contratto quale presupposto della prestazione dell'assicuratore (cd. rischio assicurato), o se invece ha l'effetto di restringere o escludere la soggezione dell'assicuratore all'obbligazione assunta una volta che l'evento costitutivo del rischio si è realizzato (cd. rischio verificato)”*⁷⁴.

⁷⁴ DEL RE V., *Assicurazione della responsabilità civile ed ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229 c.c.?*, in *Resp. civ. e prev.*, 6, 2010, 1262 ss., nota critica a Cass. civ., 07/04/2010, n. 8235.

E' vero, infatti, che le compagnie assicuratrici tendono a circoscrivere i limiti del rischio garantito per evitare di dover corrispondere all'assicurato l'indennizzo dovuto, senza valutare la modalità di verifica del fatto illecito da cui il danno promana. Una prassi, questa, perfettamente in linea con il dettato codicistico, se solo si pensi al disposto dell'art. 1905, c.c., ai sensi del quale l'assicuratore è sì tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato, conseguentemente al sinistro, ma solo ed esclusivamente nei modi e limiti stabiliti dal contratto.

L'intreccio della tematica con quella dell'art. 1341, c.c. è evidente, alla luce della pur evidenziata circostanza per cui, di norma, tali clausole sono predisposte unilateralmente dall'assicuratore nell'ambito delle condizioni generali di contratto. Le conseguenze sono, chiaramente, di notevole impatto pratico, visto che, come anticipato, le clausole che prevedano un esonero o una limitazione della responsabilità incontrano, innanzitutto, il primo "ostacolo", stante nel vaglio di legittimità ex art. 1229, c.c., in secondo luogo, poi, una volta superato detto sindacato, devono essere specificamente approvate per iscritto, nel senso precisato, da parte dell'assicurato, pena la nullità della clausola stessa, in base a quanto disposto dal comma 2 dell'art. 1341, c.c.

Ai fini, dunque, della necessaria distinzione tra le due tipologie di clausole, a seguito del citato periodo di incertezza, che aveva caratterizzato svariate pronunce, anche della Suprema Corte, la più recente giurisprudenza di legittimità ha sancito un principio di diritto, che può, ormai, dirsi consolidato, secondo cui *"nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341, c.c. (con conseguente sottoposizione delle stesse alla necessaria e specifica approvazione"*

*preventiva per iscritto), quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto - e non sono, perciò, assoggettate al regime previsto dal comma 2 di detta norma - le clausole che riguardano il contenuto e di limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito*⁷⁵.

In base a queste coordinate ermeneutiche tracciate dalla Corte di Cassazione, in particolare, si è sviluppata, nel tempo, una casistica, volta a delineare quali clausole rientrino sicuramente nell'ambito di quelle limitative della responsabilità e vadano, perciò, specificamente approvate per iscritto. Il riferimento è, ad esempio, alle clausole che prevedono la sospensione dell'assicurazione per mancata comunicazione dei dati necessari per la regolazione del premio; o a quelle che accordano alla società facoltà di recesso non contemplate dalla normativa codicistica⁷⁶.

Peraltro, a quanto detto si aggiunge un ulteriore profilo, stante nel giudizio di vessatorietà della clausola presa in considerazione, che, se per certi versi è analogo alla valutazione basata sul disposto dell'art. 1341, tanto che, anche con riguardo alla valutazione *ex art.* 1341, si parla di giudizio di vessatorietà della clausola, per altri se ne discosta, poiché differenti, seppur affini, sono le finalità che muovono le due discipline.

E' opportuno, dunque, prima di entrare nel vivo della questione che riguarda l'ammissibilità delle clausole *claims-made* (insieme a tutta

⁷⁵ In questo senso, vd. tra le altre: Cass. civ., 04/02/2002, n. 1430, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, 2002, 20; Cass. civ., 09/03/2005, n. 5158, in *Giust. civ.*, 2005, 4; Cass. civ., 29/05/2006, n. 12804, in *Il Sole 24 Ore, Diritto24*, 2006; Cass. civ., 11/01/2007, n. 395, in *Obbl. contr.*, 2007, 8-9; Cass. civ., 10/11/2009, n. 23741, in *Il Sole 24 Ore, PlusPlus 24 Diritto*, 2007; Cass. civ., 17/12/2009, n. 26524, in *Il Sole 24 Ore, Guida al Diritto*, 2010, 5; Cass. civ., 07/04/2010, n. 8235, in *Il Sole 24 Ore, Ventiquattrore Avvocato*, 2017, 1; Cass. civ., 16/03/2012, n. 4254, in *Resp. civ.*, 2012, 5.

⁷⁶ DE STROBEL D. - OGLIARI V., *op. cit.*, 81 ss.

una serie di problematiche applicative che ad esse afferiscono), soffermarsi, in linea, peraltro, del tutto generale, proprio sulle clausole vessatorie, per comprendere il differente intento che ha mosso il legislatore nella predisposizione della disciplina *ex* 1341, c.c. e di quella, invece, consumeristica.

5. Un ulteriore aspetto problematico: le clausole vessatorie

Si è evidenziato come la disciplina di cui all'art. 1341, c.c. sia predisposta a tutela del contraente debole.

La disciplina del contratto di assicurazione ben si innesta in questo quadro, poiché spesso caratterizzata da un insito “squilibrio” tra le posizioni delle parti contraenti, da valutarsi non tanto dal punto di vista strettamente economico, poiché si è visto che può accadere, nella realtà dei fatti, che diseguaglianze sotto questo punto di vista non vi siano, quanto, piuttosto, da un punto di vista sostanziale, preso atto di una differente forza contrattuale dell'assicuratore, già solo per il fatto che, di norma, il contratto è da quest'ultimo unilateralmente predisposto.

Se questo è il contesto di riferimento, allora, è evidente che sia imprescindibile il riferimento alla disciplina consumeristica, di cui al d. lgs. 06/09/2005, n. 206, che ha profondamente innovato il campo generale dell'attività imprenditoriale e professionale.

Prescindendo dall'ambito applicativo del Codice del Consumo, tutto incentrato sulle nozioni di “professionista” e “consumatore”, è opportuno evidenziare come le *rationes* ispiratrici della disciplina consumeristica e di quella di cui all'art. 1341, c.c., sebbene, come anticipato, affini, siano, in realtà, diverse.

Non è un caso, del resto, che proprio l'entrata in vigore del Codice del Consumo abbia condotto alla maggiore diffusione, nel nostro ordinamento, della sempre più affermata tendenza volta ad evidenziare la cd. frammentazione del contratto, per la quale la giurisprudenza, ma, ancor più a monte, il legislatore, hanno gradualmente superato il dogma dell'unitarietà dello strumento contrattuale, per dar spazio, invece, al "secondo" - e poi al "terzo" - contratto⁷⁷, al chiaro fine di riequilibrare situazioni, per loro stessa natura, squilibrate e ricondurre alla parità tra parti, pur nell'estrinsecazione della loro autonomia negoziale.

Ebbene, la circostanza che l'art. 1341 sia norma dettata nell'ambito della legislazione codicistica che presuppone, evidentemente, una libera contrattazione tra pari, è evidente se solo si pensi al fatto che la legge non dà un giudizio di negatività assoluta sulle pattuizioni aventi le caratteristiche enucleate dal comma 2 della succitata disposizione. Il legislatore, invero, in buona sostanza, ne ammette la liceità, subordinandola, pur tuttavia, ad una "sufficiente" informazione nei confronti della parte più debole, laddove detta informazione è considerata universalmente sufficiente qualora si sia proceduto alla sottoscrizione separata delle particolari clausole, in ipotesi, unilateralmente predisposte, scorporandole dal contesto delle altre condizioni generali, intitolandole e riassumendole con speciale richiamo.

⁷⁷ Il riferimento è, in particolare, ai contratti cd. "B2C" (*Business to consumer*), costituenti il "secondo" contratto, in cui la situazione di disparità tra professionista e consumatore è superata grazie ad una serie di disposizioni tutte pensate a tutela di quest'ultimo, quale parte debole del rapporto; ma ci si riferisce, altresì, all'emersione del "terzo" contratto, cd. "B2B" (*Business to business*), finalizzato al riequilibrio della posizione dell'imprenditore debole verso un altro imprenditore, che, in determinati casi, può rivestire una "posizione dominante" nei confronti del primo. In questi casi, dunque, è molto spesso lo stesso legislatore a prevedere norme del tutto differenti rispetto alla tradizionale disciplina contrattualistica del codice, per cui si è giunti a ritenere che dette speciali normative non siano derogatorie rispetto a quella del contratto tra "pari", ma costituiscano, tutte, discipline generali nei loro rispettivi ambiti applicativi.

In questo senso, allora, lo squilibrio, lungi dall'essere superato, è, si può dire, tollerato dal legislatore, purché esso, ovviamente, sia stato accettato con un sufficiente grado di scienza e conoscenza, da parte di chi, poi, per effetto di dette pattuizioni, si troverà in posizione di debolezza.

Del tutto differente è, per contro, la logica ispiratrice del Codice del Consumo e la relativa disciplina in materia di clausole vessatorie, richiamata in precedenza, ai sensi dell'art. 33. In un ambito in cui la regolamentazione degli interessi è tutta strutturata a favore del contraente per definizione "debole", al fine di riportare il rapporto ad una situazione di almeno tendenziale parità, la clausola, predisposta unilateralmente dal professionista, qualora presenti determinate caratteristiche di contenuto, a prescindere da una specifica accettazione, si presume vessatoria, dunque, illecita. Il legislatore, allora, istaura una presunzione relativa, superabile, certamente, dalla prova contraria, fornita dal professionista, di illegittimità della clausola.

La conferma che il meccanismo inserito nell'ambito del d. lgs. n. 205/2006 sia a tutto vantaggio del consumatore è data, certamente, dalla peculiare veste assunta dalla nullità in questo contesto, per cui essa si struttura quale nullità relativa, azionabile solo dal consumatore, nel proprio interesse.

Se questo è vero, allora, non sorprende come le due valutazioni, quella *ex art. 1341, c.c.* e quella di vessatorietà ai sensi del Codice del consumo, debbano essere, in realtà, tenute separate, sebbene non sia infrequente una confusione in materia. Ed infatti, il sindacato di legittimità della clausola in ipotesi vessatoria ai sensi dell'art. 33. C. Cons., è subordinato ai generali requisiti di applicabilità della disciplina del "secondo contratto", che presuppone, innanzitutto, come

evidenziato, la sussistenza di una regolamentazione intervenuta tra due parti che rivestano, l'una il ruolo di "professionista", l'altra, quello di "consumatore", così come definiti dall'art. 3 del codice medesimo.

Peraltro, ciò nonostante, è opportuno precisare come la distinzione tra clausole di esclusione (o limitazione) della responsabilità e di delimitazione dell'oggetto, nel senso precisato, sia assolutamente utile, non soltanto ai fini del sindacato di legittimità *ex* 1341, c.c., ma anche - e, forse, soprattutto - ai fini della valutazione di vessatorietà della clausola, inserita, ritornando al nostro ambito, nel contratto di assicurazione.

Certamente, infatti, è vero che il giudizio di vessatorietà vada sempre effettuato in concreto, tenendo presente la clausola così come predisposta e rifuggendo, dunque, da aprioristiche classificazioni della stessa; tuttavia, è anche vero che, come in precedenza evidenziato, il citato art. 33 del Codice del consumo, alle lett. a) e q), preveda una presunzione di vessatorietà proprio per le clausole che escludano o limitino la responsabilità del professionista in determinate circostanze. In altre parole, dunque, se da un lato, certamente, la qualificazione della clausola come delimitativa dell'oggetto non esclude *a priori* la vessatorietà della stessa, da valutarsi in concreto, d'altro canto, però, la clausola che preveda una limitazione o un esonero da responsabilità, da parte del professionista, è, ricorrendo le circostanze previste dalla norma, presunta *ex se* vessatoria, salva, evidentemente, la prova contraria del professionista medesimo.

Ecco perché, allora, le succitate coordinate ermeneutiche circa la distinzione tra clausole limitative della responsabilità e delimitative dell'oggetto appaiono quanto mai importanti anche in quest'ambito.

Ed invero, la Suprema Corte ha, su questa scia, considerato vessatoria la clausola di un contratto di assicurazione con la quale era stata prevista l'intrasmissibilità del diritto di indennizzo nell'eventualità in cui l'assicurato fosse deceduto per cause diverse dall'infortunio, prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa, stabilendo che la clausola che preveda *“la non trasmissibilità del diritto all'indennizzo nell'eventualità l'assicurato fosse deceduto per cause diverse dall'infortunio, prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa non riguarda in alcun modo né l' “oggetto” del contratto, né il “rischio garantito” ma introduce una “limitazione della responsabilità dell'assicuratore. Quest'ultimo, infatti - in forza di tale clausola - ancorché si sia già verificato l'evento, e si siano, pertanto, realizzate tutte le condizioni volute dalla legge e dal contratto per la “liquidazione” e il concreto pagamento dell'indennizzo, può essere esentato da tali adempimenti per il verificarsi di circostanze (morte dell'infortunato per causa indipendente dall'infortunio e omessa liquidazione dell'indennizzo) che non solo non costituivano in alcun modo l' “oggetto” del contratto di assicurazione (limitato alla tutela dell'assicurato per eventuali infortuni) ma che - almeno in tesi - potevano essere addebitabili anche al mero comportamento dilatorio dello stesso assicuratore che per negligenza o altro, abbia ritardato la liquidazione o la offerta in misura determinata dall'indennizzo stesso”*⁷⁸.

Al contrario, invece, è stata ritenuta delimitativa dell'oggetto la clausola con cui era stata prevista l'operatività dell'assicurazione per l'infortunio derivante dall'uso di auto-moto-veicoli sempreché l'assicurato, se alla guida, fosse ad essa abilitato. In questo senso, la

⁷⁸ Cass. civ., 11/01/2007, n. 395, in *Assicurazioni*, 2008, 1, II, 4.

Corte di Cassazione ha stabilito che *“la clausola del contratto (...) in virtù della quale veniva prevista l’operatività dell’assicurazione per l’infortunio derivante dall’uso e/o dalla guida di auto-motoveicoli sempreché l’assicurato, se alla guida, fosse abilitato a norma delle disposizioni in vigore non sia effettuato in conformità delle disposizioni vigenti e, quindi, la escludeva nel caso che tale abilitazione egli non avesse, non ha carattere né di clausola vessatoria (in quanto essa, in realtà, realizza l’applicazione di disposizioni di legge di carattere imperativo attinenti alla circolazione), né di clausola limitativa della responsabilità dell’assicuratore, in quanto essa tende solo a delimitare l’oggetto della garanzia prestata, nonché i precisi termini dell’obbligazione assunta dall’assicuratore”*⁷⁹.

Infine, nel solco di questa tendenza, si inserisce un’ulteriore recente pronuncia di legittimità, che, ribadendo la distinzione tra clausole limitative della responsabilità e delimitative dell’oggetto, ha escluso il carattere vessatorio di una clausola che *“miri soltanto a delimitare l’oggetto della garanzia prestata sotto il profilo temporale, fissando la durata entro cui i rischi restano assicurati”*⁸⁰, con la duplice conseguenza di escludere, oltre al carattere di vessatorietà, altresì l’applicabilità dell’art. 1341, comma 2, c.c.

⁷⁹ Cass. civ., 10/11/2009, n. 23741, in *Dir. eco. ass.*, 2010, 3, 808.

⁸⁰ Cass. civ., 26/06/2012, n. 10619, in *Contratti (I)*, 3, 271.

CAPITOLO III

L'ORIGINE E LA DIFFUSIONE DELLE CLAUSOLE *CLAIMS MADE*

1. Origini della disciplina. - 2. L'utilità delle claims made: l'ottica dell'assicurato e quella dell'assicuratore. - 3. La diffusione nel civil law: la vicenda francese. - 3.1 La diffusione nel resto d'Europa. - 4. La diffusione delle clausole claims made in Italia.

1. Origini della disciplina

La prassi assicurativa conosceva, come già anticipato, fino agli anni '80, la predisposizione di clausole *loss occurrence* o *act committed* in maniera quanto meno maggioritaria, poiché più china sulla *ratio* fondante del contratto di assicurazione della r.c., in quanto dipendente dalla commissione del fatto e dal danno da esso discendente.

Tuttavia, la predisposizione di detti modelli contrattuali apparve ben presto inadeguata a fronteggiare il fenomeno dell'emersione dei danni lungolatenti, in particolare con riguardo ai danni alla salute, che, nella stragrande maggioranza dei casi, si manifestano a distanza di lungo tempo rispetto al fatto di essi causativo e, ancor più frequentemente, sono causalmente ricollegabili alla condotta del

danneggiante in un periodo ancor successivo, dipendente, evidentemente, dalle conoscenze mediche e scientifiche, in continua evoluzione.

Com'è evidente, in questi casi, il contratto di assicurazione *loss occurrence* o *act committed* coprirà necessariamente i danni lungolatenti, anche a distanza di molti anni, nei limiti, chiaramente, della prescrizione del diritto al risarcimento, che è, peraltro, decorrente dal momento in cui il danno è, in base alle conoscenze acquisite dalla scienza umana, causalmente ricollegabile alla condotta del danneggiante assicurato. Questo modello contrattuale, però, espone le compagnie assicurative ad un'incertezza di fondo circa l'organizzazione del rischio imprenditoriale, giacché esse si trovano a dover fronteggiare richieste di indennizzo, praticamente senza limiti temporali, nell'ipotesi in cui tali danni si manifestino in un periodo molto successivo rispetto alla verifica del fatto e la richiesta di risarcimento giunga al danneggiante in un tempo ancora successivo.

La fattispecie concreta riguardò, in particolare, negli Stati Uniti, le ingenti richieste di risarcimento per danni alla salute rivolte dai consumatori alle industrie di tabacco e, conseguentemente, al fallimento in blocco delle compagnie assicurative, che si trovarono economicamente impreparate a fronte di una così pressante richiesta.

Come spesso accade, le esigenze concrete della realtà condussero ad un adeguamento del diritto ai fatti, per cui le compagnie assicurative iniziarono a predisporre tipologie differenti di contratto, inserendo nel corpo dello stesso le clausole cd. *claims made* (letteralmente "a richiesta fatta"), che, in linea generale, collegano l'indennizzabilità del danno non alla verifica del fatto, né, tantomeno, all'insorgenza del danno in sé, bensì alla richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato.

Negli ordinamenti di *common law*, allora, il contratto di assicurazione iniziò a conoscere due differenti modalità di conclusione, a seconda che fosse strutturato sul sistema di *loss occurrence*, ovvero su quello *claims made*.

Come evidenziato dalla dottrina inglese, invero, “*the insurer may offer to write the professional indemnity policy on an “occurrence” basis or an “a claims made” basis. An “occurrence basis” policy has its core a promise by the insurer to indemnify the insured for any loss, arising out of a defined event, occurrence circumstance or accident. (...) The professional indemnity insurer will be unlikely to offer an “occurrence basis” policy, but it is likely that its offer will be a “claims made” policy*”. *The core of this policy is promise by the insurer to the insured that it will indemnify for any claim that is made by a third party against the insurer within the duration of the policy, no matter, subject, to the provisions in relation to the time within which notice must be given, when the defined event affecting the third party occurred*”⁸¹.

Nei sistemi di *common law*, allora, il modello assicurativo si presenta come alternativo, potendo l’assicuratore predisporre la polizza sull’uno o l’altro dei tipi definiti. Per contro, nei sistemi di *civil law* e, segnatamente, in quello italiano, la scelta del modello “*claims-made*”, sotto forma di specifica clausola⁸², si presenta derogatoria rispetto al sistema generale, fondato sull’art. 1917, c.c., per cui l’assicuratore è obbligato al risarcimento dei danni causati

⁸¹ ENRIGHT W. I. B., *Professional Indemnity Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1996, 3023.

⁸² E’ opportuno anticipare, tuttavia, che non è mancato chi, nel vagliare l’ammissibilità o meno del contratto di assicurazione basato sul modello *claims-made*, abbia sostenuto che l’inserimento della clausola in parola non comporti alcuna deroga al modello “tradizionale” di assicurazione, comportando, per contro, la configurabilità di un diverso contratto, atipico ex art. 1322 c.c., la cui ammissibilità è subordinata agli “ordinari” controlli di meritevolezza degli interessi, che concernono, in generale, tutti i contratti atipici.

dal fatto commesso dall'assicurato, verificatosi nel periodo di efficacia del contratto o successivamente alla scadenza della garanzia⁸³.

Dunque, ci si trova di fronte ad una clausola, che, qualora prevista, nell'ambito del contratto di assicurazione, ne dilata gli effetti, posto che l'oggetto del negozio giuridico stesso, non si identificherà più con la garanzia di un rischio, inteso come ripercussione negativa di un evento generatore del danno, bensì con la richiesta di risarcimento⁸⁴.

Le innumerevoli sfaccettature che la clausola *claims made* può, in concreto, rivestire, hanno fatto sì che le compagnie assicuratrici ricorressero sempre più di frequente all'introduzione⁸⁵ delle stesse nell'ambito del contratto, per la loro grande versatilità⁸⁶. Peraltro, non manca chi ha sostenuto come il vantaggio decisivo che ha contribuito alla diffusione delle clausole in parola sia, in realtà, la fidelizzazione del cliente, il quale sarebbe condotto, dal tenore del contratto, a rinnovare lo stesso di anno in anno, onde evitare "buchi

⁸³ MASTROGIORGIO G., *La giurisprudenza italiana e la clausola claims-made*, in *Resp. Civ.*, 2009, 2. In questo senso vd. anche DE STROBEL D., *Le vicende del "claims-made"*, in *Dir. Econ. Ass.*, 2006, 531; LOCATELLI L., *Clausole claims-made e loss occurrence nella assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. Civ.*, 2005, 12, 1030.

⁸⁴ Così TORTORANO P., *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, in atti e contributi del simposio scientifico internazionale, palazzo reale di Caserta, 16-17 novembre 2007, *Justice, Cooperation, Peace*.

⁸⁵ In particolare, variegati sono i metodi con cui le imprese assicuratrici hanno fatto ricorso alle clausole in parola nella prassi, modificando, ad esempio, il titolo di garanzia in occasione della scadenza dei contratti, ovvero rendendo le polizze basate sul modello *loss occurrence* sempre meno appetibili, da un punto di vista economico, per i potenziali contraenti, attraverso la previsione di massimali irrisori a fronte di premi estremamente elevati; di tal che il potenziale assicurato, forse invogliato dal momentaneo risparmio, accetta volontariamente, ma non è certo quanto consapevolmente, l'inserimento della *claims made* nel contratto. Così CASCELLA G., *op. cit.*, 13 ss.

⁸⁶ BORRONI A., *Clausola claims made: circolazione parziale di un modello nella responsabilità civile italiana*, in *Ianus*, n. 10-2014, 128.

di copertura assicurativa” nel passaggio da una polizza all’altra⁸⁷, persino, secondo qualcuno, successivamente alla cessazione della sua attività potenzialmente generatrice di danni, fino a quando, cioè, il rischio di richieste risarcitorie non si esaurisca e, dunque, secondo questa impostazione, con riguardo alle polizze a copertura dei rischi professionali, per i dieci anni occorrenti ai fini della prescrizione⁸⁸.

La visione, per la verità, presta il fianco a critiche, nella misura in cui pare non tenere conto proprio delle peculiari esigenze che alla diffusione della clausola *claims made* hanno condotto, ovverosia l’emersione dei più volte citati danni lungolantenti, per cui, come si è precisato, il *dies a quo* della prescrizione è, in sostanza, non prospettabile *ex ante*, decorrendo esso dal momento in cui, in base alle conoscenze scientifiche maturate in un determinato contesto storico, l’insorgenza del danno è causalmente ricollegabile al fatto dell’assicurato.

Questa valutazione, peraltro, se sconfessa per un verso l’impostazione precedentemente esposta, d’altro canto, conferma, però, a maggior ragione, l’effetto della clausola di fidelizzare il cliente da parte della compagnia assicuratrice, imponendo una più accurata disamina circa i vantaggi che le *claims made* comportano, tanto nell’ottica dell’assicuratore, quanto in quella dell’assicurato.

2. *L’utilità delle claims made: l’ottica dell’assicurato e quella dell’assicuratore*

⁸⁷ MONTICELLI S., *La clausola claims-made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e Resp.*, 2013, 3.

⁸⁸ GAZZARA M., *Contratto di assicurazione e tutela dell’aderente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, fasc. 2.

La circostanza per cui la clausola *claims made* garantisce l'assicurato con una protezione retroattiva afferente a fatti e danni antecedenti alla stipula della polizza comporta, a ben vedere, il vantaggio, per quest'ultimo, di concludere il contratto anche in un periodo successivo al compimento dell'attività generatrice del danno. Tuttavia, evidentemente, detta possibilità non può essere libera da necessarie condizioni.

In particolare, invero, attenta dottrina, sulla scia tracciata dalla prassi inglese, ha evidenziato come sia richiesta, in ogni caso, la circostanza che l'assicurato non sia a conoscenza della situazione dannosa eventualmente generata in precedenza⁸⁹, richiedendosi, in particolare, per tutti i tipi di *claims made*, che egli dichiari la presenza di precedenti richieste, o di situazioni da cui possa comunque derivare la presenza di sinistri⁹⁰.

Non è un caso, del resto, che nell'ordinamento inglese il contratto di assicurazione sia definito come un contratto "*utmost good faith*"⁹¹, cioè un rapporto giuridico che richiede il massimo della buona fede, in tutte le fasi del rapporto contrattuale e, in particolare, in quella precontrattuale, ove si concretizzano gli obblighi dell'assicurato di informare l'assicuratore di ogni circostanza rilevante per il rischio da assicurare, che sia in sua conoscenza, o che, per ragione dell'attività svolta, si presume essere in sua conoscenza e di non rappresentare in modo non veritiero e corretto circostanze rilevanti sul rischio, a pena di nullità dell'intero contratto. Evidentemente, peraltro, la sanzione è

⁸⁹ Così LANZANI C., *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno Resp.*, 2005, 1085; TORTORANO P., *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 447

⁹⁰ POLOTTI DI ZUMAGLIA A., *Coperture presso diversi assicuratori*, in *Diritto ed Economia dell'assicurazione*, (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2013, 3.

⁹¹ L'espressione fu coniata da Lord Mansfield nella sentenza *Carter vs Boehm* 1766 e, successivamente, codificata nel *Marine Insurance Act* del 1906.

graduata, non potendo essa consistere nella nullità, sia in presenza di determinate circostanze⁹², sia, poi, alla luce dell'atteggiamento psicologico dell'assicurato, che, sotto quest'angolo prospettico, assume non poca importanza⁹³.

Se, dunque, si pensa al nostro ordinamento, appare evidente come la tematica sia assorbita dalla disciplina di cui all'art. 1892 c.c., in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti. Per la verità, particolarmente vasta è la giurisprudenza sul punto, poiché, si è detto, non qualunque dichiarazione falsa o reticente, pur posta in essere con dolo o colpa grave, come letteralmente richiesto dalla citata disposizione, danno luogo all'annullamento del contratto. Come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, per vero, a tal fine, è necessario che il comportamento menzognero o reticente dell'assicurato, connotato dall'elemento psicologico precisato, influisca sul rischio assicurato secondo un collegamento oggettivo, *“nel senso cioè che in via di normalità la reale situazione celata dia luogo ad una maggiore probabilità del verificarsi dell'evento dannoso assicurato, con il conseguente verificarsi di una alterazione del rischio reale rispetto a quello desumibile dalla*

⁹² Il riferimento è ai casi in cui: i fatti dell'assicurato sono tali da comportare semplicemente una riduzione del rischio, l'assicuratore è a conoscenza di tali fatti o si presume che lo sia, vi sia una rinuncia dell'assicuratore di avvalersi di quest'obbligo di cooperazione da parte dell'assicurato, in caso, infine, di fatti notori.

⁹³ L'approccio giurisprudenziale, invero, è mitigato, in questo senso, dal *Financial Ombudsman Service (FOS)* che non approva la nullità del contratto a prescindere dall'atteggiamento psicologico dell'assicurato e, in base a questo, differenzia le sanzioni, distinguendo: *deliberate*, nel caso in cui il soggetto adotti un comportamento deliberatamente ingannevole; *reckless*, se il comportamento dei soggetti sia contrassegnato da colpa grave; *inadvertent*, qualora la colpa sia solamente lieve; *innocent*, infine, qualora la condotta del soggetto sia del tutto innocente. In quest'ultimo caso, invero, il FOS respingerà ogni richiesta di nullità e l'assicuratore dovrà pagare l'indennizzo integralmente.

*dichiarazione dell'assicurato che si riflette sulla prestazione del consenso o sulle condizioni di questo da parte dell'assicuratore*⁹⁴.

E' vero, infatti, che l'assenza di dolo o colpa grave comporta generalmente il diritto dell'assicuratore di recedere dal contratto entro tre mesi dalla scoperta della difformità tra dichiarazioni dell'assicurato e rischio reale, con una riduzione dell'indennizzo in caso di sinistro, proporzionata alla differenza tra premio pattuito durante la fase di contrattazione e quello effettivamente dovuto; per contro, la sussistenza dell'elemento psicologico richiesto dalla norma, comporta l'annullabilità del contratto a condizione che le dichiarazioni abbiano un'effettiva influenza sul rischio, con la conseguenza che *“le inesattezze e le reticenze dell'assicurato su circostanze che l'assicuratore conosce o avrebbe dovuto conoscere, perché notorie, non comportano una violazione dell'obbligo di collaborazione previsto dall'art. 1892 e 1893 c.c. a carico dell'assicurato, bensì vanno imputate all'assicuratore con la conseguenza che non possono giustificare la riduzione dell'indennizzo (...)”*⁹⁵.

Compatibilmente con questo orientamento, ormai consolidato, si è, in dottrina, evidenziato che la reticenza dell'assicurato è causa di annullamento del contratto qualora si verificano cumulativamente tre condizioni, ovverosia che: la dichiarazione sia inesatta o reticente; che essa sia stata resa con dolo o colpa grave; che la

⁹⁴ Così Cass. Civ. n. 7418/1986, in CIAN G. - TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice Civile, Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, CEDAM, Padova, 2015, 2413.

⁹⁵ Cass. Civ. n. 15939/2000, *Ivi*, 2415.

reticenza sia, infine, stata determinante nella formazione del consenso dell'assicuratore⁹⁶.

Per la verità, è interessante notare, le summenzionate precisazioni circa il cd. *duty to disclose* dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore, particolarmente discusso, peraltro, soprattutto negli ordinamenti di *common law*⁹⁷, si sono rese necessarie nel nostro ordinamento, perché, a ben vedere, sotto questo punto di vista, la buona fede nell'ambito del contratto di assicurazione, era originariamente vista come strumento di correzione di sbilanciamenti informativi tutti a danno dell'assicuratore e, dunque, in esclusivo favore dell'assicurato, in quanto parte debole del contratto⁹⁸.

Peraltro, prescindendo, per il momento, dalla visione della buona fede nell'ambito del contratto di assicurazione, è opportuno precisare che, una volta espletato il dovere di comunicare informazioni rilevanti, onde non incorrere nelle sanzioni previste dal 1892 c.c., da parte dell'assicurato, il premio della polizza rappresenterà il corrispettivo per la piena copertura di quanto stabilito dal contratto⁹⁹. Ciò vuol dire che il premio, a seguito di quelle dichiarazioni, potrà senz'altro essere maggiorato, ma

⁹⁶ VAZZANA M., *Reticenza dell'assicurato resa con dolo o colpa grave? Allora il contratto può essere annullato!*, in *Dir. e Giustizia*, 2013, fasc. 0.

⁹⁷ Si è, in particolare, discusso, nei Paesi anglosassoni, circa l'adeguatezza di tale obbligo nei rapporti assicurativi, con particolare riferimento a quelli con i consumatori, dal momento che essi, nella fase precontrattuale, potrebbero avere notevoli difficoltà nell'individuare i rischi da rappresentare all'assicuratore, il quale ultimo, avrebbe, peraltro, potuto reperire le informazioni necessarie adottando sistemi di tassazione del rischio che facevano riferimento a parametri generali relativi a determinate classi di rischi, potendo, dunque, contare su innovativi strumenti informativi e di gestione dei dati.

⁹⁸ MONTI A., *La buona fede nel contratto di assicurazione*, in ALPA G., *Le assicurazioni private*, Milano, 2006, I, 1103 ss., ma anche GORGONI M., *Delimitazione del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012.

⁹⁹ BORRONI A., *op. cit.*, 137.

l'assicurato risulterà garantito anche in relazione a quanto dichiarato. Del resto, è vero che oggi la tutela contrattuale dell'assicurato e la tenuta del mercato assicurativo contano su di una legislazione votata alla solvibilità dell'impresa, che va costantemente verificata con strumenti che implicano tanto il rigetto di ricostruzioni che penalizzano l'assicurato in quanto concedono ingiustificati privilegi all'impresa, quanto l'adozione di meccanismi volti a preservare l'equilibrio sinallagmatico delle attribuzioni e, dunque, dei diritti e degli obblighi delle parti¹⁰⁰.

Di conseguenza, allora, dal punto di vista dell'assicurato, il contratto di assicurazione basato sul modello di *claims made*, andrà, evidentemente, ad avvantaggiare coloro i quali sono esposti ad una sinistrosità tardiva, a quelli, in sostanza, che si sono definiti danni lungolatenti, poiché in tale contesto la clausola *claims made* consente di ovviare alle difficoltà di intercettare l'esatto momento in cui è stata tenuta la condotta generatrice del danno e l'ulteriore evidente incertezza di individuare materialmente il contratto di assicurazione operativo al momento di commissione del fatto o di produzione del danno.

Se così fosse, i vantaggi dell'assicuratore resterebbero circoscritti alla circostanza per cui si eviterebbe, sempre in riferimento ai danni lungolatenti, l'esposizione al rischio di richiesta risarcitoria per periodi di tempo non definibili *ex ante*, con la conseguente difficoltà nella gestione del rischio d'impresa. Peraltro, la prassi ha rivelato come, non di rado, le compagnie assicuratrici inseriscano correttivi al classico modello *claims made*, così predisponendo ulteriori vantaggi che il modello "basico" non contemplerebbe.

¹⁰⁰ GORGONI M., *op. cit.*

Così, si sono introdotte polizze con cui si è drasticamente circoscritta l'operatività delle coperture per accadimenti precedenti alla loro sottoscrizione, delimitando, talvolta, lo spazio temporale ad un periodo non superiore, in genere, a 3-5 anni e, in aggiunta, si è adottata un'interpretazione particolarmente estesa del concetto di sinistro dichiarato per la prima volta¹⁰¹.

Svariate, allora, sono state le criticità evidenziate in dottrina circa queste varianti invalse nella prassi, che hanno condotto ad accese discussioni, come si vedrà, circa l'ammissibilità del modello *claims made* in ordinamenti, quali quelli di *civil law*, non vincolati alla prassi, bensì incentrate sulla legislazione codicistica, che non sempre ammette deroghe al sistema positivamente previsto.

3. *La diffusione nel civil law: la vicenda francese*

L'iniziale diffidenza nei confronti della clausola *claims made* negli ordinamenti di *civil law* è evidente se solo si pensi all'iniziale atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza francese nei riguardi dei contratti assicurativi stipulati con una clausola che limitasse nel tempo la garanzia assicurativa, legando la copertura alla circostanza che la richiesta di risarcimento fosse notificata, dal danneggiato all'assicuratore, entro il periodo di validità della polizza.

