

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO



**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA
SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM CIVILISTICO**

XXXIII CICLO

Coordinatore: Chiar.mo Prof. G. Preterossi

TESI DI DOTTORATO

L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA:

TRA CLAIMS MADE E DEEMING CLAUSE

Tutor :
Chiar.mo Prof.
Pasquale Stanzone

Dottorando:
Dott. Luca De Martino
Mat. 8800600045

Anno accademico 2019/2020

INDICE

Cap. I

Responsabilità civile e assicurazione

1. *Responsabilità civile e assicurazione: considerazioni introduttive* pag. 5
2. *Responsabilità civile ed altri strumenti di tutela: caratteristiche* pag. 15
3. *Le funzioni della responsabilità civile* pag. 18
4. *Cenni di diritto comparato* pag. 26

Cap. II

La responsabilità civile: le nuove frontiere

1. *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale:
i confini tra le due fattispecie* pag. 34
2. *L'emergere di nuove figure di responsabilità:
la responsabilità da contatto sociale* pag. 38
3. *Il concetto di obbligazione e gli obblighi di protezione* pag. 40
4. *Violazione dell'affidamento nelle trattative contrattuali* pag. 46
5. *La responsabilità per contatto sociale qualificato* pag. 50

Cap. III

Il contratto di assicurazione

1. *Il contratto di assicurazione* pag. 53
2. *Il contratto di assicurazione:
cenni di diritto comparato ed evoluzione* pag. 55

3. *Rischio ed alea del contratto di assicurazione* pag. 59
4. *Il rischio putativo ed il rischio soggettivo* pag. 63

Cap. IV

L'assicurazione della responsabilità civile

1. *L'assicurazione della responsabilità civile: la nozione di sinistro* pag. 65
2. *Le clausole claims made:
la posizione della dottrina e della giurisprudenza* pag. 75
3. *I due arresti delle Sezioni Unite del 2016 e del 2018* pag. 86

CAP V

La responsabilità medica

1. *Premessa* pag. 110
2. *Natura e fondamento della responsabilità della struttura sanitaria:
la posizione della Cassazione del 2019* pag. 112
3. *La responsabilità civile del medico* pag. 121
4. *La natura della responsabilità civile del medico* pag. 124
5. *La legge Balduzzi* pag. 130
6. *La riforma Gelli Bianco* pag. 135
7. *L'assicurazione della responsabilità civile* pag. 141
8. *Le polizze assicurative tra claims made e deeming clauses* pag. 146

- BIBLIOGRAFIA** pag. 158

Cap. I

Responsabilità civile e assicurazione

Sommario: 1. *Responsabilità civile e assicurazione: considerazioni introduttive*; 2. *Responsabilità civile ed altri strumenti di tutela: caratteristiche*; 3. *Le funzioni della responsabilità civile*; 4. *Cenni di diritto comparato*.

1. *Responsabilità civile e assicurazione: considerazioni introduttive.*

La responsabilità civile e l'assicurazione sono due istituti giuridici logicamente e funzionalmente connessi in ragione di una loro reciproca influenza e dipendenza economica.

È principio fondamentale di ogni società civile, che trova espresso riconoscimento nel nostro ordinamento positivo, che colui che cagiona ad un altro soggetto un danno ingiusto è ritenuto a risarcirlo (artt. 2043 e 1218. c.c.)¹, tanto da far dire ad autorevole dottrina che “il risarcimento del danno è intrinseco e coesenziale all'obbligazione”². La “responsabilità civile” è quindi

¹ In generale sulla responsabilità civile v. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Milano 2005; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano 1999; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004; M. STELLA, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano 2007; S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

² S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, t. 1 fasc. 2, Torino, 1952.

quel collegamento legale tra il danno subito da un soggetto (il danneggiato) e un secondo soggetto (il responsabile), per effetto del quale sorge un'obbligazione patrimoniale in capo al secondo di risarcire il primo. Essa ha la funzione di trasferire il costo di un danno dal soggetto che lo ha subito ad un altro soggetto, "attraverso l'imputazione al secondo di un'obbligazione, avente come contenuto il risarcimento di quel danno"³. La responsabilità civile implica, pertanto, la necessità di individuare l'area del "danno ingiusto"⁴ attraverso la quale distinguere l'area del lecito dall'area dell'illecito e la riconducibilità della relativa obbligazione risarcitoria a un determinato soggetto.

Il disvalore attribuito al fatto che rompe l'equilibrio sociale e giuridico trova risposta, dunque, nel giudizio di valore attribuito al fatto riparatore ovvero all'obbligo di risarcire il danno⁵.

La responsabilità si fonda, essenzialmente, ma non esclusivamente, sul principio dell'imputabilità ovvero della colpa⁶ e, dalla sua iniziale ricostruzione come una sanzione per l'autore del comportamento illecito, oggi è prevalentemente considerata come uno strumento per la riparazione del danno ancorché non tutti i danni sono risarcibili⁷. Nella raffigurazione della

³ C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vig), in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p.1187.

⁴ V. MONATERI P.G., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ. Una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 325; SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2009, 661.

⁵ Così c. MAIORCA, *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 1004 s., cfr. anche P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 2 il quale osserva: «La teoria tradizionale poneva l'accento sul carattere biasimevole dell'illecito ed esaltava quindi maggiormente gli aspetti sanzionatori dello stesso. L'illecito era un giudizio di rimprovero che l'ordinamento muoveva alla condotta del convenuto, dunque l'illecito doveva fondarsi essenzialmente sulla colpa».

⁶ Si distingue in proposito tra colpa commissiva e colpa omissiva il primo caso ricorrendo per la mancanza e l'inesistenza di misure di sicurezza o di prevenzione dell'evento, la seconda quando vi sia una vera e propria violazione di una norma che obbliga ad agire in un certo modo. Cfr.: G. ALPA, *Responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano 2006, p. 495 ss.

⁷ v. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, p. 66 e F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, pp. 68-69.

responsabilità come sanzione l'idea dell'assicurazione della stessa non trovava spazio ed infatti le ipotesi in cui era prevista erano limitate a casi determinati⁸.

La responsabilità civile viene qui presa in considerazione nelle due diverse accezioni della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale⁹.

Come è noto i confini e le differenze tra le due fattispecie, pur da sempre utilizzate dalla dottrina tradizionale e dal dato normativo, vanno sempre più affievolendosi e confondendosi come dimostra la circostanza che molte ipotesi di responsabilità, una per tutte quelle del medico, sono state diversamente qualificate nel tempo dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'ampliarsi delle obbligazioni a cui è tenuto il debitore in un rapporto obbligatorio oltre l'obbligazione principale, infatti, fanno sì che nel loro insieme configurino un più ampio dovere di "*neminem laedere*". Deve in ogni caso escludersi la possibilità di *reductio ad unum*¹⁰ dei vari modelli di responsabilità che sono prefigurati non solo nel codice civile ma anche in diverse disposizioni speciali sussistendo presupposti ed elementi diversi tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ma anche tra i diversi modelli di responsabilità extracontrattuale previsti nell'ordinamento.

Nella sua essenza può dirsi che la responsabilità contrattuale nasce da un precedente rapporto esistente tra due soggetti mentre in quella extracontrattuale la relazione intersoggettiva è conseguente all'accertamento del danno ingiusto¹¹. In entrambe le fattispecie il danno ingiusto è elemento qualificante che

⁸ Normativamente era prevista solamente l'assicurazione del rischio locativo (art. 445 cod. comm. del 1882), e l'assicurazione per i danni provocati ai proprietari degli immobili dai vicini in caso d'incendio.

⁹ Stefano Rodotà, ha individuato nel codice civile oltre alle tradizionali ipotesi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che differiscono per il criterio con cui viene individuato il soggetto "responsabile", altre due fattispecie: nella prima la "responsabilità" indicherebbe «l'assoggettamento di una persona o di una cosa a un potere di aggressione [...] del creditore», in tal senso sarebbe ad esempio l'art. 2740c.c. ; nella seconda , la "responsabilità" sarebbe eventuale dipendendo dalla circostanza che il soggetto "responsabile" abbia assunto o abbia instaurato un determinato rapporto, in tal senso sarebbe l'art. 1486 c.c.; cfr. S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 41 e ss..

¹⁰ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* 3, Milano, 2006, 182.

¹¹ C. SALVI, *op. cit.*, p. 1190 s.

nell'ipotesi di responsabilità contrattuale è un danno tipico consistente nell'inadempimento dell'obbligazione assunta mentre in quella extracontrattuale è la lesione di un interesse giuridicamente tutelato nel quale rientrano non solo i diritti assoluti ma anche i diritti di credito, gli interessi legittimi fino alle aspettative¹².

La "responsabilità civile" nella sua concezione ampia che ne accolga i diversi modelli sta progressivamente abbandonando la sua funzione storica di tipo reintegratorio o compensativo, a vantaggio di una responsabilità civile a servizio di diverse e specifiche esigenze di politica del diritto. Ciò si lega alla circostanza che l'area della responsabilità civile, sia da inadempimento che per fatto illecito si sta fortemente sviluppando riconoscendo la rilevanza per l'ordinamento di nuovi interessi meritevoli di tutela estendendo così la categoria dei danneggiati in senso giuridico. In questa prospettiva la responsabilità extracontrattuale si sviluppa più rapidamente di quella contrattuale, anche perché si fonda sulla elastica formulazione dell'art. 2043 c.c. al quale molti riconoscono il rango di «clausola generale»¹³, senza tuttavia superare l'ostacolo posto dai dubbi sulla funzione dell'istituto.

Anche l'area della responsabilità contrattuale si amplia: il requisito dell'inadempimento di un obbligo preesistente viene, infatti, superato attraverso la teoria sulla struttura complessa dell'obbligazione e, più di recente, sull'«obbligazione senza prestazione».

Per altra via, dottrina e giurisprudenza tendono a ridimensionare le differenze tra responsabilità da inadempimento e responsabilità da fatto illecito perseguendo l'obiettivo di porre a disposizione del danneggiato gli strumenti più convenienti in concreto. Tale obiettivo può essere raggiunto ammettendo una contiguità tra le due fattispecie di responsabilità in modo che non risultino zone prive di tutela. La finalità di favorire il danneggiato si realizzerebbe, allora, solo

¹² Per un approfondimento dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di interessi protetti cfr. P. STANZIONE, *La responsabilità civile: principi generali*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, Cedam, Padova, 2012, p. 23 ss.

¹³ Altri, in una prospettiva meno ampia la considerano "norma generale" in ragione della quale sarebbero risarcibili solo i danni meramente patrimoniali.

nella fase di individuazione del regime da applicare, riconducendo l'interesse da tutelare all'interno di quello più favorevole.

In base ad altra prospettazione è possibile una parziale sovrapposizione dei diversi regimi di responsabilità che consentirebbe di beneficiare, almeno teoricamente, di una duplice tutela, sia per responsabilità contrattuale che extracontrattuale.

Le nuove frontiere dell'indagine involgono, quindi, sia l'istituto del nesso di causalità materiale¹⁴, mutuata per tutta la responsabilità civile dagli artt. 40 e 41 del Codice Penale¹⁵, sia quello della colpa che potrebbe fondare oltre l'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche l'inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c., discutendosi in tal modo del fondamento soggettivo ovvero oggettivo della responsabilità contrattuale.

Per altro verso, soffermandosi sulle indubbie differenze di regolamentazione tra i due tipi di responsabilità, si discute spesso della opportunità ed utilità delle stesse anche alla luce delle esperienze sovranazionali ed internazionali¹⁶.

La ricostruzione che lega la responsabilità al fatto illecito ed alla colpa, tuttavia, trova una facile applicazione fin dove sono facilmente individuabili i parametri dei comportamenti leciti e le regole degli stessi. A partire dalla

¹⁴ Per una rilettura del nesso causale v. da ultimo Cass., 28991 e 28992, dell'11 settembre 2019 (le cc.dd. sentenze di San Martino).

¹⁵ L'art. 2056 c.c., per la disciplina della responsabilità extracontrattuale, al 1° comma, infatti, rinvia a gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., che disciplinano la responsabilità contrattuale: queste disposizioni sono dunque indubbiamente comuni ai due regimi di responsabilità ancorché possano sussistere divergenze applicative. L'art. 2056 c.c. non richiama invece l'art. 1225 c.c. che limita la responsabilità ai danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, e contiene un 2° comma che sembra riferito alla sola responsabilità aquiliana. Su tali profili, quindi, potrebbero sussistere effettive differenze tra i due regimi di responsabilità, mentre alcuni istituti, pur essendo stati disciplinati autonomamente per ciascun tipo di responsabilità, presentano indubbi elementi di affinità come ad esempio gli artt. 1228 e 2049 c.c..

¹⁶ Ci si riferisce alla *Modernisierung des Schuldrecht* tedesca e alla legge francese del 17 giugno 2008, n. 561, sulla riforma della prescrizione sulla base di quanto già detto nell'*Avant-projet* per una più ampia riforma del *Code Civil*, ed anche ai *Principles of International Commercial Contracts*, ai *Principles of European Contract Law*, ai *Principles of European Tort Law* e al Progetto preliminare del *Code Européen des Contrats*, dove si tenta una armonizzazione dei sistemi privatistici nazionali.

Rivoluzione industriale¹⁷, ed ancor più nelle società moderne contraddistinte dal proliferare di rapporti complessi ed articolati nei quali potrebbe sfumare o essere più difficilmente accertabile la ricostruzione dell'elemento intenzionale nella produzione di fatti ingiusti, si sviluppa la convinzione che sia socialmente e giuridicamente necessario riparare anche danni provocati in assenza di comportamenti colpevoli parlandosi in tal caso di responsabilità oggettiva o indiretta¹⁸.

Più in generale può dirsi che si ribalta un principio liberistico che riteneva dovesse essere indenne chi svolgeva determinate attività economiche, anche rischiose, dai danni dalle stesse prodotte ove avesse agito secondo parametri considerati normali per arrivare all'opposta convinzione che la responsabilità civile abbia una funzione sociale che giustifica la traslazione del danno dalla vittima ad un altro soggetto, funzione che serve anche a legittimare ed a creare consenso intorno alla libertà di sviluppo del sistema capitalistico¹⁹. In tal modo, attraverso lo spostamento delle garanzie giuridiche dall'autore del danno al danneggiato, si realizza anche una funzione redistributiva della ricchezza.

Nella sostanza, in tali ipotesi vengono essenzialmente in evidenza rapporti economici o sociali che legano l'autore del fatto materiale a colui che è chiamato a risponderne e che giustificano l'accollo al "gestor" della comunità di appartenenza²⁰. A tale ambito sono riconducibili, ad esempio, la responsabilità

¹⁷ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 277 ss.; S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura funzioni e «valori» (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.; G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 423 ss.

¹⁸ G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919.

¹⁹ S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito, (Diritto vigente)* in *Nss. Dig. It.*, vol. VIII, 1962, 164 ss.; ID, *Responsabilità civile, ivi*, vol. XV, 1968, 628 ss.

²⁰ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 1009. I limiti della rilevanza del criterio della colpa sono stati affrontati dalla più autorevole dottrina civilistica la quale ha messo in luce la differenza sussistente tra le ipotesi in cui la responsabilità di cui all'art. 1218 venga meno ove sia individuabile una colpa presunta concretizzantesi in una culpa valutabile con i criteri di cui all'art. 1176 c.c. (colpa in senso soggettivo, ancorché riferiti alla

del *pater familias* o quella dell'imprenditore ricostruite attorno al c.d. "principio del rischio" o al "principio di solidarietà" o come altri preferiscono dire "responsabilità del capo"²¹ ed infine il "principio di prevenzione".

Una modernizzazione di tale impostazione la ritroviamo oggi in quella teoria che parla appunto, particolarmente in alcuni ambiti come in quello medico²², di responsabilità da contatto sociale secondo la quale la responsabilità non nasce da un rapporto contrattuale tra due soggetti ma da un altro rapporto giuridico.

Viene così superato lo stretto schema che legava la responsabilità alla colpa ed all'autore dell'atto illecito e per tale via si apre anche la via all'assicurazione della responsabilità civile ovvero a quel contratto, come dice l'art. 1882 c.c., "col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un corrispettivo, detto premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana".

È stato osservato da autorevole dottrina²³ che il superamento del principio della colpa come fondamento della responsabilità civile, chiaramente scritto nel codice civile, si comprende solo se, in una «visione realistica delle conseguenze

diligenza normale) e le ipotesi in cui invece la colpa sia esclusa solamente dal caso fortuito (colpa in senso oggettivo). Con riferimento ai doveri di protezione, ed in riferimento all'inversione dell'onere della prova circa la loro violazione, si osserva che deve distinguersi l'ipotesi in cui la protezione si configuri come obbligo di risultato o solamente come obbligo di diligenza ovvero se "a seconda che l'elemento oggettivo della violazione del dovere si identifichi nella lesione patita dal creditore oppure nell'irregolarità della condotta del debitore". Nel primo caso il creditore deve dimostrare il danno subito ed il nesso di causalità con l'esecuzione del rapporto obbligatorio ed il debitore dovrà dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, determinandosi quindi un'inversione dell'onere della prova. Nel secondo caso il creditore oltre a dimostrare il danno ed il nesso di causalità dovrà dimostrare anche l'irregolarità del comportamento del debitore. Sul punto vedi ampiamente L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)* in *Enc. dir.* Vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1092e 1098 ss. e bibliografia ivi citata.

²¹ C. MAIORCA, *op. cit.*, p. 1010.

²² Cass. Sez. III, n. 589/1999.