La Corte Suprema francese, invero, in un arresto del 1990, aveva dichiarato illegittima e, dunque, considerato come non apposta, una clausola di tal genere, in base alla considerazione per cui avendo

¹⁰¹ TORTORANO P., *op. cit.*, 449

l'assicurato pagato un premio in relazione all'intero periodo assicurativo, nel quale aveva, secondo la legge che regola il contratto di assicurazione della r.c., acquisito il diritto ad essere tenuto indenne per tutti gli eventi accaduti durante tale periodo, la clausola in parola, in mancanza di richiesta tempestivamente avanzata dal danneggiato lo avrebbe indebitamente privato di tale aspettativa. Ciò, tra l'altro, in dipendenza di un comportamento non già all'assicurato addebitabile, a causa di un suo comportamento, sia esso commissivo od omissivo, bensì per l'operato di un soggetto terzo, il danneggiato appunto, che egli non può essere tenuto a controllare¹⁰².

La giurisprudenza, così delineatasi, in assenza di una legislazione specifica, rese, dunque, quanto mai instabile la contrattazione assicurativa che contenesse la clausola *claims made*, suscettibile in ogni momento di essere espunta dal regolamento negoziale.

La situazione andò mutando, peraltro, quando, nel 2003, venne promulgata la legge n. 706, che, all'art. 80, noto come *amendement Hunault*, disciplinava in via generale la *garantie dans le temps*, andando, così, a completare le disposizioni del *Code d'assurance*.

In base alla nuova disciplina, in particolare, la modalità di conclusione del contratto sulla base del principio della *rèclamation* diviene alternativa a quella basata sul principio del *fait dommageable*, in parallelo con quanto già da tempo avveniva negli ordinamenti di *common law*.

Con la citata legge, invero, si precisò che la garanzia che entra in funzione secondo il sistema del *fait dommageable*, corrispondente all'inglese *act committed*, copre l'assicurato dalle conseguenze economiche dei sinistri, qualora l'evento dannoso intervenga nel

¹⁰² DE STROBEL D., *op. cit.*, 751.

periodo di efficacia della copertura, a prescindere dalle ulteriori conseguenze pregiudizievoli eventualmente prodottesi.

Il sistema della *rèclamation*, dunque, dell'inglese *claims made*, consiste, per contro, nel coprire eventi dannosi anteriori, a condizione che la prima richiesta risarcitoria venga indirizzata dal danneggiato all'assicurato in un periodo compreso tra la stipula del contratto e il termine di un lasso di tempo successivo alla scadenza dello stesso, di norma non inferiore a cinque anni, durante il quale le richieste presentate dal danneggiato devono essere accettate¹⁰³.

Sono, in ogni caso, esclusi i danni di cui l'assicurato ha avuto notizia dopo la scadenza della polizza e, per il passato, fatti di cui l'assicurato aveva avuto già notizia prima della stipula.

La normativa, dunque, sebbene abbia dato ingresso ad una generalizzata ammissibilità delle *claims made* nell'ordinamento francese, ha, al contempo, fissato rigidi limiti alla loro introduzione, vanificando, in parte, l'originaria *ratio* per la quale la prassi assicurativa ha dato ingresso a questa differente modalità di conclusione del contratto di assicurazione.

E' vero, infatti, che il prolungare la copertura oltre lo spirare del contratto, per un periodo minimo di cinque anni, ma che può arrivare anche a dieci anni o oltre, non è favorevole alla tecnica assicurativa, trovandosi le compagnie comunque esposte ad ipotetiche richieste risarcitorie, se non per un tempo indefinito, comunque per periodi che possono essere decisamente lunghi.

Peraltro, nonostante ciò e nonostante, per giunta, l'atteggiamento sfavorevole della giurisprudenza, la prassi assicurativa continua ad

¹⁰³ E' questo il sistema della cd. *sunset clause* (o *tail coverage*), spesso utilizzato per restituire quella legittimità che nella clausola *claims made* (in specie, come si vedrà, in quella impura) pare non riscontrarsi a causa della sua peculiare struttura limitativa della garanzia.

adottare la clausola *claims made* per le assicurazioni che ne richiedano l'impiego¹⁰⁴.

D'altro canto, è vero che, nell'ambito dell'ordinamento francese, viene, contrariamente a quanto avviene nel nostro sistema, riconosciuta la possibilità per il danneggiato di agire direttamente nei confronti dell'assicuratore; in questo senso, si è affermato un orientamento giurisprudenziale, che ha ritenuto l'inopponibilità della clausola *claims made* al danneggiato. Di conseguenza, l'assicuratore non potrà evitare la propria condanna eccependo l'inoperatività della polizza, dovendo, invece, in ogni caso, risarcire il danneggiato, salvo, poi, agire in rivalsa nei confronti del danneggiante assicurato, sussistendone i presupposti.

La conclusione pare, da un punto di vista di giustizia sostanziale, assolutamente adeguata, se solo si pensi che le vicende di un rapporto, che, nei confronti del terzo danneggiato è e resta *res inter alios acta*, non devono né possono, tantomeno, spiegare effetti, in specie se dannosi, nei confronti di chi (il terzo danneggiato, appunto) ad esse è del tutto estraneo¹⁰⁵.

3.1 La diffusione nel resto d'Europa

La vicenda della clausola *claims made* in altri ordinamenti di *civil law* è stata, a ben vedere, analoga a quella francese.

Si è partiti, infatti, da un iniziale atteggiamento di chiusura, essenzialmente dettato da normative in materia contrarie a qualunque possibilità di discostarsi dai modelli assicurativi

¹⁰⁴ *Ivi*, 752.

¹⁰⁵ CASCELLA G., *op. cit.*, 19.

predisposti dalle legislazioni statali. Questa circostanza, evidentemente, comportava lo sfavore della giurisprudenza verso l'ammissibilità del modello *claims made*, tanto da dichiarare la clausola eventualmente inserita nulla o non inserita, come avvenuto in Francia.

A fronte di questa chiusura, tuttavia, si è sviluppata una prassi contrattuale sempre più propensa all'inserimento di queste clausole nell'ambito delle assicurazioni. Del resto, essendo il contratto di assicurazione predisposto quasi sempre unilateralmente dall'assicuratore, non è difficile comprendere il motivo di questa diffusione, alla luce delle esigenze emerse in materia di danni cd. lungolatenti, come in precedenza evidenziato.

Per questo motivo, il legislatore si è trovato di fronte alla necessità di adattare l'assetto normativo al sistema che andava concretamente delineandosi.

E' questo quel che è accaduto in Belgio, dove, fino al 1994, il sistema era basato sul principio del *loss occurrence*, per cui la copertura riguarda qualunque richiesta di risarcimento, pur se inoltrata successivamente alla scadenza del contratto, purché riferita ad un evento dannoso verificatosi durante il periodo di efficacia dello stesso. La norma, di valenza imperativa, non permetteva, evidentemente, che la prassi assicurativa potesse discostarsi dal modello legislativamente stabilito, pena la nullità dell'accordo. Conseguentemente, allora, l'inserimento della clausola *claims made* non poteva essere ritenuto lecito nemmeno con riguardo a quelle forme assicurative di r.c. afferenti a danni lungolatenti, per cui le compagnie assicurative reputavano necessario il ricorso a tale modello.

Il 29 dicembre 1994, peraltro, il legislatore belga intervenne a modificare l'art. 78 della legge assicurativa, non più considerato

norma imperativa, introducendo, così, la facoltà di derogare convenzionalmente alla disciplina ivi stabilita.

Peraltro, detta facoltà di deroga non fu indiscriminatamente prevista, essendo, invero, esclusa per le cd. assicurazioni di massa, contrapposte a quelle professionali, come quelle afferenti la vita privata. Si introdusse, dunque, per questa via, la possibilità di prevedere il modello *claims made* nel regolamento negoziale esclusivamente riguardo a quei contratti per cui la prassi assicurativa aveva mostrato essere necessaria l'introduzione delle clausole in parola. Tuttavia, analogamente a quanto avvenuto in Francia, anche in Belgio, il legislatore si preoccupò di circoscrivere questa possibilità, con l'intento di evitare che l'assicurato subisca un accorciamento della garanzia rispetto al periodo convenuto ed al premio pagato. E' stata, dunque, formulata una specifica norma per cui, pur nella liceità del patto basato sul modello *claims made*, l'assicuratore è obbligato a concedere un periodo di tempo posteriore alla scadenza del contratto, cd. *garantie de posterité*, non inferiore a trentasei mesi, durante il quale la copertura si ritiene ancora operante e le richieste avanzate dal danneggiato devono essere accettate, nell'evenienza in cui l'assicurato non abbia provveduto a coprirsi con altra polizza per dette eventualità.

Lo stesso processo si è avuto anche in Spagna, dove, dopo un'iniziale chiusura giurisprudenziale, cristallizzata in un arresto della Corte Suprema del 1991, dal 2000, l'attuale art. 73 della legge sulle assicurazioni prevede la possibilità di stipulare un contratto di assicurazione con il sistema legato alla richiesta di risarcimento notificata dal danneggiato. Peraltro, anche nel sistema spagnolo è previsto lo stesso sistema di prolungamento della copertura, finalizzato ad evitare anomale contrazioni della garanzia, per un

periodo non inferiore ad un anno, ovvero mediante una proroga per il medesimo intervallo temporale.

Curiosa è, invece, la vicenda svedese, nel cui ambito l'assicurazione *claims made* è, in alcuni settori, obbligatoria, purché con tre anni di copertura supplementare.

In questi ordinamenti, allora, si è assistiti ad una progressione per cui la legge è andata adeguandosi alla prassi, sia pure con limiti e condizioni, finalizzati ad evitare un'eccessiva compressione della garanzia.

Più particolare è stata, invece, la vicenda tedesca. In Germania, invero, ci si è occupati del fenomeno in un'epoca sensibilmente posteriore rispetto a quanto avvenuto nel resto d'Europa, tanto che la disciplina in materia era stata cristallizzata da una decisione che aveva preso le mosse da una sentenza del Tribunale di München, 25/09/2008 - 12 O 20461/07, che aveva ritenuto la *claims made* valida ed efficace. La questione era poi passata alla Corte d'Appello di Monaco¹⁰⁶, che aveva ribaltato la sentenza di primo grado, ritenendo l'inefficacia della clausola in parola, in quanto volta a limitare indebitamente l'*alea* del contratto di assicurazione.

L'arresto aveva avuto grande seguito in dottrina, pur non essendo la questione approdata, poi, al vaglio della Corte Suprema, poiché, dinanzi a tale Giudice, non aveva superato lo scoglio dell'ammissibilità, non avendo trovato miglior sorte nemmeno il successivo reclamo.

Questo è stato lo stato dell'arte in materia, sino al 2014, quando il BGH si è trovato a dover decidere circa l'ammissibilità di una clausola, che, sebbene non espressamente definita *claims made*, prevedeva, comunque, che la copertura assicurativa fosse concessa

¹⁰⁶ Zivilsenat OLG München, 08/05/2009 - 25U5136/08

in relazione alle richieste di risarcimento avanzate dal danneggiato nel periodo di vigenza del contratto, dunque, perfettamente assimilabile, in sostanza, alle clausole *claims made*.

Il 26 marzo del 2014, la Corte Suprema¹⁰⁷ ha ritenuto che la clausola oggetto di controversia fosse pienamente valida, poiché espressione dell'autonomia negoziale delle parti e che, conseguentemente, essa non potesse essere soggetta ad alcuna censura¹⁰⁸. Con questa importante decisione, dunque, si è dato ingresso alla clausola *claims made* in Germania, anche a prescindere da un periodo di vigenza della copertura oltre la scadenza del contratto, come previsto, invece, in altri ordinamenti, o da qualunque altro “correttivo” che potesse fungere da compensazione tra beneficio della compagnia assicuratrice e garanzia del privato, poiché espressione della preminente autonomia negoziale.

4. La diffusione delle clausole *claims made* in Italia

La vicenda giuridica che ha riguardato il nostro ordinamento, in materia di clausole *claims made*, è stata, a ben vedere, più vicina a quanto avvenuto in Germania, rispetto che al resto d'Europa.

E' vero, infatti, che una normativa sul punto, ancora oggi, non ci sia e che, come acutamente osservato, la giurisprudenza abbia, almeno con riguardo alla prima fase di diffusione del fenomeno,

¹⁰⁷ BGH IV ZR 422/12 VersR 2014, 625.

¹⁰⁸ Più in particolare, il riferimento era, espressamente, al controllo sulla necessaria consistenza dell'alea, rientrante nell'ambito del cd. *Inhaltskontrolle*, o controllo sul contenuto, e a quello cd. *Transparenzkontrolle*, con riguardo alla salvaguardia della trasparenza nel contratto.

manifestato una chiara difficoltà nell'aprirsi al fenomeno, mostrando, per contro, posizioni di ostracismo e chiusura¹⁰⁹.

Si è, così, registrata una “*incapacità di cogliere, nei suoi aspetti più tecnici, la originale soluzione creata dalla prassi assicurativa internazionale*” e, conseguentemente, di prevedere soluzioni volte all'adeguamento del sistema della responsabilità civile rispetto al fenomeno dei danni lungolatenti¹¹⁰.

Non sorprende, dunque, come, a fronte di tale iniziale chiusura, si era sviluppata una prassi volta ad aggirare tale atteggiamento, implementando l'utilizzo della *claims made*, che veniva inserita nel contratto con la denominazione di “*claims made and reported già diffusa a livello internazionale, accolta dai tribunali di common law e disciplinata dal formante legislativo in Australia*”¹¹¹.

Per far fronte, dunque, alla necessità di inserire tale modalità di conclusione del negozio, si è fatto ricorso alla tecnica del cd. trapianto giuridico, o *legal transplant*¹¹², che costituisce una parziale forma di recezione di una o più parti del diritto di un altro Stato, da parte di un diverso ordinamento giuridico, diretta conseguenza del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici, basata, in particolare, sull'oggettiva omogeneità del mercato. In base, quindi, ad un'analisi economica del diritto, incentrata sul

¹⁰⁹ BORRONI A., *op. cit.*, 143.

¹¹⁰ CESARANI F., *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims-made: alcune necessarie precisazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 2.

¹¹¹ Il riferimento alla normativa australiana si basa sulla *Section 40* dell'*Insurance Act*, 1984.

¹¹² L'introduzione dell'espressione si deve a WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law.*, University of Georgia Press, Athens, 1974. L'A., in altre sue opere successive, ha poi individuato i nove fattori rilevanti perché un trapianto abbia luogo, ovverosia: “*pressure force, opposition force, transplant bias, discretion factor, generality factor, societal inertia, feltneeds, source of law, law-shaping lawyers*”. Cfr. WATSON A., *Society and Legal Change*, in *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge L.J., Cambridge, 1978, 313 e WATSON A., *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1985.

concetto di efficienza, si individua la regola migliore tra quelle fornite dagli altri ordinamenti giuridici e la si traspone, appunto, nell'ordinamento di appartenenza, al fine di disciplinare una fattispecie giuridica, che, sovente, quell'ordinamento non ha ancora disciplinato.

Da un punto di vista più strettamente operativo, la clausola, inserita mediante detto sistema, si caratterizza per l'obbligo in capo all'assicurato di notificare immediatamente all'assicuratore ogni circostanza che, in termini di correttezza oggettiva, possa ragionevolmente costituire presupposto per fondare una eventuale successiva richiesta risarcitoria. In questo modo, la futura richiesta che dovesse essere avanzata nei confronti dell'assicurato anche successivamente alla scadenza dell'annualità di polizza si considererebbe come notificato nella precedente annualità assicurativa, così garantendo l'assicurato di poter fruire del massimale di polizza operante nel momento in cui il fatto originatore dell'indennità è stato notificato, secondo il sistema cd. *deeming provision*¹¹³.

Dunque, il processo di origine e diffusione delle clausole *claims made* si è sviluppato essenzialmente negli ordinamenti di *common law*, che, come noto, non essendo vincolati ad una legislazione codificata, velocemente si sono adattati alla prassi di inserimento delle clausole in parola nei contratti di assicurazione, la quale, per le suddette necessità derivanti dall'emersione della responsabilità civile lungolatente, si era prepotentemente diffusa. La duttilità degli ordinamenti angloamericani, com'è ovvio, non trova una corrispondenza nell'ambito degli ordinamenti di *civil law*, per

¹¹³ BORRONI A., *op. cit.*, 145.

contro, vincolati ad un sistema normativo che ha reso difficoltosa l'introduzione di questa nuova modalità di contrattazione.

A questa circostanza, poi, si è affiancato l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza, che, in linea generale, ha guardato al fenomeno con enorme sfavore, almeno in una fase iniziale.

In un secondo momento, poi, i legislatori di alcuni Stati sono intervenuti per disciplinare quello che ormai era un fenomeno che nella prassi si mostrava sempre più diffuso. Questa tendenza, sebbene diffusa in gran parte d'Europa, non ha, per contro, preso piede in ordinamenti come quello italiano, in cui il legislatore non ha mai disciplinato il modello *claims made*, per cui ci si è trovati di fronte ad una espansione di quest'ultimo nella pratica, che, sulla scia delle condizioni inserite nella legislazione europea francese, belga, spagnola, hanno modulato le garanzie *claims made* come “*soddisfacenti bilanciamenti dei reciproci interessi, salvaguardando nello stesso tempo l'esigenza precipua dell'assicuratore per una prevedibile e contenuta, sotto il profilo temporale, esposizione economica e quella dell'assicurato per un valore della copertura indennitaria il più possibile allineato con i parametri monetari della richiesta risarcitoria*”¹¹⁴.

Questa diffusione in concreto, non seguita da una regolamentazione astratta del fenomeno, ha condotto, nel nostro ordinamento, ad accese discussioni circa l'ammissibilità delle *claims made*, alla luce dei principi generali in tema di contratto di assicurazione e, ancor prima, in riferimento ai principi generali in materia contrattuale.

¹¹⁴ *Ibidem*.

CAPITOLO IV

L'AMMISSIBILITA' DELLE CLAUSOLE *CLAIMS MADE* NEL NOSTRO ORDINAMENTO

1. Premessa. - 2. Classificazione delle clausole claims made. - 3. Le claims made pure ed impure. - 4. Le teorie sull'ammissibilità: la nullità radicale. - 4.1. La piena validità. - 4.2. L'impostazione mediana. - 5. L'evoluzione giurisprudenziale.

1. Premessa

L'equilibrio del contratto di assicurazione è rinvenuto, come già in precedenza evidenziato, nelle prestazioni che dello stesso costituiscono l'oggetto.

A fronte del pagamento del premio da parte dell'assicurato, tendenzialmente certa, com'è ovvio, sta l'eventualità che l'assicuratore debba corrispondere l'indennità a fronte del risarcimento richiesto dal terzo danneggiato al danneggiante assicurato, permeata, tipicamente, dal rischio, elemento essenziale del contratto di assicurazione, che lo qualifica come classico esempio di contratto aleatorio.

Si è, inoltre, evidenziato come il contratto di assicurazione sia non di rado studiato alla luce dell'analisi economica del diritto, in quanto fortemente legato all'andamento dei mercati, non solo a livello nazionale, ma anche internazionale.

Ciò comporta, dunque, da un lato, più in particolare, l'influenza di fenomeni che prendono piede in altri ordinamenti anche nel nostro

sistema, dall'altro, in linea più generale, quella dell'evoluzione della prassi, spinta dalle necessità che, man mano, vanno diffondendosi.

Ed è proprio sotto questo punto di vista che il fenomeno dei danni lungolatenti ha assunto sempre maggiore rilevanza, fino a condurre alla necessità di introduzione delle clausole *claims made* nel contratto di assicurazione, per i preoccupanti inconvenienti verificatisi in campo economico e finanziario nella gestione di particolari tipi di sinistri cd. "tardivi".

Uno degli esempi più noti, anche per le devastanti conseguenze alla salute che ne sono derivate, è quello della asbetosi, patologia derivante da amianto.

Questo minerale, dalla struttura finemente fibrosa, fu largamente usato per lungo tempo per ottenere svariati tipi di coperture, tra cui le diffusissime coperture eternit, fin quando, negli anni '80, fu dichiarato dall'Organizzazione mondiale della sanità, cancerogeno per l'apparato respiratorio dell'uomo. Di conseguenza, a distanza di vari anni, il legislatore, con l. n. 257/1992, ne stabilì il divieto generalizzato di estrazione, lavorazione e commercializzazione.

Peraltro, il largo utilizzo che in precedenza si era fatto dell'amianto fece sì che, a distanza di lungo tempo, i danni alla salute dell'uomo cominciarono non solo a manifestarsi, ma ad essere causalmente ricollegati proprio alla realizzazione delle suddette coperture.

Prescindendo, evidentemente, dalla vicenda giudiziaria che – per la verità più sul versante penale che su quello civile – ha interessato il caso, è opportuno notare come esso abbia certamente influito sulla necessità di adeguare la struttura dei contratti assicurativi a dette sopravvenute esigenze, in particolare, a vantaggio delle compagnie assicurative, che potevano, in ipotesi, trovarsi esposte alle medesime

problematiche che avevano investito le compagnie americane in relazione alle industrie di tabacco.

Se questo è stato, peraltro, il fattore che maggiormente ha condotto alla diffusione delle clausole *claims made*, non possono, d'altro canto, sottacersi delle problematiche, già insite nel contratto di assicurazione della r.c., che, con l'introduzione di dette clausole, finiscono con l'acuirsi.

Il riferimento è, *in primis*, all'inserimento dell'obbligo per i professionisti di stipulare un'assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale, introdotto con l'approvazione della l. n. 148/2011, che, all'art. 3, comma 5, lett. e), impone ai professionisti di dotarsi di “*idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale*”, unitamente all'obbligo di “*comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale*”.

L'innovazione legislativa è stata oggetto di scontri, poiché grandemente apprezzata, da un lato, in quanto conferirebbe, almeno in teoria, una maggiore tutela agli assicurati in caso di negligenza.

D'altro canto, peraltro, questo giudizio deve fronteggiare la prassi vigente del mercato assicurativo, che opera ancora essenzialmente con riguardo alle polizze precostituite, sbilanciate a favore dell'istituto preponente¹¹⁵.

Evidentemente, dunque, ulteriori problematiche sono andate ad innestarsi con riguardo ai contratti di assicurazione, concernenti, essenzialmente, l'applicabilità delle disposizioni in materia di codice del consumo a figure professionali, che, almeno in teoria, non potrebbero rientrare nell'ambito della definizione di “consumatore”,

¹¹⁵ BORRONI A., *op. cit.*, 123.

fornita dal d. lgs. n. 205/2006 e la meritevolezza di modelli che si discostino in astratto dal modello tradizionale di assicurazione, come configurato in ambito codicistico, proprio in attuazione di quella prassi, sopra richiamata, di diffusione delle clausole *claims made*, per le motivazioni esposte.

Tuttavia, per trovare risposta a queste questioni è necessario, preliminarmente, inquadrare il fenomeno delle clausole *claims made*, da un punto di vista più strettamente giuridico, al fine di evidenziare, innanzitutto, le differenti tipologie di clausole che nel tempo si sono diffuse e che, com'è ovvio, conducono a soluzioni differenti circa la loro ammissibilità o meno, come, del resto, dimostrato dai più recenti approdi giurisprudenziali.

2. *Classificazione delle clausole claims made*

Si è più volte evidenziato come il classico modello di contratto di assicurazione della r.c. sia cristallizzato dall'art. 1917 c.c. La norma, al comma 1, collega l'obbligazione dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato, alla circostanza che il fatto causativo del danno sia intervenuto durante il tempo dell'assicurazione.

A questo modello, cd. *act committed*, peraltro, si affianca quello cd. *loss occurrence*, in cui l'indennizzabilità è subordinata a che il danno al terzo, causato dall'assicurato, si sia manifestato nel periodo di vigenza della polizza.

In ragione delle esigenze *supra* evidenziate e con particolare riguardo alle assicurazioni professionali, si innesta, in questo quadro, un ulteriore modello, caratterizzato dall'inserimento delle clausole *claims*

made, che ancorano l'indennizzabilità del sinistro né al momento di commissione del fatto, né a quello di verificabilità del danno, bensì a quello in cui all'assicurato perviene la richiesta da parte del terzo.

Peraltro, pur accomunate da questa peculiare caratteristica, le clausole in parola non costituiscono una categoria uniforme, potendo, invece, distinguersene differenti tipologie.

Senza alcuna pretesa di esaustività, per le ragioni che si diranno, è possibile individuare una prima tipologia di clausole *claims made*, che prevede l'operatività della copertura solo quando tanto il fatto illecito, quanto la richiesta di risarcimento, siano avvenuti nel periodo di vigenza del contratto. A questo tipo di clausola si contrappongono, poi, quelle che prevedono che la copertura operi se soltanto la richiesta da parte del terzo pervenga all'assicurato nel periodo di efficacia del contratto, anche se il fatto illecito sia stato commesso prima della stipula dello stesso, in ciò configurandosi la cd. "garanzia pregressa".

Queste clausole sono, per la verità, rispettivamente denominate impure (o miste) e pure¹¹⁶.

A tali tipologie si affianca, ancora, quella delle *claims made* per cui la copertura assicurativa operi qualora il fatto illecito sia stato commesso in costanza di contratto e la richiesta pervenga all'assicurato sia nel periodo di vigenza del contratto, sia successivamente alla scadenza dello stesso, ma entro un periodo di tempo delimitato e prestabilito, per cui si parla di "garanzia postuma".

Infine, si distinguono ulteriormente clausole che prevedono che la copertura assicurativa operi se la richiesta risarcitoria da parte del terzo pervenga all'assicurato nel periodo di efficacia del contratto,

¹¹⁶ Sulla distinzione tra *claims made* impure e pure, vd. *amplius infra*, par 3.

estendendosi, peraltro, alle richieste pervenute successivamente, a condizione, tuttavia, che vi sia stata rinnovazione della polizza con lo stesso assicuratore¹¹⁷.

E' evidente, peraltro, che le distinzioni in parola sono, essenzialmente, frutto di ricostruzioni derivanti dallo studio della prassi in materia assicurativa, poiché, come specificato, è nella prassi che le clausole *claims made* rinvengono la propria genesi, frutto dell'autonomia delle parti, in specie dell'assicuratore, non essendovi, per contro, alcuna norma che le preveda espressamente.

Dunque, da un punto di vista più tecnico, la fondamentale differenza tra le varie tipologie di *claims made* risiede nella circostanza per cui, ove la garanzia sia pattuita in forma pregressa, la clausola consentirà all'assicurato di pretendere la copertura anche per gli illeciti commessi prima della stipula del contratto, se la richiesta risarcitoria gli pervenga per la prima volta in costanza di contratto. Al contrario, invece, impedisce all'assicurato di pretendere la copertura per gli illeciti commessi durante l'efficacia del contratto, qualora il terzo richieda il risarcimento dopo la scadenza dello stesso, salvo che sia stata pattuita la garanzia postuma¹¹⁸, ovvero che, ancor più semplicemente, la polizza sia rinnovata con lo stesso assicuratore.

D'altro canto, la distinzione più problematica che ha riguardato le clausole *claims made* non riguarda la stipula della garanzia come pregressa o postuma, bensì quella tra *claims made* pure ed impure (o miste). Se, infatti, dubbia sia stata l'ammissibilità delle clausole *claims made* nel nostro ordinamento, sin dalla loro comparsa nella prassi assicurativa, maggiormente problematica si è posta la

¹¹⁷ CESARANI F., *I nuovi rischi della responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes*, in *Dir. econ. assicur.*, 2010, 3.

¹¹⁸ ROSSETTI M. 8585, *op. cit.*, 35 ss.

configurabilità della clausola *claims made* impura, poiché, evidentemente, maggiormente e, forse, eccessivamente, limitativa della garanzia dell'assicurato.

3. *Le claims made pure ed impure.*

Dalla genesi delle clausole *claims made*, così come enucleata, non è difficile comprendere come, in realtà, l'intento di imbrigliare le stesse in classificazioni giuridiche precostituite dia vita, a ben vedere, ad un "ozioso impegno di un giurista da tavolino"¹¹⁹, poiché esse, figlie della prassi e della autonomia dei contraenti (in specie, come visto, delle compagnie assicurative), mal si prestano ad essere etichettate al di fuori del contesto fattuale in cui prendono vita.

E' questo, del resto, il motivo per cui con fatica si riescono ad individuare delle categorie di *claims made* ben delimitate, essendo, per contro, le differenze tra le stesse, spesso sfuggenti e foriere di equivoci di non poco conto.

Tuttavia, se questo è, da un lato, certamente vero, non è men vero che, proprio nella prassi, si siano presentate al vaglio degli interpreti determinate tipologie di clausole *claims made*, che, per come strutturate, recavano in sé una maggiore, per così dire, "pericolosità" per l'assicurato, in quanto eccessivamente limitative della garanzia ad esso dovuta con la stipula del contratto di assicurazione.

¹¹⁹ L'espressione è "presa in prestito" dalla Suprema Corte, che, in un ambito, per la verità, del tutto differente, in occasione della nota pronuncia del 07/10/2014, n. 4628, sulla validità del contratto preliminare di preliminare, evidenzia, con questa efficace espressione, come "inseguire" le plurime varianti della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionalmente gestita, che la prassi consegna, non è di alcuna utilità concreta, poiché esse si presentano troppo vaste e variegate, in modo esattamente speculare a quel che accade in tema di clausole *claims made*.

Di qui, allora, la sussunzione delle *claims made* in due grandi categorie, la cui individuazione finisce per essere fondamentale ai fini dell'ammissibilità delle stesse.

La prima tipologia, in particolare, concerne le clausole *claims made* cd. pure (o a retroattività illimitata), che corrispondono, per sommi capi, al modello sin ora delineato. In particolare, dunque, esse appaiono “*destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito*”¹²⁰, estendendo, dunque, la garanzia agli eventi dannosi verificatisi durante il periodo di vigenza del contratto, nonché a quelli precedenti alla sua stipula, a condizione, evidentemente, che la richiesta di risarcimento sia avanzata durante il periodo di vigenza, con la possibilità, peraltro, di retrodatare la garanzia illimitatamente o per un periodo predeterminato (solitamente decennale o infradecennale).

Le clausole *claims made* impure, o miste, o spurie (o a retroattività limitata), “*prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, (...) alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto)*”¹²¹, limitando, per questa via, l'operatività della garanzia ai soli eventi verificatisi durante la vigenza della polizza, che, tuttavia,

¹²⁰ Cass. sez. un. 06/05/16, n. 9140, in *Guida al Diritto*, 2016, 30.

¹²¹ Cass. sez. un. 06/05/16, n. 9140, *ivi*.

contestualmente, vengano denunciati entro il medesimo periodo di tempo¹²².

Come visto, dunque, entrambe le tipologie di clausole paiono essere compatibili con l'apposizione della garanzia postuma, con la previsione, cioè, con cui si consente al danneggiato di richiedere il risarcimento del danno all'assicurato non soltanto durante il periodo di efficacia del contratto, ma anche in un periodo di tempo successivo, che deve però, essere contrattualmente definito¹²³. E' questa, dunque, un'ulteriore variante che si inserisce in quest'ambito, ovverosia quella delle cd. *claims made and reported form clauses*, per cui la richiesta di risarcimento del danno deve avvenire ed essere comunicata all'assicuratore entro il periodo di vigenza della polizza, ovvero entro un determinato termine rispetto alla scadenza della stessa.

E' evidente, allora, che la distinzione tra le due tipologie di clausole sia fondamentale, poiché, come si vedrà, centrale nella valutazione circa l'ammissibilità delle stesse, la loro validità ed il giudizio circa la loro meritevolezza e vessatorietà.

E' vero, dunque, che le tipologie di clausole *claims made* siano, senz'altro, variegata e numerose, ma è parimenti innegabile che queste risultino, comunque, tutte riconducibili all'una o all'altra delle due categorie appena tratteggiate, essendo questa l'unica differenziazione realmente rilevante a fini non già meramente descrittivi, ma della

¹²² Non è, in verità, mancato chi, in quest'ambito, ha giustamente distinto ulteriormente, nell'ambito delle *claims made* impure, quelle che circoscrivono la copertura ad un determinato periodo temporale ben individuato, e quelle caratterizzate, per contro, dalla esclusione totale della retroattività e dalla concentrazione, tanto della richiesta, quanto dell'evento, nel periodo di vigenza del contratto, ponendosi essenzialmente per quest'ultima specifica tipologia i problemi maggiormente rilevanti.

¹²³ SPADAFORA N., SCARPA D., *Clausola claims made e disciplina del consumo*, nota a Cass. Sez. un. 06/05/16, n. 9140, in *Dir. banc.*, 2.

notevole importanza, certamente pratica, ma anche, sicuramente, tecnico-giuridica che esse rivestono¹²⁴.

Tuttavia, prima di soffermarsi sulla differente valutazione delle *claims made* pure e di quelle impure, ai fini appena enunciati, è necessario, preliminarmente, analizzare l'evoluzione cui esse sono andate incontro, a partire dalle prime reazioni, dottrinali e giurisprudenziali, che esse hanno suscitato con la loro apparizione nella prassi assicurativa del nostro Paese.

4. Le teorie sull'ammissibilità: la nullità radicale

L'ingresso delle clausole *claims made* ha, sin da subito, comportato accesi dibattiti circa la loro ammissibilità, sulla scia del fatto che, a differenza degli ordinamenti di *common law*, nei quali esse hanno, come detto, avuto genesi, l'ordinamento civilistico italiano si fonda su un solido sistema codicistico, volto a predisporre i principi fondamentali della materia, cui non è sempre possibile derogare.

L'innesto delle clausole in esame con le norme generali, predisposte tanto in tema di assicurazione della responsabilità civile, quanto, più in generale, in materia contrattuale, ha, invero, dato origine a differenti impostazioni, sia dottrinali che giurisprudenziali, che hanno costituito il preludio a varie pronunce di legittimità sul punto,

¹²⁴ E', poi, opportuno notare come la clausola *claims made* pura rechi con sé un problema di non poco conto nell'ottica dell'assicuratore: l'impossibilità di valutare preliminarmente il reale carattere economico della polizza (e conseguentemente del massimale e del premio) che si va a stipulare, così, praticamente, neutralizzando l'effetto "benefico" per cui la stessa *claims made* nasce, esponendo l'impresa assicuratrice all'obbligo di risarcire i danni causati dall'assicurato in un arco temporale coincidente con il termine di prescrizione ordinaria, con tutte le questioni che sorgono con riferimento alla problematica dei danni lungolatenti, può Ecco perché, nella prassi, hanno trovato diffusione sensibilmente maggiore le *claims made* impure o miste, con tutti i problemi che, nel seguito della trattazione, si avrà modo di evidenziare.

culminate, da ultimo, con la decisione delle Sezioni Unite, già citata, n. 9140/16, con cui il Supremo Consesso giurisprudenziale ha fornito una soluzione, forse, definitiva, sebbene non da tutti pienamente condivisa, in materia.

In particolare, secondo un primo orientamento, la clausola *claims made* non può non essere considerata radicalmente nulla, poiché assolutamente incompatibile con il nostro sistema di diritto privato.

Peraltro, nell'ambito di questa impostazione, non si è registrata uniformità di vedute circa il percorso motivazionale attraverso il quale si è giunti alla conclusione innanzi esposta.

Ed invero, un primo filone interpretativo ha fatto derivare la radicale nullità della clausola *claims made* dal contrasto con l'art. 1917, comma 1, c.c.

La disposizione in parola, infatti, come noto, fonda il trasferimento del rischio in capo all'assicuratore “*in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*”. La norma, allora, ritenuta dai sostenitori della tesi in esame primaria ed imperativa, si porrebbe in netto contrasto con una clausola *claims made*, che, come detto, subordina il sorgere dell'obbligazione dell'assicuratore all'ulteriore requisito della richiesta di risarcimento, non già, come invece sostiene l'art. 1917, al fatto illecito.

Di conseguenza, la *claims made* sarebbe da considerarsi nulla e sostituita di diritto dalla norma imperativa, in base al meccanismo della nullità parziale, come cristallizzato dal combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c.c.

Un'ulteriore opzione ermeneutica, sempre, chiaramente, nell'ambito della radicale nullità della clausola, ha posto in risalto la contrarietà della stessa con il disposto dell'art. 1895, c.c., che, nell'ambito delle disposizioni generali relative al contratto di assicurazione,

testualmente dispone che “*il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto*”, così fondando la classificazione del contratto di assicurazione quale tipicamente aleatorio.

La stessa disposizione, peraltro, come già in precedenza evidenziato, fonda altresì l’inammissibilità del cd. “rischio putativo”, ovvero sia il rischio già verificatosi, ancorché le parti ne ignorino l’esistenza. Di conseguenza, allora, nell’ambito del contratto di assicurazione in ipotesi concluso con l’apposizione della clausola *claims made*, il rischio avrebbe già cessato di esistere al momento stesso della stipula, con conseguente nullità dell’intero contratto per mancanza di un elemento essenziale dello stesso.

Sebbene, allora, i due filoni interpretativi esposti, come anticipato, si inseriscano, entrambi, nel solco di quell’orientamento volto a ritenere la clausola *claims made* radicalmente nulla, non può non notarsi la sensibile differenza intercorrente tra di essi.

Ed invero, coloro che ritengono la *claims made* contrastante con il disposto dell’art. 1917, c.c. concludono per la salvezza del contratto stipulato, espungendone solo la clausola viziata e sostituendola di diritto con il “classico” modello dell’assicurazione, di cui all’art. 1917, a valenza imperativa, in base al meccanismo di sostituzione automatica delle clausole previsto dal codice.

Per contro, la seconda delle impostazioni esposte, fondando la nullità della clausola sulla mancanza *ab origine* del rischio, ritengono nullo l’intero contratto, con conseguenze, per la verità, di non poco conto se solo si pensi alla natura ed agli effetti che il rimedio negoziale più grave tra le patologie negoziali reca con sé.

4.1 La piena validità

L'impostazione volta a sostenere la radicale nullità della clausola *claims made* è avversata da quanti, per contro, ritengono che detta clausola sarebbe perfettamente valida ed efficace.

In particolare, invero, l'opzione ermeneutica in parola si fonda sulla diversa interpretazione che i suoi fautori abbracciano dell'espressione "*fatto accaduto*", contenuta nel corpo dell'art. 1917, c.c.

Ed invero con questa espressione non si intenderebbe ancorare l'obbligazione dell'assicuratore al fatto illecito del danneggiante, bensì alla richiesta di risarcimento del danneggiato. Questa impostazione troverebbe, a ben vedere, conferma nell'art. 2952, comma 3, c.c. che considera quale *dies a quo* della prescrizione in materia di assicurazione della responsabilità civile proprio la richiesta di risarcimento.

Aderendo a detta impostazione, dunque, l'inserimento della clausola *claims made* nel corpo del contratto di assicurazione della r.c. nulla comporterebbe, per cui il contratto e, con esso, la clausola resterebbero perfettamente validi.

Tuttavia, non può non evidenziarsi più di una criticità nell'impostazione in parola. Ed invero, sebbene essa abbia, indiscutibilmente, il pregio di considerare valida la clausola, in linea con la tendenza volta all'esaltazione dell'autonomia negoziale delle parti nella conclusione del contratto, tecnicamente presenta dei difetti che non sembrano di facile superamento.

Ed infatti, a ben vedere, interpretare l'espressione "*fatto accaduto*" di cui all'art. 1917, c.c. come richiesta di risarcimento da parte del danneggiante significa in realtà ritenere modello "classico" del

contratto di assicurazione della r.c. proprio quello *claims made*, in maniera del tutto contraria, innanzitutto rispetto alla *ratio* della norma di cui all'art. 1917, ma anche alle motivazioni che hanno condotto, come evidenziato, all'introduzione della clausola *claims made* ed ai problemi interpretativi ad essa connessi in tutti gli ordinamenti di *civil law*, che, in realtà, non avrebbero avuto ragion d'essere se la *claims made* fosse stata già insitivamente prevista quale modello *ex art. 1917*, c.c.

Non solo, poiché, anche il radicare questo assunto sul comma 3 dell'art. 2952 non appare, giuridicamente corretto. La norma in esame, invero, nel regolare i termini di prescrizione nell'ambito del contratto di assicurazione, fa riferimento al momento della richiesta di risarcimento del terzo nei confronti dell'assicurato (ovvero dell'instaurazione dell'azione del primo nei confronti di quest'ultimo), solo ai fini di stabilire, appunto, la decorrenza dei termini di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore, rispondendo, dunque ad una *ratio* del tutto diversa rispetto a quella sottesa alla norma dell'art. 1917, non potendosi, dunque, le due disposizioni sovrapporre quanto all'esatta individuazione della nozione di "*fatto accaduto*".

Proprio tali aspetti di criticità mostrati dall'impostazione in parola, hanno condotto altra parte degli interpreti ad adottare una terza via rispetto a quelle sinora tracciate.

4.2 L'impostazione mediana

Tra l'orientamento nettamente restrittivo e quello, appena esposto, di completa apertura, infatti, si è stagliato, nel tempo, un terzo

orientamento, in specie, come si vedrà, giurisprudenziale, per così dire, mediano.

Secondo questa impostazione, in particolare, la dibattuta espressione “fatto accaduto” farebbe riferimento non già alla richiesta di risarcimento, bensì al fatto dannoso, come ritengono i sostenitori dell’opzione ermeneutica maggiormente restrittiva.

Tuttavia, questo assunto non deve condurre ad aprioristiche preclusioni circa l’ammissibilità delle clausole *claims made*.

Ed invero, il comma 1 dell’art. 1917 non è norma inderogabile, come dimostrato, del resto, dal disposto dell’art. 1932 c.c.¹²⁵, che considera inderogabili solo i commi 3 e 4 del 1917, non anche il primo.

Di conseguenza, allora, nulla osta a che le parti vi derogino, stabilendo, convenzionalmente, che l’obbligazione risarcitoria dell’assicuratore sorga non (esclusivamente) in dipendenza del fatto dannoso, ma della successiva richiesta di risarcimento da parte del danneggiato, purché, evidentemente, questa intervenga durante il periodo di copertura della polizza.

Di tal che, sarebbe assolutamente possibile, per le parti contraenti, inserire nel corpo del contratto di assicurazione la clausola *claims made*, così dando vita, peraltro, ad un contratto atipico, che fuoriesce dallo schema tipico di cui all’art. 1917 c.c., ma che, ciò nonostante, sarebbe pienamente lecito e meritevole di tutela, ex art. 1322, c.c.

Tuttavia, l’impostazione in parola non si limita ad ammettere il contratto di assicurazione (atipico) con clausola *claims made sic et simpliciter*, spostando l’attenzione su ulteriori valutazioni, in punto di natura giuridica e giudizio di vessatorietà.

¹²⁵ L’art. 1932 c.c., rubricato, per l’appunto, “Norme inderogabili”, così testualmente dispone: “Le disposizioni degli articoli 1887, 1892, 1893, 1894, 1897, 1898, 1899, secondo comma, 1901, 1903, secondo comma, 1914, secondo comma, 1915, secondo comma, 1917, terzo e quarto comma, e 1926 non possono essere derogate se non in senso più favorevole all’assicurato”.

In particolare, una prima ricostruzione, richiamando la distinzione tra clausole di esclusione della responsabilità e clausole delimitative dell'oggetto¹²⁶, qualifica la clausola *claims made* vera e propria clausola di limitazione della responsabilità, con la conseguente sottoposizione della stessa alla prescrizione formale di cui al comma 2 dell'art. 1341, c.c.

Detta clausola, invero, ridurrebbe l'ambito di responsabilità dell'assicuratore, come cristallizzato dall'art. 1917, c.c., subordinando il pagamento dell'indennizzo ad un requisito ulteriore, rispetto alla verifica dell'illecito, costituente l'oggetto del contratto, stante, appunto, nella richiesta di risarcimento da parte del terzo.

Secondo un'altra, opposta, opzione ermeneutica, la clausola *claims made* sarebbe, invece, da considerare come di mera delimitazione dell'oggetto del contratto, poiché si limiterebbe a stabilire il contenuto e le modalità e, dunque, l'oggetto del contratto di assicurazione.

La contrapposizione, come si vedrà, non è di poco conto, tanto da aver comportato la rimessione della questione alle Sezioni Unite della Suprema Corte, che, di recente, si sono pronunciate, con una sentenza di grande rilievo.

Prima, peraltro, di giungere all'analisi della nota sentenza, è opportuno ripercorrere le tappe della giurisprudenza, tanto di merito, quanto di legittimità, che alla suddetta pronuncia hanno condotto.

5. *L'evoluzione giurisprudenziale*

¹²⁶ Su cui vd. *amplius, supra*, cap. 2.

Le pronunce giurisprudenziali, in materia di *claims made*, rappresentano lo specchio dei citati orientamenti interpretativi in materia.

Ed invero, tanto le Corti di merito, quanto quella di legittimità, hanno aderito, in maniera alterna, alle differenti ricostruzioni, senza, per la verità, che si registrasse un orientamento prevalente, nell'ambito della stessa Suprema Corte, tanto da richiedersi l'intervento delle Sezioni Unite per dirimere il contrasto venutosi a creare sul punto.

Uno dei primi precedenti in materia di *claims made*, invero, è del Tribunale di Bologna, n. 3287/1999¹²⁷.

Il caso di specie concerneva la responsabilità di un medico, la cui colpevolezza era stata positivamente accertata. Il responsabile civile aveva chiamato in causa la propria compagnia assicurativa per essere tenuto indenne dal proprio debito nei confronti del danneggiato, nei limiti della garanzia assicurativa convenuta nel contratto.

L'impresa, peraltro, eccepiva che in funzione della clausola di limitazione nel tempo della garanzia prestata, l'assicurato non poteva pretendere l'indennizzo per la tardività della richiesta di risarcimento inoltrata dal danneggiato.

Il giudice riteneva, in questo caso, non fondata l'eccezione, in base al disposto dell'art. 1917 c.c., partendo da un dato, di per sé, incontestabile, ovverosia che la disposizione in parola obbliga l'assicuratore a tenere indenne l'assicurato da tutti i fatti dannosi accaduti nel periodo di vigenza della polizza, senza che alcuna rilevanza rivesta il momento in cui la richiesta di risarcimento sia stata inoltrata, purché quest'ultima intervenga nei termini prescrizionali,

¹²⁷ Trib. Bologna, n. 3287/99, in *Rep. gen. giur. civ.*, 1999.

come, del resto, avveniva nella fattispecie concreta posta al vaglio del Tribunale.

La materia del contendere, dunque, era limitata all'interpretazione ed alla validità della speciale clausola contrattuale.

Ebbene, il Tribunale di Bologna, a questo proposito, partendo dalla disciplina codicistica e interpretando come imperativa la norma dell'art. 1917 c.c., si pronuncia per la nullità del patto, senza tener conto della disciplina, della disposizione di cui all'art. 1932, che ritiene inderogabili solo i commi 3 e 4 dell'art. 1917, non anche il comma 1.

La sentenza, allora, nel motivare la propria presa di posizione, giunge ad ipotizzare il *“venir meno della stessa causa del contratto, qualora, in ipotesi i danneggiati richiedano legittimamente e con scelta non sindacabile dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista, ma prima del termine della prescrizione del loro diritto, il risarcimento dei danni subiti”*.

Sempre tese ad affermare la nullità della clausola *claims made*, inserita nell'ambito del contratto di assicurazione, poi, si pongono ulteriori pronunce di merito, che, variamente argomentando, escludono l'ammissibilità della stessa.

In particolare, lo stesso Tribunale di Bologna, con sentenza resa il 02/10/2002, n. 3318¹²⁸, sulla scia del suo stesso precedente, evidenziava che la contrarietà della clausola in esame con la disposizione, *“primaria e imperativa, di immediata applicazione”*, dell'art. 1917, comma 1, costituiva sbarramento insormontabile alla validità della stessa, da ritenere, pertanto, nulla e rientrante nel

¹²⁸ Trib. Bologna, 02/10/2002, n. 3318, in *Foro it.*, 2004, I.

meccanismo di sostituzione automatica, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, c.c.

Il Tribunale di Genova, invece, con sentenza resa dalla Sezione II, l'08/04/2008¹²⁹, pur ribadendo le motivazioni sostenute dalle pronunce esposte, vi affiancava ulteriori argomenti a sostegno della nullità della clausola *claims made*.

Più in particolare, invero, il Tribunale di Genova evidenziava che “*la clausola che subordina l’operatività della garanzia assicurativa alla coincidenza temporale determinata dalla circostanza che il fatto colposo, la richiesta di risarcimento del terzo e la denuncia dell’assicurato all’assicuratore si verificano entro il periodo di efficacia del contratto di un anno, è nulla per mancanza di causa di cui all’art. 1917, comma 1, c.c., poiché viene a mancare il trasferimento del rischio dall’assicurato all’assicuratore.*

Tale clausola è altresì nulla sia perché rende assolutamente impossibile per il contraente esercitare il proprio diritto, in violazione dell’art. 2965, c.c., sia perché altera il regime della prescrizione di cui agli artt. 2952, 2935 e 2936 c.c., ugualmente limitando o impedendo completamente l’esercizio del diritto dell’assicurato”.

Evidentemente, dunque, l’impostazione del Tribunale di Genova aggiungeva alla già dichiarata nullità della clausola per contrasto con l’art. 1917, comma 1, ritenuta sempre inderogabile, un ulteriore motivo di inammissibilità, riconosciuto nella limitazione, se non, addirittura, nell’impossibilità, da parte dell’assicurato, di esercitare il proprio diritto.

Di avviso nettamente contrario, per contro, la Corte d’Appello di Roma, Sez. III, che, con sentenza n. 312, resa, in tempi assai più

¹²⁹ Trib. Genova, 08/04/2008, in *Danno e resp.*, 2009, 1.

recenti, il 18/01/2012, ha evidenziato che il contratto di assicurazione con clausola *claims made* sarebbe pienamente valido ed efficace, poiché rientrante comunque nello schema della norma dell'art. 1917, c.c.

Ed infatti, per i giudici capitolini, non soltanto la clausola in parola non si pone in deroga con il disposto di detto articolo, “*ma ne integra semplicemente il precetto, al pari della clausola loss occurrence, secondo che i contraenti adottino l’una o l’altra prospettiva*”¹³⁰.

Per la verità, già precedentemente all’arresto appena evidenziato, il Tribunale di Crotone, con la sentenza dell’08/11/2004, n. 478¹³¹, fu investito di una questione, inerente, come è sovente avvenuto in quest’ambito, la responsabilità medica.

In particolare, il caso concreto concerneva un errore medico, in una fase pre-operatoria relativa ad un intervento per cataratta e glaucoma, a causa del quale, nella successiva fase operatoria, si era verificata la perdita dell’occhio sinistro da parte del paziente.

La responsabilità del medico, dipendente dalla struttura pubblica dell’ospedale di Crotone, era stata accertata, sulla base della più innovativa giurisprudenza del tempo, in forza della ormai nota categoria del “contatto sociale”; si trattava, dunque, di decidere sulla richiesta del soggetto passivo dell’obbligazione, di essere tenuto indenne dal proprio assicuratore.

La polizza, in particolare, conteneva la clausola *claims made* con ripresa del passato, ma senza protrazione oltre l’ultima scadenza.

Il contratto, dunque, ammetteva in garanzia solo gli eventi accaduti non prima di due anni dall’inizio dell’assicurazione e per cui le

¹³⁰ Sulla stessa scia, ancor più di recente, vd. anche Trib. Catania, Sez. V, 30/04/2010, n. 1795, in *Giust. civ.*, 2010.

¹³¹ Trib. Crotone, 08/11/2004, n. 478, in *Dir. ec. ass.*, 2005, 711.

richieste di risarcimento fossero state presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di validità del contratto e dal medesimo assicurato nello stesso periodo (cioè quello di efficacia della copertura).

Nel corso della causa, fu provato che l'evento dannoso, accaduto in epoca di vigenza della polizza in corso e con richiesta inoltrata nello stesso periodo temporale all'assicurato, venne segnalato da quest'ultimo all'assicuratore, unitamente alla notizia della ricevuta richiesta di risarcimento soltanto dopo l'ultima scadenza della polizza. Sulla base, allora, di quanto evidenziato, e sul rilievo sollevato dalla compagnia assicurativa che aveva eccepito, per tardività della notifica della richiesta del terzo danneggiato, l'operatività dell'assicurazione, il Tribunale rigettava la domanda di garanzia.

Il Tribunale, in particolare, evidenziava che l'art. 1917, c.c., con riguardo all'estensione temporale della copertura assicurativa, poteva essere derogato dai contraenti, non potendo porsi neppure questione di vessatorietà della clausola, poiché la pattuizione, oltre a far capo ad un soggetto, non rientrante nella nozione di consumatore, di cui al Codice del Consumo, presentava, inoltre, specifica approvazione.

La Corte d'Appello di Napoli, invece, nella sentenza resa dalla Sezione III, n. 503 del 28/02/2001, si è posta decisamente più in linea con l'esposto orientamento mediano.

Ed in particolare, i giudici di secondo grado si trovarono a dover esaminare il caso della responsabilità professionale di un curatore fallimentare, il quale, per operazioni bancarie di sua stretta spettanza, si avvale dell'ausilio di un incaricato, senza l'autorizzazione del giudice delegato. L'incaricato non restituì il libretto, così causando notevoli danni al fallimento.

Il curatore venne, dunque, sollevato dall'incarico ed il suo successore, accertato il danno subito, promosse azione di responsabilità sia nei confronti della banca, sia contro il suo predecessore.

Quest'ultimo si rivolse, allora, alla compagnia di assicurazione che lo aveva assicurato contro la responsabilità derivante dalla sua attività professionale.

La compagnia assicurativa eccepiva, in giudizio, l'insussistenza della garanzia, per la tardività della segnalazione relativa alla richiesta del danneggiato.

Peraltro, il giudizio di primo grado terminò con la soccombenza del precedente curatore e della compagnia assicurativa, fondata su un'interpretazione della clausola certamente peculiare. Il giudice di prime cure, invero, ritenne che il patto fosse volto ad escludere dalla garanzia solo i sinistri avvenuti precedentemente alla stipula del contratto e non invece quelli accaduti in vigenza della copertura, ma segnalati tardivamente.

La vicenda, per la verità, presentava maggiori profili di complessità, fondati sull'asserito comportamento doloso dell'incaricato, non legato contrattualmente al curatore da alcun vincolo lavorativo. Peraltro, questo aspetto, sebbene certamente interessante in punto di affermazione della responsabilità extracontrattuale all'interno del delicato frangente fallimentare, esula, com'è evidente, dall'analisi, che qui maggiormente interessa, sulla validità ed ammissibilità delle clausole *claims made*, per cui se ne prescindereà, inevitabilmente, nella trattazione della decisione del giudice d'appello.

Ed infatti, quest'ultimo, su impugnazione dell'impresa assicurativa, pur discostandosi dall'interpretazione della clausola fornita dal giudice di primo grado, ritenne che la ricostruzione del patto fornita

dalla compagnia assicurativa non fosse comunque sufficiente ad affermare la carenza di garanzia.

E' certamente innegabile, invero, secondo la Corte, che la clausola in esame si ricollega alla richiesta del danneggiato, tuttavia, dall'interpretazione complessiva dell'accordo si desume che *“il dato testuale usato per definire l'oggetto della garanzia”* conduce ad individuare lo stesso non nelle denunce degli eventi e con riferimento al loro ambito temporale, bensì nei *“fatti colposi verificatisi nella vigenza del contratto di assicurazione”*, così riconoscendo una valenza assolutamente limitativa della *claims made*.

Dunque, i giudici partenopei, pur non dichiarandolo espressamente, dimostrano di non discostarsi dal sistema delineato dall'art. 1917, c.c., non tenendo conto della contrattazione in deroga.

Non solo, perché, a completamento della tesi, la Corte aggiunge che, seppure si accedesse alla (insostenibile) ipotesi sostenuta dall'assicuratore, che ancora la copertura assicurativa alla richiesta di risarcimento, la formulazione letterale della clausola *“non potrebbe sfuggire alla sanzione dell'inefficacia che l'art. 1341 c.c. prevede per le clausole vessatorie, comportando essa, con la definizione e precisazione di una copertura per rischi normalmente fuori da un contratto di assicurazione ed escludendo i rischi per i quali di solito ci si assicura per eventi collegati alla colpa professionale, una evidente limitazione di responsabilità, che avrebbe dovuto quanto meno essere approvata specificamente per iscritto al fine di rendere edotto l'assicurato dello spostamento del rischio assicurato rispetto a quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale”*.

La pronuncia, dunque, pur mostrandosi restia, nel caso di specie, alla configurabilità della clausola *claims made*, così come prospettata

dall'assicuratore, ritiene che, in linea teorica, essa rappresenterebbe, comunque, clausola non già delimitativa dell'oggetto contrattuale, bensì di limitazione della responsabilità, come tale, nulla, perché vessatoria, se non specificamente approvata per iscritto, secondo il disposto dell'art. 1341, c.c.

La prima pronuncia della Corte di Cassazione di un certo rilievo, in materia di clausole *claims made*, invece, risale al 15/03/2005, con sentenza resa dalla Sezione III, n. 5624¹³².

In particolare, la tesi del ricorrente era volta ad interpretare la locuzione "*fatto accaduto*", di cui all'art. 1917, c.c., come "*fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*", il sinistro, cioè, che si concreta e manifesta nella richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato; con lo scopo, evidentemente, di far rientrare la pattuizione basata sulla richiesta notificata al responsabile nel disposto dell'art. 1917. A sostegno della tesi, poi, l'impresa assicurativa adduceva il disposto dell'art. 2952 c.c., aderendo, in sostanza, all'orientamento esposto volto a predicare la piena validità della clausola, con tutte le carenze giuridiche, peraltro, che, come visto, la ricostruzione presenta.

Ed infatti, la Suprema Corte contesta l'esattezza della ricostruzione, evidenziando che è senza dubbio vero che l'art. 1917, comma 1, c.c., con l'espressione "*fatto accaduto*" vuole far riferimento al fatto dannoso e non alla richiesta di risarcimento, per cui non appare condivisibile la tesi in diritto secondo la quale sarebbe la stessa legge ad identificare la richiesta di risarcimento con il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, tanto meno prendendo in considerazione il comma 3 dell'art. 2952, c.c., che "*ha diverso oggetto e diversa ratio*,

¹³² Cass. civ., 15/03/2005, n. 5624, in *Il Sole 24 ore*, *Diritto e pratica delle società*, 2005, 14/15.

essendo volto solo a stabilire la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore" e, dunque, non idonea a fondare una nozione di "fatto" o "sinistro", che sia valida anche nell'ambito dell'art. 1917 c.c. Tuttavia, prosegue la Corte, questo non deve condurre ad un'automatica declaratoria di nullità della clausola *claims made*, come da qualcuno sostenuto.

E' vero, infatti, che il disposto del comma 1 dell'art. 1917 c.c. non è affatto inderogabile, come dimostrato, peraltro, dal più volte richiamato art. 1932. L'affermazione, sebbene rientrante in un *obiter*, è di fondamentale importanza¹³³, soprattutto alla luce, come si vedrà, dei successivi approdi ermeneutici in materia.

Ben possono, dunque, le parti derogarvi e stabilire convenzionalmente che l'obbligazione dell'assicuratore sorga anche, eventualmente, in dipendenza della richiesta di risarcimento da parte del danneggiato. Di tal che, il contratto, così stipulato, non rientrerà nella fattispecie tipica di cui all'art. 1917 c.c., ma costituirà un contratto atipico, meritevole di tutela ex art. 1322, c.c.

Detto contratto atipico, dunque, viene stipulato in deroga al 1917, che basa, invece, la sua disciplina sugli eventi contemplati dal contratto ed intervenuti durante il periodo di assicurazione.

Tuttavia, nel prosieguo della motivazione, la Corte pare non prendere posizioni circa la natura della clausola ed i profili di eventuale vessatorietà della stessa, profili, questi, concernenti un "*tipico giudizio di merito*". La Corte precisa, infatti, che "*il legislatore ha attribuito al giudice di merito il potere-dovere di stabilire se la comune intenzione delle parti risulti in modo certo ed immediato dalla dizione letterale del contratto*", per cui "*costituisce questione di merito, rimessa al*

¹³³ SIMONE R., *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, Ipsoa, Torino, n. 11/2005, 1081.

giudice competente, valutare il grado di chiarezza della clausola contrattuale, ai fini dell'impiego articolato dei vari criteri ermeneutici. Deve escludersi, pertanto, che nel giudizio di cassazione si possa procedere a una diretta valutazione della clausola contrattuale al fine di affermare o escludere la legittimità del ricorso da parte del giudice di merito a ulteriori canoni ermeneutici”.

Peraltro, sebbene chiara in linea di principio, la decisione della Corte ha prestato il fianco all'emersione di qualche profilo di contraddittorietà, essenzialmente dettato dalla risoluzione del caso di specie al vaglio dei Supremi giudici.

Ed infatti, a fronte del principio invocato dal ricorrente dell'*in claris non fit interpretatio*, la Corte opponeva il contenuto della sentenza d'appello, la quale, peraltro, si limitava a definire il testo della clausola in esame come “*infelice*” ed “*insolito*”, poiché, in sostanza, non in linea con il disposto codicistico di cui all'art. 1917 c.c.

Tuttavia, in primo luogo, l'asserito difetto di chiarezza della clausola non pare confermato, almeno dalla descrizione che nelle pronunce in esame se ne fa; anzi, il significato della stessa appare, per la verità, di agevole lettura, specialmente quando, nel corpo delle sentenze, se ne evidenziano gli effetti limitativi e cioè quando la tardività della richiesta di risarcimento del terzo e la sua successiva notifica all'assicuratore, chiude l'efficacia della copertura assicurativa ancor prima dello spirare del termine di prescrizione a disposizione del danneggiato per l'azione nei confronti dell'assicurato danneggiante.

Di conseguenza, in secondo luogo, la Suprema Corte, sebbene in astratto sancisca la validità del contratto di assicurazione concluso con clausola *claims made*, quale contratto atipico, fuoriuscente dall'alveo del 1917, c.c., in concreto, poi, nella questione posta alla sua attenzione, evita di decidere, poiché evidenzia l'insindacabilità del

giudizio di merito, fondato, peraltro, sulla “oscurità” del dato testuale della clausola, in quanto non rispondente al dettato del 1917, al dettato, dunque, di quella stessa norma da cui il congegno negoziale ideato dalle parti, che abbiano in ipotesi inserito la *claims made* nel loro accordo, in realtà, fuoriesce.

All’indubbio merito, dunque, della sentenza di sancire la validità di una clausola dalla sempre crescente diffusione, si affiancano elementi di contraddittorietà, che, probabilmente, hanno contribuito al perpetrarsi dei contrasti giurisprudenziali sul punto.

Anche nell’ambito delle pronunce di merito successive a quella di legittimità appena richiamata, non si è registrata una continuità interpretativa, come dimostrato, del resto, dalla già citata pronuncia della Corte d’Appello di Roma, n. 312/2012¹³⁴, volta, come detto, a sancire la piena efficacia del contratto con clausola *claims made*, che resterebbe tipico, in base ad una differente interpretazione dell’art. 1917, c.c.

Allo stesso modo, il Tribunale di Milano, Sez. V, il 18/03/2010, con sent. n. 3527¹³⁵, nel delineare una differenza tra le clausole *claims made* spurie e pure, evidenzia la piena validità di quelle pure, sottolineando che queste ultime sono da ritenersi legittime “*quando, durante il periodo di vigenza del contratto, ogni richiesta danni pervenuta all’assicurato sia considerata valida fino alla prescrizione del diritto del danneggiato*”.

Il Tribunale di Milano, in particolare, ha precisato nell’arresto in parola, che la clausola *claims made* pura copre i rischi relativi a tutte le eventuali richieste di risarcimento che dovessero eventualmente

¹³⁴ Corte App. Roma, 18/01/2012, n. 312, in *Il Sole 24 Ore, Plusplus 24 diritto*, 2012.

¹³⁵ Tribunale Milano, 18/03/2010, n. 3527, in *Guida al diritto*, 2010, 18.

pervenire all'assicurato nel corso della durata della polizza assicurativa stessa, senza che possa essere sollevata alcuna eccezione in ordine al momento in cui si procede con la richiesta di indennizzo e l'effettiva data in cui si è verificato il danno. Inoltre, la clausola avrebbe tutte le caratteristiche di validità del caso e non si delineerebbe verificherebbe neppure una configurazione di vessatorietà per l'assicurato, dal momento che essa ben si adatterebbe alle necessità di quest'ultimo senza limitare la responsabilità dell'assicuratore¹³⁶.

Anche nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, il contrasto in materia di clausole *claims made* è continuato. La Suprema Corte, infatti, il 17/02/2014, con sentenza n. 3622, ha evidenziato come “*nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato derivanti dall'applicazione di clausole claims made non fa venire meno la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e specialmente l'assicurato) ignoravano l'esistenza di tali fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente*”. Dunque, la Corte sposta l'attenzione della questione su un altro piano: quello della consapevolezza o meno dell'aver cagionato un danno nel periodo precedente alla stipula del contratto, per cui potrebbe, presumibilmente, intervenire una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, durante la vigenza della polizza. Questo comportamento, a ben vedere, sarebbe sintomatico di scorrettezza e, dunque, di contrarietà a buona fede, come tale, da

¹³⁶ Sulla stessa scia della pronuncia citata, si inserisce, poi, anche Trib. Milano, Sez. XII, 10 gennaio 2012, in *Il Sole 24 Ore*, *Mass. Repertorio Lex24*, secondo cui, in particolare, il contratto di assicurazione concluso con clausola *claims made* resterebbe tipico, in quanto la copertura assicurativa avrebbe in ogni caso ad oggetto il fatto dannoso, che poi diviene rilevante al momento della richiesta di risarcimento.

sanzionare con i rimedi più idonei al caso concreto. In un successivo arresto, poi, il 13/02/2015, con sent. n. 2872, la Corte ha nuovamente optato per la piena validità della clausola, salvo il controllo sulla sua vessatorietà, necessariamente rimesso al giudice di merito, in continuità, dunque, questa volta, con il suo precedente del 2005. Più in particolare, i giudici supremi evidenziano che *“la clausola cosiddetta “a richiesta fatta” (“claims made”) inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile (in virtù della quale l’assicuratore si obbliga a tenere indenne l’assicurato dalle conseguenze dannose dei fatti illeciti da lui commessi anche prima della stipula se per essi gli sia pervenuta una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato durante il tempo per il quale è stata stipulata l’assicurazione) è valida ed efficace, mentre spetta al giudice stabilire, caso per caso, con valutazione di merito, se quella clausola abbia natura vessatoria ai sensi dell’art. 1341, c.c.”* Il continuo contrasto interpretativo protrattosi, unitamente alla sempre maggiore diffusione della prassi assicurativa di inserimento delle clausole *claims made* nell’ambito dei contratti di assicurazione, ha reso necessario che, il 27/03/2015, il Primo Presidente Aggiunto della Corte Suprema rimettesse la questione alle Sezioni Unite, per la particolare rilevanza della stessa. A distanza di un anno circa, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, il 06/05/2016, con sent. n. 9140, ha regolato la questione con una pronuncia di particolare rilevanza, che, sebbene non esente da critiche, rappresenta una delle più importanti pronunce rese dalle Sezioni Unite negli ultimi tempi e che, allo stesso tempo, rappresenta fecondo spunto di riflessione per inserire il fenomeno delle clausole *claims made* nell’ambito del diritto civile moderno e delle più recenti tendenze che oggi lo riguardano.

CAPITOLO V

LE SEZIONI UNITE 06/05/2016, N. 9140: LE CLAUSOLE *CLAIMS MADE* NEL DIRITTO CIVILE MODERNO

1. La sentenza delle Sezioni Unite: il fatto. - 2. Il contratto di assicurazione e le clausole claims made nell'ottica delle Sezioni Unite. - 2.1. La validità delle claims made: l'art. 2965, c.c. e la decadenza convenzionale. - 2.1.1. La rilevanza della buona fede. - 2.1.2. La nullità per mancanza dell'alea. - 2.1.3. Dalla nullità all'immeritevolezza: limitazione della responsabilità e delimitazione dell'oggetto. - 2.2. La vessatorietà. 3. Profili di critica. - 4. Le clausole claims made ed il delicato rapporto con la buona fede, tra regole di comportamento e regole di validità. - 5. Il "carattere grandangolare" della nullità: le claims made tra nullità parziale e nullità relativa. - 6. La vessatorietà delle clausole claims made nell'ottica del Codice del Consumo. - 6.1. L'applicabilità della disciplina consumeristica all'assicurazione per responsabilità professionale - 7. La giurisprudenza successiva. - 8. Osservazioni finali.

1. La sentenza delle Sezioni Unite: il fatto

L'occasione concreta che ha dato vita all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, ormai, per la verità, da tempo auspicabili sul punto, ha riguardato una questione che è spesso stata al centro della vicenda delle *claims made*, proprio per i risvolti che essa involge e per la particolare attitudine che presenta alla sfasatura temporale tra commissione del fatto e produzione del danno, campo elettivo, come più volte evidenziato, delle clausole in esame. Il riferimento è, evidentemente, alla responsabilità medica.

In particolare, il Tribunale di Roma aveva avuto modo di pronunciarsi, nel 2008, su impulso di un paziente dell'Ospedale Fatebenefratelli, che domandava il ristoro dei danni da lui subiti, a seguito della condotta dei medici della struttura, che lo avevano curato.

Nel condannare la struttura ospedaliera, il giudice di prime cure dichiarò, altresì, tutte le compagnie assicurative, chiamate in causa dalla struttura stessa, tenute a manlevarla nei limiti previsti dalle polizze stipulate.

Peraltro, una delle polizze in questione conteneva una particolare clausola, intitolata “Condizione speciale - Inizio e Termine della Garanzia”, in virtù della quale l’obbligo di garanzia dell’assicuratore sorgeva per le richieste di risarcimento avanzate per la prima volta durante il periodo di efficacia della polizza, limitatamente, tra l’altro, a fatti che si fossero verificati durante lo stesso periodo o nel triennio precedente alla stipula.

Giova, dunque, precisare che, nel caso di specie, il sinistro, stante nell’omessa diagnosi da parte del medico curante, si era verificato nell’agosto del 1993; il contratto assicurativo, strutturato, evidentemente, con metodo *claims made*, andava dal 21 febbraio 1996 al 31 dicembre del 1997, con la suddetta retrodatazione al triennio precedente e, dunque, limitato alle istanze risarcitorie presentate per la prima volta all’assicurato entro il 31 dicembre 1997, laddove la domanda del paziente era stata avanzata nel giugno del 2001.

La compagnia assicurativa, dunque, sulla scorta del contenuto della clausola in esame, riteneva non ricompresa nella garanzia, per come dedotta in polizza, la fattispecie al vaglio del Tribunale, che, tuttavia, aderendo all’orientamento più restrittivo sull’ammissibilità delle clausole “a richiesta fatta”, rigettava l’eccezione, ritenendo la pattuizione contraria al disposto del comma 1 dell’art. 1917 c.c. e, conseguentemente, nulla.

Nel decidere sull’impugnazione proposta dalla compagnia assicurativa, la Corte d’Appello di Roma ritenne per contro di aderire alla ricostruzione dell’appellante, per cui la clausola *claims made*,

inserita nel corpo del contratto di assicurazione, era pienamente valida ed efficace, non presentando, tra l'altro, alcun profilo di vessatorietà e, dunque, non necessitando neppure di specifica approvazione per iscritto, poiché volta a delimitare l'oggetto del contratto e non a limitare la responsabilità della compagnia stessa.