²³ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 17.

economiche delle possibili regole della responsabilità», questa si legge «in rapporto con l'assicurazione del rischio».

Questa dottrina è quindi legata ad altra che, diversamente da quella tradizionale che fonda la responsabilità sul concetto di colpa, pone la base di questa sull'elemento del rischio²⁴.

Questa duplicazione e spesso contrapposizione tra colpa e rischio come elementi a fondamento della responsabilità è criticata da coloro che osservano che in tutte le ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva in cui viene ammessa la “prova liberatoria” il concetto di colpa continua ad operare con esclusione delle sole ipotesi in cui la responsabilità è preclusa dal caso fortuito²⁵.

Nel tempo, come meglio si vedrà in seguito, il giurista ha spostato la sua attenzione dalla ricerca del fondamento della responsabilità alla funzione assegnata dall'ordinamento alla stessa in base alla quale sono poi individuati i rimedi più idonei alla sua realizzazione e si è osservato che i criteri d'imputazione (colpa o rischio) ed il loro grado di rilevanza sono disciplinati dal legislatore in relazione alla funzione a cui la responsabilità assolve. In tale ricostruzione gli elementi caratterizzanti l'art. 2043 c.c. sarebbero il danno ingiusto e l'obbligo di risarcire lo stesso; i criteri d'imputazione di tale obbligo, invece, sarebbero connessi alla funzione svolta dalle singole fattispecie di responsabilità con particolare rilevanza a quella solidaristica o efficienza economica²⁶.

Superato lo stretto schema che vuole il risarcimento del danno legato alla colpa lo stesso approfondimento della responsabilità civile perde in qualche

²⁴ C. SALVI, *op. cit.*, p. 1218.

²⁵ In materia di responsabilità contrattuale il principio soggettivistico o della colpa trova fondamento nel collegamento tra l'art. 1218 e 1175 c.c. che definisce la diligenza dovuta nell'adempimento delle obbligazioni. Tuttavia, altri affermano che l'art. 1175 ha la funzione di misurare l'esatto adempimento mentre la responsabilità avrebbe un fondamento oggettivo individuabile nell'inadempimento tout court. Per una ricostruzione della problematica cfr. P. STANZIONE, *La responsabilità civile: principi generali*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit, p. 9 ss. a cui si rinvia anche per la ricostruzione della dottrina in materia.

²⁶ Sul punto diffusamente C. SALVI, p. 1194-95 e 1221-1223.

modo importanza passando da un sistema basato su rigide regole civilistiche a sistemi fondati su principi di sicurezza sociale nei quali l'istituto dell'assicurazione è l'elemento essenziale²⁷. La tutela delle ragioni del danneggiato tende a prevalere sul rispetto delle regole civilistiche che fondano la responsabilità civile sostituendo la garanzia collettiva alla responsabilità individuale.

Appare evidente che in tal modo si riallargano altresì le garanzie per l'impresa e per l'imprenditore che può attraverso l'assicurazione dei danni provocati dalla sua attività scaricare nuovamente sulla collettività costi che, in una ricostruzione rigorosa basata sulla sola colpa, sarebbero a suo carico. Si comprende quindi come una delle prime forme di assicurazione della responsabilità civile sia stata in tutti i Paesi europei, ma anche nel sistema americano, quella relativa agli infortuni sul lavoro oltre a quelle che assicuravano le imprese dai più frequenti e costosi rischi della loro attività.

Si discute ampiamente della compatibilità della funzione riparatrice degli interessi del danneggiato con la funzione ridistributrice dei rischi sulla collettività ma si dubita che, "depurato da ogni rilievo di finalità redistributive o di tutela della parte "debole", l'interesse generale che fonda le ragioni della responsabilità possa essere identificato con l'allocatione delle risorse più efficiente, in quanto tale da rendere massima la ricchezza complessiva del sistema economico", essendo tale effetto solo indiretto e secondario rispetto alla funzione riparatrice²⁸.

In ambito commerciale e lavoristico il principio cardine diviene quello secondo cui chi si avvantaggia dell'attività sia tenuto a risarcire i danni da questa stessa causati a terzi a prescindere dall'accertamento della colpa del soggetto a cui sono addebitati. Opera in tali casi una specificazione del concetto di caso fortuito che esclude la responsabilità oggettiva: all'imprenditore "sono imputati

²⁷ K. ZWEIGERT H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, Milano, 1998, p. 280 ss.

²⁸ Così C. SALVI, *op. cit.*, p. 1195 ss. al quale si rinvia per una esauriente analisi e critica delle teorie sulle funzioni della responsabilità civile.

tutti gli eventi dannosi, anche se inevitabili con la normale diligenza, che concretino un rischio di cui il calcolo economico dell'imprenditore deve tener conto, cioè appartenente all'oggetto dell'analisi costi benefici"²⁹.

Lo sviluppo delle attività commerciali e produttive sarebbe risultato tuttavia fortemente compromesso se a coloro che gestiscono tali attività fossero accollati tutti i costi dei danni prodotti nell'esercizio delle stesse. Si giunge per tali vie a configurare, inizialmente nei settori maggiormente a rischio, forme di assicurazioni, alcune delle quali obbligatorie, onde garantire ai danneggiati il ristoro dei danni subiti anche in caso di assenza di colpevolezza nell'autore del danno o di incapacità del danneggiante. Sul piano lavoristico nasce l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro mentre in alcuni settori particolarmente pericolosi si avviano forme assicurative specifiche³⁰.

Con l'assicurazione il danno non viene eliminato, ma lo si trasferisce da chi lo ha subito a chi lo risarcisce. In tal modo l'attenzione è stata spostata sul piano economico e ci si è chiesti se nella distribuzione dei costi all'interno della società sia più equo, secondo più meditati criteri, accollare alcuni oneri economici su colui che è in grado di calcolare il rischio e il costo di eventuali danni e, pertanto, di «prepararsi a subire il rischio»³¹.

L'intreccio responsabilità-assicurazione ha diverse sfaccettature. Per un verso, l'ampliamento delle ipotesi di responsabilità (dell'imprenditore) senza colpa ha portato anche all'ampliamento delle ipotesi di assicurazione sia essa obbligatoria o meno e di copertura dei danni della vittima del comportamento illecito.

I due fenomeni si influenzano e dipendono economicamente l'uno dall'altro: per cui, per altro verso, l'esistenza di una copertura assicurativa porta alla dilatazione del danno e a cercare nuove coperture assicurative in un circolo vizioso.

²⁹ L. MENGONI, *op.cit.*, p. 1094.

³⁰ In particolare nel settore dei trasporti.

³¹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 17.

A tale situazione consegue l'atteggiamento della giurisprudenza più incline a ristorare i danni ed a individuare danni risarcibili ove sussista una forma assicurativa e ad affermare l'inversione dell'onere probatorio di fronte ad ipotesi di responsabilità oggettiva, tanto che ci si è chiesti se la presenza di una assicurazione, ancor più obbligatoria, non disincentivi l'obbligo di tenere un comportamento adeguato ad evitare i danni coperti dall'assicurazione.

Per altro verso l'assicurazione non garantisce spesso la copertura integrale dei danni subiti dal danneggiato prevedendo un risarcimento forfettario con massimali predeterminati i quali potrebbero essere integrati da una residuale responsabilità del danneggiante non sempre ammessa dalla legge³².

2. Responsabilità civile ed altri strumenti di tutela: caratteristiche.

La responsabilità civile va poi distinta da altri strumenti che l'ordinamento appresta per la tutela dei diritti.

Va primariamente chiarito che la responsabilità civile non adempie alla stessa funzione a cui assolvono la tutela inibitoria e restitutoria (*Property Rules*, regole di proprietà) che garantiscono la conservazione del diritto originario. Con l'insorgenza della responsabilità, al contrario, il diritto originario violato subisce una limitazione. Il diritto violato, infatti, viene garantito solo riconoscendo al suo titolare un controvalore economico (*Liability Rules*). È stato detto che le *Property Rules* sarebbero poste pertanto per garantire valori predeterminati *ex ante*, per tutelare integralmente il titolare del diritto stesso e rispondono a regole di certezza del diritto; le *Liability Rules*, invece, costituiscono solamente degli incentivi allo spontaneo comportamento del debitore, rispondendo a situazioni di incertezza del sistema giuridico che può garantire più che i diritti stessi il loro

³² In materia di infortuni sul lavoro, ad esempio, l'assicurazione esonera il datore dalla responsabilità civile ad eccezione delle ipotesi in cui l'infortunio sia conseguente ad un reato.

controvalore economico ³³ . Tali impostazioni individuano certamente caratteristiche dei vari sistemi di responsabilità, ma sono necessariamente destinate a confondersi nelle nuove realtà economiche e giuridiche in cui spesso la responsabilità giuridica ha, oltre la funzione d'incentivare i corretti comportamenti delle parti, anche altri obiettivi.

In effetti è difficile individuare quali siano i caratteri precipui della responsabilità civile ed ugualmente su quali elementi si fondi la distinzione tra la tutela fondata sulla responsabilità e quella accordata da altri strumenti. In altre parole, non è sempre detto che una determinata ipotesi in cui l'ordinamento giuridico riconosce un certo tipo di responsabilità, ad es. extracontrattuale, veda poi applicate le regole tipiche di questa forma di responsabilità ovvero quella risarcitoria, potendo l'ordinamento stabilire anche altri tipi di rimedi³⁴.

La tutela accordata finisce per rispondere, più che al tipo di responsabilità configurata, alla funzione che nel caso specifico l'ordinamento attribuisce ad essa. L'esempio può trarsi chiaramente dalla materia lavoristica dove allo stesso fatto illecito, il licenziamento illegittimo, sono state dall'ordinamento ricollegate, nel tempo, conseguenze diverse. La previsione della reintegra come conseguenza generalizzata a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo è stata sostituita, quasi per intero, con la riforma dell'art. 18 L. 300/70 co. 4 ad opera del Jobs Act, da una tutela indennitaria³⁵ peraltro “*omnicomprensiva*” dando

³³ Cfr. anche A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p.114.

³⁴ Con riferimento alla responsabilità del possessore, sono stati riscontrati, infatti sia i caratteri dell'art. 2043 c.c. che quelli dell'art. 1148 c.c.. E' stato osservato ad esempio che «la responsabilità del possessore di mala fede non segue i binari dell'art. 2043 cod. civ.. Egli risponde dei frutti (anche civili) indipendentemente dai danni arrecati al proprietario (caso della villa chiusa da Tizio, di cui si impossessi Caio che la dà in conduzione a terzi, intascando i canoni relativi e che, pochi giorni prima del ritorno di Tizio, provveda a farla sgombrare e ripulire. I danni di Tizio saranno pressoché nulli o limitati. Ma Caio dovrà restituire a Tizio l'importo dei canoni). Così come, della restituzione dei frutti (percepi o percipiendi dopo la domanda) risponde il possessore di buona fede, anche se ad esso non è imputabile colpa alcuna»: Così R. SACCO, *Il possesso*, in A. CICU, F. MESSINEO, (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VII, Milano, 1988, 361 e ss..

³⁵ P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, II, 1062.

prevalenza all'esigenza di certezza per il datore sul costo del suo comportamento illegittimo più che a quella del ristoro integrale degli interessi del lavoratore. Ciò perché la tutela dell'occupazione è diventata negli ultimi tempi il fine preponderante dell'ordinamento al quale si piegano anche le logiche risarcitorie. Di questo cambiamento di ottica sulla funzione della responsabilità civile è esplicita anche la promiscuità con cui il legislatore utilizza i termini risarcimento del danno e indennità nell'art. 18 L. 300/70 co. 4: anche la tutela indennitaria è quindi uno dei rimedi connessi alla responsabilità.

In conclusione, dunque, può dirsi che la responsabilità civile si nutre tanto di regole di proprietà quanto di regole di responsabilità, le quali sono applicate dal legislatore con criteri e combinazioni diverse al fine di raggiungere obiettivi specifici a seconda dei singoli casi.

È la funzione, quindi, che vuole raggiungere il legislatore a connotare gli effetti della responsabilità non la sua astratta qualificazione che, tuttavia, risulta poi una questione ermeneutica fondamentale perché dalla qualificazione della stessa discendono poi conseguenze importanti come ad esempio il regime della prescrizione o la quantificazione del danno risarcibile.

Si è detto in apertura che la responsabilità civile implica come prima cosa la necessità di individuare l'area del "danno ingiusto" attraverso la quale distinguere l'area del lecito dall'area dell'illecito. La formula dell'art. 2043 c.c. si è dimostrata una clausola aperta idonea a consentire l'evoluzione del sistema che ha condotto la giurisprudenza, inizialmente incline a riconoscere la responsabilità extracontrattuale e la risarcibilità solo in caso di violazione dei diritti soggettivi³⁶, ad ammettere la risarcibilità dei diritti di credito³⁷ per arrivare alla risarcibilità degli interessi legittimi³⁸.

Individuato il "danno ingiusto" è necessario ricondurre questo ad un determinato soggetto attraverso determinati criteri d'imputazione.

³⁶ Cass., 4 luglio 1953, n. 2085, in *Foro it.*, 1953, I, 1087.

³⁷ Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, I, 342.

³⁸ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, 1014; Cass. Sez. un. 500/1999.

Sembra quindi potersi affermare, come dice Rodotà, che elementi qualificatrici della responsabilità civile, sia essa contrattuale che extracontrattuale, siano «evento dannoso, responsabilità, obbligazione di risarcimento; dove il giudizio di responsabilità è, a un tempo, condizione della rilevanza giuridica dell'evento dannoso e presupposto per il suo collegamento con un soggetto determinato responsabile»³⁹.

La responsabilità civile ha poi natura patrimoniale. La responsabilità, infatti, fa nascere un rapporto obbligatorio fra due soggetti, ed ogni rapporto obbligatorio ha natura patrimoniale. La natura patrimoniale si rinviene sia quando la responsabilità sia collegata alla violazione di un obbligo contrattuale per sua natura patrimoniale sia nel caso derivi dalla violazione del principio *neminem laedere* in quanto l'obbligo risarcitorio ha anch'esso natura patrimoniale⁴⁰.

3. Le funzioni della responsabilità civile.

Si è già accennato nelle pagine precedenti alle diverse funzioni collegate all'istituto della responsabilità civile, è ora opportuno svolgere qualche breve approfondimento.

In primo luogo, ci si chiede se la responsabilità civile abbia, oltre che la funzione di riparazione del danno e di reintegrazione del patrimonio del danneggiato, anche una funzione sanzionatoria o deterrente che sarebbe individuabile ove si ammetta un risarcimento in misura ultra-compensativa, come accade in altri ordinamenti come quello nordamericano⁴¹.

³⁹ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 77

⁴⁰ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 245.

⁴¹ G. PONZANELLI, *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, 1461; ID., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, 356; ID., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, 835; P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazioni*

Certamente la soluzione al quesito è condizionata dall'interesse che s'intende tutelare con il risarcimento, ovvero quello all'esatta prestazione dedotta nel contratto (risarcimento in forma specifica) o solamente alla compensazione del diverso valore tra la prestazione dovuta e quella eseguita. Secondo parte della dottrina dovrebbe darsi prevalenza a criteri di razionalità e di efficienza economica con la conseguenza che dovrà essere applicata la forma di risarcimento meno gravosa per il debitore, principio desumibile dall'art. 2058 c.c.⁴².

Il problema si pone in particolare nel rapporto tra responsabilità civile e risoluzione o nullità del contratto, essendo stato discusso da dottrina e giurisprudenza se comportamenti del debitore viziati da mancanza di correttezza e buona fede possano, in determinati casi, comportare anziché la responsabilità civile dello stesso il rimedio più radicale della nullità del contratto.

La funzione tradizionalmente assegnata alla responsabilità civile dalla giurisprudenza è quella compensativa attraverso l'attribuzione al danneggiato di una utilità economica equivalente al danno subito⁴³, in tal mondo tuttavia unificando i concetti di responsabilità civile e di risarcimento del danno. La dottrina al contrario ritiene che la funzione precipua sia quella di ristabilire la situazione *quo ante* del danneggiato⁴⁴ ancorché sia ampiamente condiviso che nessuna delle funzioni elaborate sia in grado da sola di spiegare il meccanismo della responsabilità civile e i diversi aspetti che essa assume nelle fattispecie giuridiche⁴⁵. In particolare, alle funzioni predette si accompagnano spesso quella "repressiva", "ripristinatoria" o "reintegrativa", "preventiva o di deterrenza".

del "vorrei ma non posso"?, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 2, 341; D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli, 2012, 55.

⁴² cfr. ampiamente sul punto, AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012, in particolare p. 82 ss.

⁴³ Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 609; Cass. civ., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1890.

⁴⁴ C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 83 e ss.

⁴⁵ P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 53.

Certo è che le disposizioni normative che disciplinano la responsabilità, in particolare quella extracontrattuale, sono rimaste nel tempo immutate sicché le diverse funzioni della stessa sono ricostruibili, più che in base alle disposizioni codicistiche, sulla base delle diverse funzioni che l'ordinamento nel suo complesso persegue e che sono sempre più connotate da obiettivi sociali che riscrivono e circoscrivono le disposizioni sulla libertà d'impresa e sulla stessa autonomia contrattuale.

La funzione a cui più spesso si fa riferimento è quella compensativa.