Il ricorso in Cassazione fu, dunque, evidentemente, proposto dalla struttura ospedaliera, su istanza della quale, il Primo Presidente, con decreto del 27/03/2015, disponeva l'assegnazione della questione alle Sezioni Unite, per la sua particolare rilevanza.

La ricorrente, in particolare, articolava l'impugnazione su tre motivi, tutti attentamente scrutinati dalla Suprema Corte.

Con il primo di essi, la struttura ospedaliera denunciava la violazione e falsa applicazione dell'art. 1341, comma 2, c.c., poiché la clausola "imputata" avrebbe richiesto, in quanto limitativa della responsabilità dell'assicuratore, specifica approvazione scritta. Con il secondo motivo, poi, il ricorrente lamentava la violazione e falsa applicazione degli artt. 1341, 2964 e 2965, c.c., ritenendo la condizione apposta al contratto nulla ex 2965, c.c., in quanto comportante un'eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto da parte dell'assicurato; questione su cui, peraltro, la Corte di merito non si era, a parere della ricorrente pronunciata. Infine, si deduceva la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1374 e 1375, c.c., per contrarietà del comportamento dell'assicuratore ai principi di correttezza e buona fede, poiché la clausola non conteneva alcun espresso richiamo alla circostanza che ad essere assicurata era la richiesta di risarcimento, che, unitamente al fatto, doveva intervenire nel periodo di efficacia del contratto.

Insieme ai suddetti motivi, poi, ma per fini che qui non interessano e che, pertanto, non saranno oggetto di più specifico esame, il ricorrente

adduceva l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360, nn. 3, 4 e 5, c.p.c.

E' certamente vero che il caso di specie, come visto, non presentava profili di particolare complessità. Tuttavia, esso si è rivelato emblematico, anche per la sfasatura temporale verificatasi tra fatto e richiesta di risarcimento, di quella che, fino a poco tempo fa, era questione tutt'altro che chiusa, sia in dottrina, che in giurisprudenza, nonostante gli arresti di legittimità pur intervenuti sul punto.

2. Il contratto di assicurazione e le clausole claims made nell'ottica delle Sezioni Unite

La Suprema Corte evidenzia che la peculiarità del contratto di assicurazione concluso con clausola *claims made*, o “a richiesta fatta”, è quella di essere condizionata “*alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la cd. sunset close), laddove, secondo lo schema denominato “loss occurrence”, o “insorgenza del danno”, sul quale è conformato il modello delineato nell'art. 1917, c.c., la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto”*.

Dunque, i giudici di legittimità ben spiegano la differenza intercorrente tra il modello classico di assicurazione, di cui al 1917, e la prassi delle *claims made*, che, come evidenziato, si sono diffuse nell'ambito dei vari sistemi europei spesso accompagnate dalla cd. *sunset close*, che estende l'efficacia di un contratto ad un limitato periodo di tempo successivo alla scadenza dello stesso.

La Corte evita di addentrarsi nel contesto storico in cui la clausola *claims made* si diffuse, ma giustamente evidenzia come essa sia risultata particolarmente utile e fruttuosa alle compagnie assicurative, messe, attraverso detto congegno, in condizione di “*conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito*”, con la conseguente possibilità di predisporre i fondi necessari per far fronte alle obbligazioni risarcitorie, che, eventualmente, dovessero sorgere, “*con quel che ne consegue, tra l’altro, in punto di facilitazione nel calcolo del premio da esigere*”.

Così precisato l’ambito operativo delle clausole *claims made*, dunque, la Corte evidenzia che, nella inevitabile varietà che la prassi ha offerto in materia, due sono le tipologie principali di clausole a richiesta fatta, che, evidentemente, maggiormente interessano ai fini della risoluzione del caso di specie posto all’attenzione dei supremi giudici.

Il riferimento è alle clausole cd. miste o impure e pure. Le prime, in particolare, “*prevedono l’operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi (...) alle condotte poste in essere anteriormente*”, generalmente circoscritto ai due o tre anni che precedono la stipula.

Le clausole *claims made* cd. pure, per contro, concernono “*tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all’assicurato e da questi all’assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito*”.

La differenza, a ben vedere, non è meramente teorica, poiché ricca di conseguenze in punto di giudizio di meritevolezza della clausola stessa, come, più avanti, si avrà modo di chiarire.

Peraltro, la Suprema Corte, prima di vagliare questo fondamentale aspetto, si sofferma sull'ammissibilità o meno delle clausole *claims made* e sulla loro compatibilità con il diritto positivo e con la legislazione codicistica in tema di contratto, in generale e, più in particolare, di assicurazione della responsabilità civile.

2.1. La validità delle clausole claims made: l'art. 2965, c.c. e la decadenza convenzionale

La prima problematica affrontata dalla Corte concerne, in particolare, il rilievo della ricorrente, per cui la pattuizione volta a limitare la copertura assicurativa alle richieste di risarcimento presentate all'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia del contratto, integrerebbe una decadenza convenzionale, rientrante, dunque, nel divieto, di cui all'art. 2965, c.c., ai sensi del quale "*E' nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto*".

In altre parole, dunque, qualunque patto volto a prevedere una decadenza convenzionale che renda l'esercizio del diritto eccessivamente gravoso per una delle parti è, per ciò solo, nullo.

Tuttavia, come evidenziato dalla Suprema Corte nel confutare il motivo di ricorso appena esposto, l'istituto della decadenza convenzionale implica la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito e va riferito a situazioni soggettive attive già esistenti ed a condotte imposte "*in vista del conseguimento di determinati risultati, a uno dei soggetti del rapporto nell'ambito del quale la decadenza è stata prevista*".

La fattispecie, allora, così come descritta, non pare riconducibile alla clausola *claims made*, poiché, a ben vedere, la condizione ivi racchiusa fa dipendere l'operatività della garanzia dall'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, che incide sulla nascita del diritto stesso. Di conseguenza, non v'è alcuno spazio nemmeno per la verifica della compatibilità della clausola con la norma dell'art. 2965 c.c., poiché concernente ambiti applicativi del tutto differenti.

2.1.1. La rilevanza della buona fede

Come evidenziato, la struttura ospedaliera ricorrente fondava un ulteriore motivo di ricorso sull'asserita violazione del principio generale di buona fede.

La Corte, peraltro, evidenzia che pure questo assunto è da respingere. Ed invero, la Suprema Corte classifica la buona fede come regola di comportamento, non già di validità, riguardante, dunque, la condotta che le parti sono tenute ad osservare nel corso della formazione del contratto, sino alla sua esecuzione.

I giudici di legittimità, in particolare, evidenziano come certamente non sia in dubbio la particolare valenza che la buona fede e, più in generale, la correttezza, rivesta nel nostro ordinamento, come, tra l'altro, dimostrato dai continui richiami codicistici a detti principi¹³⁷.

Richiami, in verità, che fanno della correttezza, quale buona fede in senso oggettivo, un "*metro di comportamento per i soggetti del*

¹³⁷ La Corte, seguendo la tradizionale ricostruzione in materia di buona fede, fa riferimento alla buona fede quale criterio di comportamento nell'assunzione dell'obbligazione ex art. 1175, c.c., alla buona fede interpretativa, ai sensi dell'art. 1366, c.c., a quella esecutiva, in base al disposto dell'art. 1375 e non tralascia un riferimento all'equità ex art. 1374, c.c., sebbene da essa, come si avrà modo di constatare, la prima, in realtà, si discosti.

rapporto, e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è a priori determinato".

Tanto meno, prosegue la sentenza, è da dubitare della rilevanza che la buona fede, insieme al concetto di abuso del diritto "*che ne è l'interfaccia*" riveste quale criterio integrativo dell'obbligazione assunta dal debitore e, al contempo, limite all'esercizio delle corrispondenti pretese, in quanto "*principio etico-giuridico*" che informa l'intero impianto ordinamentale.

Così inquadrata, allora, la buona fede arricchisce il contenuto del contratto con l'inserimento, nel suo corpo, di quei principi, definiti dalla sentenza in discussione "*obblighi collaterali*", di protezione, cooperazione, informazione, che permettono di inquadrare, in via definitiva, la *regola iuris* concretamente applicabile, salvaguardando, al contempo, "*lo spirito*" del regolamento di interessi, che le parti abbiano inteso realizzare.

Tuttavia, le Sezioni Unite, in piena concordanza con quanto stabilito nell'illustre suo precedente costituito dalla pronuncia del 19/12/2007, n. 26724¹³⁸, ribadiscono con forza che, nonostante questa indubbia rilevanza, la buona fede è e resta norma di comportamento, come tale, necessariamente priva di forza ablativa e, dunque, inidonea ad influenzare il contenuto di un vincolo negoziale liberamente assunto.

Questo, peraltro, non comporta che alcuna rilevanza rivesta la buona fede nell'ambito del giudizio di meritevolezza di comportamenti negoziali, che la stessa Corte definisce "*non equi e gravemente sbilanciati*". Ed invero, come appresso si avrà modo di precisare, la stessa natura delle *claims made* (almeno di quelle impure) rende

¹³⁸ Il contenuto e lo spirito di questa nota sentenza della giurisprudenza nella sua più alta composizione, sarà meglio approfondito in seguito, quando si tratterà dell'inquadramento della buona fede nel nostro ordinamento e del ruolo che le clausole *claims made* rivestono in quest'ambito.

necessario un controllo circa la loro meritevolezza in concreto, con riferimento alla fattispecie di volta in volta posta in essere, poiché, per la loro potenzialità astrattamente lesiva, esse ben possono, nella realtà dei fatti, provocare uno squilibrio tale tra le posizioni dei contraenti, da far venir meno quel rapporto di corrispettività tra pagamento del premio e diritto all'indennizzo, a tutto vantaggio, evidentemente, dell'assicuratore¹³⁹.

Dunque, la Corte evidenzia chiaramente che, nonostante l'innegabile spazio riservato alla buona fede, già a livello codicistico, essa può trovare un margine di intervento decisamente angusto nella valutazione della clausola *claims made* e, segnatamente, in quella impura, al fine di vagliarne la meritevolezza, sempre e comunque in concreto, in base all'assetto di interessi di volta in volta realizzato dalle parti.

Mai, per contro, essa potrà essere utilizzata come parametro per delineare profili di nullità della clausola, poiché la nullità, quale categoria di invalidità tradizionalmente intesa, non può che discendere dalla violazione di norme, appunto, di validità; la violazione di norme di comportamento, quand'anche imperative, dunque, mai può inficiare il contratto al punto da causarne la nullità, potendo essa, per contro, rilevare, esclusivamente sul piano del ristoro patrimoniale dei danni patiti.

¹³⁹ Nel precisare questo concetto, la Suprema Corte fa espresso riferimento ad uno dei due precedenti che, a seguito del travagliato percorso giurisprudenziale evidenziato, avevano reso necessario, per il permanere di un insanabile contrasto interpretativo sul punto, l'intervento delle Sezioni Unite. Il riferimento è, in particolare, a Cass. civ. 17/02/2014, n. 3622, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattrore Avvocato*, 2015, 9, che, interrogandosi, sebbene in un *obiter dictum*, sulla validità della clausola volta a realizzare l'esclusione della copertura assicurativa per un sinistro, per cui, pur essendo stato esso commesso nella piena vigenza del contratto, la richiesta di risarcimento veniva presentata per la prima volta successivamente alla scadenza della polizza, ipotizzò, a sostegno dell'invalidità della clausola, che con essa verrebbe a mancare "*in danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo*".

Di conseguenza, la censura della ricorrente non poteva che essere rigettata. La struttura ospedaliera, infatti, riteneva che l'inserimento della clausola fosse avvenuta “*in maniera asseritamente subdola*”, poiché la sua denominazione si riteneva fosse atta a trarre in inganno l'assicurato aderente, inconsapevole di aderire ad un accordo negoziale che si discostasse dalla tradizionale figura della formula *loss occurrence*.

Proprio su queste basi, la ricorrente lamentava la nullità radicale ed assoluta della clausola, evidentemente, sebbene non espressamente, nella forma della nullità parziale *ex art. 1419, c.c.*

La censura appena esposta, peraltro, proprio sulla scia delle argomentazioni addotte dalla Corte, viene da quest'ultima respinta.

2.1.2. La nullità per mancanza dell'alea

Una volta, allora, esclusa la rilevanza, in ambito di *claims made*, dell'applicabilità della disciplina della decadenza convenzionale e scartata l'ipotesi di nullità per contrarietà a buona fede, la Suprema Corte analizza quello che è sempre stato, dall'ingresso delle clausole in parola nella prassi assicurativa, il *punctum dolens* della materia, ovverosia la validità o meno dell'assicurazione del rischio pregresso; profilo, come evidenziato dalla Corte medesima, “*assai dibattuto, soprattutto in dottrina e nella giurisprudenza di merito*”.

E' vero, infatti, che l'ammissibilità delle clausole *claims made* è stata fortemente osteggiata da chi ha ritenuto che il suo inserimento nel corpo del contratto di assicurazione, comportasse il venir meno dell'*alea* richiesta dalla stessa natura del contratto, come dimostrato dal disposto dell'art. 1895, c.c., ai sensi del quale “*il contratto è nullo*”.

se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto". Si è, infatti, sempre sostenuto che le caratteristiche del rischio debbano necessariamente essere la sua incertezza e la sua futurità, per cui il cd. "rischio putativo", che, per contro, caratterizzerebbe l'assicurazione modulata con formula *claims made*, mai potrebbe trovare copertura.

Tuttavia, la Corte di legittimità si discosta dall'esposto orientamento. In particolare, sostengono i giudici, la circostanza che la copertura assicurativa riguardi fatti commessi prima della stipula del contratto non fa, in sé, venir meno il rischio e, di conseguenza, la validità del contratto. E', peraltro, necessario che, al momento della conclusione dello stesso, le parti e, più nello specifico, l'assicurato, ne ignorassero l'esistenza, poiché, in caso contrario, nulla osterebbe all'applicazione della responsabilità per dichiarazioni inesatte o reticenti, di cui agli artt. 1892 e 1893, c.c.¹⁴⁰

¹⁴⁰ L'art 1892, rubricato "Dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave", così dispone: "Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave.

L'assicuratore decade dal diritto d'impugnare il contratto se, entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza, non dichiara al contraente di volere esercitare l'impugnazione.

L'assicuratore ha diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l'annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno. Se il sinistro si verifica prima che sia decorso il termine indicato dal comma precedente, egli non è tenuto a pagare la somma assicurata.

Se l'assicurazione riguarda più persone o più cose, il contratto è valido per quelle persone o per quelle cose alle quali non si riferisce la dichiarazione inesatta o la reticenza."

L'art. 1893, invece, rubricato "Dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave", testualmente sancisce: "Se il contraente ha agito senza dolo o colpa grave, le dichiarazioni inesatte e le reticenze non sono causa di annullamento del contratto, ma l'assicuratore può recedere dal contratto stesso, mediante dichiarazione da farsi all'assicurato nei tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o reticenza.

Se il sinistro si verifica prima della dichiarazione o la reticenza sia conosciuta dall'assicuratore, o prima che questi abbia dichiarato di recedere dal contratto, la somma dovuta è ridotta in proporzioni della differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose".

Del resto, precisa giustamente la Corte, il rischio non si perfeziona, per così dire, *uno actu*, non esaurendosi esso con la condotta materiale, bensì progressivamente, essendo, altresì, necessario che il terzo che abbia subito il danno, causalmente riconducibile alla condotta, ne richieda il ristoro, manifestano, cioè, al danneggiante assicurato la volontà di esercitare il suo diritto al risarcimento.

Senza, poi, considerare, a ben vedere – ma questa valutazione è estranea alla pronuncia delle Sezioni Unite – che ben può accadere che la progressione volta alla formazione del rischio sia ulteriormente frammentata, se solo si pensi alla possibilità, non poi così remota in certi settori, quali, ad esempio, quello della responsabilità medica, che il danno si verifichi, non già contestualmente alla condotta, ma dopo un periodo di tempo anche lungo. E dunque, perfino il danneggiante, ben consapevole di aver realizzato una determinata condotta (che, beninteso, egli sa non essere illecita), si renda conto solo dopo un considerevole lasso temporale di avere, con la stessa, procurato un danno, di cui, dunque, non poteva essere a conoscenza.

Nulla osta, allora, a che la clausola *claims made* con rischio pregresso sia perfettamente lecita sotto questo versante, poiché essa riguarda un solo elemento del rischio garantito, ovverosia la condotta colposa posta già in essere (e, però, ignorata), ma non intacca gli ulteriori elementi che contribuiscono alla sussistenza dell'*alea*, che, si ricorda, deve riguardare l'impoverimento patrimoniale del danneggiante assicurato. Elementi che vanno riscontrati, innanzitutto, allora, nella verifica del danno, secondo la ormai più volte richiamata categoria dei danni cd. lungolatenti, ma anche, come precisa la Corte, nella richiesta di risarcimento avanzata, nei confronti dell'assicurato, da parte del danneggiato.

Ed inoltre, si aggiunge, l'impostazione tendente ad escludere l'ammissibilità della clausola *claims made* perché farebbe venir meno l'*alea* è, a maggior ragione, da escludere se si pensa alla circostanza che si ritiene ben possibile che, se l'assicurato, al momento della conclusione della polizza, è consapevole di aver tenuto una condotta da cui è scaturito un danno (anche solo ipoteticamente), è tenuto a farlo presente all'assicuratore, rilevando, dunque, il suo comportamento secondo buona fede, ai fini della configurabilità di una sua eventuale responsabilità, compatibilmente, tra l'altro, con il disposto dell'art. 1913, c.c.¹⁴¹ e con gli oneri informativi che esso, in generale, impone.

La Suprema Corte sembra, in verità, sposare anche questo punto di vista, nel momento in cui, a conclusione del percorso argomentativo appena esposto, fa riferimento alla disposizione dell'art. 514 del Codice della Navigazione, rubricato, per l'appunto, "rischio putativo", che testualmente, al n. 1 sancisce: "*(...) se il sinistro è avvenuto prima della conclusione del contratto, l'assicurazione è nulla quando la notizia dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro è pervenuta prima della conclusione del contratto (...)*" e che, come sottolineato dalla Corte, "*non v'è motivo di ritenere eccezionale*".

Esclusa, dunque, l'inammissibilità della clausola *claims made* per mancanza dell'*alea* necessaria nell'ambito del contratto di assicurazione, le Sezioni Unite si soffermano sul rapporto della

¹⁴¹ L'art. 1913, c.c., al comma 1, testualmente dispone che "*L'assicurato deve dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente autorizzato a concludere il contratto, entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuta conoscenza. Non è necessario l'avviso, se l'assicuratore o l'agente autorizzato alla conclusione del contratto interviene entro il detto termine alle operazioni di salvataggio o di constatazione del sinistro*".

clausola stessa con la nullità, alla luce del suo affermato “*carattere grandangolare*”¹⁴².

2.1.3. *Dalla nullità all’immeritevolezza: limitazione della responsabilità e delimitazione dell’oggetto*

La Corte, allora, come visto, supera la teoria della nullità del contratto di assicurazione con clausola *claims made* per contrasto con l’art. 1895, c.c.

Tuttavia, affermano gli stessi giudici di legittimità, appare necessario indagare la - pure affermata - insuperabile contrarietà della *claims made* con la struttura tradizionale e propria del contratto di assicurazione, in quanto essa, ancorando la garanzia prestata dall’assicuratore alla richiesta di risarcimento avanzata nel periodo di durata della polizza da parte del danneggiato e , dunque, facendo cessare ogni obbligo di manleva oltre il termine di efficacia del contratto, introdurrebbe un impianto contrattuale tutto a danno dell’assicurato, contrario al regime delineato dall’art. 1917, c.c., conformato al modello *loss occurrence*.

Di conseguenza, la Suprema Corte richiama l’orientamento dottrinale e della giurisprudenza, essenzialmente di merito, per cui la clausola sarebbe nulla in quanto contraria alla causa del contratto di assicurazione, individuata, nello specifico caso della responsabilità professionale, nel trasferimento del rischio scaturente dall’esercizio dell’attività, dall’assicurato all’assicuratore.

Peraltro, come già evidenziato in precedenza, questa impostazione non

¹⁴² Cfr. SS.UU. civ. 12/12/2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I.

tiene in conto il limpido dato testuale dell'art. 1932, c.c., che inserisce, tra le norme inderogabili, i commi 2 e 3 dell'art. 1917, non anche il comma 1.

“Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più acconcia, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito”.

Il che, di conseguenza, comporta che l'autonomia dei contraenti consenta loro ampia libertà di scelta circa il modello su cui costruire l'obbligo di garanzia dell'assicuratore nei confronti dell'assicurato.

Nonostante, peraltro, la riaffermata ampiezza dell'autonomia negoziale, evidentemente in linea con le più recenti tendenze interpretative in materia, non possono non riconoscersi limiti alla stessa¹⁴³, per cui, come giustamente evidenziato dalla Corte, *“si tratta piuttosto di stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa”.*

¹⁴³ La nozione di autonomia implica il potere di autoregolamentazione dei propri interessi, il quale, a sua volta, si fonda sulla volontà delle parti, *“fondamento e sostanza del contratto”* (cfr. ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 37). Peraltro, l'autonomia negoziale sottende una continua tensione tra autonomia ed ordinamento, volontà del privato e volontà della legge (sul punto, vd. GAZZONI F., *op. cit.*, 775). L'ormai riconosciuto fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale (rinvenuto da taluno nell'art. 2, Cost., da talaltro, negli artt. 41 e 42, Cost.) comporta che ogni limite alla stessa si risolva in una limitazione all'esplicazione della personalità del singolo ovvero alla libera iniziativa economica. Ecco perché, allora, è necessario che le limitazioni siano ragionevoli, congrue, proporzionate, non arbitrarie e poste dalla legge. Prescindendo dai cd. limiti convenzionali (per cui si richiama tradizionalmente il contratto preliminare), giacché essi sono espressione - più che deroga - dell'autonomia contrattuale, si distinguono, solitamente, limiti interni e limiti esterni. I primi, in particolare, concernono la meritevolezza degli interessi che il contratto tende a realizzare, trascinando l'ambito dei soli contratti atipici (cui l'art. 1322, comma 2, c.c. fa espresso ed esclusivo riferimento), per giungere anche a quello dei contratti tipici, in base alla *“prospettiva unificatrice della causa in concreto”* (cit. Cass. civ., 31/05/2013, n. 13861, in *Pers. danno*, 2013), ormai pacificamente accolta. I limiti esterni, per contro, sono di più immediata percezione, concernendo essi il rispetto delle norme imperative, che, siccome poste a presidio di interessi superindividuali, non possono essere derogate dalle parti.

Ecco perché, allora, la nullità viene indagata sotto un altro punto di vista, stante nel più impervio percorso dell'immeritevolezza di tutela del contratto di assicurazione concluso con metodo *claims made*.

E tuttavia, è preliminarmente opportuno sottolineare come la prospettazione dell'immeritevolezza è, già in via di principio, del tutto infondata con riferimento alle clausole *claims made* pure, che, a ben vedere, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, “*svalutano del tutto la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito*”.

Per contro, le clausole miste o impure presentano profili certamente maggiormente problematici.

Ed invero, sottolinea efficacemente la Suprema Corte, “*al fondo della manifesta insofferenza per una condizione contrattuale che appare pensata a tutto vantaggio del contraente forte*” transita il dubbio che detta clausola “*snaturi l'essenza stessa del contratto di assicurazione (...) legando l'obbligo di manleva a una barriera temporale che potrebbe scattare assai prima della cessazione del rischio che ha indotto l'assicurato a stipularlo, considerato che l'eventualità di un'aggressione del suo patrimonio persiste almeno fino alla maturazione dei termini di prescrizione*”.

Quanto detto è di tutta evidenza proprio nell'ambito delle *claims made* impure, “*particolarmente penalizzanti*”, che circoscrivono la copertura alle sole ipotesi in cui durante il periodo di efficacia del contratto intervengano sia il sinistro, che la richiesta di risarcimento.

Peraltro, già in linea generale, non può non evidenziarsi come l'inquadramento sistematico e la conseguente risoluzione di tutti i dubbi sorti in merito all'ammissibilità e validità della clausole oggetto di discussione non possa prescindere dall'individuazione della loro

natura, indispensabile ai fini dell'identificazione del regime giuridico ad esse applicabile.

Più in particolare, come, del resto, suggerito dall'annoso dibattito sviluppatosi sul punto, è necessario capire se le clausole in parola si qualificano come limitative della responsabilità, con conseguente applicazione dell'art. 1341, c.c., ovvero delimitative dell'oggetto e, quindi, volte a specificare il rischio garantito nell'ambito del contratto. La clausola limitativa della responsabilità, invero, limita le conseguenze della colpa o dell'inadempimento, ovvero esclude il rischio garantito, restringendo l'area della responsabilità che, in assenza della clausola stessa, sarebbe insorta.

Viene, allora, in rilievo il travagliato inciso, di cui all'art. 1917, c.c. , *“fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione”*. La Corte, a questo proposito, mette in evidenza il contesto normativo nel cui ambito l'espressione si innesta. In particolare, l'ultimo periodo del medesimo art. 1917, comma 1, c.c. espressamente esclude dall'area della risarcibilità i danni derivanti da fatti dolosi; l'art. 1913, c.c., poi, impone all'assicurato significativi oneri informativi dalla data di decorrenza del sinistro; l'art 1914, infine, espressamente sancisce il cd. obbligo di salvataggio, per cui, in linea con il principio generale di cui all'art. 1227, c.c., *“l'assicurato deve fare il possibile per evitare o diminuire il danno”*.

Questo sistema, allora, in cui, come detto, l'inciso *“fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione”*, di cui all'art. 1917, c.c., si innesta, suggerisce inevitabilmente che esso faccia riferimento, non

già alla richiesta di risarcimento, bensì “*inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l’assicurato deve rispondere*”¹⁴⁴.

L’assunto basta a giustificare, di per sé solo, la fuoriuscita delle clausole *claims made* pure dall’ambito del disegno codicistico ex art. 1917, c.c. Tuttavia, lo stesso assunto non è sufficiente a trasporre le medesime conseguenze alle *claims made* impure o miste, che, invece, collegano la traslazione del rischio in capo all’assicuratore, non soltanto alla condotta dell’assicurato danneggiante, né soltanto alla richiesta di risarcimento, ma ad entrambi i parametri unitamente considerati, potendo, sotto questo profilo, incidere sulla tipologia stessa del rischio garantito.

Ma allora, il discostamento dal modello codicistico evidentemente introdotto anche dalla clausola impura mira a “*circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo*”, così iscrivendosi, a pieno titolo, nell’ambito del disposto dell’art. 1905, c.c., che, nell’enucleare i limiti del risarcimento, evidenzia come l’assicuratore sia tenuto al risarcimento del danno sofferto in seguito al sinistro, “*nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto*”, ivi rientrandovi pure lo schema contrattuale finalizzato all’inserimento della clausola *claims made* impura.

La Suprema Corte, a seguito di questo percorso ermeneutico, conclude ritenendo che, poiché pienamente rientrante nella disciplina ex art. 1905, c.c., “*il patto claims made è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all’archetipo fissato dall’art. 1917, c.c., i sinistri*

¹⁴⁴ Il richiamo espresso che le Sezioni Unite compiono è, in questo caso, alla sentenza di Cass. civ. 15/03/2005, n. 5624, che, come in precedenza evidenziato (vd. *supra*, cap. 4), costituisce il primo precedente rilevante in sede di legittimità in materia di clausole *claims made* e che, come si ricorderà, propendeva per l’inquadramento della polizza conclusa con l’inserimento di detta clausola nell’alveo dell’art. 1322, c.c., quale contratto di assicurazione valido, ma atipico.

indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità".

In definitiva, dunque, è vero che le clausole *claims made*, siano esse pure od impure, non comportino per forza una limitazione della responsabilità, essendo esse, anzi, finalizzate in teoria, alla delimitazione dell'oggetto del contratto e, dunque, non fanno mai venir meno la necessaria *alea* che deve caratterizzare il contratto di assicurazione.

Ed è anche vero, del resto, che la singola pattuizione *claims made* sia, a ben vedere, atipica rispetto al modello delineato dall'art. 1917, c.c., ma questo non comporta, come invece sostenuto da certa giurisprudenza precedente¹⁴⁵, che l'intero contratto diventi per ciò solo atipico, bensì che solo la singola clausola è atipica, nell'ambito di un contratto, quello di assicurazione, che, come dimostrato dall'inciso contenuto nell'art. 1905, c.c., di cui si è detto, pur restando tipico, dà ampia libertà ai contraenti nella scelta dei *modi* e dei *limiti* cui ancorare l'obbligazione dell'assicuratore.

Ma se così è, la pattuizione necessita del controllo di meritevolezza, cui tutti i contratti conclusi in base al disposto dell'art. 1322, c.c., vanno generalmente incontro.

E', invero, ormai pacifico assunto che detto controllo riguardi non soltanto il contratto atipico in sé considerato, ma anche il singolo patto atipico inserito in un contratto tipico. Controllo che, tra l'altro ed inevitabilmente, deve essere effettuato sempre in concreto.

Tuttavia, sostiene la Corte, in linea di principio, può escludersi e ritenersi infondata l'ipotesi di immeritevolezza che riguardi le clausole *claims made* pure, che, come evidenziato, poiché non prevedono

¹⁴⁵ Il riferimento è, ancora una volta, a Cass. civ.15/03/2005, n. 5624, *cit.*

limitazioni temporali alla loro retroattività, “*svalutano del tutto la rilevanza dell’epoca della commissione del fatto illecito*”.

Per contro, maggiormente problematico si presenta lo scrutinio con riferimento alle clausole *claims made* impure o miste, per la doppia limitazione temporale che esse comportano.

La valutazione circa la meritevolezza o meno della clausola *claims made* è operata dal giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità. Tuttavia la Corte si sofferma su un ulteriore aspetto, stante nelle conseguenze cui l’eventuale giudizio di immeritevolezza conduce.

In via di principio, sostengono i giudici, gli effetti del’immeritevolezza esorbitano dalla mera scorrettezza comportamentale tutelata dal risarcimento del danno poiché non possono non rivestire le forme della tutela più efficace che si possa richiedere, ovverosia quella in forma reale.

Di conseguenza, la Corte richiama, da un lato, i principi in materia di nullità parziale *ex art. 1419, c.c.*, dall’altro quelli enunciati dalle note pronunce del Giudice delle leggi, espressamente citate dalle Sezioni Unite, n. 77/2014 e n. 248/2013¹⁴⁶, per cui il principio di solidarietà di

¹⁴⁶ Con le sentenze richiamate, la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla complessa questione della riducibilità *ex officio* della caparra confirmatoria manifestamente sproporzionata, da qualcuno, da tempo, sostenuta sulla scia dell’applicazione analogica dell’art. 1385, c.c., in materia di clausola penale e fortemente osteggiata da chi, per contro, ha sempre ritenuto inammissibile l’applicazione analogica di una disciplina, che dovrebbe necessariamente essere puntualmente sancita. Il Giudice delle Leggi, con l’ord. 02/04/2014, n. 77, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattrore Avvocato*, 2017, 3 (confermativa della precedente sentenza citata nel testo, C. Cost. 24/12/2013, n. 248, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattrore Avvocato*, 2017, 3), chiamato a pronunciarsi sull’illegittimità costituzionale dell’art. 1385, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede, per la caparra confirmatoria, la stessa disciplina ivi sancita per la clausola penale, dichiara la questione inammissibile, perché il giudice rimettente non ha tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili a fronte di una clausola negoziale, che rifletta un assetto di interessi non equo e gravemente sbilanciato a danno di una parte. L’art. 1385, c.c., dunque, non contiene alcuna lacuna, perché il giudice ben può rilevare d’ufficio la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva, ai sensi dell’art. 1418, c.c., per contrasto diretto con l’art. 2, Cost., che entra direttamente nel contratto, unitamente al canone di buona fede, funzionalizzando, in tal modo, il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse della controparte contrattuale nella misura in cui non collida con l’interesse proprio dell’obbligato.

cui all'art. 2, Cost. “entra direttamente nel contratto, in combinato disposto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa” permette al giudice di intervenire direttamente nell’ambito del contenuto contrattuale in senso modificativo o integrativo, quando ciò sia necessario per garantire un equo contemperamento degli interessi dei contraenti o reprimere l’abuso del diritto.

2.2. La vessatorietà

La tematica, tuttavia, data la peculiarità del contratto di assicurazione, quale negozio stipulato, nella maggioranza dei casi, tra professionista e consumatore, non può non intrecciarsi con la disciplina consumeristica, di cui al d. lgs. n. 206/2005, scrutinato, giustamente, dalle Sezioni Unite.

Ed invero, l’indagine circa la meritevolezza della clausola *claims made* ben può intercettare la possibilità che essa realizzi quel “*significativo squilibrio*” di diritti ed obblighi discendenti dal contratto, tutelato dalla categoria della nullità di protezione, di cui all’art. 36 del Codice del Consumo.

Tuttavia, prosegue la Corte, la circostanza che l’ambito applicativo del Codice del consumo e, conseguentemente, delle nullità di protezione di cui all’art. 36, escluda la possibilità che vi rientrino i contratti di assicurazione della responsabilità professionale, impone un’ulteriore, quanto doverosa, precisazione.

In particolare, infatti, non può negarsi che la *ratio* della disciplina consumeristica resti quella di assicurare protezione al contraente debole, per cui, nell’ambito delle assicurazioni per la responsabilità professionale, lo scrutinio in materia si assesterà necessariamente “*su*

una soglia di incisione dell'elemento causale più bassa rispetto a quella necessaria per il positivo riscontro dell'immeritevolezza, affidato ai principi generali dell'ordinamento”.

Del resto, non può negarsi che, nell'ambito dei contratti di assicurazione, il contesto sia caratterizzato dalla “*spiccata asimmetria delle parti*”, per cui il contraente non predisponente, sebbene possa, in astratto, essere qualificato quale “professionista” in base alle definizioni di cui al d. lgs. n. 206/2005, sia, in concreto, sfornito di informazioni adeguate circa i “*complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile*”.

La fattispecie concreta al vaglio della Corte, in particolare, aveva, come si ricorderà, ad oggetto un caso di responsabilità medica, in cui, dunque, veniva in rilievo l'assicurazione obbligatoria concernente la responsabilità professionale e, di conseguenza, i supremi giudici non hanno potuto evitare di vagliare la questione della compatibilità delle clausole *claims made* proprio con i settori in cui è stato introdotto l'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio della propria attività professionale.

Dopo un breve *excursus* concernente l'introduzione legislativa dei suddetti obblighi, le Sezioni Unite evidenziano, innanzitutto, l'incongruenza dell'insussistenza di un corrispondente obbligo a contrarre in capo alle società di assicurazione, in secondo luogo, poi, che il suddetto giudizio di compatibilità con la clausola *claims made* impura difficilmente potrà avere esito positivo, quando l'introduzione della stessa comporti “*buchi di copertura*”, cui il garantito viene esposto.

La valutazione, invero, da effettuare, evidentemente, in concreto, non prescinde, giustamente, da un dato di fondamentale rilevanza, che non può essere taciuto. E' vero, infatti, che, mai come nell'ambito della

responsabilità per attività professionale, i rapporti in gioco non sono più semplicemente quelli tra assicuratore ed assicurato, ma anche tra professionista e terzo, poiché è ben possibile che l'entità, sovente nient'affatto scarsa, del danno, esponga il danneggiato al pericolo di incapienza del patrimonio del professionista e, dunque, alla concreta possibilità che il danno resti a carico del danneggiato, frustrando, così la *ratio* su cui si fonda l'intero impianto della responsabilità civile nel nostro ordinamento.

3. Profili di critica

La pronuncia delle Sezioni Unite è, indubbiamente, di grande spicco per l'importanza che essa riveste innanzitutto perché inquadra il fenomeno delle *claims made* per la prima volta in maniera più completa e compiuta nella giurisprudenza di legittimità.

Inoltre, il riferimento a molteplici recenti, quanto importantissime, pronunce della stessa Corte è chiaro sintomo della poliedricità che caratterizza la fattispecie in parola, quale punto d'incontro di svariate tematiche del diritto civile.

In breve, dunque, la Suprema Corte evidenzia che assolutamente da contrastare sono gli orientamenti volti ad escludere l'ammissibilità delle clausole *claims made* a prescindere da un'attenta valutazione concreta.

In particolare, se assolutamente da superare è l'impostazione che riteneva il contratto concluso con metodo *claims made* interamente nullo per mancanza della necessaria *alea* che deve caratterizzare il contratto di assicurazione, altrettanto da rinnegare sono gli orientamenti tesi a ritenere nulla la singola clausola perché contraria

alla norma inderogabile dell'art. 1917, comma 1, c.c. e, dunque, sostituita di diritto in base al meccanismo di nullità parziale previsto dal combinato disposto degli artt. 1419 e 1339, c.c.

L'opinione, sostiene la Corte, non è, in particolare, condivisibile, in quanto non tiene in debito conto la natura del comma 1 dell'art. 1917, che non può essere considerata disposizione inderogabile, poiché è lo stesso art. 1932, c.c. ad escluderlo espressamente, non menzionandolo insieme ai commi 2 e 3 dello stesso 1917.

E tuttavia, nemmeno da condividere sono le impostazioni che ritengono che l'inserimento della clausola *claims made* sia assolutamente ammissibile e basti, da solo, a far fuoruscire il contratto dall'ambito della tipicità di cui all'art. 1917, c.c. e a rendere l'assetto di interessi atipico ai sensi dell'art. 1322, c.c.

Ed invero, precisano i giudici, è la singola pattuizione ad essere atipica, ma questo non basta a rendere atipico l'intero contratto, che resta, invece, tipico, come dimostrato dal disposto dell'art. 1905, per cui le parti sarebbero libere di modulare, come meglio si confà alle loro esigenze, l'obbligazione risarcitoria dell'assicuratore nei modi e limiti che esse stesse decidono in ambito contrattuale.

La valutazione, peraltro, non è sufficiente, poiché deve essere necessariamente supportata dalla differenziazione tra clausole *claims made* pure ed impure o miste, per la diversa natura che esse hanno.

E' vero, infatti, che la circostanza che la pattuizione *claims made* sia, come detto, atipica, rende necessario il controllo di meritevolezza della stessa ex art. 1322, c.c. Se, però, da un lato, detto controllo non ha una concreta ragion d'essere con riguardo alle clausole pure, dall'altro, tuttavia, è doveroso per quelle impure, per la particolare struttura del contratto che esse comportano, data dall'insorgenza della obbligazione risarcitoria dell'assicuratore solo ed esclusivamente se

tanto il fatto, quanto la richiesta di risarcimento intervengano nel periodo di efficacia della polizza.

Il controllo, tuttavia, non può essere delineato in via teorica poiché deve necessariamente essere effettuato in concreto dal giudice di merito, la cui valutazione, se adeguatamente motivata, è incensurabile in sede di legittimità.

Chiaramente, poi, intercorrendo il contratto di assicurazione usualmente tra due soggetti di cui uno, l'assicuratore, sia professionista, e l'altro, l'assicurato, sia consumatore, andrà, sussistendone i presupposti, applicata la disciplina consumeristica, prevista dal d. lgs. n. 205/2006, con particolare riguardo alla nullità di protezione prevista dall'art. 36 in materia di clausole vessatorie.

Infine, la Corte si sofferma ad individuare le conseguenze dell'eventuale immeritevolezza della clausola *claims made* inserita nell'ambito del contratto di assicurazione.

I giudici sottolineano che il controllo di meritevolezza, che deve riguardare la singola clausola, comporta la possibilità che il giudice intervenga a riequilibrare il contratto eventualmente squilibrato dall'inserimento della clausola stessa, per la rilevanza della clausola generale di buona fede che entra nel contratto per il tramite del principio di solidarietà di cui all'art. 2, Cost., che ad esso conferisce, come affermato dalla recente giurisprudenza costituzionale¹⁴⁷, *vis* normativa.

Nel far ciò, le Sezioni Unite citano il meccanismo della nullità parziale, di cui all'art. 1419, c.c., che, dunque, torna ad assumere rilevanza, sotto questo aspetto, nell'ambito del giudizio di

¹⁴⁷ C. Cost. n. 248/13 e 77/14, *cit.*

meritevolezza, di esclusiva competenza, si ripete, del giudice di merito.

Quale necessaria chiosa finale dell'interessante *excursus* della Corte, i giudici valutano il caso dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale, come prevista dagli interventi legislativi (puntualmente citati nel corpo della sentenza) in materia¹⁴⁸.

In particolare, anche in quest'ambito nulla può essere in astratto delineato e, tuttavia, quel che, a parere dei giudici supremi, appare tendenzialmente certo è che il citato giudizio di meritevolezza non può non essere influenzato dall'evenienza che il contratto stipulato con metodo *claims made* comporti quelli che sono efficacemente definiti “*buchi di copertura*”, tali da sfornire il terzo danneggiato dalla condotta negligente del professionista della necessaria tutela a lui spettante, tanto da frustrare, in concreto, le *rationes* di tutti i provvedimenti legislativi che l'obbligatorietà dell'assicurazione per responsabilità professionale sono stati volti a prevedere, stante nella necessità, del resto compatibile con l'intero sistema della responsabilità civile, che il danno non resti nella sfera giuridica del danneggiato.

¹⁴⁸ In particolare, la Corte ha cura di citare l'art. 3, comma 5, d.l. n. 138/11, conv. in l. n. 148/11, che, nell'elencare i principi ispiratori delle riforme degli ordinamenti professionali, da attuarsi nel termine di un anno dall'entrata in vigore del decreto, ha previsto, alla lett. e), l'obbligo per tutti di stipulare “*idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale*” e di rendere noti al cliente gli estremi della polizza stipulata ed il relativo massimale. Non solo, i giudici fanno, infatti, riferimento altresì al d.P.R. n. 137/12, che, nel ribadire detto obbligo, precisa che la violazione della disposizione costituisce illecito disciplinare e che la stipula dei contratti di assicurazione può avvenire “*anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti*”, prorogando di un anno l'obbligo di assicurarsi. La Suprema Corte, poi, con più specifico riguardo al caso oggetto del suo esame (e, dunque, si ricorda, ad una fattispecie di responsabilità medica), cita anche il d.l. n. 158/12, conv. in l. n. 189/12, che ha demandato ad un decreto del Presidente della Repubblica la disciplina in materia di procedure e requisiti per l'idoneità di detti contratti, ed il d.l. n. 69/13 (cd. “decreto del fare”), conv. in l. n. 98/13, con cui si è ulteriormente prorogato l'obbligo per gli esercenti professioni sanitarie di munirsi dell'assicurazione obbligatoria di un altro anno.

La sentenza, indubbiamente, presenta innumerevoli profili di pregio. Innanzitutto, come evidenziato, riesce a fornire una puntuale ricostruzione di un fenomeno che è e resta solo della prassi, poiché nulla è legislativamente previsto. Sebbene molto china sulla concreta fattispecie sottoposta al suo giudizio, la Suprema Corte offre comunque un utile excursus sulla classificazione dei modelli di contratto di assicurazione, unitamente alla fondamentale distinzione tra clausole *claims made* pure ed impure, che, come visto, è di cruciale importanza.

Ma, com'è evidente, il più grande pregio della sentenza risiede nella circostanza che essa, una volta per tutte, pone fine all'annosa questione circa l'ammissibilità o meno del modello *claims made*, risolvendola in senso positivo: le clausole *claims made*, tanto le pure, quanto le miste, sono, in linea teorica, ammissibili. Del resto, non poteva la Corte giungere ad esito differente, se solo si consideri la frequenza sempre maggiore con cui le clausole in parola sono inserite dalle società di assicurazione nelle polizze, per cui sarebbe parso del tutto irrazionale aderire a quella impostazione che continuava a negare giuridicamente l'esistenza di un fenomeno, nella realtà dei fatti, sempre più diffuso.

Pregevole appare, altresì, il percorso argomentativo che la Corte segue nel giungere alla soluzione innanzi delineata, poiché aderente al dato normativo e rispettosa dei principi generali dettati in ambito codicistico in materia di contratto di assicurazione, sposando, a ben vedere, tra tutti i filoni interpretativi sviluppatisi, la soluzione che appare più ragionevole e corretta.

Tuttavia, dall'attenta lettura della pronuncia emergono, comunque, profili di critica che sembra opportuno rilevare.

Più in particolare, a voler ragionare con rigore, nelle concrete conseguenze cui l'eventuale immeritevolezza della clausola *claims made* conduce, la Corte sembra non mantenere la stessa precisione che aveva caratterizzato la precedente trattazione.

Innanzitutto, invero, le Sezioni Unite escludono che possa paventarsi un contrasto in astratto della clausola *claims made* con il principio di buona fede, poiché esso è e resta norma di comportamento, non già di validità, aderendo all'impostazione della notissima sentenza delle Sezioni Unite del 19/12/2007, n. 26724¹⁴⁹, per cui, si ricorda, non è possibile ritenere che la contrarietà del contratto con il canone della buona fede possa dar vita a nullità dello stesso, poiché la nullità deve sempre essere tipicamente prevista e, quand'anche si tratti di nullità virtuale, essa deve necessariamente derivare dalla violazione di norme di validità, inderogabili ed imperative, non dalla violazione di semplici norme di comportamento, derogabili dalle parti, che può, per contro, solo dar vita alla tutela risarcitoria.

Peraltro, nelle conclusioni, la Suprema Corte evidenzia che l'eventuale immeritevolezza della clausola *claims made* darebbe vita alla nullità parziale della singola pattuizione, con salvezza, chiaramente, dell'intero contratto, ex art. 1419, c.c., che deve essere dichiarata dal giudice, al quale è concesso di intervenire in senso modificativo o integrativo del contenuto del contratto, in base all'assunto per cui il principio di solidarietà ex art. 2, Cost. entra direttamente nel contratto unitamente al canone della buona fede "*cui si attribuisce vis normativa*". I giudici, dunque, nel citare l'altrettanto nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 77/14, contraddicono, almeno in parte, l'impostazione cui precedentemente sembravano aver

¹⁴⁹ SS. UU. civ., 19/12/2007, n. 26724-26725, in *Foro it.*, 2008, 784.

aderito. La sentenza del Giudice delle Leggi appena citata, in verità, rappresenta, come noto, una delle pronunce che maggiormente si pone in frizione con il precedente delle Sezioni Unite del 2007, nella misura in cui affida al giudice un controllo diffuso sul contenuto del contratto, proprio in nome del principio di buona fede, assegnando, dunque, ad essa, un ruolo di formidabile importanza, all'opposto, dunque, della "svalutazione" del medesimo principio da parte delle Sezioni Unite citate.

Per la verità, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo della trattazione, la pronuncia della Consulta è altrettanto criticata, poiché, si è detto, "confonde" il principio di buona fede con il canone dell'equità. Tuttavia, prescindendo da questo aspetto, che si avrà modo di chiarire in seguito, è evidente il profilo di contraddittorietà che, dalla lettura della sentenza, emerge.

Sotto altro profilo, poi, come detto, la Corte evidenzia che il meccanismo di nullità che sopravviene, in caso di immeritevolezza della *claims made*, è quello della nullità parziale, *ex art. 1419, comma 2, c.c.*, per cui "*la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*". La nullità parziale, come noto, infatti, comporta che la nullità di singole clausole del contratto implichi la nullità dell'intero contratto, qualora risulti che le parti non lo avrebbero concluso senza la parte, ritenuta essenziale, dichiarata nulla.

La disposizione reca insito in sé il richiamo alla disciplina dell'art. 1339, c.c., per cui le clausole imposte dalla legge sono di diritto inserite nel contratto anche in sostituzione di clausole difformi eventualmente apposte dalle parti.

Nel richiamare, allora, la disciplina della nullità parziale, la Corte sembra affermare che, in caso di immeritevolezza della clausola

claims made apposta al contratto di assicurazione, il giudice deve dichiarare la nullità della singola clausola, con salvezza dell'intero contratto e, dunque, con sostituzione della disciplina introdotta dalla clausola *claims made*, ad opera dell'unico meccanismo che il codice conosce in materia di assicurazione della responsabilità civile, ovverosia quello dell'art. 1917, comma 1.

Tuttavia, innanzitutto, non può non evidenziarsi un primo profilo di contraddittorietà stante nella circostanza che la Corte, dapprima, nel motivare l'adesione all'opzione ermeneutica volta a ritenere le clausole *claims made* in astratto ammissibili, evidenzia come l'art. 1917, comma 1 non sia norma imperativa ed inderogabile, ben potendo, le parti scegliere di discostarsi dal modello ivi previsto, ma poi, nelle conclusioni, pur non richiamandolo espressamente, ritengono che esso debba soccorrere in caso di immeritevolezza della clausola *claims made*, poiché non si vede quale possa, in concreto, essere l'alternativa applicabile.

Non solo, ancor più a monte, infatti, la disciplina della nullità parziale *ex art. 1419, c.c.* prevede, come detto, che la nullità della singola clausola comporti la nullità dell'intero contratto, qualora risulti che esso non sarebbe stato concluso in assenza della clausola dichiarata nulla.

Ebbene, non può non notarsi come, in concreto, la clausola *claims made* ben potrebbe essere essenziale, evidentemente, innanzitutto per l'assicuratore, che, non essendo, come detto, mai obbligato a contrarre (neppure nei casi di assicurazione obbligatoria), avrebbe potuto rifiutarsi di concludere il contratto con il metodo *loss occurrence* o *act committed*. L'assunto, com'è evidente, comporterebbe la caducazione dell'intero contratto, con esiti, a ben vedere, inaccettabili, in specie per

l'assicurato, che si troverebbe improvvisamente sprovvisto della copertura assicurativa che dal contratto caducato derivava.

Pur restando, allora, assolutamente ferma l'importanza che la pronuncia assume sotto innumerevoli punti di vista, sussistono dubbi di non facile superamento in materia. In particolare, è vero che la Corte ha ritenuto di dover lasciare ampia "libertà" di decisione al giudice di merito, nel giudizio di meritevolezza, che gli compete. Tuttavia, sarebbe stato preferibile, forse, pur senza vincolare il giudizio nel merito, tracciare delle coordinate ermeneutiche più precise, quanto meno con riguardo al coordinamento dei principi esposti nel corpo della pronuncia con quelli generali del diritto civile.

Proprio questa valutazione, allora, rende necessario che ci si soffermi più profondamente sull'inserimento della disciplina delle clausole *claims made*, così come delineata dalla Suprema Corte, nell'alveo di questi principi, avendo particolare riguardo, da un lato, al canone fondamentale della buona fede, la cui diffusione è, ormai, tendenza dilagante dell'odierno diritto civile, dall'altro ai principi generali in tema di nullità, che sono oggetto di profonda rivisitazione, tanto da non potersi prescindere dalle più recenti pronunce in materia, anche nel valutare, in linea teorica, le conseguenze cui l'eventuale immeritevolezza della clausola *claims made* può condurre.

Il tutto, peraltro, senza tralasciare un ulteriore profilo di valutazione, che non è, per la verità, andato esente da critiche, ovverosia quello della applicabilità della disciplina della vessatorietà di cui al Codice del Consumo ai contratti di assicurazione conclusi con metodo *claims made*, nella consapevolezza che, si ripete, come evidenziato dalla Suprema Corte, il contesto in cui il contratto di assicurazione vede la sua genesi è caratterizzato dalla "*spiccata asimmetria delle parti*", in cui "*il contraente non predisponente, ancorché in tesi qualificabile*

come “professionista”, è, in realtà, il più delle volte sguarnito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile”.

4. Le clausole claims made ed il delicato rapporto con la buona fede tra regole di validità e regole di comportamento

Per cominciare, dunque, sembra opportuno inquadrare il principio di buona fede alla luce della recente giurisprudenza sul punto, al fine di comprendere se sia o meno opportuno richiamare tale canone per la risoluzione della questione di meritevolezza della clausola *claims made*, così come delineata dalla Suprema Corte.

La complessità della questione emerge, sostanzialmente dall’acquisizione di un dato di fondamentale importanza, per cui il concetto di buona fede viene, ormai sempre più spesso, accostato, forse non sempre opportunamente, al limitrofo concetto di equità.

Più in particolare, il principio di buona fede assume un’importanza fondamentale nel diritto civile moderno, innanzitutto, come noto, quale fondamentale criterio di interpretazione del contratto, in secondo luogo, poi, quale criterio di integrazione dello stesso, generalmente suppletivo, ma, sempre più spesso, anche cogente.

Senza voler scendere eccessivamente nel dettaglio di una tematica, che, evidentemente, è una delle più vaste e complesse del diritto privato, basterà qui ricordare che la buona fede si distingue in oggettiva, quando è intesa quale regola di condotta per le parti del

contratto, capace di avvolgere tutte le fasi dello stesso¹⁵⁰, e soggettiva, intesa come stato di coscienza che esclude la mala fede¹⁵¹.

Più in particolare, poi, la buona fede intesa in senso oggettivo è definita alla luce dei suoi due corollari fondamentali, ovverosia l'obbligo di lealtà e quello di salvaguardia dell'altrui affidamento entro i limiti dell'apprezzabile sacrificio, perciò distinguendosi dalla diligenza, che è, per contro, criterio di imputazione della responsabilità.

La valorizzazione del concetto di buona fede è, come anticipato, acquisizione solo relativamente recente, come dimostrato dalle pronunce giurisprudenziali solo più attuali, poiché, in passato, la figura rappresentava un concetto etereo e sfuggente.

Il tradizionale meccanismo per cui il canone di buona fede viene collocato tra i criteri di integrazione (normalmente suppletiva) del contratto è rappresentato, come noto, dal combinato disposto degli artt. 1374 e 1375, c.c., per cui l'art. 1374¹⁵², rinviando alla legge in generale, fa riferimento anche all'art. 1375¹⁵³, secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

¹⁵⁰ In particolare, invero, la buona fede oggettiva è canone generale di condotta delle parti, come previsto dall'art. 1175, c.c., nell'ambito delle disposizioni generali in tema di obbligazioni, opera già a partire dalla fase precontrattuale, come emerge dal disposto dell'art. 1337, c.c. e, passando da determinate vicende contrattuali, quali la pendenza della condizione ex art. 1358, c.c. e l'eccezione di inadempimento, ai sensi del 1460, c.c., giunge sino alla fase esecutiva, come disposto dall'art. 1375, c.c.

¹⁵¹ In questo senso, applicazioni della buona fede soggettiva si rinvencono in svariati ambiti del codice civile: in tema, innanzitutto, di *apparentia iuris*, come ignoranza di ledere l'altrui diritto, nella disciplina del matrimonio putativo, di cui all'art. 128, c.c., nell'ambito della disciplina prevista dall'art. 1153, c.c., in materia di possesso di buona fede, in tema di titoli di credito, ex art. 1994, c.c., in relazione, infine, al pagamento al creditore apparente, ex art. 1189, c.c.

¹⁵² In base al disposto dell'art. 1374, c.c., "*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*".

¹⁵³ L'art. 1375, c.c., lapidariamente recita: "*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*".

Tuttavia, intendere oggi la buona fede come criterio di integrazione solo suppletivo del contratto è, certamente, riduttivo, soprattutto in considerazione dell'ormai consacrato fondamento costituzionale, conferito al principio in parola, generalmente riscontrato negli artt. 2, 41 e 42, Cost., affermato, ormai da tempo, anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Di conseguenza, il riconoscimento del valore centrale che alla buona fede si è progressivamente conferito, dunque, ha fatto sì che gli interpreti rimeditassero la funzione dell'istituto, che non poteva più essere considerato criterio meramente suppletivo di integrazione del contratto, da richiamare solo in caso di mancanza di accordo delle parti e, quindi, in via del tutto sussidiaria, ma quale canone cui è necessario conformare i contratti, con la capacità di imporsi alla volontà dei contraenti, alla luce della sua valenza, come detto, di principio di carattere costituzionale.

Peraltro, il processo di esaltazione summenzionato, alla luce delle conseguenze cui ha condotto, talvolta ha indotto a ritenere che la buona fede fosse norma attinente alla validità del contratto, dalla cui violazione sarebbe, dunque, derivata la nullità dello stesso.

E', allora, a questo punto che rileva la più volte citata distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, poiché la buona fede, tradizionalmente considerata norma di comportamento, assurge sempre più spesso a norma di validità, così contribuendo alla

menzionata pratica di scolorimento della buona fede all'interno dell'equità¹⁵⁴.

Come noto, infatti, la violazione delle norme di comportamento non incide mai sulla validità del contratto, comportando soltanto l'attivazione dei rimedi risarcitori, laddove, per contro, la violazione delle norme di validità, concernendo l'atto, non il rapporto, comporta, se accertata, la nullità dello stesso¹⁵⁵.

La giurisprudenza, nei primi anni del 2000, ha tuttavia contribuito ad un parziale superamento della distinzione in parola, ritenendo la violazione del canone di buona fede suscettibile di provocare la nullità del contratto¹⁵⁶. L'orientamento trovò larga diffusione fino al 2007, quando la giurisprudenza, nella sua più alta composizione, intervenne con una sentenza assolutamente dirompente sul punto.

In particolare, la pronuncia resa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte il 19/12/2007, n. 26724, già citata, di cruciale importanza, ha

¹⁵⁴ In linea di principio, in verità, netta è la differenza tra buona fede ed equità. Quest'ultima, in particolare, il cui concetto è tanto antico quanto di incerta delineazione, è regola di condotta, nei soli casi in cui la legge la consideri valore fondamentale del sistema, come, ad esempio, avviene, nell'ambito dell'art. 33, d. lgs. n. 205/2006; al di fuori di queste ipotesi, l'equità resta un criterio di integrazione del contratto solo suppletivo, fermo restando, chiaramente, che qualora essa sia prevista quale norma di validità, la sua violazione conduce alla nullità del contratto.

Tra gli esempi maggiormente rilevanti di equità suppletiva si ricordano: l'art. 1349, c.c., in materia di determinazione dell'oggetto del contratto ad opera dell'arbitratore; l'art. 433, con riguardo alla determinazione degli alimenti; con riferimento alla determinazione dei corrispettivi dovuti, in ambito contrattuale, negli artt. 1526, in tema di vendita con riserva di proprietà, 1660, comma 2 e 1664, comma 2, in materia di appalto, 1733, in tema di commissione, 1755, comma 2, in ambito di mediazione. In materia di responsabilità, l'equità è, poi, richiamata come criterio di determinazione del danno, dagli artt. 1226, in funzione suppletiva degli ordinari criteri; 2045, in caso di stato di necessità e 2047, comma 2, nell'ambito delle responsabilità aggravate.

L'equità è, invece, ritenuta criterio di integrazione cogente del contratto certamente nell'ambito dell'art. 1384, c.c., in tema di riducibilità *ex officio* della clausola penale manifestamente sproporzionata (cfr. SS. UU. civ. 13/09/2005, n. 18128, in *Obbl. contr.*, 2006, 5).

¹⁵⁵ Sul punto vd. MUSIO A., *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2010.

¹⁵⁶ Il caso di specie che aveva condotto a questa innovativa soluzione era, in concreto, quello dell'intermediario finanziario, che, quale soggetto finanziariamente più preparato, spesso non rappresentava al cliente risparmiatore tutti gli elementi necessari atti a consentire una scelta consapevole sul proprio investimento.

fermamente escluso che l'illegittimità della condotta possa essere causa di nullità del contratto, indipendentemente dalla *“natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti”*. A tale proposito, allora, la pronuncia richiama la *“tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto”*, per cui *“la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale, quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità”*.

In questo contesto, la Corte evidenzia come il principio di buona fede, dal carattere, ormai, indiscutibilmente imperativo, *“immanente all'intero sistema giuridico”*, poiché fondato sul dovere di solidarietà di cui all'art. 2, Cost., attenga al dovere dei contraenti di comportarsi secondo correttezza e sia, per questa ragione, insieme ai doveri di comportamento in generale, *“troppo immancabilmente legato alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, ai requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”*.

Questo, beninteso, non implica che la violazione del principio di buona fede non possa riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto, che ben potrà, in ipotesi, essere messa a repentaglio, come nei casi di annullamento per dolo o violenza, rescissione per lesione *ultra dimidium*, o risoluzione per inadempimento, ferma, in ogni caso, restando, la sussistenza della responsabilità risarcitoria. Tuttavia, detta violazione non può mai comportare, senza una norma che

espressamente lo preveda, nullità radicale del contratto e, in ogni caso, com'è evidente, seppure una norma di tal genere sussista, la nullità mai potrà essere virtuale, ai sensi del comma 1 dell'art. 1418, c.c., configurandosi, invece, come necessariamente testuale, secondo quanto previsto dalla stessa disposizione, al comma 3.

Tutto questo, precisano i giudici, nonostante sia in atto “*un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto*”, che, peraltro resta mera tendenza, non acquisizione ed è, come tale, inidonea a dimostrare “*il già avvenuto sradicamento*” del principio di buona fede dall'ambito delle norme di comportamento.

Tuttavia, detta tendenza, nell'ottica delle Sezioni Unite solo tale, sembra aver ricevuto ulteriore linfa nella risoluzione della questione circa la riducibilità d'ufficio della caparra confirmatoria eccessivamente sproporzionata, ad opera della pronuncia della Corte Costituzionale, del 02/04/2014, n. 77, preceduta dalla sent. 13/10/2013, n. 248.

Il Giudice delle Leggi, in particolare, era stato chiamato a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità di ridurre d'ufficio la caparra confirmatoria eccessivamente sproporzionata, analogamente a quanto avviene in riferimento alla clausola penale. La Corte, in particolare, dichiara la questione inammissibile, perché il giudice remittente non ha tenuto conto dei possibili margini di intervento a lui riconoscibili a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato a tutto vantaggio di uno dei due contraenti.

Ciò, in particolare, in ragione della rilevabilità d'ufficio della nullità, *ex art. 1418, c.c.*, della clausola stessa, per contrasto con il principio di

solidarietà, sancito dall'art. 2, Cost., combinato con il canone della buona fede, “*cui attribuisce vis normativa*”, così funzionalizzando il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse della controparte negoziale, nella misura in cui non collida con quello proprio dell'obbligato.

L'art. 1385, allora, a parere della Consulta, non contiene alcuna lacuna da colmare, perché il problema della eventuale sproporzione della caparra confirmatoria ben può essere risolto ritenendo la clausola nulla (in tutto o in parte, con eventuale riduzione d'ufficio ad opera del giudice, nel secondo caso) ai sensi dell'art. 1418, c.c., per diretto contrasto con l'art. 2, Cost., nella misura in cui la clausola sia contrastante con il principio di solidarietà in esso contenuto e con il suo corollario del canone di buona fede.

In altre parole, a fronte di una lamentata lacuna dell'art. 1385, in cui risulta mancante una disposizione che espressamente conferisca al giudice il potere di ridurre d'ufficio la caparra confirmatoria sproporzionata, in violazione con l'equità oggettiva, la Corte Costituzionale risponde affermando che detta lacuna, in realtà, non sussiste. E', infatti, possibile, per il giudice, ricorrere al meccanismo della nullità, evidentemente virtuale, ex art. 1418, comma 1, per violazione diretta dell'art. 2, Cost. e del principio di buona fede da esso discendente.

Volendo, ora, prescindere dalla complessa questione che riguarda la riducibilità *ex officio* della caparra confirmatoria eccessivamente sproporzionata, che ha, come noto, nettamente diviso gli interpreti, anche successivamente alle richiamate pronunce del Giudice delle Leggi, è importante evidenziare come la Corte, in nome del principio di buona fede, enormemente valorizzato, introduca un controllo del giudice sul contratto, che può condurre alla dichiarazione di nullità,

sia essa totale o parziale, del regolamento negoziale che con detto principio contrasti.

La pronuncia è, in verità, stata oggetto di forti critiche, essenzialmente perché dietro le mentite spoglie della buona fede, richiama un'equità oggettiva come principio generale ed inderogabile del sistema, che trae linfa dall'art. 2, Cost. e che, se violato, conduce alla nullità del contratto (o di una sua parte).

Come da più parti sottolineato, infatti, l'impostazione ermeneutica adottata dalla Corte Costituzionale, non apparirebbe condivisibile, poiché contribuisce alla menzionata pratica di scolorimento della buona fede all'interno dell'equità, che va nettamente osteggiata¹⁵⁷.

Ritenere, in particolare, che la caparra confirmatoria eccessivamente sproporzionata sia nulla per contrasto con il principio generale di buona fede, il cui fondamento è riscontrabile nel dovere di solidarietà *ex art. 2, Cost.*, vorrebbe dire, infatti, rivoluzionare i principi generali su cui si fonda il sistema e confondere, inammissibilmente, il principio di buona fede con l'equità. Non solo, poiché il richiamo ai principi costituzionali, di per sé formulati genericamente, nonché alla buona fede e alla solidarietà, rischia, come è stato efficacemente evidenziato, di affiancare ad un diritto scritto un diritto di derivazione giurisprudenziale¹⁵⁸.

Ed invero, le ordinanze della Consulta citate sottendono la diretta applicazione dei principi costituzionali ai contratti, che, per parte della dottrina risulterebbe inammissibile, in ragione dell'elevata indeterminatezza che caratterizza le norme costituzionali, le quali, proprio per l'assolutezza che qualifica la loro formulazione, risultano

¹⁵⁷ D'AMICO G., *Commento a Corte Cost.*, 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 10, 2014, 927 ss.

¹⁵⁸ *Ivi*, 936.

manchevoli di alcun bilanciamento, affidato, invero, al legislatore o, in certi casi, al giudice¹⁵⁹.

E', dunque, la norma ordinaria che ha come scopo di risolvere un conflitto di interessi, soluzione che presuppone un bilanciamento tra opposti interessi e valori.

D'altra parte, tuttavia, non può sottacersi che la Suprema Corte, ancor più di recente, con l'importantissima pronuncia a Sezioni Unite del 12/12/2014, n. 26242, di cui meglio si dirà in seguito, ha sposato in tutto e per tutto l'orientamento della Corte Costituzionale, evidenziando, al di là della "confusione" che dalla decisione, come detto, deriva tra equità e buona fede, che esistono, in ogni contratto, dei principi non espressi "*ma non per questo meno manifesti*", che trovano spazio, al di là del "*significante*" della struttura contrattuale, nel suo "*significato*". In quest'ambito rientra innanzitutto l'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi-cardine, tra i quali trovano spazio, senza alcun dubbio, la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità quanto meno "*formale di condizioni nelle asimmetrie economiche sostanziali*", non siano mai violati. Da questo assunto, la Suprema Corte trae l'ineludibile conseguenza per cui la violazione di detti principi dia necessariamente vita al rilievo d'ufficio della nullità, con ciò confermando la soluzione fornita dalla Consulta.

Dunque, a fronte della tradizionale certezza dogmatica, che vuole la buona fede quale norma di comportamento, sebbene, certamente, di enorme importanza, si pone la tendenza, più recente, ad innalzarla a norma di validità, tanto da consentire al giudice, in suo nome, un

¹⁵⁹ MANNELLA F., *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, 2011. Secondo l'A., "*In una costituzione moderna sarebbe vano cercare istituti che conciliassero opposte esigenze. I valori, interessi, programmi in essa riposti sono dichiarati in termini assoluti e spesso generici, contrapposti gli uni agli altri, senza la possibilità di fissare preventivamente il punto della loro mediazione*".

controllo diffuso sul contratto, che concerna l'accertamento del rispetto degli obblighi di protezione, attenzione e informazione che proprio dalla buona fede discendono, anche se le parti non li abbiano espressamente previsti; controllo che, come evidenziato, può condurre alla declaratoria di nullità del contratto (o della sua parte) che si ponga in frizione con il principio in questione¹⁶⁰.

Con riguardo alle clausole *claims made*, allora, si è detto come le Sezioni Unite del 2016 abbiano inizialmente negato che l'eventuale violazione della buona fede (norma di comportamento) possa comportare la nullità della pattuizione. L'impostazione è, a ben vedere, giuridicamente corretta. Il dovere dei contraenti di comportarsi secondo buona fede (evidentemente, in questo caso, con riferimento alla fase di conclusione dell'accordo) non può incidere a tal punto sull'accordo da andare a minare l'atto nella sua struttura, poiché esso concerne solo ed esclusivamente il rapporto.

D'altro canto, però, la Corte evidenzia che è dato al giudice il potere di intervenire in senso modificativo o integrativo sul contenuto negoziale, le volte in cui venga in rilievo la violazione del canone di buona fede, quale necessario corollario dell'art. 2, Cost. , così richiamando, a un tempo, due pronunce (la sentenza delle Sezioni Unite del dicembre 2007 e l'ordinanza della Consulta dell'aprile 2014), che sull'argomento si pongono, come evidenziato, in netto contrasto.

Ora, pare opportuno rilevare che, sotto un ulteriore punto di vista, la buona fede certamente rilevi quale stato soggettivo che esclude la mala fede, come evidenziato dalla Corte nel momento in cui si sofferma sulla configurabilità del cd. rischio putativo, per cui è

¹⁶⁰ MUSIO A., *op. cit.*

indubbio che, nel momento in cui si conclude un contratto di assicurazione con clausola *claims made* con garanzia pregressa, che, di per sé, non esclude la necessaria aleatorietà del contratto, le parti abbiano il dovere di comportarsi secondo correttezza. L'assicurato, in particolare, dovrà necessariamente comunicare all'assicuratore la sussistenza di fatti - anche eventualmente (ma questo, per la verità, rimane in dubbio) - dannosi che possano generare richieste di risarcimento da parte dei danneggiati nel periodo di vigenza del contratto.

Com'è evidente, peraltro, non può essere questo il *punctum dolens* della questione concernente l'applicabilità del principio di buona fede alla clausola *claims made*, non fosse altro per l'estrema difficoltà di inquadramento, da un punto di vista, certo, eminentemente pratico, della configurabilità di uno stato soggettivo di mala fede nel non comunicare, nel tacere, nel silenzio, in generale, in particolare quando la complessità del caso renda effettivamente difficile che si produca nel danneggiante assicurato, la consapevolezza di aver posto in essere una condotta in concreto causativa di un danno¹⁶¹.

Quel che più interessa in quest'ambito neppure è l'obbligo informativo che, sempre in base al principio di buona fede in senso

¹⁶¹ La circostanza del tacere e/o fornire informazioni inesatte, peraltro, certamente rileva nel momento in cui l'assicurato, onde evitare di incorrere in "buchi di copertura", causati dal rifiuto da parte dell'assicuratore alla conclusione del contratto, volontariamente ometta di comunicare circostanze rilevanti per l'impresa assicuratrice ai fini della definizione del rischio. In questo senso, dunque, l'indiscussa idoneità del rischio ad incidere sulla formazione della volontà negoziale comporta che, ex artt. 1892 e 1893, c.c., l'assicuratore incorso in errore sulla valutazione dell'*alea* ben possa richiedere l'annullamento del contratto, ovvero il recesso dallo stesso, per violazione dell'obbligo di cooperazione ed informazione gravante sull'assicurato (Così, in dottrina, STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, cit., 673; in giurisprudenza si veda, per tutti, Cass. civ., 17/12/2004, n. 23504, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattrore Avvocato Contratti*, 2008, 4). Peraltro, a prescindere da quale si intenda essere il termine di prescrizione per far valere l'azione di annullamento (strettamente dipendente da come si interpreti la natura della responsabilità), è certamente vero che l'assicuratore potrà sempre opporre l'annullamento in parola in via di eccezione; circostanza, questa, estremamente svantaggiosa per l'assicurato che, in ipotesi, si trovi ad agire per la caducazione della clausola *claims made* eventualmente apposta al regolamento negoziale.

soggettivo, dovrebbe gravare sull'assicuratore, che, quale soggetto professionalmente più preparato rispetto all'assicurato, dovrebbe, evidentemente, mettere quest'ultimo in condizioni di comprendere pienamente il contenuto del contratto che egli va a sottoscrivere.