Va premesso che la funzione compensativa può essere realizzata con diverse modalità come, per esempio, la reintegrazione della situazione *quo ante* o la sua riparazione. In questa funzione è il danno a costituire la misura del risarcimento, nel senso che il risarcimento deve mirare a ricostituire l'integrale patrimonio del danneggiato da parte dell'autore dell'illecito o dell'inadempimento. Il che comporta come conseguenza che non vi può essere risarcimento senza danno. L'integrale ricostituzione significa, poi, che deve essere risarcito sia il danno emergente che il lucro cessante.

Il risarcimento, invece, non deve comportare un arricchimento (senza causa) del danneggiato, non deve quindi eccedere il danno subito⁴⁶.

Esistono tuttavia delle ipotesi in cui il nostro ordinamento stabilisce forme di risarcimento superiori al danno subito o addirittura senza danno: da tali eccezioni, tuttavia, non può trarsi l'esistenza di un principio che contraddica l'assunto iniziale.

Certamente il modo di garantire al massimo la tutela del danneggiato è la ricostituzione della situazione che si sarebbe determinata senza l'illecito o l'inadempimento. Il risarcimento avrebbe in tal caso la effettiva funzione di ricreare nel danneggiato la situazione *quo ante*. L'esecuzione in forma specifica⁴⁷ come l'azione di adempimento sono pertanto i modi in cui il diritto

⁴⁶ Sul punto, Cass. Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564 che ha ammesso, entro certi limiti, *la compensatio lucri cum damno*.

⁴⁷ P.G. MONATERI, *Responsabilità civile e risarcimento del danno in forma specifica*, 2005, in *www.altalex.com*.

viene pienamente garantito. È noto, tuttavia, che tali strumenti non sono sempre possibili e non lo sono tutte le volte che per la realizzazione dell'interesse creditorio è necessaria la cooperazione del debitore o in presenza di danni non patrimoniali e non risarcibili⁴⁸.

Dalla formula dell'art. 2058 c.c. risulta, tuttavia, che il creditore non ha diritto all'esecuzione in forma specifica, ma questa può essere concessa dal giudice solo se non è eccessivamente onerosa per il debitore. Nel campo della responsabilità extracontrattuale, poi, il ripristino integrale del diritto violato appare ancora più complesso⁴⁹ dal che si desume che, normalmente, la funzione risarcitoria si realizza solamente attraverso un costo economico parametrato ad astratti valori⁵⁰. Il risarcimento, quindi, non limita la libertà individuale di agire anche illegittimamente ed è quindi solo una risposta ad un danno già prodotti.

La responsabilità civile può avere una funzione deterrente e quindi di prevenzione del comportamento illegittimo solo se il costo dell'operare *contra legem* è più alto del vantaggio che si riceve dallo stesso. Le ipotesi in cui ciò è previsto sono limitate e si riferiscono a quelle in cui non vi è un vero danno

⁴⁸ Peraltro, ancora più complessa appare la risarcibilità del lucro cessante integrale P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 48, 637.

⁴⁹ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 33.

⁵⁰ È stato osservato che in ambito extracontrattuale un'ipotesi in cui il risarcimento realizza una funzione ripristinatoria specificamente estesa del lucro cessante predeterminato, si ha nell'art. 125 del Codice della Proprietà Industriale quando al 3° comma, dopo aver previsto che "il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso stabilisce poi "In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento": in questi casi il risarcimento seguirebbe più le *property rules* che le *liability rules*. Cfr., sul punto v. P. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012, 133; C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012, 109; M. GUERNELLI, *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011, 215; P. PARDOLESI, *Rimedi all'inadempimento contrattuale: un ruolo per il disgorgement?*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 717; C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale*, *Dir. ind.*, 2003; R. P. MERGES, *Of Property rules, Coase, and Intellectual Property*, in *Col. L. Rev.*, 94, 1994, 2655.

patrimoniale da risarcire oppure le ipotesi in cui l'assicurazione della responsabilità civile non opera, ovvero quando il fatto assicurato è stato causato da dolo o colpa grave dell'assicurato.

Le ipotesi in cui la responsabilità civile può assolvere alla funzione di deterrenza sono poche: in linea generale ed astratta può dirsi che tale funzione sussiste quando il rapporto tra danno e risarcimento non è prevedibile e tecnicamente calcolabile per cui permane una certa alea sul costo dell'illecito⁵¹. L'*Economic Analysis of Law* ha messo in luce che le regole della responsabilità civile non hanno da sole funzione preventiva⁵². Infatti, ogni comportamento illecito rappresenta un costo sia per il danneggiato che per la società ed il suo trasferimento da un soggetto ad un altro ha una funzione disincentivante solo se spinge ad adottare regole che tendano a ridurre il costo dei danni.

La funzione sanzionatoria, scarsamente riconosciuta dalla dottrina, ha avuto nel passato un certo riconoscimento quando veniva ammesso il risarcimento dei danni non patrimoniali in un'epoca in cui gli stessi erano di regola esclusi. La funzione sanzionatoria si ritiene sussista quando il risarcimento supera il danno effettivamente prodotto⁵³, ipotesi tuttavia da considerare eccezionale⁵⁴. Di recente la Cassazione a sezioni unite ha riaperto il dibattito sul punto ammettendo la delibazione delle sentenze straniere che prevedano danni punitivi purché “*essa sia stata resa nell'ordinamento d'origine*

⁵¹ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 83.

⁵² G. CALABRESI, *The costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, 1970, con commento di A. GAMBARO, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1975, p. 382; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 17; ID, *Illecito, (dir. Privato)* in *Enc dir.*, vol. XX, Milano 1970, p. 90.

⁵³ M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 72.

⁵⁴ Osserva P. G. MONATERI, «E' vero che talvolta si rende necessario sovracompendere la vittima, per disincentivare adeguatamente il danneggiante, ma la responsabilità civile smetterebbe la propria funzione tipica di regolamentazione spontanea delle attività non vietate, se i risarcimenti punitivi fossero ammessi indiscriminatamente, e divenissero uno strumento dirigistico della responsabilità civile nelle mani dei giudici, per graduare a loro piacimento le varie attività sociali». P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 21. La giurisprudenza, d'altro canto, in ossequio alla generale funzione reintegratoria e compensativa riconosciuta alla responsabilità ha più volte escluso la delibazione di sentenze straniere che avevano riconosciuto risarcimenti punitivi.

su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi⁵⁵.

È evidente che i confini tra le diverse tipologie di funzioni non sono molto netti ed è vero anche che la responsabilità civile assolve contemporaneamente a più di una di dette funzioni.

Peraltro, secondo alcuni, la molteplicità delle funzioni sarebbe riconducibile alla responsabilità extracontrattuale mentre nel campo della responsabilità contrattuale sarebbero da ricercare le funzioni del risarcimento più che quelle della responsabilità⁵⁶.

La responsabilità contrattuale ha certamente una funzione regolativa dei rapporti civili ed economici che al contempo garantisce ai soggetti di svincolarsi dai propri obblighi e doveri assumendo il costo del risarcimento. Si è data così particolare rilevanza alla funzione organizzativa della responsabilità civile, che concorre con le altre: essa varrebbe a coordinare le attività dei soggetti che operano nel mercato. Così, mentre il contratto rilevarebbe come atto di programmazione economica, la responsabilità civile indicherebbe il costo economico della violazione delle regole predeterminate nella responsabilità contrattuale e non predeterminate nella responsabilità extracontrattuale⁵⁷ cosicché la responsabilità civile avrebbe anche la funzione di «ottenere un ordine complessivo, decentrato e spontaneo, delle azioni sociali»⁵⁸. Essa diviene così uno strumento di controllo e regolazione degli operatori del mercato e degli altri soggetti di diritto attraverso la predisposizione di incentivi/disincentivi individuali.

⁵⁵ Così Cass., sez.un., 16601/2017; P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, 2648; ID., *Le sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, 443; C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro, it.*, 2018, I, 2504

⁵⁶ AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.

⁵⁷ P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010., 84. V. anche M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, cit., 57, C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010, 319.

⁵⁸ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 21.

Il carattere reintegratorio, in quest'ottica, sarebbe un connotato tipico del risarcimento del danno e non della responsabilità civile.

La funzione regolativa degli incentivi spiegherebbe poi la creazione di diversi rimedi per realizzarla nell'ambito dei quali rientra anche il superamento del modello classico di imputazione della stessa attraverso, ad esempio, la responsabilità oggettiva.

Dalla panoramica sulle funzioni della responsabilità civile possono trarsi alcune considerazioni sui rapporti di questa con il sistema assicurativo.

Superata l'ottica reintegratoria, si comprende meglio anche la ragione dell'assicurazione della responsabilità civile. Infatti, se la responsabilità civile (ed il suo costo) è una conseguenza collegata dal legislatore a comportamenti che non sono vietati in assoluto, allora l'assicurazione costituisce un modo per consentire al debitore di provvedere al soddisfacimento dell'obbligo risarcitorio e per garantire al creditore la realizzazione di un interesse alternativo a quello dedotto nel contratto o al diritto leso⁵⁹.

Poiché le conseguenze che l'ordinamento riconnette alla responsabilità rispondono a logiche di politica del diritto più che a canoni astratti e univoci sui quali la stessa è ricostruita, l'aspetto più rilevante non è più la verifica dell'imputabilità del comportamento (elemento soggettivo) ma la sua idoneità a ledere l'interesse di un soggetto (rilevanza oggettiva) che deve essere garantito, come dimostra anche la circostanza che non sempre il danno è conseguenza di un atto illecito e pur tuttavia l'ordinamento alcune volte riconosce la risarcibilità di detto danno.

In conclusione, la funzione reintegrativa/compensativa non è sempre connessa alla responsabilità che invece opera come specchio di obiettivi di politica legislativa, con funzione talvolta compensativa, talaltra reintegratoria, talaltra ancora sanzionatoria e quindi punitiva. Al contempo sono altresì diversi i rimedi connessi alla responsabilità che vanno dall'adempimento al risarcimento in forma specifica o per equivalente, al pagamento di una somma di denaro

⁵⁹ P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

anche a titolo di indennizzo in favore del soggetto che abbia subito un pregiudizio economicamente valutabile e ciò indipendentemente dal fatto che sia stato commesso un atto antigiuridico.

In particolare l'ordinamento pare muoversi da una prospettiva in cui la responsabilità dovrebbe comportare il ristoro integrale del danneggiato ad una prospettiva economicistica tradizionale secondo la quale la responsabilità è finalizzata alla minimizzazione dei costi degli incidenti e degli illeciti per il perseguimento di obiettivi di politica economica e che, in una prospettiva legata alla dottrina anglosassone, si articola in modelli rimediali diversi a seconda dei comportamenti delle parti⁶⁰.

Così posto il discorso, il trasferimento del risarcimento dal danneggiante all'assicuratore si comprende in quanto più idoneo a garantire il danneggiato. Tale ultima finalità spiega poi come, di fronte ai danni che il legislatore ritenga più riprovevoli o più diffusi, e per ciò stesso anche meno garantiti, l'ordinamento imponga obbligatoriamente al danneggiante di stipulare polizze assicurative *ad hoc*. In tale ottica si inquadra altresì, ad esempio, l'esonero del datore dalla responsabilità civile derivante da infortunio coperto dalla specifica assicurazione obbligatoria ove l'evento non sia stato determinato da dolo o colpa grave del datore di lavoro che è controbilanciato dalla previsione del diritto al risarcimento anche nelle ipotesi in cui il danno non derivi da fatto imputabile al datore.

⁶⁰ In materia di licenziamento illegittimo di cui si è detto sopra, ad esempio, la reintegra è prevista solo per i licenziamenti discriminatori e quando lo stesso sia dovuto a "torto marcio" del datore di lavoro. Così A. VALLEBONA *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2018, p. 368 ss.

4. Cenni di diritto comparato.

Sul piano comparatistico la responsabilità civile viene costruita su due modelli distinti: quello della tipicità del fatto illecito secondo la ricostruzione romanistica⁶¹ e quella della atipicità dello stesso dovuta alla rielaborazione della teoria romanistica ad opera dalla dottrina giusnaturalistica⁶². A quest'ultima impostazione si richiamano le scelte del legislatore francese del 1804 il quale, infatti, impone in senso generale un obbligo di risarcimento per chiunque cagioni con dolo o colpa un danno ad altri (l'art. 1382 del *code civil*). Pur essendo quella dell'art. 1382 una norma molto ampia che prevedeva quindi una clausola generale sulla responsabilità, la giurisprudenza aveva dato per lungo tempo, della nozione di danno contenuta nel *code civil*, un'interpretazione restrittiva considerando risarcibili solo i danni consistenti nella lesione di un tipico diritto soggettivo. Perché ricorresse l'illecito era quindi necessario che fosse stato leso un bene giuridicamente protetto attinente alla sfera personale o economica del soggetto danneggiato, che si configurasse quindi un danno in senso giuridico, arrivando in tal modo a sostenere la tipicità dell'illecito non prevista dalla legge. Solo alla fine del secolo scorso si è arrivati ad una concezione più ampia di danno risarcibile estesa alla lesione di un interesse legittimo giuridicamente protetto, istituito quest'ultimo che tuttavia non aveva una chiara identificazione nella dottrina e nella giurisprudenza. Tale processo si è concluso negli ultimi decenni restituendo all'art. 1382 la sua natura di clausola generale aperta.

Perché si configuri l'illecito è poi necessario l'elemento soggettivo della colpa, rapportata alla diligenza dell'uomo medio, nel quale è ricondotto anche il

⁶¹ In generale cfr. Cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in AA.VV. *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2004, p. 271; Cfr. P.G. MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. IV*, sez. civ., Torino, 1998, vol. XVII, p. 14.

⁶² Per le implicazioni dei due diversi sistemi v. S. SICA, *La responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, cit., p. 57 s.; V. D'ANTONIO, *L'Illecito civile*, *ivi*, p. 59 ss.

requisito dell'antigiuridicità. Il sistema distingue poi tra *faute delictuelle* e *faute quasi-delictuelle* che corrispondono sostanzialmente ai concetti di dolo e colpa. Il danno e la colpa devono poi essere collegati dal nesso di causalità.

Al contrario, l'ordinamento tedesco, con la codificazione del 1900, accoglie un modello di responsabilità ispirato al principio di tipicità dell'atto illecito, di stretta ispirazione romanistica, diretto alla lesione di un diritto soggettivo assoluto⁶³. La scelta era probabilmente dettata dalla necessità di evitare il soggettivismo giudiziario nell'individuazione del danno risarcibile. Nel sistema tedesco, quindi, accanto agli elementi generali dell'antigiuridicità e della colpevolezza, è necessario che risulti la lesione di uno dei beni giuridici espressamente previsti dalla legge. Questi sono individuati nei diritti assoluti dell'individuo, nei diritti di protezione e nei comportamenti contro il buon costume. Contrariamente a quanto avviene nel sistema francese i diritti la cui violazione dà diritto al risarcimento devono essere specificamente previsti dal legislatore. La rigidità del sistema è attenuata dalla circostanza che tra i beni giuridici la cui lesione configura la responsabilità civile il co. 1 del § 823 BGB ricomprende gli interessi che possono essere ricondotti al rango di "diverso diritto". La disposizione rappresenta una "valvola di sfogo" che consente l'apertura a nuove ipotesi create dalla realtà.

Per configurare l'illecito è necessario individuare l'elemento del dolo o della colpa misurata con i parametri dell'uomo medio ed il nesso di causalità deve essere valutato secondo i criteri della prevedibilità.

I paesi di *common law*, invece, non si rifanno al diritto romano ma al diritto medioevale.

Il sistema anglo-americano pur non avendo avuto contatti con l'esperienza romanistica, si è evoluto ugualmente in base ad alcune fattispecie determinate. Esso, infatti si è formato sul sistema dei *writs*, che prevede un'azione tipica per

⁶³ Cfr. E. FERRARI, *Tipicità e atipicità del fatto illecito. I contrapposti modelli francese e tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di F. GALGANO), Bologna, 1998, p. 135; Cfr. K. ZWEIFERT E H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato, vol. II – Istituti*, Milano, 1998, p. 313.

ciascuna fattispecie dannosa. Il sistema di tipizzazione anglosassone, tuttavia, è diverso dal sistema di tipizzazione tedesco, perché mentre in quest'ultimo, come abbiamo visto, la tipizzazione riguarda l'individuazione dei beni tutelati la cui lesione dà origine al diritto al risarcimento, nel sistema anglosassone la tipizzazione riguarda le condotte umane dalle quali possono derivare lesioni ai diritti delle persone.

A prescindere dall'accreditata convinzione dell'assottigliarsi delle differenze tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*⁶⁴ la rigidità del sistema anglo-americano è attenuata dalla circostanza che si riconosce ai giudici di adattare le fattispecie tipiche alle mutate condizioni economiche e sociali, in definitiva ricomprendendo anche ipotesi fin a quel momento non sanzionate. È stato osservato che nella realtà operativa i due sistemi tendono poi ad uniformarsi nelle soluzioni adottate⁶⁵.

Con il *writ of trespass*, veniva colpita l'interferenza illecita di un soggetto nell'altrui sfera personale o nell'altrui proprietà. Il *trespass* aveva originariamente natura penale. Solo più tardi fu affermato anche l'obbligo civilistico di corrispondere una somma di denaro al soggetto danneggiato che si realizzò attraverso l'*action of trespass on the case* con funzione risarcitoria e non esclusivamente sanzionatoria per la quale era necessario provare il danno e la colpa del danneggiante.

Nel sistema anglosassone la colpa si individua quando sia stata violata una specifica *duty of care*: tali regole sono state definite gradatamente nel tempo dalla giurisprudenza, dalla prassi e dall'esperienza pratica nei vari settori.