Quel che, invece, è fondamentale è l'aspetto "oggettivo" della buona fede, in base al quale, il giudice, investito del controllo di meritevolezza che deve necessariamente riguardare le pattuizioni atipiche, qual è la clausola *claims made*, interviene in senso modificativo o integrativo del contratto, al fine di garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti (e prevenire o reprimere l'abuso del diritto, che della buona fede è "*interfaccia*"), se necessario, dichiarando la nullità parziale della pattuizione *claims made*.

Sotto questo punto di vista riemergono, necessariamente, tutte le problematiche in precedenza evidenziate. In particolare, innanzitutto, l'intervento del giudice in nome della buona fede viene funzionalizzato al perseguimento dell'equo contemperamento degli interessi delle parti, contribuendo, ancora una volta, alla più volte menzionata pratica di scolorimento della buona fede all'interno dell'equità. In secondo luogo, poi, in nome della buona fede, la cui natura è confermata quale di norma di comportamento, si giunge a configurare nullità radicale della pattuizione, che, per contro, dovrebbe essere ancorata a norme esclusivamente di validità, in assenza, evidentemente, di una specifica norma che espressamente la sancisca¹⁶².

¹⁶² Contribuendo, sotto questo punto di vista, ad un'altra tendenza pure spesso richiamata, stante nella cd. "ibridazione dei rimedi", direttamente discendente dall'ibridazione, ancor più a monte, della buona fede con l'equità, o, come da più parti evidenziato, con il principi di ragionevolezza, la cui forza sembra sempre più dirompente nel nostro ordinamento, sulla scia di quanto accade nei sistemi di common law, tanto da spingere alcuni interpreti ad auspicare un superamento della buona fede, in favore della ragionevolezza, basata su canoni logici e, dunque, meno "arbitrari" rispetto alla prima. Per un'accurata ricostruzione della tematica si veda MUSIO A., *Clausole abusive, buona fede, ragionevolezza*, in *Comparazione dir. civ.*, 2013.

Tuttavia, proprio questo dato appare, a ben vedere, dirimente. L'assenza, infatti, di una normativa in materia che disciplini il fenomeno delle *claims made* ha reso necessario che la giurisprudenza trovasse quella che, in effetti, appare la soluzione più adeguata. Ancorare anche al principio di buona fede il giudizio di meritevolezza della clausola *claims made*, infatti, appare in questo senso la soluzione pratica più adatta e di più immediata applicabilità. Del resto, sebbene resti innegabile che non è dogmaticamente corretto ritenere la buona fede operante quale norma di validità, poiché essa attiene necessariamente al comportamento delle parti contraenti, non può, però, d'altro canto, ignorarsi l'altrettanto innegabile tendenza a che, almeno negli effetti, il principio di buona fede attenga, in realtà, alla validità del contratto, poiché inscindibilmente legata ai doveri di solidarietà solennemente sanciti dall'art. 2, Cost. E dunque, quella che nel 2007 era stata definita una mera tendenza, incapace di modificare la natura della buona fede all'interno del sistema civilistico, sta diventando, ormai sempre più fortemente, una vera e propria acquisizione, sempre più utilizzata dalla giurisprudenza dei più autorevoli consessi, volta a permeare ogni branca dell'ordinamento, anche oltre quella prettamente contrattuale. Non si vede, allora, il motivo per escludere le clausole *claims made* dai più recenti approdi in materia di buona fede, a maggior ragione perché l'assenza di una disciplina positiva in merito, rende necessario il ricorso ai principi generali dell'ordinamento, di cui la buona fede, certamente, fa parte.

5. Il “carattere grandangolare” della nullità: le claims made tra nullità parziale e nullità relativa

Una delle problematiche di maggior rilievo concernenti la sentenza delle Sezioni Unite riguarda l'ottica rimediale presa in considerazione per "eliminare" dal contratto di assicurazione la clausola *claims made* (impura) che risulti immeritevole di tutela.

La particolare complessità del profilo, in verità, è dettata, da un lato, dalla circostanza che la nullità declinata nella chiave di immeritevolezza di tutela, come la stessa Corte non manca di evidenziare, è di per sé "*scivolosa*", incerta ed instabile, poiché tale è la stessa differenza tra immeritevolezza ed illiceità, spesso sovrapposte e confuse.

Da altro punto di vista, poi, la circostanza che l'istituto della nullità stia vivendo una stagione, per così dire, di evoluzione, data dalle innumerevoli questioni sorte attorno ad esso negli ultimi tempi, certo non aiuta, poiché rende necessaria una lettura del fenomeno delle *claims made*, quanto meno coordinata con i risultati ermeneutici cui la dottrina e la giurisprudenza sono progressivamente giunte.

Come evidenziato, la Suprema Corte, ricordando l' "*approdo pacifico della teoria generale del contratto*", ritiene che il controllo di meritevolezza non riguardi solo il contratto atipico in sé considerato, ma anche la singola pattuizione atipica, inserita nell'ambito di un contratto di per sé tipicamente previsto, come accade con la clausola *claims made*, atipica, inserita nel corpo di un tipico contratto di assicurazione per la responsabilità civile.

Non è casuale, come si diceva, che la stessa Corte abbia definito la chiave dell'immeritevolezza più scivolosa; ed invero, è già di per sé arduo distinguere il giudizio di meritevolezza da quello di liceità, per parte della giurisprudenza, addirittura coincidenti.

Peraltro, non è irrilevante notare che autorevole dottrina¹⁶³ distingue la meritevolezza dalla liceità in chiave qualitativa, nel senso che, mentre la seconda è orientata ad evitare la sopravvivenza di accordi contrari ai canoni regolamentari dell'ordinamento, per evitare l'introduzione di contraddizioni interne al sistema, la prima consiste nella valutazione di idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello di regolamentazione di interessi loro propri, in assenza di uno schema tipico predisposto dalla legge.

Ecco perché è comune l'affermazione per cui il giudizio di meritevolezza operi a livello di tipo, non già di causa, sebbene l'assunto non sia da tutti condiviso.

In senso assoluto, comunque, quando si trovi a vagliare la meritevolezza di un accordo (sia esso un intero contratto ovvero una singola pattuizione), il giudice valuta lo schema astratto ideato dai contraenti, per comprendere se esso abbia o meno un significato economico-sociale in termini di scambio di utilità e, in caso di riscontro positivo, egli ritiene la pattuizione meritevole di tutela.

Sotto questo punto di vista, è evidente, le clausole *claims made*, siano esse pure o miste, rispondono sempre ad interessi meritevoli di tutela, poiché sempre idonee a rivestire significato dal punto di vista economico-sociale.

Peraltro, a questo proposito, è opportuno evidenziare come l'ormai pacifica nozione di "causa in concreto", innumerevoli volte applicata

¹⁶³ Si veda, tra tutti, GAZZONI F., *op. cit.*, 822 ss.

dalla giurisprudenza¹⁶⁴, abbia, in parte, mutato il giudizio di meritevolezza del negozio. Se è vero, infatti, che l'art. 1322, comma 2, c.c. fa riferimento ai soli contratti atipici, è anche vero che la “prospettiva unificatrice della “causa in concreto””¹⁶⁵ abbia, ormai, reso diffusa l'opinione per cui il controllo di meritevolezza riguardi non soltanto i contratti atipici, ma anche quelli tipici; partendo, infatti, dal presupposto per cui la causa non è più funzione economico-sociale del contratto, ma sintesi degli interessi reali che il negozio è diretto a realizzare, la sua valutazione in termini di meritevolezza è parimenti essenziale, tanto per i contratti atipici, quanto per quelli tipici.

Può, dunque, accadere che uno schema, per quanto significativo, sia contrario ai principi inderogabili dell'ordinamento, per cui in astratto lo schema resta meritevole di tutela, ma in concreto esso è illecito ed è, di conseguenza illecito il patto su di esso modellato.

In questi casi, allora, il giudizio di meritevolezza coincide con quello di illiceità, in astratto tuttavia, non già in concreto, cosicché si giunge

¹⁶⁴ La teoria della causa in concreto ha seguito un lungo percorso evolutivo, che la giurisprudenza ha intrapreso, accogliendo i rilievi di parte della dottrina (cfr. SACCO G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI F., vol. VI-2, Utet, Torino, 1975, 577). In particolare, volendo brevemente ripercorrere le tappe giurisprudenziali che hanno condotto all'affermazione della nozione di causa, così come oggi intesa, si ricordano: Cass. civ., 11/01/1973, n. 63, per cui la causa doveva fuoriuscire dal “limite dell'astrattezza”; Cass. civ., 08/05/2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 2, i cui concetti, fondamentali in materia, sono accolti da SS.UU. civ., 11/11/2008, n. 26972/29975, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattrore Avvocato*, 2016, 3, che, ammettendo la risarcibilità del danno non patrimoniale da violazione contrattuale, consacra la nozione di “causa in concreto”; Cass. civ., 14/07/2009, n. 16382, in materia di mediazione atipica; SS.UU. civ., 18/02/2010, n. 3947, in tema di contratto autonomo di garanzia; SS.UU. civ., 18/03/2010, n. 6538, in Centro studi giuridici di Mantova, *Il caso*, 2010, sulla natura dell'adempimento del terzo; SS.UU. civ., 23/01/2013, n. 1521, in *Il Sole 24 Ore*, *Guida al diritto*, 2013, in materia di concordato preventivo; da ultimo, SS.UU. civ., 17/09/2015, n. 18214, in *Arch. loc. cond.*, 2015, 6, in materia di nullità per mancanza di forma nel contratto di locazione.

¹⁶⁵ L'espressione è di Cass. civ., 31/05/2013, n. 13861, *cit.*, che ha applicato la nozione di causa in concreto al collegamento negoziale, precisando che esso presuppone la circostanza per cui tutti i negozi coordinati siano voluti per i loro effetti tipici; di conseguenza, il collegamento non può relazionarsi tra negozi simulati e dissimulati, essendo di per sé la simulazione già deputata al perseguimento di scopi estranei a quelli del negozio formalmente posto in essere.

ad una sorta di unificazione delle due fasi - distinte - del giudizio di meritevolezza e del successivo giudizio di liceità in concreto¹⁶⁶.

Già si comprende, dunque, il motivo della complessità dell'analisi che riguarda le *claims made*, nel cui ambito il giudizio di meritevolezza, in astratto facilmente superabile, diviene tortuoso, in concreto, dal punto di vista della loro liceità. Giudizio che, però, riguarderà solo le clausole *claims made* impure, giacché alcun dubbio sussiste, sempre, evidentemente, in astratto, sulla meritevolezza delle clausole pure.

E', allora, a questo punto, che si inserisce il discorso sull'eventuale declaratoria di nullità della pattuizione *claims made* impura, in quanto diretta ed inevitabile conseguenza della riscontrata immeritevolezza, quale illiceità in concreto, della stessa.

Tuttavia, il tradizionale meccanismo utilizzabile cui le Sezioni Unite si riferiscono, stante nella nullità parziale in base al combinato disposto degli artt. 1419 e 1339, c.c., non basta, da solo, a qualificare il fenomeno, non fosse altro per l'imprecisione che reca con sé, dettata dal non essere l'art. 1917, comma 1, c.c. la norma imperativa che l'art. 1339 richiede perché si azioni il meccanismo della sostituzione automatica di clausole.

Più in particolare, detto meccanismo si compone della norma del comma 2 dell'art. 1419, c.c.¹⁶⁷, quale norma inderogabile di carattere tecnico ricostruttivo, finalizzata a garantire che la sostituzione operi a prescindere dall'intento condizionante della singola clausola

¹⁶⁶ GAZZONI F., *op. cit.*, 822 ss.

¹⁶⁷ L'art. 1419, c.c., così testualmente dispone: “La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità. La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”.

sull'intero congegno negoziale, e dell'art. 1339, c.c.¹⁶⁸, norma imperativa, che attiene alla costruzione del regolamento contrattuale.

Quest'ultima disposizione evidenzia che, per operare la sostituzione automatica, la disciplina deve essere prevista da una norma imperativa, che si caratterizza per il porre essa, attraverso differenti tecniche¹⁶⁹, limiti al contenuto dell'atto privato.

Parte della dottrina, infatti, ritiene che la norma imperativa sia, per definizione *“la norma proibitiva che, sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata”*¹⁷⁰ e che, dunque, l'imperatività della norma giuridica stia nella sua necessaria cogenza, nella sua inderogabilità¹⁷¹.

Del resto, la differenza fondamentale tra queste norme e quelle derogabili¹⁷² è generalmente e giustamente rinvenuta nel meccanismo applicativo che distingue le une dalle altre: le norme imperative, infatti, prescindono dalla volontà dei privati, quelle derogabili, per

¹⁶⁸ L'art. 1339 recita: *“Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge [o da norme corporative] sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”*.

¹⁶⁹ In particolare, si evidenzia come siano essenzialmente due le tecniche con cui le norme imperative perseguono il loro scopo. Da un lato, infatti, esse delimitano il perimetro entro cui l'attività dei privati deve essere mantenuta, pena la nullità dell'atto (limiti esterni); dall'altro fissano il contenuto vincolante di determinate pattuizioni, generalmente per la rilevanza di interessi pubblici particolarmente pregnanti in determinati settori della società civile, che impongono una limitazione della sfera di autonomia privata, per la prevalenza dell'interesse pubblico con essa contrastante.

¹⁷⁰ RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 585 ss.

¹⁷¹ Così BIANCA C. M. - PATTI G.- PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1995, 393.

¹⁷² Le norme derogabili sono tipiche del diritto privato e si distinguono essenzialmente in due categorie, ovvero sia le dispositive, che dettano una regola vigente solo se i privati non ne abbiano dettata una difforme e suppletive, che colmano una lacuna nel negozio predisposto dai privati.

contro, trovano applicazione solo previa indagine circa l'assenza di una contraria volontà dei privati¹⁷³. Si spiega, così, il motivo per cui la sanzione per il mancato rispetto della norma imperativa sia, in genere¹⁷⁴, la nullità dell'atto posto in essere in suo spregio, quale forma più grave di invalidità che incide sulla pattuizione travolgendone gli effetti.

La ricostruzione teorica, dunque, aveva trovato perfettamente riscontro, tornando all'ambito delle *claims made*, nelle teorie che, valutando come inderogabile la disposizione dell'art. 1917, comma 1, c.c., paventavano (quando non la nullità dell'intero contratto, per lo meno) la nullità parziale della clausola, con sostituzione automatica della stessa con il meccanismo "imposto" dall'art. 1917.

Tuttavia, le ricostruzioni contrarie a quella appena esposta, suffragate, poi, dalla pronuncia delle Sezioni Unite, ragionevolmente evidenziavano come è la stessa legge, all'art. 1932, c.c., ad escludere che il comma 1 dell'art. 1917 sia norma imperativa e, dunque, inderogabile. Nonostante sia però questo il dato di partenza assodato dalla Suprema Corte, la soluzione cui si giunge, qualora la clausola *claims made* impura sia giudicata immeritevole di tutela, è, nella sostanza, la stessa: nullità parziale della pattuizione (immeritevole, dunque in concreto illecita) e sostituzione automatica con il modello previsto dall'art. 1917, comma 1, sebbene qualificato come norma derogabile.

¹⁷³ GAZZONI F., *op. cit.*, 13 ss.

¹⁷⁴ Sulla possibilità che dal contratto contrario a norme imperative derivi una mera irregolarità e non illegittimità, qualora l'effetto del negozio non sia contrario all'interesse tutelato dalla norma, cfr. BIANCA C. M., *Diritto civile, III, Il contratto, cit.*, 572.

Non solo, poiché l'istituto della nullità parziale presenta una fondamentale caratteristica che, a ben vedere, pare possa non essere rispettata seguendo la prospettazione della Suprema Corte.

Ed infatti, è noto che qualora la clausola sia essenziale per le parti, la nullità parziale si estende a tutto il congegno negoziale, sulla scorta del fatto che esso non sarebbe stato concluso in assenza della clausola nulla.

Ebbene, è evidente come la clausola *claims made* impura inserita nell'ambito di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile possa, in concreto, risultare essenziale per l'assicuratore, il quale ben avrebbe potuto rifiutarsi di concludere il contratto attraverso il tradizionale modello *loss occurrence* o *act committed*, non sussistendo, come detto, nemmeno con riguardo alle assicurazioni obbligatorie, un correlativo obbligo a contrarre da parte della compagnia assicuratrice.

Tuttavia, a voler così ragionare, si giungerebbe all'inaccettabile conseguenza di caducare l'intero contratto di assicurazione, in tal modo lasciando del tutto privo di garanzia l'assicurato (conseguenza ancor più inaccettabile quando il contratto sia stato stipulato nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale).

A queste criticità, peraltro, si aggiungono ulteriori aspetti problematici che, però, non possono prescindere da una più compiuta e generica analisi dei caratteri fondamentali che concernono lo statuto della nullità, come considerato alla luce della più recente giurisprudenza.

Ed invero, sebbene non si possa certo affermare che la nullità sia cambiata, è senz'altro vero che essa sia quanto meno oggetto di profonde rivisitazioni, che impongono una lettura evolutiva del fenomeno.

Non è un caso, infatti, che in dottrina sia frequente l'affermazione per cui siamo di fronte alla “*frantumazione della categoria della nullità*”¹⁷⁵, che non può più essere considerata come categoria unitaria, come ben sintetizzato dalla nota espressione per cui si è passati “*dalla nullità alle nullità*”. La riflessione, tuttavia, non è condivisa dalla recente giurisprudenza di legittimità, che, a Sezioni Unite, ha evidenziato come la nullità sia “*categoria unitaria, ancorché ad assetto variabile e funzionale*”¹⁷⁶.

Più in generale, è noto che la categoria dell'invalidità, di cui la nullità fa indiscutibilmente parte, pur se non espressamente disciplinata, “*persegue e produce*”¹⁷⁷ l'inefficacia (in senso lato), attraverso cui essa può svolgere la sua funzione rimediale.

L'invalidità, dunque, tende all'inefficacia, in un rapporto di consequenzialità, che vede la prima tesa a colpire il contratto come atto, la seconda, per contro, volta ad inficiare gli effetti prodotti dal contratto come rapporto.

E' vero, dunque, che tra le cause di invalidità del contratto, la nullità si configura come la più grave espressione di patologia negoziale, in quanto qualificazione negativa del substrato attizio di una fattispecie contraria ad un interesse pubblico e superindividuale, capace, come tale, di riverberarsi anche sul coevo rapporto contrattuale, elidendone, in modo tendenzialmente retroattivo ed *erga omnes*, gli effetti prodotti.

Ecco perché, allora, sulla scia di quanto affermato dalle più volte citate Sezioni Unite n. 26724-26725/07, essa concerne sempre e solo

¹⁷⁵ SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 490.

¹⁷⁶ Cfr. SS.UU. civ., 12/12/2014, n. 26242, *cit.*

¹⁷⁷ ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011, 687 ss.

la violazione delle regole di validità, “*più certe e precise*”, per cui il giudice non deve far altro che accertare la contrarietà alla norma della dimensione strutturale del negozio o, secondo la più recente giurisprudenza, spingersi fino ad una valutazione “*assiologica*” del suo aspetto funzionale¹⁷⁸.

La salvaguardia di interessi generali ha spinto il legislatore a moltiplicare le occasioni di soppressione dei contratti nulli, prevedendo una legittimazione attiva assoluta ed un potere-dovere di rilievo della stessa *ex officio* da parte del giudice¹⁷⁹.

A questi caratteri generali della nullità, peraltro, si sono, nel corso del tempo, affiancate una serie di ipotesi spesso definite “*derogatorie*”, che, in realtà, non sempre smentiscono tali principi generali.

¹⁷⁸ Cfr. SS. UU., 18/09/2015, n. 18214.

¹⁷⁹ La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, nella nota sent. 12/12/2014, n. 26242-26243, *cit.*, incasella lo statuto della nullità all'interno dei principi di effettività della tutela e di concentrazione dei rimedi giuridici, i quali esigono che la tutela giurisdizionale non si esaurisca nel diritto di accesso al giudice, a tutti garantito, ma comprenda qualsiasi attività processuale prevista dall'ordinamento, anche successiva alla proposizione della domanda. Ebbene, afferma la Suprema Corte, caratteristica fondamentale della nullità è rappresentata dalla natura superindividuale dell'interesse protetto, che deve sempre essere tutelato, sebbene in via indiretta; il riferimento è all'interesse “*proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole*”. Il legislatore, dunque, ha voluto sottendere ad una determinata struttura del contratto un ulteriore e diverso significato “*non espresso (ma non per questo meno manifesto), costituito, appunto, dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi-cardine (tra gli altri la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati*”. L'unico limite alla protezione indiscriminata di questo interesse da parte del giudice risiede nelle nullità di protezione, poste a tutela dell'interesse del contraente debole, unico legittimato a proporre l'azione di nullità. Di conseguenza, la fondamentale distinzione che la Corte opera è tra rilevazione e dichiarazione della nullità: nell'ambito di qualsiasi tipo di giudizio e a fronte di qualunque domanda di parte (adempimento, annullabilità, risoluzione), il giudice, qualora si trovi dinanzi ad un contratto nullo, sarà sempre tenuto a rilevare il vizio e, conseguentemente a dichiarare la nullità del negozio, se detta nullità sia qualificabile come assoluta, limitandosi, invece alla sola rilevazione, in caso di nullità relativa e subordinando l'eventuale dichiarazione all'espressa richiesta della parte nel cui interesse il vizio è posto. La vera *ratio* della rilevabilità officiosa della nullità, da cui l'affermato “*carattere grandangolare*”, dunque, non è quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del giuridicamente rilevante, ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici.

Il riferimento è, in particolare, a quelle che sono state definite nullità relative, selettive, derivate¹⁸⁰, pendenti o sospese¹⁸¹, sopravvenute o successive¹⁸².

E' evidente, peraltro, che non è questa la sede per soffermarsi puntualmente su tutte le questioni concernenti ciascuna di queste ipotesi di nullità, che, tuttavia, è opportuno notare, in disparte la nullità relativa, non emergono dalla legislazione positiva, in quanto frutto di interventi giurisprudenziali.

¹⁸⁰ Il fenomeno della nullità derivata, particolarmente discusso, concerne, in generale, la possibilità di propagazione della sanzione della nullità che colpisce un contratto a monte, nei confronti di un contratto a valle; evidentemente, sebbene la tematica sia, certamente, molto più sentita in diritto amministrativo per la presenza di un procedimento, che presuppone la concatenazione di una serie di atti finalizzati all'emanazione del provvedimento, riveste una certa rilevanza anche nel settore civilistico, in particolare nell'ambito del collegamento negoziale. Essenzialmente due sono le ricostruzioni che si fronteggiano in materia: la prima, più possibilista, ammette la configurabilità della nullità derivata, solo in ipotesi di collegamento negoziale stretto; la seconda, per contro, più rigorosa, tende a ritenere inammissibile la figura, sulla scorta della necessaria tipicità su cui si incentrano le ipotesi di nullità; in particolare, quest'ultima è, come noto, virtuale, strutturale o testuale, non rilevando, in questo contesto alcuna disciplina differenziata per il collegamento negoziale. La soluzione è, forse, almeno da un punto di vista sistematico, più corretta, poiché, in omaggio al principio di conservazione, essa va considerata quale *extrema ratio* del sistema.

¹⁸¹ Le nullità sospese o pendenti sono quelle tipologie di nullità che disattendono le regole generali perché non possono essere definite *ex ante*, ma si decidono a seconda del concreto svolgimento dei fatti, come avviene nel caso della vendita futura e, più in generale, di tutte le fattispecie a formazione progressiva.

¹⁸² La prospettazione della nullità come sopravvenuta o successiva sembra, *ictu oculi*, una contraddizione in termini, vista la natura della nullità, quale vizio genetico che affligge la struttura e/o il contenuto dell'atto. Tuttavia, la figura della nullità sopravvenuta è divenuta oggetto di riflessione a seguito di svariati interventi legislativi che hanno introdotto ipotesi di nullità in varie tipologie di contratti di durata. Il fenomeno, come si comprenderà, è particolarmente complesso, poiché interseca al suo interno la sorte dei contratti stipulati precedentemente e l'efficacia della legge su tali contratti, in termini di irretroattività o meno. Due sono le maggiori impostazioni che si contendono il campo in materia, sebbene la tematica stia recentemente acquistando sempre più spazio tra gli studiosi del diritto e gli interpreti; in particolare, secondo la tesi tradizionale, una norma non può causare la nullità di un contratto che è stato legittimamente concluso prima della sua entrata in vigore, mentre può, invece, determinarne l'inefficacia sopravvenuta. Si contrappone a questa impostazione quella che propende per l'ammissibilità della nullità sopravvenuta, in quanto, laddove un contratto sia destinato a produrre i suoi effetti per un prolungato lasso di tempo, ben può accadere che il legislatore, *medio tempore*, muti il proprio giudizio con riguardo all'atto in sé, assegnandogli un disvalore che ne determini la nullità con efficacia *ex nunc*. Senza pretesa di completezza, è opportuno notare come le ipotesi applicative maggiormente rilevanti in tema di nullità sopravvenuta hanno riguardato, da un lato, la problematica della fideiussione *omnibus* e della sorte dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della l. n. 154/1992, volta a prevedere il necessario inserimento dell'importo massimo garantito, e l'usurarietà sopravvenuta, dopo la riforma dell'art. 1815, comma 2, c.c., ad opera dell'art. 4 della l. n. 108/1996 (cd. legge antiusura), questione oggi, peraltro, rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, a dimostrazione dell'estrema rilevanza del problema.

E' vero, infatti, che spesso accade che, per il perseguimento di particolari interessi, la giurisprudenza, nell'interpretazione della legge, cerchi di modulare la sanzione della nullità in maniera differente rispetto ai canoni tradizionalmente previsti.

Più in particolare, con riguardo alla categoria certamente più diffusa (e generalmente riconosciuta) tra quelle citate, ossia quella delle nullità relative, volgendo lo sguardo alla giurisprudenza che ha riguardato la materia, non può non notarsi che tanto è cambiato.

Le nullità relative si caratterizzano, invero, generalmente, per una serie di elementi fortemente derogatori rispetto allo statuto generale della nullità, rispetto alla quale esse si discostano per almeno due aspetti assolutamente centrali. Innanzitutto, invero, la legittimazione attiva è ristretta, poiché essa può esser fatta valere esclusivamente dal soggetto a protezione del quale è posta, da cui l'espressione, particolarmente significativa, "nullità di protezione".

Ciò comporta, evidentemente, che l'interesse ad essa sotteso sia senz'altro ristretto a quello personale del soggetto tutelato. Proprio il ristretto interesse alla base delle nullità relative, infatti, fa sì che il potere del giudice di dichiarare la stessa d'ufficio sia inevitabilmente condizionato all'iniziativa di parte: da qui la possibilità, assolutamente esclusa dalla disciplina tradizionale in tema di nullità, se non in rare ipotesi legislativamente stabilite, di discorrere addirittura di "sanatoria" in materia, poiché se la parte interessata non la contesta ed il giudice, giocoforza, non può dichiararla, il contratto è, in sostanza, sanato.

In quest'ambito, di particolare rilevanza pare essere la già citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 18214/15, in materia, per la verità, di forma del contratto¹⁸³.

In questo contesto, invero, la Suprema Corte si occupa di una questione particolarmente interessante in tema di nullità relative, superando, forse, l'ultimo ostacolo che si era precedentemente posto al riguardo.

E' noto, infatti, che una delle caratteristiche generali della nullità sia la sua tipicità, direttamente o "virtualmente", per contrasto con la norma imperativa che impedisce la conclusione di una determinata pattuizione. Partendo da questo incontestabile dato, si è sempre rifiutata la possibilità che le nullità relative potessero essere atipiche, come a gran voce affermato dalle citate Sezioni Unite del dicembre 2007, secondo cui non può giovare il riferimento "*alla valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento*" delle parti, poiché "*nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, tanto più che questa dovrebbe pur sempre logicamente esser concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa (...) e già questo, in difetto di qualsiasi norma che espressamente lo preveda, rende problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità configurata dal primo comma dell'art. 1418, c.c.*". La nullità relativa è sempre stata considerata, dunque, un'eccezione, per cui se ne è sempre richiesta

¹⁸³ Le Sezioni Unite, con la sentenza del 17/09/2015, n. 18214, in *Arch loc. cond.*, 2015, 6, nell'ambito della valutazione sulla validità di un contratto di locazione registrato per una somma inferiore rispetto a quella effettivamente corrisposta dal locatario (cd. locazione di fatto), hanno colto l'occasione per ricostruire il quadro generale delle prescrizioni formali nell'ambito del nostro ordinamento. Più in particolare, la Suprema Corte evidenzia che il "*(presunto) principio della libertà di forma non è privo di eccezioni*", giungendo a ritenere che, in un'ottica ermeneutica assiologicamente orientata, le prescrizioni formali sono da intendere *ad essentiam*: a seconda della *ratio* sottesa alla prescrizione formale, dunque, in una prospettiva valoriale e funzionale della stessa, la forma assume valenza *ad substantiam* ovvero *ad probationem*, senza che ciò possa prescindere dall'obiettivo che la prescrizione stessa è tesa a realizzare.

un'espressa previsione legislativa: laddove il legislatore non disponga che la nullità è relativa essa deve essere qualificata come assoluta.

Le Sezioni Unite, nel 2015, rimeditano il proprio precedente orientamento, giungendo ad una conclusione di non poco conto: la nullità deve essere interpretata in senso assiologico e funzionale; per comprendere se il carattere della stessa sia assoluto ovvero relativo quel che conta non è l'espressa qualificazione normativa, bensì un'analisi funzionale della disposizione che la prevede.

In altre parole, la norma volta a prevedere l'invalidità del negozio, *sub species* di nullità, deve essere interpretata in un'accezione valoriale, assiologicamente orientata, all'esito della quale si comprenderà, in concreto, se quella disposizione sia posta a presidio di interessi generali, e dunque sia assoluta, ovvero a protezione della singola parte debole ed allora, essa non potrà che essere relativa¹⁸⁴. La logica, allora, non è più quella per cui in mancanza di un'espressa previsione, la nullità è sempre assoluta, ma quella per cui la valutazione circa il carattere della nullità va valutato avendo riguardo al concreto interesse che essa è volta a tutelare.

E' evidente, certo, che non si tratti di un'atipicità in senso proprio, poiché una norma di legge che preveda l'invalidità in ogni caso sussiste e, tuttavia, è l'interpretazione circa la sua natura, che diviene atipica, perché funzionalmente ed assiologicamente orientata.

Nell'analisi delle nullità relative, peraltro, sebbene sia vero che esse sono poste a presidio di un interesse individuale, è anche vero che detto assunto debba necessariamente essere precisato.

¹⁸⁴ Le Sezioni Unite, ritenendo che la cd. locazione di fatto sia, in sostanza, incentrata sull'*elemento caratterizzante costituito dall'abuso del locatore*", evidenzia come, nel caso di specie, emerga *"la necessità di un riequilibrio del rapporto mediante l'introduzione di un'ipotesi di nullità relativa: ne consegue, logicamente, che, in mancanza di tale "abuso", la nullità debba ritenersi assoluta (e, quindi, non sanabile) e rilevabile da entrambe le parti, oltre che d'ufficio ex art. 1421, c.c."*.

Le Sezioni Unite, infatti, nella più volte citata sent. n. 26242/14, hanno evidenziato che le nullità di protezione sono “*incipiti*”, in quanto volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale, in un’ottica di microanalisi economica, ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette, in un’ottica di macroanalisi economica, in base a quanto emerso dalle nullità relative in ambito consumeristico, per cui si discorre sempre più spesso di “*ordine pubblico di protezione*”. Ciò, tuttavia, evidentemente, non toglie che esse siano pensate per tutelare nella maniera più diretta possibile il soggetto debole del rapporto ed è proprio questa circostanza a far sì che dette nullità siano anche nullità parziali.

Esse, infatti, colpiscono esclusivamente la clausola o la parte del contratto “vessatoria”¹⁸⁵. Un problema che, tuttavia, si è recentemente posto all’attenzione degli interpreti, ferma restando la *ratio* di protezione delle nullità relative e, dunque, la caducazione della singola parte con salvezza dell’intero contratto, concerne la possibilità di ricorrere all’integrazione legale del regolamento negoziale da parte del giudice.

La tematica, come noto, è di particolare importanza anche nell’ottica del diritto eurounitario, da cui, di conseguenza, non può prescindersi per una compiuta analisi del fenomeno.

Già la Direttiva 93/13/CEE¹⁸⁶, del 5 aprile 1993, in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, all’art. 6, par. 1, testualmente disponeva che “*Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle*

¹⁸⁵ Per una più compiuta disamina della *ratio* sottostante alla vessatorietà delle clausole, con particolare riguardo alla disciplina consumeristica, vd. *amplius infra*, par. 6.

¹⁸⁶ Pubbl. in G.U. n. L 095, 21/04/1993, 29-34.

condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”, con una disciplina, in sostanza, analoga a quella prevista dall’art. 1419, c.c., in materia di nullità parziale.

L’interpretazione della norma, da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, è sempre stata, nel tempo, molto rigorosa, essendo essa volta a ritenere che i giudici nazionali sono solo tenuti ad escludere l’applicazione della clausola abusiva, onde evitare che essa produca effetti, non essendo essi, dunque, mai autorizzati a rivedere né il contenuto della singola clausola, né, tantomeno, quello dell’intero contratto: in linea di principio, il contratto deve continuare ad esistere senza la clausola e senza possibilità di modifica alcuna. Questo perché, se il giudice potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive, sarebbe inevitabilmente compromesso l’obiettivo che il diritto eurounitario si è posto in materia, ovverosia la massima protezione del consumatore, eliminando l’effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, poiché essi rimarrebbero *“tentati”* di inserire tali clausole, *“consapevoli che, quand’anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l’interesse dei professionisti”*¹⁸⁷.

Tuttavia, la CGE ha di recente, almeno in parte, corretto il proprio orientamento, nella causa C-26/13, con sentenza della Sezione IV, resa

¹⁸⁷ CGE, sent. Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, punto 69.

il 30 aprile 2014¹⁸⁸. In particolare, in una controversia avente ad oggetto l’inserimento di una clausola abusiva in un contratto di mutuo, la Corte evidenzia che, nonostante restino fermi gli approdi in precedenza raggiunti circa l’interpretazione della normativa europea in materia di clausole abusive, è, comunque, in alcuni casi limite, possibile la sostituzione della clausola abusiva con un’altra clausola conforme ad una previsione legislativa. Ed infatti, prosegue la Corte, la sostituzione della clausola abusiva con una disposizione nazionale di natura suppletiva è conforme all’obiettivo dell’art. 6, par. 1 della dir. 93/13, la quale “*tende a sostituire all’equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l’uguaglianza tra queste ultime e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive*”; se, al contrario, tale sostituzione non si permettesse, in taluni casi, come quello oggetto di giudizio da parte della CGE, obbligando il giudice a dichiarare nullo l’intero contratto a fronte dell’impossibilità per il contratto contenente la clausola abusiva di rimanere in vita senza di essa e senza una disciplina che la sostituisca, “*il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose tali che il carattere dissuasivo risultante dall’annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso*”. E’ vero, infatti, che nell’ambito di un contratto quale quello di mutuo, la declaratoria di nullità dello stesso avrebbe l’effetto non soltanto di rendere immediatamente esigibile l’importo residuo dovuto a titolo del prestito, ma altresì quello di aprire la strada alle restituzioni, conseguenze, queste, assolutamente impensabili nell’ottica di un

¹⁸⁸ Sent. Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai c/ OTP Jelzálogbank Zrt, EU:C:2014:282.

consumatore che, innanzitutto, può non avere capacità finanziarie tali da far fronte a detti effetti, ma che, soprattutto, vuole il contratto stipulato, sebbene scevro dalla singola clausola abusiva ivi inserita, per cui l'unica soluzione possibile pare essere, in questo senso, l'integrazione legale del contratto e la conseguente sostituzione della clausola abusiva con altra clausola prevista da legge imperativa.