Il *tort of negligence* che inizialmente aveva un'applicazione limitata⁶⁶ oggi è diventata l'ipotesi più generale e quindi un rimedio atipico che spesso invade

⁶⁴ F. ZENATI-CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 211 ss., spec. 243; R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*, cit., p. 467.

⁶⁵ S. SICA, *La responsabilità civile*, Premessa in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, cit., p. 58; V. D'ANTONIO, *L'illecito civile*, ivi, p. 64.

⁶⁶ Cfr. P. GALLO, *Tipicità ed atipicità dell'illecito in Common law*, in *Atlante di diritto comparato*, cit., p. 148.

anche le aree precedentemente ricoperte dal *trespass* con una procedura più rapida ed informale⁶⁷.

La “*negligence*”, come mancanza di diligenza, trascuratezza, disattenzione o imprudenza è il presupposto di tutte le fattispecie di illecito causa del danno per un altro soggetto. Tuttavia, non tutti i “comportamenti negligenti” determinano un *tort of negligence*. Perché ciò si realizzi è necessario che sussista un *duty of care* ovvero l’obbligo di adottare un comportamento specifico che il danneggiante ha violato ed il collegamento causale tra tale violazione ed il danno in assenza di altre cause giustificatrici.

Nel sistema inglese, quindi, perché sorga la responsabilità è necessario accertare primariamente se sussiste uno specifico *duty of care* mentre nei sistemi di *civil law* il primo accertamento riguarda l’esistenza di una situazione giuridicamente protetta. Ne risulta un sistema più attento alle garanzie per il danneggiante che ai diritti del danneggiato.

Spetta al giudice valutare se esista o meno un dovere di diligenza del (presunto) danneggiante nei confronti del danneggiato e se esso sia stato concretamente violato. Tale giudizio si fonda sul confronto tra lo *standard* di diligenza normalmente richiesto nello svolgimento di una certa attività e la condotta concretamente tenuta dall’autore del danno.

Pertanto, il danneggiato dovrà provare la violazione del comportamento dovuto ed il giudice nel valutare il *duty of care* farà riferimento al concetto di prevedibilità e al comportamento dell’uomo medio. Inoltre, poiché nel sistema inglese non esiste una vera e propria distinzione tra elementi oggettivi (condotta, causalità, danno) ed elementi soggettivi (colpa, dolo) dell’illecito, la semplice violazione del comportamento dovuto determina automaticamente la sussistenza di una responsabilità. I tribunali inglesi hanno poi riconosciuto ipotesi di

⁶⁷ Il *tort of negligence* è stato considerato come equivalente alle disposizioni generali derivate dalla *Lex Aquilia*. In questo senso, cfr. P.G. MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. IV, disc. piv. Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 17.

responsabilità oggettiva per danni provocati da animali o case nel proprio fondo o da propri dipendenti⁶⁸.

Sia in ipotesi di responsabilità contrattuale che extracontrattuale sono poi risarcibili i danni prevedibili.

Il sistema anglosassone riconosce, inoltre, risarcimenti sia in maniera più che compensativa che in maniera meno che compensativa e ciò proprio in ragione della rilevanza data al comportamento dovuto⁶⁹ che fa sì che il risarcimento abbia anche una funzione di deterrenza e punitiva⁷⁰.

Negli Stati Uniti il *tort of negligence* ha avuto un'applicazione più ampia e non condizionata da valutazioni di ordine morale/sociale rilevando soltanto che vi sia stata un'oggettiva violazione di un comportamento dovuto la quale si presume quando normalmente quell'evento dannoso non si produce. Peraltro, i comportamenti dovuti sono rilevabili dalla normativa esistente con conseguente alleggerimento dell'onere probatorio del danneggiato.

Nel sistema americano il risarcimento del danno ha una funzione sanzionatoria e di deterrenza e non è diretto solamente a ripristinare lo *status quo*

⁶⁸ Cfr. il caso *Rylands v. Fletcher* per il quale si rinvia a P.G. MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. IV, disc. piv. Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 21. Per quanto riguarda i danni causati da dipendenti la responsabilità segue all'accertamento di un rapporto contrattuale tra dipendente e responsabile.

⁶⁹ Sulla *behavioural law and economics*, v. *ex multis*, C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1997, 64, 1175; S.J. CHOI, A.C. PRITCHARD, *Behavioral Economics and the SEC*, in *Stanford Law Rev.*, 2003, 56, 1 e ss.; C. JOLLS, R.C. SUNSTEIN, R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stan. L. Rev.*, 1998, 50, 1471; R.B. KOROBKIN, T.S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 2000, 88, 1051; D.C. LANGEVOORT, *Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, in *Vanderbilt Law Review*, 1998, 51, 1499; C.R. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in *American Law & Economics Review*, 1999, 1, 115; R.B. THOMPSON, *Securities Regulation in Electronic Age: The Impact of Cognitive Psychology*, in *Wash. University Law Quarterly*, 1997, 75, 779.

⁷⁰ Cfr. ampiamente H. MCGREGOR, *McGregor on damages*, London, 2014; C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000, 13; L.T. VISSCHER, *Tort Damages*, in M. FAURE (ed.), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition*, Cheltenham, 2009, 153 e ss; R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2003, 192; R.D. COOTER, T.S. ULEN, *Law and Economics*, Boston, 2004, 312; SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, 2004, 236.

ante, come nel sistema anglosassone. Per questo sono previste spesso sanzioni più che compensative specialmente nei confronti delle grandi imprese⁷¹.

Tutti i sistemi, sia quelli di *civil law* e quelli di *common law* conoscono ed utilizzano strumenti di assicurazione della responsabilità civile i quali nascono più o meno contemporaneamente nell'800 e nei medesimi settori, ovvero quelli dei trasporti e degli infortuni sul lavoro che le nuove realtà economiche pongono al centro dell'attenzione⁷².

Sul piano generale, può dirsi, che le differenze evidenziate tra i sistemi di *common law* e quelli di *civil law* tendono ad affievolirsi in materia di assicurazione⁷³ anche in ragione del processo di armonizzazione promosso a livello europeo⁷⁴. Lo strumento assicurativo rappresenta, infatti, il mezzo mediante il quale realizzare la socializzazione dei rischi connessi oltre che alla produzione industriale anche a molti altri settori e la cui caratteristica essenziale va individuata nella compensazione ed interconnessione dei rischi assunti dall'impresa.

Nel modello francese appare fondamentale l'analisi del comportamento delle parti ed in particolare il rispetto della buona fede sia nelle dichiarazioni dell'assicurato che nelle esatte informazioni date dall'assicuratore rendendo centrale il ruolo del giudice, nell'accertamento della situazione concreta e nella

⁷¹ In tal senso V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, op. cit., p.287.

⁷² Ci si riferisce al contratto di assicurazione nella sua veste moderna. Forme assicurative sono state da alcuni individuate (posizione criticata da altri) anche nel diritto romano ma esisteva certamente nel Duecento e nel Trecento dove era stato ricostruito sullo schema del mutuo o della compravendita per singoli trasporti.: cfr sul punto ampiamente G. CASSANDRO, voce *Assicurazione (storia)* in *Enc. Dir.*, vol. III, 1958, p. 421 ss; E. BENZA, *Il contratto di assicurazione nel Medioevo*, Genova 1884; G. BONOLIS, *Svolgimento storico dell'assicurazione in Italia*, 1901; J. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, 1913; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, I, 55.

⁷³ M. BUSSANI, *Faut-il se passer du common law (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2010, p. 7 ss., spec. p. 16.

⁷⁴ F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 243; G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer* in *Contr. impr. Eur.*, 2006, p. 416.

interpretazione evolutiva delle norme di legge⁷⁵, il quale ha per esempio affermato che l'assicuratore non può far valere la nullità del contratto nel caso in cui sia a conoscenza della falsa dichiarazione resa dall'assicurato. Il *Code des assurances* prevede, inoltre, che le clausole dei contratti che sanciscono nullità, decadenze o esclusioni non sono valide se non sono adeguatamente poste in evidenza.

Nel sistema inglese il contratto di assicurazione trae la sua regolamentazione essenzialmente dalla giurisprudenza che si fonda sulla *case law* da leggere tuttavia alla luce degli *statutes* emanati nei diversi settori⁷⁶. Alla scarsità della normativa nazionale soccorre tuttavia la disciplina comunitaria che impone precisi obblighi di buona fede nella conclusione dei contratti. Tali obblighi sono stati trasfusi nel Codice delle assicurazioni private (D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209) al fine di attenuare le diversità esistenti in materia tra i vari settori assicurativi e per garantire un'effettiva tutela della trasparenza e della corretta informazione in ambito contrattuale secondo le direttive europee. Sull'assicurato grava così un onere informativo più ampio rispetto a quello che investe generalmente i contraenti nella fase delle trattative, in quanto è tenuto a fornire all'assicuratore tutte le informazioni ritenute necessarie per definire i termini e le condizioni del contratto.

Il processo di integrazione europea spinge a cercare regole comuni per la disciplina dei rapporti privati⁷⁷.

In quest'ottica si inquadrano i *Principles of European Contract Law* (PECL), frutto dell'iniziativa promossa dalla *Commission on European Contract Law*, a cui si aggiunge il *Code Européen des Contrats* redatto dall'*Académie des Privatistes Européens*, prendendo a modello il Libro IV del Codice civile italiano. Per quel che interessa il lavoro in esame è opportuno segnalare i

⁷⁵ H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE e M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Parigi, 2008; H. GROUDEL, *Droit des assurances terrestres*, in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1926 ss.

⁷⁶ J. BIRDS e N.J. HIRD, *Birds' Modern Insurance Law*, 6 ed., London, 2004, p. 1 ss.

⁷⁷ cfr. R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2007, p. 451 ss.

Principles of European Tort Law destinati a costituire il punto di partenza base per una futura codificazione del diritto europeo nel settore della responsabilità civile⁷⁸ a cui si aggiunge il progetto finalizzato a promuovere l'adozione di un articolato di Principi di diritto europeo in materia di contratto di assicurazione, c.d. *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*⁷⁹. Nei progetti europei il contratto di assicurazione destinato a regolare, mediante meccanismi assicurativi di garanzia, i rapporti fra contraenti aventi sedi e nazionalità diverse ha più di altri risentito delle spinte regolative e uniformatrici europee. I principi (PEICL) sottolineano in particolare i canoni di buona fede e lealtà, che impongono alle parti particolari obblighi specifici di correttezza contrattuale, sia nella fase delle trattative che nell'esecuzione del contratto di assicurazione. In particolare, l'assicurato deve informare l'assicuratore della presenza di circostanze ed elementi che possono incidere sul rischio contrattuale e riconosce all'assicuratore il diritto di proporre una modifica ragionevole del contratto o di chiederne la risoluzione nel caso in cui vi sia stata la violazione degli obblighi d'informazione.

La stessa linea di demarcazione che, tradizionalmente, separa il modello di *common law* da quello di *civil law* sembra sfumare nella disciplina dei contratti assicurativi⁸⁰.

⁷⁸ M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, p. 426.

⁷⁹ J. BASEDOW, J. BIRDS, M. CLARKE, H. COUSY, H. HEISS, (a cura di), *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2009; H. HEISS, *I Principi di diritto europeo del contratto di assicurazione (PDECA)*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, cit., p. 10 ss.

⁸⁰ F. ZENATI - CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009, p. 211 ss., spec. 243.

Cap. II

La responsabilità civile: le nuove frontiere

Sommario: **1.** *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: i confini tra le due fattispecie;* **2.** *L'emergere di nuove figure di responsabilità: la responsabilità da contatto sociale;* **3.** *Il concetto di obbligazione e gli obblighi di protezione;* **4.** *Violazione dell'affidamento nelle trattative contrattuali;* **5.** *La responsabilità per contatto sociale qualificato.*

1. *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: i confini tra le due fattispecie.*

Si è già accennato in precedenza alla difficoltà di individuare confini ben delineati tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e la creazione da parte della dottrina e della giurisprudenza di nuove fattispecie di responsabilità la cui collocazione nelle figure tradizionali non è sempre univoca.

Il dibattito sull'unità strutturale della responsabilità vede divisa la dottrina tra chi, ponendo l'attenzione sulle convergenze tra le due forme tradizionali di responsabilità, auspica *de iure condendo* il superamento della distinzione anche sotto il profilo della disciplina e una *reductio ad unum* delle diverse forme di responsabilità sotto il profilo strutturale⁸¹ e coloro che, invece, partendo dal dato

⁸¹ Sul tema si veda F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 784 ss.; F.

positivo della diversa disciplina prevista nel codice civile, continua a sostenere la diversa struttura dell'illecito aquiliano rispetto a quello contrattuale⁸².

Il fulcro del dibattito⁸³ poggia essenzialmente sul ruolo attribuito alla colpa ai fini della configurazione della responsabilità. Mentre questa appare imprescindibile nella responsabilità extracontrattuale dovendo da essa derivare il fatto illecito, più incerta appare la rilevanza della colpa nell'art. 1218 c.c. ritenendo alcuni che la responsabilità conseguirebbe al solo fatto dell'inadempimento. In questa fattispecie la colpa svolgerebbe un ruolo secondario e si afferma che: "la colpa è solo un criterio – neanche ormai unico – di imputazione (della causa) dell'impossibilità"⁸⁴ escludendosi per tale via che si possa parlare di inversione dell'onere della prova nella responsabilità contrattuale⁸⁵. Altra dottrina, ancorché minoritaria, afferma che anche ai sensi dell'art. 1218 c.c. è necessario che l'inadempimento sia colpevole: in tale configurazione quindi i confini tra le due forme di responsabilità si assottigliano.

Anche il criterio che fondava la differenza tra i due tipi di responsabilità sulla diversa natura del diritto leso ritenendo che alla lesione di un diritto

GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 79 ss; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, (*diritto privato*). *Nozioni generali*, *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 206; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991 p. 17 ss; G. VISINTINI, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1081 ss.; si veda però, più di recente, ID., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 13 ss. Una esigenza di unificazione è sentita anche oltralpe: cfr. TUNC A., *La responsabilité civile*, Parigi, 1989, 44.

⁸² C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* 3, Milano, 2006, p. 449. Con riferimento all'onere della prova, nella responsabilità contrattuale è il debitore a dover provare che l'inadempimento è derivato da fatto a lui non imputabile e non la colpa non sarebbe quindi elemento costitutivo della fattispecie, mentre in quella extracontrattuale è il creditore a dover provare, oltre il danno ed il nesso causale, anche la colpa del danneggiante e costituisce quindi un elemento costitutivo della fattispecie.

⁸³ C. M., *Diritto civile. Le responsabilità*, V, Giuffrè, 1993, p. 11 ss..

⁸⁴ In questi termini, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3, cit., p. 449, il quale aggiunge che "la colpa, dunque, non è un criterio di imputazione della responsabilità contrattuale ma criterio di esclusione della rilevanza dell'impossibilità come limite della (oltre il quale si esclude la) responsabilità e, prima ancora, come causa di estinzione dell'obbligazione (art. 1256)".

⁸⁵ G. VISINTINI, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol., XVI, Roma 1991, 3.

assoluto conseguisse la responsabilità aquiliana mentre dalla lesione di un diritto relativo derivasse la responsabilità contrattuale è stata poi superata dalla giurisprudenza la quale ha previsto la tutela aquiliana del credito o del contratto⁸⁶ nelle ipotesi in cui il terzo estraneo al rapporto obbligatorio o contrattuale cagioni l'impossibilità dell'adempimento del debitore. In effetti tale ipotesi potrebbe essere ricondotta nell'art. 1218 c.c. ove si assuma che l'impossibilità sopravvenuta sia configurabile non solo nei casi di forza maggiore o caso fortuito ma anche del comportamento del terzo estraneo al rapporto obbligatorio⁸⁷.

In definitiva la responsabilità contrattuale sussiste se la lesione del credito è posta in essere dal soggetto legato da un obbligo preesistente. Se tale obbligo preesistente manca, e quindi la lesione del credito avviene ad opera di un terzo, può aversi solo responsabilità extracontrattuale. Nonostante l'identità dell'interesse protetto diverse sono le finalità dei due rimedi, quello extracontrattuale tutela il creditore quando una prestazione infungibile diventi impossibile per colpa di un terzo, quello contrattuale tutela il creditore in caso di inadempimento da parte del debitore della prestazione, salvo ovviamente che la prestazione sia divenuta impossibile per causa a lui non imputabile. Dunque, uno riguarda l'impossibilità l'altro l'inadempimento della prestazione, uno è diretto contro un terzo l'altro contro il debitore, inoltre il rimedio risarcitorio

⁸⁶ Cass. Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giust. it.*, 1971, I, 1, p. 680, con nota di G. VISINTINI, e in *Foro it.*, 1971, I, P. 1284, con nota di A.C. JEMOLO; F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 292 ss.; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 137 ss; ID, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 899 ss; in argomento v. anche F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* 1912, II, p. 744, che riduceva ad unità le due forme di responsabilità nell'ambito del principio generale *alterum non laedere*.

⁸⁷ C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, intervento all'incontro di studio sul tema "*Illecito aquiliano e ingiustizia del danno*" organizzato dal C.S.M. - Roma, 29-30/05/2008, in www.personaedanno.it.

contrattuale mira a realizzare la pretesa del creditore mentre quello extracontrattuale solo a riparare, compensando, i danni subiti.

Problemi di confusione tra profili contrattuali ed extracontrattuali si rinvencono anche in tema di c.d. *interferenza contrattuale*, che alcuni orientamenti la riconducono alla responsabilità extracontrattuale. Tale fattispecie si configura quando un terzo, estraneo al rapporto obbligatorio, collabora all'inadempimento del debitore. In tal caso il terzo è obbligato a risarcire il danno conseguente alla mancata realizzazione dell'interesse del creditore, dunque la responsabilità contrattuale del debitore ed extracontrattuale del terzo mirano a tutelare lo stesso interesse ed hanno gli stessi presupposti, risultando, per questo motivo, sostanzialmente identiche.

La responsabilità contrattuale, pertanto, prescinde dall'ingiustizia del danno e dalla colpa dell'inadempimento, essendo conseguente solamente alla violazione di una obbligazione, dando luogo al fenomeno della *perpetuatio obligationis* cioè alla sostituzione dell'obbligazione preesistente con l'obbligazione risarcitoria. Nell'illecito aquiliano, invece, l'obbligazione (risarcitoria) nasce solo con la lesione, nella quale devono essere riscontrati i requisiti della colpa e dell'ingiustizia del fatto in assenza di un precedente rapporto tra danneggiato e danneggiante⁸⁸. Tale rapporto, ha specificato la

⁸⁸ G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, ESI, 2009, p. 17. Tale valutazione trova conferma nella giurisprudenza la quale, dopo aver chiarito che il termine "contrattuale" va inteso in senso ampio in quanto la responsabilità contrattuale si configura non solo nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto ma "anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte" -e per ciò stesso andrebbe più precisamente definita come responsabilità da inadempimento di obbligazioni -, specificano che "la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)" Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706, con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, commento a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706 ss.

giurisprudenza⁸⁹, non nasce solo dal contratto ma è riscontrabile in presenza di obblighi assunti da un soggetto nei confronti di altri.

La giurisprudenza ha, inoltre, da tempo affermato la possibilità del concorso tra i due tipi di responsabilità nel caso di simultanea violazione di un obbligo preesistente e di una situazione giuridica soggettiva. In questo modo la distinzione tra le due diverse forme di responsabilità finisce per perdere gran parte della sua rilevanza⁹⁰. La circostanza sopra individuata si verifica nelle ipotesi in cui alla violazione di un obbligo contrattuale si accompagni anche un danno alla persona o ai beni di uno delle parti, ma ciò solo nel caso in cui la circostanza sia determinata dalla violazione dell'obbligo di protezione⁹¹ e non, invece, quando sia la conseguenza della violazione della prestazione specifica ricadente sul soggetto obbligato come nel caso del medico. In tale ipotesi si configurerebbe solamente una responsabilità contrattuale⁹².

2. *L'emergere di nuove figure di responsabilità: la responsabilità da contatto sociale.*

L'affievolimento dei confini tra responsabilità contrattuale ed

⁸⁹ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit..

⁹⁰ Si osserva quindi allora che «la regola del concorso e del cumulo sembra eliminare alla radice molte perplessità: difatti, dove non giunge la disciplina della responsabilità contrattuale non di rado giunge la disciplina della responsabilità extracontrattuale». L. BIGLIAZZI GERI- U. BRECCIA- F.D. BUSNELLI- U. NATOLI, *Diritto civile*. 3. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 672. In argomento v. anche C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; ID., *La nuova responsabilità civile*³, cit., 555. Il concorso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si converte in concorso di azioni: R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. VISENTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, 158; A. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963, 249.

⁹¹ Cassazione, 8 ottobre 1989, n. 3224; Cassazione, 19 gennaio 1996, n. 418.

⁹² C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, cit., p. 115.

extracontrattuale ha facilitato poi il passaggio di alcune situazioni da una fattispecie all'altra al fine di riconoscere al soggetto danneggiato una disciplina più favorevole. Ciò è stato realizzato dalla giurisprudenza essenzialmente attraverso lo strumento del contatto sociale che è valso a sostituire lo schema del contratto in alcune ipotesi in cui una delle parti si trova nella necessità di affidarsi alla professionalità di un altro soggetto da cui deriverebbe il sorgere di un rapporto obbligatorio: l'inadempimento delle obbligazioni da esso derivanti, ancorché non nascenti da contratto, sarebbero riconducibili a quei fatti o atti a cui fa riferimento l'art. 1173 c.c.. In questa operazione un ruolo fondamentale hanno assunto le ricostruzioni della dottrina tedesca che hanno dato rilievo agli obblighi di protezione posti a tutela di interessi ulteriori rispetto a quello fondamentale della prestazione dedotta nel contratto ed anche in assenza di contratto.

Nel diritto italiano gli obblighi di protezione sono stati studiati in passato in collegamento con la responsabilità precontrattuale ed oggi se ne valuta una loro rilevanza anche al di fuori di quella fattispecie⁹³, anche in ragione delle posizioni assunte dalla giurisprudenza già con la sentenza della Cassazione n. 589/1999. Essi sono stati ricondotti, nella maggior parte dei casi, nell'area della responsabilità contrattuale, mentre la responsabilità precontrattuale è stata tendenzialmente inquadrata in quella extracontrattuale⁹⁴ ed, in ipotesi più limitate, in quella della responsabilità contrattuale in particolare nell'ambito dei rapporti instaurati tra privati e pubblica amministrazione.

Poiché la responsabilità contrattuale discende dalla violazione di un'obbligazione preesistente è necessario individuare il contenuto di detta obbligazione poiché, ove lo stesso non sia ridotto alla sola prestazione fondamentale, si restringono gli spazi della responsabilità extracontrattuale e

⁹³ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360ss.; sulla riconducibilità della responsabilità precontrattuale nello schema dell'art. 1218, cfr. F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 2008, p. 91.

⁹⁴ Da ultimo Cass. civ., sez. III, 17-01-2020, n. 843. In dottrina v. M.L. LOI F. TESSITORE – *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975

viceversa ove il contenuto della stessa sia considerato in modo restrittivo si ampliano i confini della responsabilità extracontrattuale.

3. Il concetto di obbligazione e gli obblighi di protezione.

Come è noto la dottrina tedesca dell'inizio del Novecento ha accolto una teoria ampia del concetto di obbligazione ricomprendendo nella stessa non solo l'interesse alla prestazione ma anche l'interesse alla protezione, cioè l'interesse a non subire un pregiudizio alla propria persona e ai propri beni a causa del rapporto obbligatorio⁹⁵.

Heinrich Staub, definisce «violazioni contrattuali positive» quelle in cui il debitore, pur non essendo in mora né avendo causato l'impossibilità della prestazione, ponga in essere comportamenti contrari all'attuazione dell'obbligo⁹⁶. Il rapporto obbligatorio, quindi, sarebbe un rapporto complesso costituito oltre che dall'obbligo alla prestazione dedotta nel contratto anche da una serie di obblighi accessori la cui violazione, al pari della violazione dell'obbligazione principale, costituisce illecito contrattuale⁹⁷.

Questa teoria si fondava sulle acquisizioni dello Jhering in materia di

⁹⁵ H. STOLL, *Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288; il termine era stato suggerito da H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929; H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag, 1902* (opera pubblicata in forma monografica nel 1904 e tradotta in italiano da G. VARANESE, col titolo *Le violazioni positive del contratto*, ESI, 2001). In argomento si vedano: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Esi, Napoli, 2020, p. 26 ss. e 193 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv.trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711.

⁹⁶ H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, cit.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, op. cit.

⁹⁷ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 41; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, op. cit., p. 30 ss.

responsabilità precontrattuale che individuava una serie di obblighi di protezione della sfera giuridica dei contraenti ritenuti meritevoli di tutela⁹⁸. Poiché l'ordinamento tedesco non riconosce una figura generale d'illecito ma configura solo delle ipotesi tipiche, la tutela dell'affidamento della parte nella conclusione del contratto non trovava tutela: attraverso la teoria dello Jhering, allora, il riconoscimento della necessità di dare una copertura a tale affidamento, e più in generale agli obblighi di protezione, finì per trasferire, in quell'ordinamento, la responsabilità precontrattuale dall'area della responsabilità aquiliana a quella della responsabilità contrattuale⁹⁹.

Tuttavia, la rilevanza degli obblighi di protezione si attenua ove gli stessi siano considerati accessori all'obbligo di prestazione perché in tal caso avrebbero potuto ottenere un riconoscimento ed una tutela solo in caso di violazione dell'obbligo di prestazione ed in connessione con esso.

Più tardi agli obblighi di protezione viene data una rilevanza autonoma, sganciata dalla fase delle trattative precontrattuali e riconosciuta in tutte le ipotesi in cui sia individuabile un contatto sociale qualificato¹⁰⁰, dando rilevanza all'affidamento tra i soggetti anche in ipotesi di assenza di un obbligo di prestazione e al di là delle trattative precontrattuali. Secondo tale impostazione, gli obblighi di protezione sussistono oltre che nei confronti delle parti contrattuali, anche verso quei soggetti terzi in qualche modo legati alle parti che,

⁹⁸ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jhering Jahrbucher*, 4, 1861, p. 14712, tradotto in italiano da F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Jovene, Napoli, 2005, p. 3.

⁹⁹ Per quanto attiene al risarcimento riconosciuto nell'ordinamento tedesco l'ammontare del risarcimento si fonda sul c.d. interesse negativo: il risarcimento, previsto per la responsabilità per *culpa in contrahendo*, deve riflettere soltanto le spese sostenute dalla parte lesa durante le trattative e, eventualmente, la perdita di alcune importanti opportunità di guadagno mediante la stipulazione di contratti con terze parti, e non anche i profitti che sarebbero derivati dalla conclusione del contratto oggetto delle negoziazioni fallite. Peraltro, l'attrazione nell'area della responsabilità contrattuale non era completa, infatti, in materia di onere della prova venivano seguite le regole della responsabilità aquiliana per cui era il danneggiato a dover dare la prova della colpa del danneggiante.

¹⁰⁰ H. DOLLE, *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen*, 1943, p. 67 ss..

essendo presenti durante l'esecuzione del contratto, sono esposti ad occasioni di danno alla persona o al patrimonio. La tutela contrattuale sarebbe estesa così a quei terzi su cui si riflettono gli effetti del rapporto obbligatorio con un'intensità pari a quella delle parti.

Attraverso gli obblighi di protezione si realizza, quindi, il superamento della *culpa in contrahendo*, figura ritenuta inadeguata non già nella struttura, ma nella funzione, in quanto modellata sulle sole trattative contrattuali e perciò non in grado di dare forma a rapporti nei quali non vi è un obbligo di prestazione ma neppure trattativa volta alla stipulazione di un contratto¹⁰¹. Il Larenz poi completa tale impostazione svincolando gli obblighi di protezione da un contratto facendoli derivare direttamente dall'affidamento che una parte ripone nell'altra in seguito ad un contatto che tra loro si è creato¹⁰². L'affidamento diviene così la fonte dell'obbligazione "senza obbligo primario di prestazione", affidamento che sarà poi incontestabilmente riconosciuto nelle ipotesi di contatto con soggetti muniti di specifiche professionalità.

L'affidamento in parola nasce da qualsiasi contatto sociale in base al quale una parte è indotta a ritenere sussistenti doveri e pretese di comportamento da parte dell'altra.

Nell'ordinamento tedesco, dopo la riforma del 2001, è stata inserita una clausola generale di responsabilità che prevede il diritto al risarcimento ogni qual volta sia violato un dovere derivante da un rapporto obbligatorio, dando così spazio a tutte le acquisizioni dottrinali di cui si è trattato e con esso anche agli obblighi precontrattuali ed a quelli di protezione. Tali obblighi non sono quindi più accessori all'obbligo di prestazione, ma con esso costituiscono il complesso rapporto che lega le parti e la loro violazione dà diritto al risarcimento a prescindere dalla violazione dell'obbligo di prestazione.

Il § 311 del nuovo BGB prevede espressamente tra le fonti delle obbligazioni, oltre le trattative e la fase di preparazione di un contratto, anche i

¹⁰¹ Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 517.

¹⁰² K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987.

“contatti sociali”.

In Italia, gli obblighi di protezione sono stati studiati essenzialmente in connessione con le clausole generali del contratto, ovvero la diligenza, la correttezza e la buona fede, la cui violazione, con conseguente lesione degli interessi altrui diversi da quello alla prestazione (integrità fisica o altri beni), si riteneva comportasse responsabilità extracontrattuale. Si tratta, in proposito, di obblighi diversi da quelli accessori alla prestazione e che qualificano quindi l'esatto adempimento: questi ultimi sono strumentali alla prestazione e la loro violazione comporta senza dubbio la responsabilità contrattuale¹⁰³.

L'esistenza di una clausola generale come quella contenuta nell'art. 2043 c.c., inesistente nell'ordinamento tedesco che per primo ha dato rilevanza agli obblighi di protezione, renderebbe, secondo questa impostazione, superfluo ricondurre tali violazioni nell'ambito della responsabilità contrattuale per tutelare l'interesse dell'altra parte, mentre la responsabilità contrattuale sarebbe collegata esclusivamente con l'obbligazione principale della prestazione¹⁰⁴. Sulla stessa posizione si colloca anche la giurisprudenza dominante¹⁰⁵, solo di recente non più univoca.

Si è osservato, poi, che mentre l'art. 2043 c.c. impone un generale obbligo di astensione proprio in assenza di una relazione tra le parti, gli obblighi di protezione, invece, impongono un comportamento positivo dalla cui violazione discenderebbe una responsabilità per inadempimento¹⁰⁶.

Secondo altra parte della dottrina, gli obblighi di protezione potrebbero essere ricondotti all'interno della diligenza che qualifica l'esatto adempimento

¹⁰³ *Contra* una simile differenziazione, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 1999, p. 86 ss.

¹⁰⁴ S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 159 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 185. Per tale motivo la teoria degli obblighi di protezione costituirebbe una “superfetazione” del nostro ordinamento essendo il dovere di protezione già parte integrante dell'obbligazione principale.

¹⁰⁵ Cass. 16 maggio 2006, n. 11375; Cass., 2011 n. 16735.

¹⁰⁶ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, *op. ult. cit.*, p. 457.

del debitore escludendo quindi una loro rilevanza autonoma¹⁰⁷.

Con risultati non sostanzialmente diversi, altra dottrina ritiene che gli obblighi di protezione non qualifichino la prestazione, ma siano anch'essi dedotti nel contratto¹⁰⁸. In questa ricostruzione, quindi, il rapporto obbligatorio non rileverebbe come rapporto complesso e andrebbe affrontato e risolto attraverso una esatta individuazione e ricostruzione della prestazione dedotta nel contratto.

Il punto debole di tale impostazione, che ricostruisce gli obblighi di protezione sulla diligenza, è che in essa non c'è spazio per la tutela degli obblighi di protezione di soggetti terzi al rapporto contrattuale e alla configurabilità di obblighi di protezione senza un obbligo di prestazione nascenti da un contatto sociale.

Di recente, tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno effettuato una sostanziale revisione delle loro posizioni riconoscendo agli obblighi di protezione una rilevanza autonoma. Si è osservato, sulla scia di quanto già riconosciuto nel diritto romano e nella dottrina tedesca precedentemente richiamata, che, come affermato dall'art. 1173 c.c., le obbligazioni possono sorgere oltre che dal contratto o da fatti illeciti, anche da altri tipi di relazioni tra soggetti che fanno nascere un particolare e qualificato affidamento reciproco tra gli stessi riconducibile non alla diligenza, che qualifica la prestazione, ma secondo alcuni all'obbligo di correttezza e secondo altri all'obbligo di buona fede.

Dal contatto sociale qualificato tra soggetti possono scaturire, quindi, particolari obblighi di protezione a prescindere da un obbligo di prestazione, inesistente in assenza di un contratto tra le parti.

Tali obblighi di protezione trovano un loro fondamento normativo negli artt. 1175 e 1375 c.c.; essi riconducono la responsabilità nascente dalla loro

¹⁰⁷ C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Giuffrè, 1993, p. 93-94; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974 p. 26 ss; per una critica a tale impostazione, v. L. LAMBO, *Obblighi di protezione, op. ult. cit.*, p. 114 ss.

¹⁰⁸ In tal senso anche U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, ESI, Napoli, 2010, p. 151 ss.

violazione in un'area molto più simile a quella della responsabilità contrattuale che a quella della responsabilità extracontrattuale. In tale ricostruzione, quindi, il rapporto obbligatorio va ricostruito come rapporto complesso caratterizzato dalla prestazione di cui all'art. 1174 c.c. e dall'obbligo di protezione desumibile dall'art. 1175 c.c.. Di conseguenza anche la responsabilità contrattuale nascerebbe non solo dall'inadempimento della prestazione, ma anche dalla lesione della relazione tra le parti¹⁰⁹. L'art. 1175 c.c. deriverebbe dal principio costituzionale di solidarietà ed avrebbe quindi una funzione equivalente a quella dell'art. 2043 c.c..

Altra parte della dottrina, quella maggioritaria, ricostruisce gli obblighi di protezione sulla base della funzione integrativa della buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c. che conferirebbe agli stessi una loro rilevanza autonoma scissa da quelli connessi alla prestazione e per ciò stesso rilevanti anche in assenza di prestazione¹¹⁰.

Al fine di evitare una eccessiva dilatazione di tali obblighi di protezione si afferma, tuttavia, che la responsabilità dovrebbe riscontrarsi solo ove si accerti un collegamento necessario tra il danno ai beni fondamentali e l'esecuzione del contratto.