La pronuncia, per la verità, non sorprende nell'ambito del nostro ordinamento dove, come evidenziato, vige il meccanismo di sostituzione automatica delle clausole ai sensi dell'art. 1339, c.c. Tuttavia, ci si è chiesti quale sia la soluzione da adottare qualora un criterio di integrazione legale non vi sia e come ci si possa comportare dinanzi ad un contratto contenente una clausola vessatoria che risulti, ciò nonostante, essenziale.

E' in questo delicato ambito che si inserisce, allora, il problema del sindacato del giudice sull'equilibrio del contratto, attraverso il giudizio di equità, che, per quanto, sicuramente, incerto, sembra essere l'unica via in concreto percorribile.

Ultima novità, in punto di nullità, è rappresentata dalla cd. nullità selettiva, strettamente connessa, in verità, con quella relativa. Ci si è, invero, chiesti, se la nullità relativa potesse avere o meno carattere selettivo e, dunque, essere graduata, dallo stesso soggetto debole nel cui interesse è posta, in un'ottica di vera e propria scelta, selezione, appunto, delle parti di contratto di cui si richiede l'invalidazione.

In materia, è di recente intervenuta la Suprema Corte con una pronuncia che, sebbene non da tutti condivisa, certamente rappresenta un importante punto d'arrivo con riguardo alla (innovata) concezione dello statuto della nullità¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Cass. civ., 27/04/2016, n. 8395, in *Giust. civ.*, 2016.

Sulla scia tracciata dalla citata sentenza delle Sezioni Unite del 2015 sulla forma funzionale, il Supremo Consesso¹⁹⁰ evidenzia come sia assolutamente possibile, a fronte di una norma che preveda un'ipotesi di nullità di protezione, per l'interessato selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo alla "porzione" di contratto da cui egli si ritiene ingiustamente pregiudicato, lasciando la restante parte al di fuori del giudizio, in coerenza con il disposto degli artt. 99 e 100, c.p.c.¹⁹¹

Sebbene, chiaramente, non possa esaurirsi qui la trattazione delle variegata sfumature che la nullità oggi acquisisce rispetto al suo tradizionale statuto¹⁹², quanto finora evidenziato può, ai fini che la trattazione si pone, risultare bastevole per un compiuto inquadramento dell'istituto delle clausole *claims made*, in particolare le impure, nell'ambito della disciplina della nullità.

La valutazione circa la validità della clausola *claims made* impura inserita nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, infatti, deve essere incentrata su un piano differente rispetto a quello della "pura" meritevolezza, poiché non è seriamente immaginabile che

¹⁹⁰ La Corte esamina, in particolare, la nullità prevista dall'art. 23 TUF, per mancanza di forma scritta *ad substantiam* ed evidenzia come detta previsione sia configurabile come nullità di protezione, perciò rilevabile esclusivamente dal cliente, quale contraente debole, ovvero d'ufficio, ma con le precisazioni già fatte in tema di rilevabilità/dichiarabilità della nullità *ex officio* dal giudice.

La particolare natura e funzione di questo tipo di nullità, dunque, comporta, nel caso di specie, che il cliente possa selezionare la nullità e rivolgerla ai singoli contratti attuativi del contratto quadro concernenti l'acquisto di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, restando gli altri estranei al giudizio.

¹⁹¹ L'art. 99, c.p.c., nel sancire il fondamentale principio della domanda, dispone che "*Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente*"; l'art. 100, invece, in materia di interesse ad agire, sancisce: "*Per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*".

¹⁹² Tematica che reca con sé, tra l'altro, l'importantissima questione circa la valutazione se dette "nuove" ipotesi di nullità possano considerarsi attuative o derogatorie rispetto ai principi generali in materia, unitamente a quella, ancor più rilevante da un punto di vista sistematico, circa una paventata crisi della tradizionale *summa divisio* tra nullità ed annullabilità, nell'alveo della categoria avvolgente dell'invalidità, data l'emersione, accanto alle citate nullità relative, della cd. annullabilità assoluta, con un peculiare avvicinamento tra le due categorie rimediali.

una clausola del genere possa in concreto rivelarsi “inutile” per le parti contraenti. Del resto, le stesse Sezioni Unite evidenziano la possibilità che la *claims made* impura possa determinare uno squilibrio contrattuale inammissibile, da ritenere, dunque, nullo. La nullità è, peraltro, declinata in chiave di invalidità parziale della singola pattuizione con una sorta di integrazione legale del contratto, che resta in vita, ma si intende concluso, ex art. 1917, comma 1, in base al modello *act committed* o *loss occurrence*. La valutazione circa l’eventuale essenzialità della clausola nell’ottica dell’assicuratore, evidentemente ben possibile, posta la assoluta libertà di quest’ultimo sul se concludere o meno il contratto e a che condizioni farlo, dovrebbe, allora, essere superata, a prescindere, dal giudizio di equità del giudice, che interviene a correggere un regolamento negoziale squilibrato proprio dall’inserimento della clausola in esame.

Pare, infatti, più che verosimile ritenere che il danneggiante assicurato non vorrà mai la caducazione dell’intero contratto, derivante dall’invalidità della singola clausola (sebbene essenziale per l’assicuratore), poiché questo si tradurrebbe inevitabilmente nella totale assenza di copertura assicurativa, a prescindere dal metodo di conclusione, per tutto il periodo di efficacia del contratto. Conseguenza questa, a ben vedere, ancor più inaccettabile, se si pensa all’obbligo di assicurazione per la responsabilità professionale, nel cui ambito la stipula del contratto di assicurazione è necessitata da una apposita disposizione legislativa che impone un comportamento doveroso al professionista.

Tuttavia, questo impianto fa pensare, nell’ottica della summenzionata interpretazione assiologica e valoriale del sistema, all’ineludibile valutazione per cui la nullità, così come strutturata, pare essere una

nullità in tutto e per tutto relativa, di protezione per il contraente debole, che poco ha a che vedere con quella assoluta¹⁹³.

Ma se così fosse, le conseguenze sarebbero di non poco conto sotto svariati profili: la legittimazione, in primo luogo, ristretta al solo assicurato (e non anche, dunque, eventualmente al terzo interessato “per eccellenza” in questo campo, ovverosia il danneggiato); la possibilità per il giudice unicamente di rilevare, non anche di dichiarare l’invalidità d’ufficio; l’eventuale prospettazione della “selettività” del rimedio. E tuttavia, a voler così ragionare, la nullità relativa sarebbe una nullità atipica, poiché nessuna disposizione di legge disciplina né la clausola *claims made*, né, giocoforza, la sua nullità.

La conclusione, peraltro, sembra del tutto incompatibile con il sistema prospettato finora, nel cui ambito, come detto, si è aperta la strada non già ad un’indiscriminata atipicità delle nullità (a maggior ragione relative), ma solo ad un’interpretazione funzionale, in termini di assolutezza ovvero relatività, di una disposizione che, tuttavia, prevede espressamente l’ipotesi di nullità.

Ecco che, dunque, nel momento in cui si cerca di recuperare una coerenza di fondo del sistema, essa si perde, nuovamente ed inevitabilmente, per la sostanziale mancanza di corrispondenza tra finalità dichiarate e mezzi impiegati per raggiungerle.

Ecco che, allora, un ulteriore strumento è necessario valutare, alla luce di quanto finora emerso, per cercare di ritrovare, una volta per tutte, la

¹⁹³ A maggior ragione se si pensi al tradizionale assunto per cui il terzo danneggiato, che ben potrebbe essere interessato, in ipotesi, a far valere la nullità della clausola che escluda l’operatività della copertura assicurativa, esponendolo al rischio di rimanere insoddisfatto per l’incapienza del patrimonio del danneggiante assicurato, resta estraneo al contratto e non può, dunque, salvi i casi espressamente previsti (artt. 145, 148, 149, 150 del d. lgs. n. 209/2005, meglio noto come Codice delle Assicurazioni).

coerenza sistematica anche nell'ambito di un istituto travagliato, quale quello delle *claims made*.

6. La vessatorietà delle clausole claims made nell'ottica del Codice del Consumo

Le acquisizioni in tema di buona fede e nullità del contratto e la loro applicazione alle clausole *claims made* fanno sì che occorra prendere ora in considerazione l'ulteriore profilo, pure trattato dalle Sezioni Unite, concernente l'applicazione della disciplina consumeristica alla contrattazione assicurativa con *claims made*.

Come già evidenziato, infatti, la Suprema Corte ha ritenuto che le clausole *claims made* non debbano essere considerate vessatorie per il fatto di limitare l'operatività della garanzia ai soli eventi dannosi per i quali la richiesta sia intervenuta durante la vigenza del contratto. Peraltro, le clausole in questione possono ritenersi nulle laddove, nelle ipotesi in cui risulti applicabile la disciplina del codice del consumo, determinino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi discendenti dal contratto.

In particolare, la vessatorietà della clausola *claims made* presupporrebbe la necessaria applicabilità della disciplina delineata dal Codice del Consumo, con riguardo ai soli contratti conclusi tra consumatore e professionista, le cui nozioni sono puntualmente sancite nell'ambito dello stesso codice.

In linea generale, come noto, la legislazione speciale a tutela del consumatore contende al codice civile la disciplina dei contratti

apportandovi deroghe sotto più profili, tanto da essere frequente, in dottrina, l'affermazione per cui il moderno interprete si trova dinanzi alla "frantumazione" del contratto in più livelli, come in precedenza evidenziato.

Tali "deviazioni" dalle regole generali condividono la medesima *ratio*, per cui lo scopo della normativa è la tutela della persona fisica in virtù della fisiologica sperequazione dei suoi poteri contrattuali riferiti a quelli del professionista, parte contrattuale più avveduta e più forte, in quanto abitualmente svolge attività di impresa¹⁹⁴ e, dunque, tutta la normativa consumeristica mira a compensare quell'asimmetria informativa tra consumatore e professionista che rende il primo parte debole del rapporto contrattuale bisognevole di tutela.

Vero è che la disciplina consumeristica persegue, in via mediata, anche interessi di carattere più generale, quali il corretto funzionamento del mercato, l'uguaglianza, quanto meno formale tra posizioni contrattuali distinte, poiché lo squilibrio tra di esse non altera solo i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese¹⁹⁵.

In questo contesto, la disciplina delle clausole vessatorie, racchiusa negli artt. 33 e ss. del d. lgs. n. 206/05 ha rappresentato la risposta ai limiti del sistema codicistico del '42 sulla tutela del contraente debole, consentendo il passaggio da una tutela meramente formale, di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., ad una di tipo sostanziale.

Ed infatti, il principale motivo di insoddisfazione della disciplina codicistica in materia di clausole vessatorie deriva dalla configurazione meramente formalistica del meccanismo di tutela

¹⁹⁴ Cass. civ., 29/11/11, n. 25212, in *Giust. civ.*, 2011, 11.

¹⁹⁵ Così SS.UU. civ., 12/12/2014, nn. 26242-26243, *cit.*

imperniato sulla specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria, contenuta nelle condizioni generali di contratto, quale condizione necessaria e sufficiente perché la stessa sia efficace nei confronti dell'aderente. A ben vedere, il rispetto di tale disposizione, se tutela l'aderente dalla sorpresa di trovarsi vincolato da clausole particolarmente gravose ignorate o comunque non pienamente comprese, richiamando la sua attenzione sulle stesse, tuttavia lascia del tutto inalterato l'assetto di interessi diviso dal proponente, non assicurando all'aderente alcuna tutela sostanziale contro l'abusiva imposizione delle suddette clausole.

Va, peraltro, ricordato che le condizioni generali di contratto sono oggetto di mera adesione da parte del contraente non predisponente, che si trova dinanzi all'alternativa "prendere o lasciare", ossia aderire in blocco al regolamento negoziale unilateralmente predisposto dalla controparte o rifiutare la stipula; ne deriva, allora, che l'aderente non è tutelato da quelle clausole abusive che abbia formalmente accettato per iscritto per la semplice ragione di non poter fare a meno della stipulazione del contratto.

In direzione opposta milita, invece, la disciplina consumeristica delle clausole vessatorie che promuove, in un'ottica sostanziale di tutela, una verifica di merito del contenuto della statuizione contrattuale, svolta attraverso il vaglio della posizione di forza delle parti. Se emerge il carattere abusivo della clausola, all'esito di tale valutazione, il consumatore non potrà ritenersi vincolato, nonostante l'eventuale osservanza del requisito formale della specifica sottoscrizione.

In particolare, l'art. 33 definisce vessatorie le clausole che *"malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"*. La norma, dunque, ancora principalmente il giudizio di vessatorietà delle

clausole nei contratti di consumo all'equilibrio normativo del contratto, che attiene al contenuto del contratto stesso, ovvero alla ripartizione dei diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi fissati nel regolamento contrattuale.

Le determinazioni concernenti la convenienza economica dell'affare sono rimesse, viceversa, al libero potere negoziale delle parti: il legislatore, all'art. 34, comma 2, del codice del consumo¹⁹⁶, ha espressamente escluso che la valutazione il carattere abusivo della clausola possa fondarsi sull'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi. Tuttavia, questo giudizio si estende anche all'equilibrio economico del contratto ogni qualvolta il professionista violi le regole di trasparenza: l'art. 34, comma 2 afferma che il sindacato giudiziale investe anche l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo ove tali elementi non siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

L'art. 33, comma 2, poi, contiene un'elencazione di clausole, descritte in relazione all'oggetto o all'effetto, la cui vessatorietà è presunta fino a prova contraria. Più in particolare, si distingue tra clausole di sbilanciamento e clausole di sorpresa: le prime sono quelle che

¹⁹⁶ L'art. 34 del Codice del consumo così testualmente recita: *“La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende.*

La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, nè all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riprodotte di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea.

Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.

Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore”.

realizzano un'asimmetria delle posizioni sostanziali e si caratterizzano per l'assenza di reciprocità, attribuendo al professionista un diritto che normalmente non ha o disconoscendo al consumatore un diritto che normalmente ha; stigmatizzandole, il legislatore tende a riportare l'equilibrio tra le posizioni contrattuali.

Le clausole di sorpresa, invece, sono quelle che comportano situazioni contrattuali diverse da quelle che con ragionevolezza il consumatore poteva attendersi, quelle che frustrano il suo affidamento, comportando che egli possa, eventualmente, trovarsi di fronte ad un contratto diverso.

La presunzione relativa di vessatorietà delle clausole della cd. "lista grigia"¹⁹⁷ di cui al citato art. 33 può, allora, essere superata dal professionista che provi che la clausola riproduca il contenuto di disposizioni legislative (o di una delle altre fonti indicate dall'art. 34, comma 3), ovvero che la stessa è stata oggetto di trattativa individuale, la quale, però, non può risolversi nella mera sottoscrizione della pattuizione, ma deve consistere in una precipua influenza nell'elaborazione del contratto o della singola clausola; questo, evidentemente, al chiaro fine di non frustrare il senso dell'impianto normativo consumeristico, stante nella necessità di *"squarciare il velo delle scritturazioni per verificare la trama delle negoziazioni"*¹⁹⁸.

Emerge, allora, immediatamente, una delle fondamentali differenze tra

¹⁹⁷ L'elencazione di clausole contenenti la presunzione relativa di vessatorietà, di cui al citato art. 33 del codice del consumo, si distingue dalla cd. lista nera, di cui all'art. 36, comma 2, contenente un catalogo di clausole che sono comunque vessatorie, indipendentemente da una negoziazione delle stesse e che non consentono la prova contraria. Tuttavia, è opportuno chiarire, le clausole vessatorie costituiscono una categoria aperta per cui il consumatore potrà sempre provare che una clausola non tipizzata produca, in concreto, un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi derivanti dal contratto.

¹⁹⁸ BOCCHINI F. - QUADRI E., *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2014, 792.

la disciplina del cd. “primo contratto”, quello tra pari, disciplinato dal codice civile, ed il “secondo”, il cd. “B2C”, che trova la sua regolamentazione fondamentale nel codice del consumo: la previsione di un penetrante controllo giudiziale sull’equilibrio contrattuale. La disciplina consumeristica, invero, introduce controlli sostanziali da parte del giudice, per reagire ad elementi di ingiustizia o squilibrio contrattuale, in controtendenza rispetto al principio generale secondo cui il contratto non è ispirato all’equità oggettiva. Nell’ambito della disciplina del consumo, invece, la giustizia contrattuale diviene l’obiettivo principale del legislatore, giustificandosi, per questa via, ciò che non è, in base alla disciplina comune, ammesso; questo perché la disciplina in parola presuppone una fisiologica sperequazione dei poteri contrattuali del consumatore rispetto a quelli del professionista, parte contrattuale più avveduta e più forte, in quanto abitualmente svolge attività d’impresa.

Ma la conseguenza fondamentale che il codice del consumo collega all’accertata vessatorietà della clausola è, come noto, identificata nella nullità, che si caratterizza, in particolare, come di protezione, dunque, necessariamente parziale ed a legittimazione relativa. La struttura dell’invalidità ispirata a queste caratteristiche è necessaria per una più efficace tutela del contraente debole, giacché, come si è avuto modo di specificare, la caducazione dell’intero contratto andrebbe a pregiudicare, anziché tutelare, il consumatore, il quale ha, invece, bisogno di usufruire dei beni e dei servizi forniti dal professionista.

Le nullità relative previste dal Codice del consumo sono, come noto, state oggetto di profonde letture critiche da parte di certa dottrina¹⁹⁹, a

¹⁹⁹ Su tutti vd. SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012; CARIOTA FERRARA L., *Annullabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi in onore di Scorza*, Roma, 1940.

causa delle forti deroghe che esse introducono rispetto ai principi generali in tema di nullità. E tuttavia, è innegabile che la nullità di protezione sia definita coerentemente alla finalità di tutela che essa appresta a soggetti considerati parti deboli di un determinato rapporto dal legislatore: la tutela dell'equilibrio economico del contratto, quale rapporto di proporzione valoristica tra le prestazioni dedotte in contratto.

In questo quadro, evidentemente, si inseriscono le più volte citate Sezioni Unite n. 26242/2014, che, come chiarito, conferiscono coerenza al sistema generale, osservando che anche le nullità di protezione sono *“volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (...), ovvero le stesse regole del mercato (...) per le quali si discorre di ordine pubblico di protezione”*. Di qui, dunque, la “giustificazione” del rilievo officioso da parte del giudice anche in quest’ambito, al fine di rafforzare l’intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordate.

Strettamente connesso alla tematica in esame è il diritto all’informazione, che si atteggia in maniera certamente singolare rispetto a quello, pur previsto, nell’ambito della normativa generale, sempre alla dichiarata finalità di limare quell’asimmetria contrattuale in cui versa il contraente debole.

Ed infatti, anche il diritto ad un’adeguata informazione compare tra quelli fondamentali riconosciuti al consumatore dal comma 2 dell’art.

2 del codice del consumo²⁰⁰. Ma, come anticipato, la tematica dell'informazione contrattuale non è estranea nemmeno al legislatore del '42; è, infatti, pacificamente acclarato che il principio di buona fede passa anche attraverso l'adempimento di obblighi informativi gravanti in capo alle parti, tanto nella fase delle trattative (artt. 1337 e 1338, c.c.), quanto nella fase esecutiva del programma negoziale (art. 1375, c.c.).

Si sostiene, peraltro, concordemente, che la disciplina consumeristica sia caratterizzata da obblighi diversi ed ulteriori rispetto a quelli appena evidenziati e previsti dalla disciplina codicistica del "primo contratto". Ed infatti, il legislatore non si accontenta, in quest'ambito, di esigere dal professionista il rispetto degli obblighi di informazione scaturenti dalla buona fede, ma ne immagina altri affinché il consumatore possa essere edotto di tutti gli aspetti del contratto. L'ampliamento ed il rafforzamento degli obblighi informativi è, del resto, dimostrato anche dalla sanzione che la violazione di alcuni di essi comporta. E' vero, infatti, che, in base a quanto evidenziato nella nota e più volte citata pronuncia resa dalle Sezioni Unite il 19/12/2007, n. 26725, la violazione di obblighi informativi, in quanto violazione di una norma di comportamento (non di validità), non può

²⁰⁰ L'art. 2 del Codice del consumo testualmente sancisce: "Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni.

Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:

- a) alla tutela della salute;*
- b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;*
- c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;*
- c bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;*
- d) all'educazione al consumo;*
- e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;*
- f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;*
- g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza".*

comportare nullità virtuale del contratto, quand'anche essi siano espressione del generale principio di buona fede, a meno che il legislatore non abbia espressamente previsto una nullità (testuale) per l'inadempimento di detti obblighi. La disciplina è, però, differente in ambito consumeristico, dove, derogandosi alla tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, il difetto di un'adeguata informazione (e, dunque, un comportamento precontrattuale scorretto) è stigmatizzato, dagli artt. 52, comma 3²⁰¹ e 67 *septiesdecies*²⁰², con la nullità del contratto.

E dunque, con riferimento alle clausole *claims made*, la coerenza del sistema pare, sotto questo punto di vista, essere ritrovata. La nullità è relativa, poiché tale è l'invalidità prevista dal codice del consumo, in chiave di vessatorietà; la violazione degli obblighi informativi oltre la buona fede, più pregnanti e significativi per il consumatore-assicurato, senza con ciò contraddire la distinzione tra norme di validità e di comportamento delle Sezioni Unite del 2007, con tanta forza confermata dalla pronuncia n. 9140/2016, non comporta la "semplice" risarcibilità del danno, ma la nullità della pattuizione posta in essere in loro spregio.

Resta, certo, la problematicità del meccanismo della sostituzione automatica con il modello previsto dal comma 1 dell'art. 1917, c.c., qualora la *claims made* sia essenziale per l'assicuratore e, tuttavia, anche in quest'ambito, la coerenza può essere ritrovata ricorrendo al giudizio equitativo del giudice, molto più penetrante nel sistema

²⁰¹ L'art. 52, comma 3 dispone che "*in caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile dall'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto*".

²⁰² L'art. 67 *septiesdecies* sancisce che "*il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsale somme da questi eventualmente pagate, ovvero violagli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche*".

consumeristico che in quello codicistico e, dunque, pienamente compatibile con le finalità di tutela che la disciplina del “secondo contratto” si propone di raggiungere.

Tutto, dunque, si riduce all’alternativa sull’applicabilità o meno del codice del consumo al contratto di assicurazione, problematica, questa, che è, probabilmente, possibile risolvere positivamente in linea generale, ma che incontra non poche resistenze, qualora l’assicurato rivesta, a sua volta, seppure in un differente settore, la qualifica di “professionista”.

6.1. L’applicabilità della disciplina consumeristica all’assicurazione per la responsabilità professionale

Con più stretto riguardo, infatti, ai contratti di assicurazione sulla responsabilità professionale, si tratta di stabilire se ed in che termini la normativa sul consumo risulti ad essi applicabile.

E’ vero, infatti, che la complessità di alcune professioni renda difficile, anche al di là del rispetto delle regole di diligenza e prudenza dettate dalle *leges artis* dello specifico settore di riferimento, che il rischio di commissione di danni si azzeri del tutto. Di qui, allora, l’esigenza di stipulare, da parte dei professionisti, polizze assicurative, che, peraltro, non sempre sono strutturate in modo tale da soddisfare realmente le loro esigenze.

Ebbene, in questo settore e con riferimento all’ipotesi che detto rischio si concretizzi proprio per il tramite di una clausola *claims made* (impura), certamente, l’applicazione della normativa consumeristica prescinde dal *nomen iuris* del contratto e dalla prestazione che ne costituisce l’oggetto, poiché l’unica circostanza effettivamente

rilevante sta in quella che la pattuizione debba intervenire tra consumatore e professionista. Ai sensi del d. lgs. n. 206/2005, in particolare, viene definito consumatore il soggetto (persona fisica) che, *“per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”*, stipula un contratto. Per contro, è definito professionista *“la persona fisica o giuridica che agisce nell’esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario”*.

Tuttavia, è opportuno evidenziare, nonostante la figura di consumatore sia espressamente definita, nei termini appena evidenziati, dall’art. 3 del codice del consumo, la corrispondente nozione è tutt’ora al centro di un acceso dibattito, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, volto alla delimitazione del confine tra le figure di consumatore e professionista²⁰³.

Più in particolare, secondo una prima opzione ermeneutica, la nozione di consumatore non ricorre tutte le volte in cui il contratto sia finalizzato al compimento di atti strumentali rispetto all’esercizio della professione (per cui si parla di *“teoria dello scopo dell’atto”*); l’elemento idoneo ad escludere l’applicabilità della disciplina a tutela del consumatore è, dunque, rinvenibile nel collegamento funzionale tra il bene o il servizio che costituisce l’oggetto del contratto e la professione del contraente, per cui lo scopo di consumo viene, in negativo, definito come scopo non professionale, o comunque, non strumentale alla professione.

²⁰³ Cfr. GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 919; LORDI A., *Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella subcontrattazione: profili comparativi*, in *Contr. impr.*, 2001, 894; ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 2001, 1083; GENTILI A., *L’interpretazione autentica del contratto*, in *Contr. impr.*, 2001, 1096.

La conseguenza fondamentale dell'orientamento appena esposto, ai fini che qui interessano, risiede nella circostanza per cui i contratti di assicurazione per la responsabilità professionale non potrebbero mai essere qualificabili come contratti di consumo, poiché l'oggetto di questi contratti si pone in rapporto strumentale all'esercizio della professione, in quanto ad essa connesso.

Altra parte della dottrina e parte della giurisprudenza propendono, invece, per un'interpretazione estensiva della nozione di consumatore, che fa leva sulla distinzione tra “atti della professione” e “atti relativi alla professione”; i primi sarebbero quelli con cui il professionista esercita in concreto la professione e valgono ad escludere la qualifica di consumatore, i secondi, per contro, sono sì atti posti in essere nell'ambito della professione e, tuttavia, non ne integrano l'esercizio, essendo ad essa semplicemente strumentali o connessi.

Di conseguenza, i contratti di assicurazione per la responsabilità professionale apparirebbero alla seconda delle due categorie, per cui risulterebbe assolutamente applicabile la disciplina consumeristica.

L'orientamento ha, certamente, il pregio di rafforzare la tutela del consumatore nell'ambito di un mercato caratterizzato dall'esigenza di standardizzazione delle modalità di produzione e distribuzione e, di conseguenza, delle operazioni giuridiche che costituiscono la veste delle operazioni commerciali che, sempre più frequentemente, sono poste in essere mediante la predisposizione unilaterale di contratti conclusi mediante moduli e formulari²⁰⁴.

Non solo, poiché l'impostazione non soddisfa solo un interesse meramente individuale, nella misura in cui la riduzione delle

²⁰⁴ SPADAFORA N., SCARPA D., *op. cit.*, 8.

asimmetrie informative incide sulle dinamiche del mercato in senso, senz'altro, positivo, contribuendo al suo buon funzionamento²⁰⁵.

E' evidente, dunque, che l'applicazione della disciplina consumeristica pone problemi solo ed esclusivamente con riguardo alla stipula di contratti di assicurazione per la responsabilità professionale, giacché essa risulta certamente compatibile con la conclusione di polizze assicurative tra compagnie di assicurazioni e privati che concludono l'accordo in ambiti totalmente estranei alla propria attività professionale.

Non manca chi, per la verità, ritiene la conclusione della polizza come strumentale all'esercizio della professione che l'assicurato svolge, per ciò fuoriuscendo dall'ambito del Codice del Consumo e, dunque, instaurando una sorta di presunzione assoluta circa l'assenza di asimmetrie che giustificerebbero l'applicazione della disciplina in parola.

L'assunto, tuttavia, non pare potersi condividere. Ed invero, alla luce delle considerazioni svolte e degli indiscussi vantaggi che reca con sé l'opzione ermeneutica che propende per la distinzione tra "atti della professione" ed "atti relativi alla professione", la circostanza che il contratto di assicurazione per la responsabilità professionale intervenga tra la società assicuratrice ed un soggetto astrattamente qualificato come "professionista" non può essere decontestualizzata.

Si pensi, ad esempio, al medico che conclude un contratto di tal genere (peraltro perché, come più volte ribadito, rientra tra le categorie di soggetti a ciò obbligati per legge): è di tutta evidenza che egli, sia pur nel suo campo qualificabile come "professionista", non rivesta più detta qualifica nella conclusione di un contratto di

²⁰⁵ CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 714 ss.

assicurazione, per cui, come evidenziato dalle stesse Sezioni Unite, sussiste un contesto di “*spiccata asimmetria delle parti*”, nel quale “*il contraente non predisponente, ancorché in tesi qualificabile come “professionista”, è, in realtà, il più delle volte sguarnito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile*”.

Del resto, a voler diversamente ragionare, si adotterebbe, a ben vedere, un’interpretazione del dato normativo contenuto nel codice del consumo eccessivamente formalistica e poco in linea con le esigenze di più marcata tutela che ispirano l’intera disciplina a protezione del consumatore, quale, innanzitutto, contraente debole, che viene in contatto con una controparte contrattuale professionalmente preparata e per cui si crea quel tipico squilibrio, che proprio la normativa consumeristica è tesa a bilanciare²⁰⁶.

7. La giurisprudenza successiva

La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite n. 9140/16, com’era, chiaramente, prevedibile, si è conformata all’importantissimo precedente.

Nell’ambito della giurisprudenza di legittimità, invero, due sono le pronunce degne di essere richiamate, una delle quali, in verità, parimenti a Sezioni Unite.

Ed infatti, la Suprema Corte, con la sentenza del 02/12/2016, n. 24645²⁰⁷, a distanza, dunque, di pochi mesi dalla analizzata pronuncia,

²⁰⁶ E’, del resto, questa la *ratio* sottesa a tutto il discorso, in precedenza affrontato, circa la “frammentazione del contratto”, la cui origine è da individuare, per quanti, evidentemente, condividano l’assunto, proprio nella sempre più avvertita esigenza di riequilibrare posizioni contrattuali che, *in rerum natura*, fossero squilibrate.

²⁰⁷ Cass. civ. 02/12/2016, n. 24645, in *Dir. giust.*, 2016.

ha deciso un caso molto simile, tra l'altro anche nel fatto, a quello che ha dato origine alla sent. n. 9140/16. La Corte, invero, più volte richiama il suo precedente ed evidenzia che non sussiste alcun motivo per discostarsene, non essendo, evidentemente, intervenuto alcun elemento innovativo ad arricchire il quadro che aveva condotto alla sentenza del maggio 2016.

Tra l'altro, si noti, anche la soluzione concreta cui giunge il Supremo Consesso è, nella sostanza, identica: i giudici evidenziano, infatti, che le valutazioni effettuate dal giudice di merito sono complete ed adeguatamente motivate, come tali, incensurabili in sede di legittimità, sulla scia, dunque, di quanto già stabilito dalle stesse Sezioni Unite.

Allo stesso modo, in piena conformità con le soluzioni della sentenza n. 9140/16, si pone la stessa Corte, questa volta a sezioni semplici, con la recentissima sentenza dell'11/01/2017, n. 417²⁰⁸, in cui i supremi giudici evidenziano che, nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, la clausola *claims made* impura, “*che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto, o comunque entro determinati periodi di tempo preventivamente individuati*” non può essere considerata vessatoria, sebbene essa possa, a determinate condizioni, essere ritenuta immeritevole di tutela, ferma, tra l'altro, l'applicabilità del Codice del Consumo, qualora sussistano i requisiti ivi previsti.

Tuttavia, se nessun dubbio sussisteva a che la giurisprudenza di legittimità non rivedesse l'orientamento della sent. n. 9140/16, proprio alla luce dei principi esposti dalle Sezioni Unite, può risultare

²⁰⁸ Cass. civ. 11/01/2017, n. 417, *inedita*.

certamente interessante verificare come la giurisprudenza di merito successiva ha reagito alla suddetta pronuncia.

Ed in particolare, il Tribunale di Bologna, Sez. II, il 12/08/2017²⁰⁹, ha deciso in materia di azione di responsabilità professionale esercitata nei confronti di un commercialista, che aveva tardivamente impugnato una cartella esattoriale notificata dall’Agenzia delle Entrate; il giudice propende, in questo caso, per l’inoperatività della polizza assicurativa stipulata dal commercialista, contenente clausola *claims made*. Ed infatti, chiarisce il Tribunale, sebbene la condotta del professionista integrante errore professionale sia intervenuta nella vigenza del contratto, la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato interviene solo successivamente alla scadenza dello stesso, per cui l’operatività della clausola *claims made* rende inoperante la garanzia stipulata in contratto. Neppure, sottolinea il giudice, può ritenersi di per sé vessatoria ex art. 1341, c.c. la clausola in parola, poiché essa è “*destinata a delimitare l’oggetto del contratto, in deroga all’art. 1917, comma 1, c.c. e non introducendo limitazioni di responsabilità*”.

Dunque, in questa circostanza, con una decisione, per vero, semplice, il Tribunale esclude l’operatività del contratto poiché contenente la clausola *claims made*, la cui validità è positivamente accertata in astratto, volta ad ancorare l’operatività della garanzia, non già alla verifica del fatto (che, nel caso di specie, interveniva nel periodo di vigenza del contratto), ma alla richiesta di risarcimento da parte del danneggiato (che, per contro, in detto periodo non interveniva).

Più interessante sembra, invece, la pronuncia del Tribunale di Milano, Sez. I, del 17/06/2016, n. 7149²¹⁰.

²⁰⁹ Trib. Bologna, Sez. II, 12/08/2017, *inedita*.

²¹⁰ Trib. Milano, Sez. I, 17/06/2016, n. 7149, in *Foro it.*, 2016.

Con questa sentenza, infatti, il giudice di Milano, in un caso, in verità, particolarmente complesso, evidenzia come, a fronte della validità astratta delle clausole *claims made*, come risulta dai principi enunciati in materia dalla Suprema Corte nella sent. n. 9140/16, nel giudizio di meritevolezza in concreto ad opera del giudice di merito, la clausola inserita nel contratto concernente il caso di specie, viene ritenuta nulla, perché immeritevole di tutela e sostituita di diritto con il modello legale del comma 1 dell'art. 1917, c.c., in base a quanto disposto dall'art. 1932, comma 2, c.c.

Particolarmente interessanti sono le motivazioni che hanno condotto il Tribunale all'affermazione dell'anticipata soluzione.

Ed infatti, la clausola sottoposta all'attenzione del giudice di merito era una *claims made* impura o mista, per la quale solo, si ricorda, si rende necessario il giudizio di meritevolezza, risolto già positivamente *ab origine* per le clausole pure. Ebbene, il Tribunale evidenzia, in linea generale, che l'autonomia negoziale non può essere disancorata dalla natura degli interessi in gioco, correlabili, necessariamente, a loro volta, ai valori che rinvergono fondamento e tutela nell'ambito della Carta Costituzionale. Più in particolare, poi, *“il controllo di meritevolezza degli interessi deve essere condotto, per quel che rileva in questa sede, alla stregua dell'art. 2, Cost., il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà”*.

Il Tribunale, giustamente, evidenzia la fondamentale caratteristica di reciprocità della disposizione dell'art. 2, Cost. e dei principi in esso contenuti e, nel citare un importante precedente della Corte di Cassazione²¹¹, specifica che *“la persona è inseparabile dalla*

²¹¹ Il riferimento è a Cass. civ., 19/06/2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011.

solidarietà che non può essere pertanto limitata alla sfera dei rapporti economici dato che il principio solidaristico, oltre a svolgere una funzione emancipatoria ed a garantire l'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, assume rilevanza anche nell'ambito dei rapporti interindividuali".