Si giunge per tale via al concetto di "contatto sociale qualificato"

¹⁰⁹ È stato affermato che «è lo stesso codice civile a confermare l'autonomia concettuale della categoria degli obblighi di protezione rispetto a quello di prestazione. Il riferimento va non solo all'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro obblighi di sicurezza da garantire al lavoratore subordinato durante lo svolgimento della prestazione lavorativa 50, ma anche alla disciplina dei contratti tipici, in particolare alle note disposizioni previste in tema di trasporto e di locazione», A. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 330; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Diritto delle obbligazioni*, cit., p. 276 ss.

Per altro verso la giurisprudenza discute se l'espresso riferimento nell'art. 2087 c.c. alla rilevanza della violazione dei diritti della persona serva ad attrarre gli stessi nell'area della responsabilità contrattuale o invece ne mantenga la loro collocazione nell'ambito extracontrattuale determinando in tal modo una inutile duplicazione dell'art. 2043 c.c.

¹¹⁰ F. CARINGELLA, in F. CARINGELLA, G. DE MARZIO, *Manuale di diritto civile, II, Le obbligazioni*, Milano, 2007, p. 98.

riconosciuto da tempo dalla Cassazione, anche a Sezioni Unite¹¹¹.

Si tratta della responsabilità per violazione dell'affidamento come categoria generale che rilevarebbe in tutte le ipotesi in cui, anche in assenza di contratto, dal contatto tra soggetti sorga, in ragione della particolare professionalità di uno di essi, un affidamento fonte di obbligazioni, la cui lesione determina la responsabilità per inadempimento che non è dissimile alla relazione tra i contraenti ed è estranea all'art. 2043 c.c..

4. *Violazione dell'affidamento nelle trattative contrattuali.*

Tale ricostruzione aveva già trovato spazio in materia di responsabilità precontrattuale dove la giurisprudenza aveva affermato che l'elemento a fondamento della responsabilità non è la colpa ma la violazione della buona fede in ragione della relazione che si è creata tra le parti.

La dottrina aveva in proposito distinto tra regole di validità del negozio giuridico e regole funzionali a disciplinare la condotta delle parti nella fase prodromica al contratto e funzionali alla determinazione del consenso. Le prime riguardano la fase statica dell'atto e servono a rendere conforme lo stesso alla fattispecie legale, le seconde attengono alla fase dinamica e funzionale dell'esercizio del potere di autonomia privata, il cui contenuto si può ricavare sulla base di *standards* sociali e comportamentali ispirati a canoni di serietà, correttezza e lealtà, alla luce dei quali viene a formarsi l'altrui affidamento. Sono queste le regole che ispirano il principio generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. le quali rilevano non solamente per valutare la violazione del principio del *neminem laedere*, ma anche il comportamento delle parti in tutte le fasi contrattuali. Il rinnovato interesse interno ai temi della buona fede aveva

¹¹¹ Cass., sez. un., 577/08; Cass., sez. un., 14712/07; Cass., sez. un., 24906/11; Cass. 13953/07; Cass., sez. un., 500/SU/99; Cons. Stato 1833/13.

addirittura fatto sorgere il dubbio, tuttavia escluso, se la sua violazione potesse giungere fino ad influenzare la stessa fase statica dell'atto incidendo sulla validità dello stesso, mentre molto più concretamente si discute se i "vizi incompleti" di un atto possano dar luogo a responsabilità¹¹². Vista, tuttavia, l'estrema genericità dell'art. 1337 c.c. è necessaria un'attenta individuazione dei confini di tale disposizione perché una garanzia come quella rappresentata dalla citata disposizione civilistica non si trasformi in un eccessivo limite alla libertà negoziale.

Premesso che la buona fede incide su tutta la fattispecie "a formazione progressiva" del contratto, la stessa deve accompagnare sia la fase della formazione (art. 1337 c.c.), sia la sua interpretazione (art. 1366 c.c.), che infine la sua esecuzione (art. 1375 c.c.)¹¹³.

Nella sua accezione oggettiva, la buona fede consiste in quelle regole di condotta che conferiscono al comportamento delle parti i connotati di lealtà, onestà e correttezza. Essa si sostanzia in una serie "aperta" di obblighi gravanti sulle parti tali da garantire un certo *standard* di correttezza in tutti i momenti fisiologici dell'atto negoziale. Tali obblighi sono sia negativi, nel senso del dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui, sia positivi, come dovere di collaborazione al fine di una valida e corretta formazione del consenso della controparte: tra tali obblighi vanno ricompresi quello di chiarezza, informazione e segretezza e non possono limitarsi, come in una prima fase si riteneva, al solo obbligo di rendere edotta la controparte sulle cause di invalidità del negozio che si intende sottoscrivere *ex art.* 1338 c.c..

La buona fede ha sia una funzione valutativa *ex post* del comportamento delle parti, ma anche una funzione precettiva *ex ante* del comportamento che le

¹¹² Si tratta di quelle ipotesi in cui "non si rinvergono i tratti della fattispecie astratta di vizio, così come prefigurata dal legislatore, ma che si caratterizzano per una condotta scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici alterati e così via". Così M. MANTOVANI, <<Vizi incompleti>> *del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

¹¹³ Così R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, pag. 227.

parti debbono tenere nella fase di costituzione del rapporto introducendo obblighi ulteriori a quelli che le parti hanno assunto espressamente al momento di formazione del rapporto obbligatorio. La violazione di tali regole non incide sulla validità del negozio, ma può concretizzare un'ipotesi di responsabilità.

Come già ricordato, la giurisprudenza e parte della dottrina erano inizialmente propensi ad affermare la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale ritenendo che l'art. 1337 c.c. costituisse una delle ipotesi normate di danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*. La tesi poggiava sulla convinzione, allora operante, che la responsabilità contrattuale avesse come presupposto un contratto valido ed efficace, che nell'ipotesi dell'art. 1337 c.c. non sussiste.

Tale impostazione era destinata a cedere quando la dottrina sottolineò che la responsabilità contrattuale nasceva *ex art. 1218 c.c.* dall'inadempimento di qualsiasi "atto o fatto idoneo" a far sorgere una obbligazione¹¹⁴, nell'ambito dei quali si è fatto rientrare il fatto materiale dell'instaurazione delle trattative. Fin tanto che, tuttavia, si riterrà che ad essere tutelato deve essere l'interesse negativo "alla libertà negoziale", l'art. 1337 c.c. continuerà ad essere ricondotto nell'alveo della responsabilità extracontrattuale.

Come già ricordato, si deve allo Jhering il trasferimento della responsabilità precontrattuale nell'ambito di quella contrattuale. La tesi troverebbe nel nostro ordinamento conferma nella circostanza che l'art. 1337 c.c. fa riferimento alle "parti" con ciò suggerendo la natura relativa di tale obbligo distinto da quello assoluto richiamato nell'art. 2043 c.c. rilevando, peraltro, anche una relazione tra le parti coinvolte accertabile anche prima del fatto lesivo e non solo successivamente ad esso come nel caso dell'art. 2043 c.c. per quanto riguarda il solo aspetto risarcitorio¹¹⁵.

Anche la Cassazione, già dal 2011, ha sostenuto la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale in ragione dell'obbligazione *ex lege*

¹¹⁴ F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, pag. 589.

¹¹⁵ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale", in *Noviss. Dig. It.*, vol., XV, Torino, s.d. ma, 1968, pag. 670 e ss.

emergente dall'art. 1337 c.c. per il contatto sociale che si instaura tra le parti¹¹⁶ affermando di conseguenza che la parte danneggiata non era tenuta a provare la colpa del danneggiante ma solo il comportamento antiggiuridico, la violazione dell'obbligo di buona fede ed il danno. La natura della responsabilità, infatti, va accertata in base alla natura del precetto che la condotta viola e non in base alla condotta tenuta dal responsabile¹¹⁷.

Nella specifica ipotesi delle trattative precontrattuali, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede è imposto direttamente dalla legge, ma la teoria del contatto sociale estenderà poi tale obbligo quando sussiste un contatto qualificato tra due soggetti. La responsabilità precontrattuale si configura come responsabilità contrattuale in quanto questa non sarebbe costituita solo "dalla violazione di una pretesa di adempimento, bensì dalla lesione arrecata ad una relazione qualificata tra soggetti"¹¹⁸, ma ciò solo nelle ipotesi in cui sia riscontrabile una asimmetria tra le parti come nel caso della responsabilità della pubblica amministrazione, o in ogni caso quando scaturente da un contatto sociale qualificato tra le parti; tuttavia anche in questo caso, è stato poi riconosciuto il risarcimento del solo interesse negativo accogliendosi invece le regole della responsabilità contrattuale in materia di onere della prova e di prescrizione¹¹⁹.

Quando è violato, quindi, un legittimo affidamento sorge una responsabilità tra le parti ricostruibile su quella contrattuale: si costituisce un'obbligazione senza prestazione ma fatta di obblighi accessori rilevanti giuridicamente ai sensi dell'art. 1218 c.c.. Parte della giurisprudenza ha poi parlato di un *tertium genus* di responsabilità nell'ipotesi di violazione della

¹¹⁶ Cass., 26748 /2011.

¹¹⁷ Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589.

¹¹⁸ Così, Cass., 12-07-2016, n. 14188.

¹¹⁹ Per un'ampia ricostruzione della problematica cfr. Cass., 12-07-2016, n. 14188; Tar Molise 26 marzo 2019, n. 117; Cons Stato sez IV, 19 marzo 2018, n. 1815, afferma che la colpa della pubblica amministrazione è presunta e quindi spetta alla stessa provare l'assenza di colpa o l'errore scusabile. Per la giurisprudenza precedente attestata sulla figura della responsabilità extracontrattuale, cfr. Cass. 9157/95; ID, 15172/03; ID, 15040/04; ID, 16735/11; ID, 3383/81; ID, 23393/08; ID, 11135/09; ID, 9636/15.

correttezza e buona fede da parte del P.A. che abbia inciso sull'affidamento della controparte sulla positiva conclusione del contratto, che viene qualificato come interesse legittimo¹²⁰.

In altri ordinamenti, come quello francese¹²¹, la responsabilità precontrattuale è invece tradizionalmente inquadrata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Nel sistema francese si riscontra una più ampia tutela dell'interesse del danneggiato in quanto, non essendo conosciuta la distinzione tra interesse negativo ed interesse positivo in merito al criterio da seguire ai fini della quantificazione dell'ammontare del risarcimento, si afferma che la parte responsabile è tenuta a compensare, con il risarcimento, le perdite subite dalla parte lesa, nelle quali vanno ricomprese, oltre le spese sostenute dalla parte lesa durante le negoziazioni, anche la *perte d'une chance*, ovvero la perdita della possibilità di ottenere dei vantaggi dal contratto non concluso.

5. La responsabilità per contatto sociale qualificato.

L'affidamento, che le parti ripongono durante le trattative contrattuali, la dottrina l'ha poi riscontrato anche in tutti gli altri casi in cui tra due soggetti, sui quali si è instaurata una relazione determinata, sorga un particolare affidamento su un determinato risultato in ragione della specifica professionalità di uno di essi e sul quale ricadono, in conseguenza, particolari obblighi di protezione. La presenza di questa particolare relazione e della specifica professionalità di una delle parti rende la situazione completamente diversa da quella sottostante all'art. 2043 c.c. caratterizzata dalla reciproca estraneità dei soggetti coinvolti. Dall'inadempimento di tali obblighi di protezione nascerebbe, quindi,

¹²⁰ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438.

¹²¹ A. M. *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)* in *Digesto delle discipline privatistiche. sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 405.

responsabilità contrattuale. Tale ricostruzione è stata giustificata, in particolare, in tutte quelle ipotesi in cui sono coinvolti interessi o beni costituzionalmente protetti. Tuttavia, in tal modo si finisce per svuotare eccessivamente l'area della responsabilità extracontrattuale e di gonfiare eccessivamente quella della responsabilità contrattuale.

La teoria degli obblighi di protezione e della tutela dell'affidamento ha, tuttavia, incontrato forti critiche nella dottrina che non ha mancato di evidenziare che essa trova spazio solo se si afferma che il rapporto obbligatorio non si sostanzia nella sola prestazione, ma che in esso trovano spazio anche interessi diversi. In particolare, la teoria che dà rilevanza autonoma agli obblighi di protezione si porrebbe in contrasto con l'art. 1218 c.c. che fonda la responsabilità contrattuale sull'inadempimento della "prestazione". Si afferma che non si tratta di obblighi di protezione diversi dall'obbligo di prestazione in quanto gli obblighi di protezione costituiscono delle vere e proprie prestazioni e quindi obbligazioni contrattuali ancorché di fatto o che nascono da norma di legge come l'art. 1411 c.c.¹²². La teoria dei rapporti contrattuali di fatto nasce in Germania in un periodo di crisi della teoria che riteneva necessario il consenso per la validità del contratto sostituito dall'interesse a tutelare l'affidamento dei soggetti nella conclusione dello stesso, sottolineando l'importanza sociale di determinati comportamenti da cui nascerebbe tale affidamento¹²³.

Parte della dottrina italiana¹²⁴ ha ritenuto, invece, che, ove il contatto sociale determinasse un contratto di fatto, da esso nascerebbe un vero e proprio obbligo di prestazione, mentre per la teoria della responsabilità da contatto

¹²² Cfr in materia A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, cit.; ID, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, nota a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, p. 446.

¹²³ Per una ricostruzione di tale problematica cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; ID, «E' vero, ma...» in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; ID, *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, III, Giuffrè, 1998, p. 43ss.; ID, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.

¹²⁴ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, *op. ult. cit.*, p. 487 ss.

sociale oggetto dell'obbligazione è la protezione della sfera giuridica altrui e non già una vera e propria prestazione. Di conseguenza questa dottrina esclude anche la riconduzione dei rapporti precontrattuali nell'alveo dei rapporti contrattuali di fatto.

In sostanza ci si chiede se dal contatto sociale nasca un obbligo di protezione o di prestazione.

Di recente la teoria del contatto sociale è entrata in crisi: in particolare nel settore sanitario il legislatore, dopo iniziali incertezze, ha affermato nel 2017 che la responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria va inquadrata nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Il nuovo dato normativo si traduce, quindi, in una sconfessione della ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale a cui si è fatto riferimento nelle pagine precedenti.

Cap. III

Il contratto di assicurazione

Sommario: 1. *Il contratto di assicurazione: funzione*; 2. *Il contratto di assicurazione: cenni di diritto comparato ed evoluzione*; 3. *Rischio ed alea del contratto di assicurazione*; 4. *Il rischio putativo ed il rischio soggettivo*.

1. *Il contratto di assicurazione: funzione.*

L'assicurazione nasce per fornire all'assicurato un'adeguata tutela contro il verificarsi di determinati eventi futuri ed incerti assicurandogli le prestazioni stabilite dal contratto. Essa configura quell'attività economica in base alla quale l'assicuratore, applicando determinati principi tecnici, matematici, statistici e giuridici, costituisce, attraverso il pagamento dei c.d. premi, stabiliti in base ad una massa di rischi omogenei e al numero dei soggetti assicurati per quel rischio, un complesso di mezzi finanziari per fronteggiare la sopportazione del costo dei danni sulla medesima trasferiti¹²⁵. Il premio sarebbe, pertanto, rapportato più che

¹²⁵ L. SELLERI *Nuovi orientamenti nelle politiche di premio delle imprese di assicurazione*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 2001, 969; C. DE FERRA, *L'assicurazione: nozioni, concetti, base matematiche*, Milano, 1995; D. DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, a cura di A.C. CANDIAN S. PACI, Milano, 2002, p. 263.

cit.; F. PISCI, *Riserve tecniche dei rami vita e danni*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, Milano, 2006,86; F. GRASSO, *Elementi di tecnica attuariale della riassicurazione nei rami danni*, Firenze, 2001; E. PITACCO, *Modelli attuariali per le assicurazioni sulla salute*, Milano, 1995; C. DE FERRA, *L'assicurazione*, cit.,129.

al valore economico della prestazione, all'obbligazione assunta dall'assicuratore¹²⁶. La dottrina fa risalire le prime forme di assicurazione all'XI secolo quando erano configurate come clausole accessorie a determinati contratti in quei settori dove l'attività era particolarmente rischiosa come nel trasporto marittimo¹²⁷.

Il fenomeno assicurativo si sviluppa, poi, come già visto, in parallelo allo sviluppo delle teorie sulla responsabilità civile e del superamento dello stretto collegamento tra la responsabilità e la colpa.

Secondo gli economisti l'assicurazione assolverebbe alla funzione di mantenere l'equilibrio tra bisogni individuali eventuali e mezzi a disposizione per realizzarli imponendo un sacrificio attuale in vista di un bisogno futuro¹²⁸. La garanzia di tale equilibrio avrebbe poi l'effetto di garantire ed incentivare il mercato trasferendo il costo dei danni provocati dalle attività economico-commerciali da un soggetto ad un altro.

Il contratto di assicurazione è un contratto sinallagmatico in cui si tende a creare un equilibrio tra l'interesse dell'assicurato alla sicurezza economica in caso di sinistro e l'interesse alla speculazione economica che l'assicuratore può realizzare con le somme raccolte sul mercato eccedenti la copertura dei sinistri.

Tali caratteristiche sono proprie di tutte le forme di assicurazioni.

¹²⁶ A. OLIVERI «Valutazioni» in *assicurazione vita: profili attuariali, finanziari ed economici*, in *Dir. ec. ed ass.*, 1996, 381; L. VANNUCCI, *Statistica assicurativa e valutazioni attuariali*, Bologna, 2000.

¹²⁷ In argomento LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, Milano 2000; A. DONATI, *L'evoluzione storica internazionale del diritto delle assicurazioni private*, in *Trattato delle assicurazioni private, II*, Milano, 1954, cit..

¹²⁸ L. BUTTARO, voce *Assicurazione in generale*, in *Enc dir.*, vol III, Milano 1958, p. 431, il quale analizza anche le ragioni per le quali la dottrina giuridica ha abbandonato la sua precedente posizione che ancorava l'assicurazione alla funzione indennitaria per accogliere quella economicistica di tutela di bisogni eventuali.

2. Il contratto di assicurazione: cenni di diritto comparato ed evoluzione.

La prima forma di assicurazione nasce nel 1825 in Francia per coprire i danni derivanti dalla circolazione di carrozze e cavalli.

Ma è in Inghilterra che tra il 1845 ed il 1850 si svilupperà notevolmente l'istituto con la costituzione di forme di assicurazione dirette a coprire i danni provocati dai mezzi circolanti su rotaie, che poi trovò una sua sistemazione nel 1875¹²⁹. Più tardi l'*Employers' Liability Act*, del 7 settembre 1880, stabilì la responsabilità civile dell'imprenditore per i danni occorsi al dipendente sul luogo di lavoro e da esso si sviluppò l'*Employers' Liability Assurance Corporation* che operò dopo il 1896 anche in America.

L'assicurazione sugli infortuni sul lavoro apparve molto presto anche in Italia dove assunse da subito, già nel 1898 con la legge n. 80, la forma di assicurazione obbligatoria costruita sul concetto di rischio professionale¹³⁰.

Il contratto di assicurazione in Italia, prima del codice del '42, era sostanzialmente riconducibile all'accollo interno nel rapporto tra assicuratore ed assicurato¹³¹, nel quale il danneggiato assumeva una posizione marginale tanto che si riteneva che il pagamento da parte dell'assicurazione dovesse avvenire nelle mani dell'assicurato e non del danneggiato¹³². Per limitare le conseguenze che tale ricostruzione comportava erano previste una serie di limitazioni a favore

¹²⁹ cfr. C. PARSONS, *From accident to liability: the origins of liability insurance*, in *Journal of Insurance Research and Practice*, 2002, 17.

¹³⁰ In Francia venne emanata, sempre nel 1898, la Loi sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail. In argomento: P.J. HESSE, *Le nouveau tarifs de corps laborieux: la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, in J.P. LE CROM (a cura di), *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, Paris, 1998, p. 89 ss.

¹³¹ G. GENTILE, *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 84 s; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998, p. 281. Più di recente negli stessi termini P. RESCIGNO, *Azione diretta e azione surrogatoria del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1952, p. 82 ss.

¹³² Il termine normalmente utilizzato nelle polizze assicurative era infatti quello di rimborso, per indicare che la somma dovuta era ancorata a quanto dovuto a titolo di risarcimento anche se ben presto si affermò che l'assicuratore era tenuto ad effettuare la propria prestazione prima che il danneggiante risarcisse il danneggiato.

dell'assicuratore¹³³.

Sensibile ad una lettura più favorevole al danneggiato fu certamente una parte, minoritaria, della giurisprudenza che, partendo da una considerazione del contratto di assicurazione come contratto a favore di terzi, affermò ben presto sia il diritto del danneggiato ad ottenere direttamente il risarcimento, e un'azione diretta a tal fine¹³⁴, sia concedendogli l'azione revocatoria in caso contrario. Con il codice del '42 si prevede la facoltà dell'assicuratore di pagare direttamente al danneggiato (configurandosi, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, un'ipotesi di espromissione) e l'obbligo in tal senso ove fosse espressamente richiesto (art. 1917 co. 2, c.c.) nella quale ipotesi era stata individuato l'accollo o delegazione di pagamento¹³⁵.

Tale sviluppo è fortemente legato all'evoluzione dell'istituto della responsabilità civile, precedentemente esaminata, che vede la stessa da strumento a tutela del danneggiante e del suo patrimonio a mezzo per realizzare diversi obiettivi, spostando prima l'attenzione sulla tutela del danneggiato, considerando appunto il contratto come contratto a favore di terzi e concedendo al danneggiato l'azione surrogatoria, per giungere, poi, ad assolvere altre finalità di politica del diritto. L'ammissibilità di un'azione diretta in capo al danneggiato veniva ricostruita da alcuni in base all'art. 2767 c.c. che prevede un privilegio a favore del danneggiato¹³⁶, da altri sul principio di buona fede che imporrebbe all'assicuratore, come obbligazione principale, la soddisfazione del danneggiato¹³⁷.

La ricostruzione del contratto di assicurazione come contratto a favore di

¹³³ Era vietato, infatti, all'assicurato di comunicare al danneggiato l'esistenza del contratto di assicurazione e di assumersi in sede giudiziaria la responsabilità del sinistro.

¹³⁴ In dottrina cfr. L. LORDI, *Sull'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 551 ss.

¹³⁵ cfr. P. GRECO, *La richiesta dell'assicurato all'assicuratore di pagare l'indennizzo al terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1959, p. 309 ss; P. RESCIGNO, voce *Delegazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 940.

¹³⁶ A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 236; Cfr. A. PELAGGI, *Sui rapporti tra assicuratore e terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1963, p. 3 ss; I. ENRIGHT, *Professional Indemnity Insurance Law*, Londra, 1996, p. 430.

¹³⁷ A.D. CANDIAN, *op.loc. cit.*

terzi ha suscitato dubbi in quella dottrina che ha evidenziato il limite posto dall'art. 1372 c.c., il quale prevede che il contratto abbia effetto solo tra le parti, e che il richiamo al principio della buona fede non paia sufficiente a superare tale ostacolo, mentre probabilmente un più consistente ausilio può riscontrarsi nel principio solidaristico affermato dall'art. 2 Cost.¹³⁸. Si sottolinea, tuttavia, che dalla disposizione costituzionale potrebbe farsi discendere un diritto al risarcimento del danno del danneggiato in caso di cattiva esecuzione del contratto assicurativo, ma più difficilmente una sua azione diretta nei confronti dello stesso.

I risultati auspicati potrebbero raggiungersi, secondo la dottrina¹³⁹, quindi, solo attraverso l'intervento del legislatore che dovrebbe attribuire una posizione soggettiva autonoma al terzo rispetto al contratto di assicurazione oppure configurandolo come mero diritto derivato, ma in tal caso legato ai vizi genetici o funzionali del contratto di assicurazione.

In materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, invece, dove da subito il legislatore ha previsto un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore e l'impossibilità di opporre ad esso delle eccezioni al fine di impedire che potesse essere altrimenti pregiudicato l'obiettivo che si poneva la legge, si è inciso molto fortemente sulla ricostruzione in chiave contrattualistica dell'obbligazione dell'assicuratore¹⁴⁰. Infatti, anche la ricostruzione dell'assicurazione come contratto a favore di terzi comporterebbe un pregiudizio agli interessi di quest'ultimo nelle ipotesi in cui il contratto di

¹³⁸ Per più ampie considerazioni si rinvia al capitolo precedente. cfr. in generale, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991; M. MAGGIOLLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 39 ss. Per una disamina dell'istituto, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit.

¹³⁹ Cfr. F. CESERANI, *Il problema della tutela del terzo danneggiato nella garanzia facoltativa di responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2008, p. 522.

¹⁴⁰ cfr. A. DURANTE, *La liquidazione e il risarcimento del danno secondo la miniriforma dell'assicurazione obbligatoria*, Milano, 1978, p. 124. Per una compiuta ricostruzione dell'istituto dell'azione diretta, cfr. M. FRANZONI, *L'azione diretta nei confronti dell'assicuratore: profili teorici e ricostruttivi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 781 ss.

assicurazione sia invalido o inefficace. L'azione diretta e l'inopponibilità delle eccezioni sono quindi elementi essenziali di ogni assicurazione obbligatoria, ma devono presiedere in ogni tipo di assicurazione se se ne vuole preservare la sua funzione¹⁴¹.

Si sono richiamate in precedenza le interferenze tra responsabilità civile ed assicurazione e si è evidenziato come quest'ultima abbia spostato l'attenzione sulla funzione essenzialmente economica della responsabilità, sul fatto che questa venga fatta ricadere sul soggetto più in grado di sopportarne i costi e, per altro verso, abbia inciso sensibilmente sulle soluzioni giudiziarie più inclini a riconoscere, anche in maniera ampia, i diritti del danneggiato quando questi siano coperti da assicurazione. L'altra faccia della medaglia è, tuttavia, l'affievolirsi della tensione del danneggiante al rispetto delle regole che presiedono ai comportamenti dovuti al fine di evitare danni a terzi con conseguente riduzione della funzione preventiva della responsabilità¹⁴².

Secondo parte della dottrina, sia italiana che di oltre oceano, tale pericolo sarebbe scongiurato sia da meccanismi assicurativi come il *bonus/malus* che dall'aumento del costo della polizza imposto dalle assicurazioni chiamate a una maggiore copertura dei danni ed, infine, da una attenta attività di gestione da parte delle società di assicurazione del rischio assicurativo¹⁴³.

Si è peraltro sottolineato che non vanno dimenticate e trascurate le altre funzioni che da sempre sono state riconosciute nella responsabilità civile come in particolare quella preventiva e di deterrenza. In quest'ottica si ammette anche che se siano assicurabili quei risarcimenti che, per accentuarne la funzione preventiva, siano stabiliti in maniera punitiva e ultracompensativa, purché non

¹⁴¹ In tal senso A.D. CANDIAN, *op.ult.cit.*, p. 266.

¹⁴² Per la dottrina straniera cfr. J. STAPLETON, *Tort, Insurance and Ideology*, (1995) 58 MLR 820, ripreso in chiave critica da R. MERKIN, *Tort, Insurance and Ideology*, (2012) 75 MLR 301.

¹⁴³ In argomento vedi, S. PINTO, *Assicurazioni private e assicurazioni pubbliche nel governo dei rischi da attività lavorative*, in F.D. BUSNELLI - G. COMANDÉ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2009, p. 183.

causati con dolo¹⁴⁴, anche se, in tal modo, la funzione punitiva viene trasferita e scaricata sull'assicuratore¹⁴⁵.

3. Rischio ed alea del contratto di assicurazione.

Il rischio è posto a fondamento stesso del contratto di assicurazione. La dottrina era divisa tra coloro che lo consideravano un presupposto di validità del contratto¹⁴⁶ e chi lo riconduceva nell'oggetto o nella causa e quindi in un elemento essenziale dello stesso¹⁴⁷.

Il legislatore fa in più parti riferimento al concetto di rischio¹⁴⁸ senza tuttavia definirlo. In effetti sussistono diverse accezioni del termine rischio, che involgono altre discipline: si parla ad esempio di rischio economico, attuariale o

¹⁴⁴ V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012, p. 319; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 609 ss.; P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno risarcimento*, Torino, 2013; F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione*, cit.

¹⁴⁵ Si osserva che, tuttavia, la funzione punitiva potrebbe essere conservata dalla circostanza che il premio potrebbe essere determinato in maniera elevata e potrebbe essere aumentato dopo il verificarsi dell'evento. I danni punitivi e lo studio degli stessi hanno trovato ampio spazio nei sistemi inglese e americano: cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of tort all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 1 ss.; S.F. DEAKIN, A.J. JOHNSTON, B.S. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (7th ed.), Oxford, 2012, p. 797 ss.; D. CORVI, *Punitive Damages*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 859 ss.; G. FRANKLIN, *Punitive Damages Insurance: Why some Courts Take the Smart out of "Smart Honey"*, (1986) 40 U. Miami L. Rev. 979.

¹⁴⁶ A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1960, I, 236. Secondo Cass., 3 luglio 1991, n. 7300, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3151 il rischio è, invece, un presupposto del contratto.

¹⁴⁷ POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere*, II, Livorno, 1841. Cass. 18 settembre 1961, n. 2033, in *Ass.*, 1962, II, 36, lo ricomprende invece nella causa.

¹⁴⁸ Gli artt. 1895 e seguenti disciplinano, infatti, l'inesistenza, la cessazione e la modificazione del rischio quali motivi di nullità, di scioglimento o ancora di recesso dal contratto di assicurazione.

contrattuale o di alea negoziale.

Esso viene identificato normalmente con la possibilità prevedibile, ma incerta, del verificarsi di un determinato evento futuro negativo. Anche nell'assicurazione della responsabilità civile il rischio ha una funzione fondamentale in quanto mira a ripartire le conseguenze degli eventi lesivi pur rimanendo chiara la distinzione poiché la responsabilità civile è «una tecnica di ascrizione dell'obbligo risarcitorio, mentre l'assicurazione è una tecnica di assolvimento dello stesso»¹⁴⁹.

Il rischio giuridico che contraddistingue il contratto di assicurazione incide sulla posizione delle parti: per questo si parla di contratto aleatorio in quanto la prestazione di una delle parti (l'assicuratore) non è predeterminata, ma dipende da un evento futuro ed incerto non solo nell'*an* ma anche nel *quantum* della prestazione da lui dovuta¹⁵⁰.

L'art. 1882 c.c. considera quale presupposto del contratto di assicurazione tanto “il danno prodotto da un sinistro”, quanto “un evento attinente alla vita umana”.

La dottrina invita a non confondere tra evento futuro ed incerto e possibilità dell'evento in quanto il rischio a fondamento del rapporto assicurativo, «è dato proprio dalla pendenza dell'evento»¹⁵¹.

Altri autori distinguono tra rischio assicurabile o assicurato e rischio extra assicurativo: la mera possibilità di un evento dannoso, possibile a prescindere da un contratto di assicurazione e anche dopo che questo è stato stipulato, costituisce un rischio “extra assicurativo”; il rischio assicurato è, invece, la possibilità di dover effettuare una determinata prestazione contrattuale al verificarsi di un determinato evento¹⁵². L'alea del contratto di assicurazione risiederebbe, quindi, non nella possibilità dell'evento, ma nell'alea di dover effettuare una prestazione la cui obbligazione si è assunta con il contratto, alea

¹⁴⁹ Ancora A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁰ A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali (Artt. 1882-1903)*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2012, p. 24.

¹⁵¹ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, II, Milano, 1954, 111.

¹⁵² G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945, 126.

della quale, peraltro, non sono definiti gli estremi. Secondo altri, in tal modo, si opererebbe una scissione tra rischio ricadente sul solo assicurato, individuabile nell'evento assicurato, e rischio del solo assicuratore consistente nella possibilità di dover effettuare la prestazione, scissione che non troverebbe fondamento nell'ordinamento¹⁵³. Tuttavia, per quanto evento e prestazione dell'assicuratore siano certamente connessi è anche vero che non si identificano, infatti non sempre al verificarsi dell'evento consegue la prestazione assicurativa.

Circa l'aleatorietà del contratto di assicurazione, negata dalla dottrina più risalente, è discussa se essa abbia natura unilaterale o bilaterale. In proposito si è specificato che distinguendo tra rischio del verificarsi del sinistro e l'alea economica data dalla sproporzione tra le prestazioni delle parti, il primo fonderebbe il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore e la funzione indennitaria dell'assicurazione, mentre "l'aleatorietà dell'assicurazione è una conseguenza del diverso valore economico delle prestazioni patrimoniali delle parti"¹⁵⁴. Secondo la dottrina dominante, tuttavia, l'aleatorietà del contratto risiederebbe nella circostanza che, di fronte all'obbligazione certa e determinata dell'assicurato di pagare il premio, sussisterebbe solo una obbligazione eventuale dell'assicuratore di pagare l'indennità¹⁵⁵. È stato sottolineato, però, che da ciò non si potrebbe far discendere la conseguenza che l'obbligazione principale dell'assicuratore sia quella di pagare l'indennità, in quanto la funzione indennitaria presupporrebbe la comunione d'interessi tra assicurato ed assicuratore, mentre quest'ultimo ha certamente interesse che non si verifichi l'evento assicurato e quindi un interesse a non vedere mai effettuata la propria prestazione. Altra conferma si riscontra nelle disposizioni codicistiche che escludono la restituzione dei premi pagati dall'assicurato in caso di risoluzione o annullamento anticipato del contratto. In tale ipotesi, secondo i principi generali, infatti, non avendo l'assicuratore effettuato alcuna prestazione, si dovrebbe

¹⁵³ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, cit., II, 114.

¹⁵⁴ L. BUTTARO, voce *Assicurazione*, cit., p. 456.

¹⁵⁵ C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, I, Milano, 1884, 43.

ammettere la restituzione dei premi ¹⁵⁶ : ciò è escluso, invece, perché l'obbligazione principale dell'assicuratore non è il pagamento dell'indennità. Queste considerazioni sarebbero a fondamento della teoria che afferma che l'obbligazione principale dell'assicuratore consiste nel sollevare l'assicurato dal rischio delle conseguenze derivanti dal verificarsi dell'evento ovvero alla copertura dei danni da questo prodotti.

L'evento deve essere incerto, ma possibile, e per ciò stesso anche futuro. L'incertezza può poi riguardare non l'evento, ma il momento del suo verificarsi come nel caso dell'assicurazione sulla vita. Anche per questo motivo, il contratto di assicurazione è contratto aleatorio¹⁵⁷ da intendersi nel senso non solo della possibilità e non certezza del verificarsi dell'evento e/o del momento del suo verificarsi, ma specialmente della possibile conseguenziale sproporzione tra la prestazione dell'assicurato (premi corrisposti) e la prestazione dovuta dall'assicuratore (indennità corrisposta al momento del verificarsi dell'evento)¹⁵⁸. L'alea riguarderebbe, quindi, più il danno che l'evento. L'evento può essere anche certo, ma in questo caso l'incertezza deve riguardare il momento del suo verificarsi come nel caso dell'assicurazione sulla vita.