Proprio partendo da queste premesse, il giudice evidenzia come la clausola *claims made* impura inserita nel contratto di assicurazione oggetto della sua valutazione, sia da considerare “*del tutto incompatibile*” con lo schema della responsabilità professionale, come quella dedotta in contratto, in cui “*in ragione delle caratteristiche dell'opera intellettuale prestata e della inevitabile discrasia temporale tra l'esecuzione della prestazione e la manifestazione del danno, è pressoché impossibile che in uno stesso anno si verifichi sia la condotta (o l'omissione) del professionista che la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato*”.

Non solo, perché, specifica il Tribunale, l'incompatibilità si accentua quando la clausola sia inserita nei settori in cui è stato introdotto l'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio della propria attività. Dunque, la clausola *claims made* impura “*caratterizzata, peraltro, da una spiccata asimmetria informativa nella quale il contraente non predisponente (sebbene professionista, come nel caso di specie) non è in possesso di tutte le informazioni sui complicati meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile, delle quali dispone, invece, la società di assicurazione*” non è ritenuta meritevole di tutela e deve, per questo, essere ritenuta nulla e sostituita di diritto dalla disposizione del comma 1 dell'art. 1917, “*trattandosi di clausola che deroga in senso meno favorevole all'assicurato*”.

Il giudice di Milano, dunque, applicando i principi enunciati dalle Sezioni Unite, conclude per la nullità della clausola *claims made* impura, evidenziando come la natura di detta clausola sia incompatibile con il contratto di assicurazione ogni qualvolta sia in concreto altamente improbabile (se non impossibile) che tanto il fatto, quanto la richiesta del danneggiato si verifichino nel periodo di vigenza del contratto.

Sulla stessa scia, sebbene con motivazioni parzialmente differenti, in quanto più “specifiche”, si pone il Tribunale di Roma, nella recente sentenza resa dalla XIII Sezione, il 19/12/2016²¹², in cui si ritiene nulla la clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione al vaglio del giudice capitolino, che ancora la decisione a fattori essenzialmente “temporali”.

In particolare, infatti, l’invalidità della clausola *claims made*, contenuta, nel caso di specie, in un contratto di assicurazione per responsabilità medica, è fondata sul contrasto con l’art. 1322, c.c., nonché con l’art. 1418, per nullità, ad un tempo, virtuale e strutturale (declinata quale mancanza di causa ed oggetto validi). Nella questione affrontata dal Tribunale, invero, la clausola estendeva la copertura assicurativa ai quattro anni precedenti alla stipula della polizza ed ancorava l’operatività della garanzia all’avanzamento della richiesta di risarcimento entro il periodo di efficacia dell’assicurazione. Detta clausola è, dunque, considerata nulla, in quanto “*aggrava l’effetto squilibrante dell’economia complessiva del contratto di assicurazione*”.

Più nel dettaglio, il giudice di merito precisa che non tutte le clausole *claims made* sono nulle e detta dei criteri, per così dire, orientativi che

²¹² Trib. Roma, Sez. XIII, 19/12/2016, in *Giust. civ.*, 2016.

possono “guidare” il giudice nella valutazione di meritevolezza della singola pattuizione. Ed infatti, precisa il Tribunale, perché la clausola sia pienamente valida, è necessario che essa “*preveda un congruo periodo di copertura assicurativa (intesa come estensione della garanzia) antecedente all’inizio di vigenza del contratto (almeno di due/tre anni) ed un congruo periodo (computabile in anni) successivo alla scadenza della copertura assicurativa, entro il quale la denuncia del sinistro possa pervenire senza con ciò elidere l’efficacia della garanzia*”.

Non solo, poiché, precisa il giudice, dette previsioni possono variamente essere articolate in relazione alla durata del contratto “*e la prima può anche mancare, purché la seconda, che è comunque imprescindibile, sia, correlativamente, grandemente aumentata*”.

La validità della clausola *claims made* impura, dunque, e la sua meritevolezza vengono ancorate a parametri, questa volta, più precisi, identificati nel lasso temporale durante il quale la copertura viene estesa, di tal che, dovrebbe essere ritenuta automaticamente immeritevole la clausola *claims made* che non preveda estensioni di garanzia, né con riguardo al periodo antecedente, né a quello successivo rispetto all’efficacia del contratto di assicurazione.

Le pronunce esaminate, dunque, evidenziano come la sentenza delle Sezioni Unite, sebbene di grande importanza con riguardo ai principi generali che essa ha dettato, non ha comunque fornito un criterio di risoluzione delle questioni che concretamente possono porsi al vaglio dei giudici di merito, i quali, almeno fino ad ora, hanno mostrato l’esigenza di determinare parametri più certi su cui fondare il giudizio di immeritevolezza della pattuizione *claims made*, atipica, inserita in un tipico contratto di assicurazione.

Non solo, poiché, come prevedibile, emergono tutte le problematiche riguardanti le conseguenze prodotte dal giudizio di merito, in punto di immeritevolezza (o illiceità?) della clausola *claims made* impura, inserita nel contratto di assicurazione, in base ad una valutazione, che, a ben vedere, concerne più il complessivo equilibrio del contratto, la parità tra contraenti, la considerazione che l'assicurato sia quasi parte debole del rapporto e, dunque, la necessità di tutelarla, che non la meritevolezza di tutela (almeno intesa in senso "tradizionale", come in precedenza evidenziato) della singola clausola.

Si confondono, in altri termini, nullità virtuale e strutturale, assoluta e relativa, immeritevolezza ed illiceità, ma, più in generale, vessatorietà e nullità, che sono in un rapporto di causa ad effetto, ma con conseguenze ben precise, che non possono essere ignorate.

Prima fra tutte, come emerso, la legittimazione non più assoluta, la configurazione dell'invalidità come nullità relativa, che il terzo, sebbene interessato, non può mai far valere, in quanto nullità di protezione, a tutto vantaggio, appunto, della parte debole del rapporto.

Certo, da un punto di vista di giustizia equitativa, di tutela della buona fede, nell'accezione, sicuramente non del tutto precisa, nei termini visti, fornita dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, gli approdi ermeneutici cui si è giunti costituiscono, forse, l'unica soluzione concreta che la giurisprudenza poteva accogliere.

Muoversi sul piano della valutazione concreta della pattuizione posta in essere è infatti inevitabile sotto questo punto di vista, sebbene, come visto, sia necessario ancorare i parametri di giudizio a criteri, quanto meno orientativi che possano guidare il giudice di merito. Tuttavia, questa operazione non è, evidentemente, di competenza della Suprema Corte, ma del legislatore. I tempi, infatti, sembrano maturi perché al modello *loss occurrence* e *act committed* sia affiancato,

tipicamente, il modello *claims made*, perché un intervento più puntuale in materia, dunque, ci sia e sia tale da determinare il perimetro entro cui l'autonomia negoziale può esplicarsi nel campo del contratto di assicurazione, nella consapevolezza che il ruolo da detto contratto svolto è quanto mai delicato, in quanto da sempre tradizionalmente inserito in un ambito che trascina quello contrattuale, per sconfinare nel fondamentale campo dei “*complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile*”, cui sono sottese ineludibili esigenze di tutela che vanno ben oltre il già complesso rispetto dell'equilibrio delle posizioni contrattuali.

8. Osservazioni finali

La vicenda dell'inserimento delle clausole *claims made* nell'ambito del contratto di assicurazione è stata, come visto, travagliata e problematica, dapprima per una naturale “reticenza” dei sistemi giuridici di *civil law*, qual è quello italiano, all'introduzione nell'area del giuridicamente rilevante di fenomeni che non sono previsti da un'apposita previa disposizione legislativa.

Tuttavia, è vero che la prassi più recente dimostra come istituti di recente introduzione serpeggiavano già da tempo nell'ambito del “socialmente tipico” e solo dopo periodi non brevi hanno ricevuto l'avallo prima da parte della giurisprudenza, in seguito anche del legislatore.

La giurisprudenza, a seguito di un percorso iniziato relativamente tardi rispetto alla genesi dell'istituto delle *claims made*, si è ormai pronunciata, risolvendo definitivamente ed in senso positivo le questioni circa ammissibilità e validità di dette clausole.

Tuttavia, la circostanza che, come più volte evidenziato, si sia di fronte, quando si parla in generale del contratto di assicurazione, ad un istituto crocevia di più aree del diritto civile, rende l'ulteriore problema concernente le conseguenze cui il giudizio di (im)meritevolezza conduce particolarmente delicato.

Il delicato equilibrio tra l'assicuratore, parte professionalmente preparata, che vuole il contratto con la pattuizione *claims made* (impura) ivi inserita, e l'assicurato, parte "debole" del rapporto in quanto non preparata professionalmente (ancorché, in ipotesi, qualificabile come professionista), che non può non volere che il contratto resti in vita (pena il vuoto di copertura assicurativa) e tuttavia senza la clausola in esame, sembra condurre necessariamente a quello che è un "classico" controllo di vessatorietà della clausola.

Il contenuto oscuro della pattuizione, la limitazione ad archi temporali troppo ristretti che rendono in concreto impossibile all'assicurato l'esercizio dei propri diritti derivanti dal contratto di assicurazione, l'effettiva comprensione, da parte di quest'ultimo, del significato della singola clausola, di solito, unilateralmente predisposta dall'assicuratore, paiono essere classici indici rivelatori del carattere vessatorio della clausola stessa.

Ma se così è, la legittimazione a far valere l'invalidità della clausola non può essere assoluta (con i problemi, peraltro, che potrebbero nascere dall'eventualità che l'assicuratore ne eccepisca l'essenzialità), bensì relativa, di protezione per il solo assicurato, interessato alla conservazione del contratto, ma senza quella pattuizione che, sovente, rende la garanzia inoperativa, lasciando l'assicurato privo di copertura.

Sembra questa la soluzione più ragionevole, allora, con tutte le conseguenze in precedenza evidenziate in punto di nullità relativa e

selettiva, per tutelare l'equilibrio delle posizioni contrattuali, evitando qualunque tipo di stortura nel sistema, senza, però, frustrare quello che è l'insito fondamento della responsabilità civile oggi: il danneggiato non deve sopportare le conseguenze negative del danno. Tanto più, a ben vedere, se si pensa alle ipotesi di assicurazione obbligatoria per la responsabilità professionale, dove la tutela della "vittima" è quanto mai centrale.

E' vero, certo, in una prospettiva che guardi non già alla patologia del rapporto, bensì alla sua fisiologia, che pare possibile prevedere dei sistemi, in ambito negoziale, volti a riequilibrare la situazione di sproporzione provocata dall'inserimento della clausola *claims made* impura nel contratto di assicurazione.

Le pattuizioni volte alla copertura dei danni pregressi, quelle finalizzate all'ultrattività della garanzia con l'inserimento della citata *sunset clause*, ma anche, più in generale, la previsione di particolari contropartite, sia in termini economici (quali un massimale particolarmente elevato, un rimborso delle spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato in misura superiore a quella normalmente prevista), che in termini di ampiezza della copertura (come l'estensione della garanzia anche ai casi di dolo o colpa grave dell'assicurato, normalmente esclusi) potrebbero costituire idonei mezzi per rimediare allo squilibrio realizzatosi con la clausola *claims made*²¹³.

Peraltro, anche qualora tali rimedi siano previsti, nulla esclude che detto squilibrio possa permanere, che l'assicurato possa essere stato attratto dai vantaggi economici prospettati senza adeguatamente

²¹³ Cfr. CASCELLA G., *op. cit.*, 29 ss.

valutare la portata della clausola e le sue ripercussioni sull'efficacia della copertura.

E dunque, ritornando, evidentemente, nella prospettiva patologica del rapporto, in disparte tutte le impostazioni evidenziate sulla configurabilità o meno di nullità relative atipiche (che restano, comunque, almeno per il momento, solo suggestioni), è solo il legislatore a poter giungere pacificamente a queste conclusioni²¹⁴. Finché la clausola *claims made* resterà pattuizione atipica nell'ambito di un contratto tipico, si renderà sempre necessario il controllo di meritevolezza *ex art. 1322, c.c.*, per quanto “anomalo” esso possa sembrare. Ma non paiono sussistere più ragioni ostative a che l'atipicità delle *claims made* resti tale.

Il legislatore potrebbe, infatti, come anticipato, tipizzare, accanto ai modelli già previsti di *loss occurrence* e *act committed*, quello *claims made*, innanzitutto puro, ma anche misto con la previsione di un tempo minimo di estensione della garanzia al periodo precedente ed a quello successivo rispetto all'efficacia del contratto, come, del resto, già avvenuto in altri ordinamenti di *civil law*. In questo modo, la pattuizione tipica non necessiterebbe di alcun controllo di meritevolezza (peraltro già escluso dalla giurisprudenza con riferimento alle clausole *claims made* pure) e residuerebbe unicamente quello che è, a ben vedere, il vero problema delle *claims made* (in particolare quelle impure): la loro eventuale vessatorietà, tale da giustificare il controllo richiesto al giudice di merito, stante nel sindacare l'equilibrio del contratto, perché non si realizzi quella posizione di disparità da cui hanno avuto origine le problematiche di

²¹⁴ Non è un caso, del resto, che la diffusione della clausola *claims made* sia stata caldeggiata dall'ANIA (Associazione nazionale Imprese Assicuratrici), che, parimenti, ne suggerisce la generalizzata introduzione nei contratto di assicurazione della responsabilità civile.

una clausola che, frutto dell'autonomia negoziale, è ben presto diventata "socialmente tipica" e costituisce, sia pure ancora nel silenzio della legge, un'ulteriore modalità di conclusione del contratto di assicurazione, che sembra ormai difficile, anche per il legislatore, ignorare.

Conclusioni

Le clausole claims made inserite nell'ambito del contratto di assicurazione non possono più ragionevolmente sorprendere l'interprete che si trovi dinanzi ad esse.

La frequenza con la quale esse stanno trovando diffusione, unitamente alle esigenze che hanno condotto alla loro origine non possono essere sottovalutate, in specie se si ha riguardo al ruolo che il contratto di assicurazione della responsabilità civile riveste in determinati settori nevralgici dell'ordinamento sociale.

Ordinamento sociale che, certo, si struttura e vive mediante regole e norme che non sono sempre scritte, poiché non è pensabile che, plausibilmente, il legislatore possa seguire il passo – talvolta troppo svelto – che l'evolversi dei traffici economici impone.

E tuttavia, è vero che la legge non può, in certi casi, non intervenire ed anzi deve farlo, in specie quando il fenomeno “sociale” diventi troppo rilevante, anche giuridicamente, per essere ignorato dal mondo del diritto.

L'evoluzione dell'autonomia negoziale ha certamente aiutato sotto questo punto di vista, conferendo ampio spazio alla volontà dei soggetti, che, in linea con gli scopi tradizionali del diritto civile, quale diritto dei privati, consente ad essi, in linea generale, tutto quanto non espressamente vietato.

Ma se, da un lato, questo spazio concesso alle parti consente ad esse di muoversi con facilità nell'ambito dei traffici economici, dall'altro lato ecco sottende una continua tensione tra autonomia e ordinamento, tra volontà del privato e volontà della legge, poiché spinge l'interprete a capire fino a che punto il privato può giungere, fino a dove può regolare i propri interessi, può giuridicizzando una

data operazione economica, senza subire l' "invasione" del legislatore.

Di qui, allora, la necessità di delineare dei limiti alla stessa autonomia, che, pur dovendo essere sempre ragionevoli, congrui, proporzionati e non arbitrari, fungono da irrinunciabili contorni atti a perimetrare gli spazi entro cui la libertà dei privati può muoversi.

E' noto come, in quest'ambito, tra quelli che vengono definiti "limiti interni", particolare importanza sia conferita proprio al giudizio di meritevolezza degli interessi che la pattuizione tende a realizzare.

Peraltro, quest'ultima, inizialmente centrale per i soli contratti atipici ex art. 1322, c.c., è oggi generalizzata, poiché la nozione di "causa in concreto", sintesi dei reali interessi che il negozio è diretto a realizzare, ha evidentemente reso essenziale il controllo di meritevolezza tanto per i contratti atipici, quanto per quelli tipici.

Ma se così è, ritenere che detto controllo sia la via per valutare la liceità delle clausole claims made non è sufficiente, non è abbastanza per conferire la tutela necessaria che l'inserimento di queste clausole nel contratto di assicurazione talvolta impone.

La tutela del contraente sfavorito, perché ignaro, perché non professionalmente preparato, perché, più in generale, non informato, è il nucleo centrale delle problematiche che promanano dall'inserimento delle claims made nel contratto di assicurazione, recando con sé, tra l'altro, un'altra tutela, quella del terzo danneggiato, che non può e non deve subire le conseguenze pregiudizievoli del danno.

E' sull'equilibrio normativo del contratto che la partita deve giocarsi, è sul "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi" che la clausola può provocare "malgrado buona fede", poiché, come le

Sezioni Unite hanno evidenziato, non è la buona fede il punto fondamentale, ma l'equità (sia pure sotto le "mentite spoglie" proprio della buona fede).

In questo contesto si inserisce il più grave dei rimedi contrattuali che il codice civile ci consegna: la nullità, con i suoi mutamenti, con gli slanci evolutivi che l'hanno negli ultimi tempi caratterizzata, poiché, a fronte degli obiettivi cui si tende, pare irragionevole non adeguare la disciplina delle claims made agli approdi cui si è giunti.

E dunque sorgono inevitabilmente gli interrogativi, alcuni dei quali, purtroppo, senza una risposta certa, sulla legittimazione assoluta o meno, sulla rilevabilità (rectius "dichiarabilità") d'ufficio, che conducono, quanto più si scende nel dettaglio, ad ulteriori dubbi interpretativi: da chi può essere fatta valere la nullità? Quale può essere il ruolo del terzo danneggiato? Può parlarsi di nullità relativa e, se del caso, selettiva? Qual è il rapporto tra giudizio di meritevolezza, nullità e vessatorietà? E, ancora, è davvero necessario incentrare il giudizio sulla meritevolezza se il controllo è già insito nella valutazione di ogni regolamento negoziale che sia posto al vaglio del giudice o forse è sufficiente valutare la vessatorietà della clausola, per conferire tutela adeguata? Insomma, quanto più ci si addentra nelle profondità dell'istituto, tanto più i dubbi diventano pregnanti, tanto meno trovano una soluzione soddisfacente.

Giungere ad ammettere la validità astratta delle clausole claims made, certo, è stato un grande passo, cui si è giunti con fin troppo ritardo, ma, da solo, non basta. Il problema che scaturisce dalla limitazione temporale della garanzia nell'ambito delle clausole miste o impure lascia vuoti di tutela, incertezze tali, da non poter essere risolte solo in base ad una valutazione concreta, non fondata su criteri

predeterminati, cui il giudice può ancorare la sua valutazione di merito, che resta, al momento, fin troppo vaga.

Responsabilità civile, invalidità, buona fede, equità, vessatorietà sono solo alcuni degli istituti civilistici che si intersecano nell'ambito delle claims made, disegnando una disciplina che nei suoi contorni non è ancora del tutto limpida.

La l. n. 183/1976, in materia di leasing, la l. n. 52/1991 (sebbene sia discusso) in materia di factoring, la l. n. 154/1992 sulla fideiussione omnibus, sono formidabili esempi di giuridicizzazione di contratti "nati" come socialmente tipici.

Lo studio del metodo claims made è complesso e, certamente, l'eventuale sua positivizzazione non potrà risolvere tutte le problematiche che attorno ad esso ruotano e che restano di "competenza" dell'interprete. Tuttavia, l'auspicato intervento legislativo potrebbe costituire un valido punto di partenza da cui principiare per inserire l'affascinante fenomeno delle clausole claims made nel flusso dell'evoluzione cui va incontro il nostro diritto civile.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: Dei contratti del consumatore*, a cura di BIANCA C. M. - BUSNELLI F. D. - BELLELLI A. - BIGLIAZZI GERI L. - BOCCHINI F. - COSTANZA M. - IUDICA G. - NUZZO M. - RIZZO M. - SESTA M. - VETTORI G., CEDAM, Padova, 1999.

AA. VV., *Commentario al Codice Civile*, a cura di CENDON Giuffrè, Milano, 2010.

AA. VV., *Commentario al Codice del Consumo*, a cura di CUFFARO V., Giuffrè, Milano, 2015.

AA. VV., *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI N., CEDAM, Padova, 1973.

AA. VV., *Il contratto*, a cura di FAVA P., Giuffrè, Milano, 2012.

ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: qual tutela per gli investitori?*, in *Corr. giur.*, 2008.

ALCARO F., *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996.

ALCARO F. - BANDINELLI L. - PALAZZO M., *Effetti del contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGIERI P., ESI, Napoli, 2011.

ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000.

ALPA G., *Corso di diritto contrattuale*, CEDAM, Padova, 2006.

ALPA G., *Il contratto in generale. Vol. 1: Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A.

- MENGONI L. e continuato da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 2014.

ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet, Milano, 2010.

ALPA G., *Orientamenti della Corte di Giustizia UE in materia di tutela del consumatore*, Ipsoa, Milano, 2016.

ALPA G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996.

ALPA G. - BIANCA C. A., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, CEDAM, Padova, 1996.

ALPA G. - DELFINO R., *Il giudice di pace e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996.

ANGELONI V., *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958.

ANNUNZIATA G., *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2016.

ANNUNZIATA G., *Responsabilità civile e risarcibilità del danno*, CEDAM, Padova, 2010.

ARENA R. E., *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giur. merito*, 1998.

ARNONE G. M. D. - CALCAGNO N. - MONATERI P. G., *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, Giappichelli Ed., Torino, 2014.

AUTORINO E., *La responsabilità aquiliana: il modello atipico dell'art. 2043 c.c.*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di STANZIONE P., CEDAM, Padova, 2012.

AUTORINO E., *Problemi del contratto e della responsabilità*, in *Quaderni Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, Salerno, 2000.

AUTORINO E. - SICA S., *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Brunolibri, Salerno, 2007.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Giappichelli Ed., Torino, 2006.

BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008.

BARCELLONA M., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969.

BELLANOVA L., *Il centro e l'anello: il mercato e i consumatori. Appunti sulla direttiva Cee concernente le clausole abusive*, in *Economia dir. terz.*, 1994.

BELLELLI M. - MEZZASOMA L. - RIZZO F., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, ESI. Napoli, 2014.

BIANCA C. M., *Commentario al Codice civile. Inadempimento delle obbligazioni (artt. 1218-1229 del Cod. Civ.)*, Zanichelli, Bologna, 1980.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015.

BIANCA C. M., *La Responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2015.

BIANCA C. M. - BIANCA M., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2016.

BIANCA C. M. - PATTI G.- PATTI S., *Lessico di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1995.

BLANCHARD R. H., *Liability and Compensation Insurance*, D. Appleton & Co., New York - Londra, 1917.

BOCCHINI F. - QUADRI E., *Diritto privato*, Giappichelli Ed., Torino, 2014.

BORRONI A., *Clausola claims made: circolazione parziale di un modello nella responsabilità civile italiana*, in *Ianus*, 2014.

BRACCIODIETA A., *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da SCHLESINGER P., diretto da BUSNELLI F. D., Giuffrè, Milano, 2012.

BUSNELLI F. D. - MORELLO U., *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995.

BUSNELLI F. D. - PATTI S., *Danno e responsabilità civile*, Giappichelli Ed., Torino, 2013.

CAFAGGI F., *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1994.

CALVO R., *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da FRANZONI M., Giuffrè, milano, 2010.

CANDIAN A. D., *Il codice delle assicurazioni*, Giappichelli Ed., Torino, 2007.

CANDIAN A. D., *Responsabilità civile e assicurazione*, EGEA, Milano, 1993.

CANNATA C. A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Torre, Catania, 1996.

CARASSALE U., *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno resp.*, 2006.

CASCELLA G., *Garanzie loss occurrence e claims made, ovvero le insidie delle polizze assicurative a copertura della r.c. professionale. Note a margine di Tribunale Milano 18 marzo 2010, n. 3527*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010.

CARBONE V., *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statistiche*, in *Corr. giur.*, 1996.

CARIOTA FERRARA L., *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in *Studi in onore di Scorza*, Roma, 1940.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, ESI, Napoli, 1961.

CARRARO L., *Il valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949.

CARRESI F., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A. - MENGONI L. e continuato da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 1987.

CATERINI E. - PERLINGIERI P., *Il diritto dei consumi*, Edizioni Scientif. Calabresi, Cosenza, 2009.

CENDON P., *I contratti in generale. Vol. 4.1. Condizioni generali, clausole vessatorie, consumatori*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di CENDON P., Utet, Torino, 2001.

CENDON P., *Trattato breve dei nuovi danni*, CEDAM, Padova, 2014.

CESARANI F., *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims-made: alcune necessarie precisazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011.

CESARANI F., *I nuovi rischi della responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. econ. assicur.*, 2010.

CESARO E., *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469 bis e ss.)*, CEDAM, Padova, 2001.

CHABAS F. - MAZEAUD L. - MAZEAUD H. - MAZEAUD J., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, L.G.D.J., Parigi, 1934.

CIAN G., *Codice civile e leggi collegate. Commento giurisprudenziale sistematico*, CEDAM, Padova, 2015.

CIAN G. - TRABUCCHI A., *Commentario breve al Codice Civile, Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, CEDAM, Padova, 2015.

CIAN M., *Le antiche leggi del commercio. Produzione, scambi, regole*, Il Mulino, Bologna, 2016.

CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, Milano, 1970.

CORRIAS P., *Il contratto di assicurazione*, ESI, Napoli, 2016.

CORTE ENNA G., *La buona fede nei contratti*, in *Filangieri*, 1907.

CORTE ENNA G., *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, in *Filangieri*, 1908.

COSENTINO C., *Eteronomia giudiziale e contratto diseguale*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010.

COVIELLO L., *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangieri*, 1900.

CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984.

CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGIERI P., ESI, Napoli, 2008.

D'AMICO G., *Commento a Corte Cost., 21 ottobre 2013, n. 248*, in *Contratti*, 2014.

D'AMICO G., *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, E.S.I., Napoli, 1996.

DALIA C., *L'equilibrio normativo nel contratto tra codice civile e leggi speciali*, ESI, Napoli, 2008.

DAVIES M., *The end of the affair: duty of care and liability insurance*, in *Legal studies*, 1989.

DE NOVA G., *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole standard abusive*, in *Contratti*, 1993.

DE NOVA G., *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Giuffrè, Milano, 1996.

DE NEGRI R., *La tutela di matrice comunitaria nei confronti delle clausole abusive nei contratti con i consumatori*.

DE STROBEL D., *Le vicende del “claims made”*, in *Dir. econ. ass.*, 2006.

DE STROBEL D. - OGLIARI V., *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, in *Teoria e pratica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008

DEL RE V., *Assicurazione della responsabilità civile ed ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229, c.c.?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.

- DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 1952.
- DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano, 1956.
- DURANTE A., *L'alea e il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1964.
- DURANTE A., *L'assicurazione R.C.*, Ed. Sicurtà, Milano, 1964.
- ENRIGHT W. I. B., *Professional Indemnity Insurance Law*, Sweet & Maxwell, Londra, 1996.
- FANELLI G., *Le assicurazioni*, in *Tratt. Civu-Messineo*, Milano, 1973.
- FARNETI M., *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, CEDAM, Padova, 2009.
- FEOLA M., *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Giappichelli Ed., Torino, 2014.
- FERRARI V., *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da PERLINGIERI P., ESI, Napoli, 2011.
- FILANTI G., *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990.
- FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da FRANZONI M., Giuffrè, Milano, 2010.
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da FRANZONI M., Giuffrè, Milano, 2010.
- FRANZONI M., *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Digesto comm.*, Vol. XII, Torino, 1997.

GABRIELLI E. - ORESTANO A., *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2000.

GALGANO F., *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. impr.*, 1996.

GALGANO F., *Equilibrio contrattuale e buona fede dei contraenti*, in AA. VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di LIPARI N., Napoli, 1998.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000.

GALGANO F., *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993.

GAMBARO A. - SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da SACCO R., Utet, Torino, 2008.

GASPERONI N., *Le assicurazioni*, Vallardi, Milano, 1966.

GAZZARA M., *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

GENTILI A., *L'interpretazione autentica del contratto*, in *Contr. impr.*, 2001.

GORGONI M., *Delimitazione del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli, 1990.

HEMARD J., *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Contant-Laguerre, Parigi, 1925.

LA TORRE A., *L'assicurazione nella storia delle idee*, Giuffrè, Roma, 1995.

LANDINI S., *Equilibrio economico del contratto ed interpretazione*, in *Danno e resp.*, 2011.

LANZANI C., *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno Resp.*, 2005.

LENER G., *La nuova disciplina della clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Foro it.*, 1996.

LOCATELLI L., *Clausole claims-made e loss occurrence nella assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005.

LORDI A., *Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella subcontrattazione: profili comparativi*, in *Contr. impr.*, 2001.

MANNELLA F., *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. III, 2011

MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.

MARIOTTI P. - SERPETTI A., *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2011.

MASTROGIORGIO G., *La giurisprudenza italiana e la clausola claims-made*, in *Resp. civ.*, 2009.

MENICHINO C., *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997.

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti con il consumatore” nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno, III, Diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986.

MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1959.

MONTI A., *La buona fede nel contratto di assicurazione*, in ALPA G., *Le assicurazioni private*, Milano, 2006.

MONTICELLI S., *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e Resp.*, 2013.

MONTICELLI S., *Sub art. 1469-ter*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di CESARO E., Padova, 1998.

MORLEY G. - LONARDO L., *Il trapianto di norme giuridiche. Un «approccio» al diritto comparato*, Napoli, ESI, 1984, trad. it. di WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*.

MUSIO A., *Clausole abusive, buona fede, ragionevolezza*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013.

MUSIO A., *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, 2010.

MUSIO I., *Obblighi di informazione e buona fede nella formazione del contratto*, in *Quaderni del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, diretti da STANZIONE P., Salerno, 2003.

NANNI L., *La clausola generale di buona fede*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione*

giurisprudenziale degli anni novanta, a cura di CABELLA PISU L. - NANNI L., Padova, 1998.

NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012.

NAZZARO A., *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000.

ORESTANO A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992.

ORLANDO S., *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. contr.*, 2009.

PACCHIONI G., *Diritto civile italiano*, CEDAM, Padova, 1939.

PARDOLESI R., *Clausole abusive (nei contratti con i consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994.

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Giuffrè, Milano, 1995.

PATTI S., *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 1992.

PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012.

PERFETTI U., *Il contratto in generale. Vol. 2: La conclusione del contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU A. - MENGONI L. e continuato da SCHLESINGER P., Giuffrè, Milano, 2015.

PERFETTI U., *L'ingiustizia del danno*, Giuffrè, Milano, 2005.

PERLINGIERI P., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, ESI, Napoli, 2014.

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Equilibrio delle posizioni*

contrattuali ed autonomia privata, a cura di FERRONI L., ESI, Napoli, 2002.

PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, ESI, Napoli, 1987.

PERLINGIERI P., *Istituzioni di diritto civile*, ESI, Napoli, 2012.

PERLINGIERI P., *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 2017.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1990.

PIETROBON V., *Il dovere generale di buona fede*, CEDAM, Padova, 1969.

PIGNATARO G., *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, ESI, Napoli, 1999.

PINO A., *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1960.

PIRAINO F., *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010.

POLOTTI DI ZUMAGLIA A., *Coperture presso diversi assicuratori*, in *Diritto ed Economia dell'assicurazione*, (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2013.

PUTTI P. M., *L'invalidità nei contratti con il consumatore*, in AA. VV., *Diritto privato europeo*, a cura di LIPARI N., Padova, 1997.

ROMAGNOLI G. L., *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, CEDAM, Padova, 1997.

RODOTA' S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998.

RESCIGNO P., *Trattato di Diritto Privato*, Utet, Torino, 2013.

RIZZO V., *Le clausole "abusive": realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993.

ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2001.

ROPPO V., *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.

ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche, verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2007.

ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011.

ROPPO V., *La definizione di "clausola abusiva" nei contratti dei consumatori. echi di un dibattito*, in *Pol. dir.*, 2000.

ROPPO V. - NAPOLITANO G., *Clausole abusive*, in *Enc. giur. Treccani*, 1994.

ROSSETTI M., *Il Diritto delle Assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2013.

RUSSO E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.

SACCO G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da VASSALLI F., vol. VI-2, Utet, Torino, 1975.

SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO R., Utet, Torino, 1993.

SALANDRA V., *Dell'assicurazione*, in *Comm. c.c.*, a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Zanichelli- Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1966.

SALANITRO N., *La direttiva comunitaria sulle "clausole abusive" e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993.

SALVESTRONI U., *Principi o clausole generali, clausole "abusive" o "vessatorie" e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995.

SALVI C., *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2005.

SANGIOVANNI V., *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008.

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli Ed., Torino, 2016.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012.

SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001.

SCIANCELEPORE G., *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, ESI, Napoli, 1998.

SCIANCELEPORE G. - STANZIONE P., *Prassi contrattuali e tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 2004.

SERPETTI A., BRUNOMARIOTTI P., *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2011.

SIMONE R., *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, Ipsoa, Torino, 2005.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, ESI, Napoli, 2007.

SPADAFORA N., SCARPA D., *Clausola claims made e disciplina del consumo*, nota a Cass. Sez. un. 06/05/16, n. 9140, in *Dir. Banc.*, 2016.

STANZIONE P., *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano, 1970.

STANZIONE P., *Limiti all'autonomia privata e rimedi contro gli abusi*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013.

STANZIONE P., *Manuale di diritto privato*, Giappichelli Ed., Torino, 2013.

STANZIONE P., *Trattato della responsabilità civile*, CEDAM, Padova, 2012.

STANZIONE P. - MUSIO A., *La tutela del consumatore*, in AA. VV., *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Giappichelli Ed., Torino, 2009.

STANZIONE P. - SCIANCALEPORE G., *Commentario al Codice del consumo*, Ipsoa, Milano, 2006.

STANZIONE P. - SICA S., *Professioni e responsabilità civile*, Zanichelli, Bologna, 2006.

STANZIONE P. - TROISI B., *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli Ed., Torino, 2011.

TASSONE L., *Evoluzione del rischio di responsabilità civile e sui riflessi sull'assicurazione degli operatori sanitari*, in *Dir. econ. ass.*, 1995.

TORRENTE A. - SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2015.

TROIANO S., *“Ragionevolezza” e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità*, in *Obbl. e contr.*, 2006.

TROISI B., *Diritto civile. Lezioni*, ESI, Napoli, 2015.

TROISI B., *Le obbligazioni. Corso di diritto civile*, Giappichelli Ed., Torino, 2015.

TROISI B., *Nozioni giuridiche fondamentali*, ESI, Napoli, 2011.

UDA G. M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992.

VALENTINO D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, ESI, Napoli, 1999.

VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, CEDAM, Padova, 2004.

VAZZANA M., *Reticenza dell'assicurato resa con dolo o colpa grave? Allora il contratto può essere annullato!*, in *Dir. e Giustizia*, 2013.

VERNIZZI S., *Il rischio putativo*, Giuffrè, Milano, 2010.

VIGLIAR S., *Equilibrio “normativo ed “economico” nei contratti del consumatore, tra diritto interno e comunitario. Brevi riflessioni sul sindacato di vessatorietà del giudice*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, CEDAM, Padova, 1972.

VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1936.

VIVANTE C., *Del contratto di assicurazione*, U. Hoepli, Torino, 1936.

WATSON A., *The Evolution of Law*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1985.

WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law.*, University of Georgia Press, Athens, 1974.

WATSON A., *Society and Legal Change*, in *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge L.J., Cambridge, 1978.

ZWEIGERT K. - KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1995.