Più complessa la definizione di evento sfavorevole o dannoso, caratteri certamente riscontrabili nell'assicurazione danni, ma di più difficile definizione nell'assicurazione sulla vita. In quest'ultima ipotesi la dottrina, in alcuni casi, ritiene che il rischio assicurato sia il mancato guadagno a causa della morte¹⁵⁹, mentre in altri casi la dottrina supera il requisito del danno affermando che rileva solamente la circostanza che l'evento sia attinente alla vita umana prescindendo completamente dalla sua dannosità. Le considerazioni in materia di assicurazione sulla vita sembrano quindi accreditare la teoria che fonda il rischio

¹⁵⁶ L. BUTTARO, *op. cit.*, p. 458.

¹⁵⁷ C'è, tuttavia, chi esclude tale caratteristica in ragione della tecnica assuntivo-attuariale sulla quale l'assicuratore organizza la propria impresa; cfr. IPPOLITO, *Il sinallagma nel contratto di assicurazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, 483.

¹⁵⁸ L. BUTTARO, *op. cit.*, p. 456.

¹⁵⁹ L. BUTTARO, *op. cit.* p. 449 e p. 465 ss.

sulla pendenza dell'evento¹⁶⁰, mentre altri sottolineano l'inutilità di cercare una definizione unitaria di rischio anche in ragione del fatto che il codice specifica gli elementi da considerare essenziali in ciascun tipo di assicurazione che per altro possono essere ampiamente specificati e circoscritti dalle parti con l'unico limite di non poter escludere l'alea del contratto e che, in conseguenza, il rischio non possa essersi verificato prima della conclusione del contratto o della sua decorrenza.

4. *Il rischio putativo ed il rischio soggettivo.*

Connessa alle osservazioni da ultime svolte è la problematica relativa al c.d. rischio putativo ovvero quel rischio ritenuto tale dalle parti, ma che si è già verificato. La fattispecie è quindi caratterizzata dall'ignoranza delle parti circa la verifica dell'evento.

Poiché il rischio a fondamento del contratto di assicurazione deve essere, come detto, futuro ed incerto e, quindi, l'evento non deve essersi ancora verificato, dall'art. 1895 c.c. discende la nullità del contratto per mancanza del rischio fin dalla formazione del contratto. Si ritiene, pertanto, che il rischio rilevi oggettivamente e che nessuna rilevanza possa avere la circostanza che le parti possano non conoscere che l'evento si sia già verificato. Ciò troverebbe conferma nel fatto che il rischio putativo è previsto e tutelato, almeno parzialmente, espressamente solo nel codice della navigazione (artt. 514 e 1021 cod. nav.).

Il rischio a fondamento dell'assicurazione va, quindi, considerato oggettivamente come possibilità di un evento futuro ed incerto ed è cosa diversa dal valore che ogni soggetto dà al verificarsi dell'evento assicurato e che può essere diverso da soggetto a soggetto, il c.d. *moral hazard* che è un'altra e

¹⁶⁰ A. DONATI, *op. loc. ult. cit.*

diversa manifestazione del rischio soggettivo. In questa sua prospettazione, il rischio soggettivo può essere fortemente influenzato anche dall'esistenza o meno dell'assicurazione poiché questa diminuisce la percezione del rischio ovvero delle conseguenze economiche che il verificarsi dell'evento può determinare sul patrimonio dell'assicurato. Tale circostanza, insieme ad altre, può incidere anche sul costo del sistema assicurativo, riducendo l'attenzione dell'assicurato per evitare che l'evento si determini, costo sul quale incidono anche le informazioni errate o incomplete sulle possibilità dell'avverarsi del rischio o sulle conseguenze che questo possa causare, tali da determinare una erronea previsione statistica dell'avverarsi dell'evento o dei suoi costi *c.d. adverse selection*¹⁶¹; ciò può comportare o una errata fissazione del premio in eccesso, per essere sicuri di sopportare il rischio, o una crisi del sistema, almeno in quello specifico settore ove il premio sia stabilito in difetto rispetto agli eventi verificatisi.

¹⁶¹ cfr. G.L. PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, in *96 Yale Law Journal*, 1987, III, 1521.

Cap. IV

L'assicurazione della responsabilità civile

Sommario: **1.** *L'assicurazione della responsabilità civile: la nozione di sinistro;* **2.** *Le clausole claims made: la posizione della dottrina e dalla giurisprudenza,* **3.** *I due arresti delle Sezioni Unite del 2016 e del 2018.*

1. *L'assicurazione della responsabilità civile: la nozione di sinistro.*

L'assicurazione della responsabilità civile mira a tutelare il danneggiante/assicurato dalle conseguenze economiche derivante dai danni ingiusti provocati a terzi. Il danno è quindi l'elemento che lega la responsabilità all'assicurazione.

I danni possono essere causati da inadempimento contrattuale ovvero da un fatto illecito; l'assicurazione può, pertanto, coprire sia la responsabilità contrattuale che extracontrattuale. Se, come visto, le funzioni della responsabilità e, conseguentemente, dell'assicurazione hanno subito una notevole evoluzione esse, tuttavia, restano fortemente legate all'interesse del responsabile/assicurato se non altro per la circostanza che l'assicuratore entra in campo solo se chiamato dall'assicurato.

Si è detto in precedenza che sinistro, danno e domanda risarcitoria sono elementi funzionalmente e giuridicamente connessi ma non si possono identificare: infatti, il sinistro può esserci anche senza domanda risarcitoria, così

l'esistenza del danno prescinde dalla richiesta di risarcimento ed al contempo non ogni sinistro determina necessariamente un danno risarcibile. La scissione tra sinistro e danno emerge *per tabulas* dall'art. 1914 c.c. che afferma che l'assicurato deve fare quanto gli è possibile per evitare il danno. Il sinistro è il fatto da cui nasce la responsabilità civile.

Anche la prestazione dell'assicuratore, l'indennizzo, non corrisponde necessariamente al danno integrale subito dal danneggiato¹⁶² in ragione della circostanza che nelle polizze sono stabilite una serie di condizioni funzionali a delimitare il rischio assicurato.

In particolare, è necessario che sussista un nesso causale tra la condotta del danneggiante e la lesione di un interesse giuridicamente protetto (causalità materiale) ed anche tra l'evento dannoso e le conseguenze dannose che devono essere risarcite (causalità giuridica)¹⁶³. Tale nesso causale deve essere valutato alla stregua del criterio della *condicio sine qua non*, temperato da quello della causalità adeguata. In ragione di tale principio, in presenza di più cause che hanno determinato l'evento, si valutano solamente quelle che generalmente sono idonee a concorrere nella produzione dell'evento ed ugualmente, con riferimento ai danni, indiretti e mediati, si considerano quelli che sono normalmente prodotti dai fatti che hanno determinato l'evento¹⁶⁴.

Secondo una diversa impostazione, tuttavia, non sarebbe possibile ricercare il nesso causale tra sinistro e le sue conseguenze dannose, in quanto, in particolare in materia di responsabilità civile, il danno, quale pregiudizio economico, costituirebbe una manifestazione/caratteristica del sinistro stesso.

Le altre condizioni di norma inserite nei contratti possono riguardare i

¹⁶² V. ampiamente M. FRANZONI, voce *Responsabilità civile (Assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1996, p. 397.

¹⁶³ In argomento, M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 409 ss; G. GRISI, *Risarcimento del danno - art. 1223*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Torino, 2012, pp. 161-162.

¹⁶⁴ Cfr. sul punto N. CRIVELLI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 695 ss. con ampia rassegna di giurisprudenza.

soggetti, sia con riferimento ai danneggiati che ai danneggianti, e l'ambito territoriale nel quale deve verificarsi il sinistro affinché si rientri nella copertura assicurativa.

La condizione più rilevante e problematica è quella che attiene al tempo entro il quale opera la copertura assicurativa. Questa, infatti, nella configurazione classica e codicistica, copre i fatti verificatisi durante la vigenza del contratto di assicurazione. Secondo l'art. 1917 c.c. *“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”*. La definizione fa quindi riferimento a quella tipologia di assicurazioni che sono definite *loss occurrence*.

Dalla lettura combinata dell'art. 1917 c.c. e dell'art. 2952 c.c. emerge che il sistema assicurativo ruota intorno a due punti focali: il fatto dannoso da cui sorge la responsabilità e il momento, successivo, in cui sorge l'obbligo di pagare l'indennità e che ha come presupposto la richiesta da parte dell'assicurato del risarcimento.

Sussistono, tuttavia, notevoli dubbi interpretativi circa la nozione di “fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione”. Dubbi che si aggravano di fronte all'evidenza che il danno può essere causato da circostanze o comportamenti non istantanei e che vi sono danni che si manifestano in un periodo più o meno lontano dal fatto causativo¹⁶⁵. Il fatto, allora, potrebbe essere individuato nella circostanza/comportamento che ha determinato il danno o nella manifestazione del danno.

Secondo una parte della dottrina il fatto o sinistro dovrebbe essere individuato nella richiesta di risarcimento da parte del terzo¹⁶⁶ sul presupposto che fino a tale momento non si determinerebbe nessun pregiudizio al patrimonio

¹⁶⁵ Su tale distinzione cfr. Cass., 20/12/2000, n. 16009.

¹⁶⁶ In tal senso A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 162; più di recente, L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2006, p. 184; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola “claims made”. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, cit., p. 7.

dell'assicurato che è il presupposto della responsabilità. La ricostruzione che individua il sinistro nella richiesta d'indennizzo troverebbe, secondo i suoi sostenitori, un fondamento giuridico nella disposizione normativa che fa decorrere la prescrizione dal momento della richiesta d'indennizzo.

Il sinistro, tuttavia, è cosa diversa dalla richiesta di risarcimento: esso va individuato nel fatto da cui nasce la responsabilità del danneggiante e la conseguente richiesta di risarcimento dei danni da questo provocati. Il diritto al risarcimento sorge dal comportamento che ha creato il danno ma può essere esercitato solo a seguito della richiesta di risarcimento¹⁶⁷.

Quando il danno intercorre in un momento diverso, successivo, a quello in cui è avvenuto il fatto che lo ha causato, o quando da questo sono prodotti più danni che possono manifestarsi anche in epoche diverse, nascono considerevoli problemi applicativi dai quali hanno preso linfa differenti sistemi assicurativi.

Nei sistemi di *common law* è stato per lungo tempo utilizzato il sistema *on loss occurring basis* che prevede la copertura dei danni verificatisi durante la vigenza della polizza assicurativa¹⁶⁸.

Con le polizze assicurative *on claims made basis*, a richiesta fatta, introdotte inizialmente nei sistemi di *common law* a ristoro dei rischi professionali, si prevede, invece, che la copertura assicurativa sia connessa alle richieste di risarcimento pervenute all'assicurato durante la vigenza del contratto¹⁶⁹. Queste nascono sotto l'effetto della crisi finanziaria del sistema assicurativo statunitense causata dall'aumento imprevisto degli indennizzi da

¹⁶⁷ Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 845. Le stesse considerazioni sono state espresse in materia di prescrizione dell'azione di riduzione da Cass., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giur. it.*, 2005, 1605, con nota di A. BUCELLI, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. It.*, 2005, 1606.

¹⁶⁸ In argomento, R. MERKIN, J. STEELE, *Compensating Mesothelioma Victims*, (2011) 127 LQR 329, 330; N.R. ANDREA, *Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire*, (1994) 21 *Pepp. L. Rev.* 813; cfr. anche J.M. FISHER, *Insurance coverage for mass exposure tort claims: the debate over the appropriate trigger rule*, (1997) 45 *Drake L. Rev.* 625; I. ENRIGHT, *Professional Indemnity Insurance Law*, cit., p. 3023.

¹⁶⁹ F. CARBONETTI, *La formazione de il perfezionamento del contratto*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007, 83.

corrispondere a fronte di quella giurisprudenza che aveva grandemente ampliato la tipologia dei danni risarcibili e l'entità delle somme liquidate, soprattutto nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti, quali quelli da prodotti difettosi, da danni ambientali e da responsabilità medica.

Le clausole *claims made* circoscrivono l'operatività dell'assicurazione ai soli sinistri per i quali, nella vigenza del contratto, il danneggiato richieda all'assicurato il risarcimento del danno. Queste clausole consentono alle assicurazioni di conoscere con precisione sino a quando saranno tenute a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi agevolando, altresì, il calcolo del premio.

Entrambi i sistemi presentano, tuttavia, problemi applicativi davanti alle ipotesi di rischi lungolatenti nelle quali è più difficile ricollegare il danno al sinistro ed individuare, inoltre, il momento in cui il danno stesso si deve ritenere avvenuto e, conseguentemente, l'assicurazione che è tenuta a coprire la responsabilità civile per tali danni.

In generale può dirsi che la giurisprudenza, per prima quella nordamericana, ha avuto il difficile compito di adattare il sistema assicurativo ai nuovi rischi, ma anche di controbilanciare l'esigenza di estendere le garanzie del danneggiato, che nel nostro sistema ha trovato una parziale attuazione anche trasferendo alcune ipotesi di responsabilità da quella acontrattuale a quella contrattuale, con quella di salvaguardare il sistema stesso con la ricerca di confini più chiari al rischio assicurato¹⁷⁰.

Con riferimento alle polizze *on loss occurring basis*, la giurisprudenza aveva ritenuto a volte che dovesse essere attivata la polizza assicurativa vigente al momento in cui si manifestava il danno, altre volte quella operante quando il danno si era effettivamente prodotto, ancorché non si avessero ancora manifestazioni esplicite, oppure quella stipulata quando il soggetto era stato esposto all'evento o al fatto che aveva prodotto il danno. I problemi erano

¹⁷⁰ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, 177; D. DE STROBEL, *Le vicende del «claims made»*, cit., 531.

aggravati dal fatto che non sempre era facile individuare il momento in cui si era prodotto il danno specialmente quando l'esposizione all'elemento dannoso era durato nel tempo.

I giudici avevano, poi, ammesso la chiamata in causa dei diversi assicuratori che si erano succeduti nel periodo in cui era sussistita l'esposizione al rischio sul presupposto che, nella poca chiarezza delle clausole contrattuali sul punto¹⁷¹, la finalità dell'assicurazione è la copertura della responsabilità civile. Al contrario, le corti inglesi hanno ritenuto che la responsabilità non potesse nascere dalla sola esposizione al rischio dovendo invece rilevare il momento in cui si produceva il danno con conseguente chiamata in causa della sola assicurazione vigente al momento in cui questo si concretizzava¹⁷².

La risposta delle compagnie assicuratrici all'imprevedibilità del costo del sistema, anche in ragione della non uniforme posizione della giurisprudenza, fu, inizialmente, un considerevole aumento del costo delle polizze assicurative¹⁷³ e più tardi la predisposizione di un nuovo modello di polizza.

Questo, come detto, fu individuato nel sistema *claims made*: esso modifica radicalmente la struttura del contratto di assicurazione di cui all'art. 1917 c.c. fondando la garanzia non sul fatto accaduto, produttivo del danno, ossia il sinistro, ma sulla richiesta di risarcimento che viene avanzata durante il periodo di validità dell'assicurazione in corso. Tale sistema consentiva una più facile determinazione del rischio che l'assicuratore si accollava con conseguenti effetti di contenimento del costo delle polizze. Questa forma di assicurazione consentiva poi di coprire anche fatti antecedenti la stipula della polizza dei quali l'assicurato non conosceva l'illiceità.

Le clausole *claims made*, infatti, nella loro configurazione classica, dovrebbero coprire qualunque richiesta risarcitoria avanzata durante la vigenza del contratto assicurativo a prescindere dal momento in cui si è verificato il fatto

¹⁷¹ Con valutazioni critiche cfr. F. CESERANI, *op. ult. cit.*, p. 74.

¹⁷² F. CESERANI, *op. ult. cit.*, p. 83.

¹⁷³ Cfr. J.K. PARKER, *The Ultimate Demise of the "Claims made" Insurance Form? A Critique of Stine v. Continental*, (1983) *Det. C.L. Rev* 25, 30-31.

che vi ha dato causa. Ma la prassi applicativa conosce, a somiglianza di quanto avviene nei paesi anglosassoni¹⁷⁴, diverse tipologie di polizze *claims made* che circoscrivono tale garanzia.

La necessità di venire incontro alle esigenze delle compagnie assicuratrici portò ben presto ad ammettere clausole *claims made* che escludevano la copertura di danni verificatisi prima della stipulazione della polizza purché formulate in modo chiaro e tale da rendere consapevole l'assicurato di quanto in esse previsto. Si faceva eccezione a tale regola solo nelle ipotesi in cui il fatto era sorto in periodi precedenti, ma coperti dalla stessa assicurazione. Tuttavia, la giurisprudenza aveva riscontrato in tali ultime clausole una limitazione della libertà contrattuale. Le clausole *claims made* furono ritenute anche in contrasto con principi di ordine pubblico a cui era ispirata la regola giuridica che faceva decorrere la prescrizione dalla conoscenza degli elementi costitutivi del diritto esercitato¹⁷⁵.

Nel sistema nordamericano, meno in quello inglese dove pure hanno visto la luce, sono stati elaborati diversi tipi di *causole claims made*: quelle che prevedono che la richiesta di risarcimento e la comunicazione all'assicurazione da parte dell'assicurato debba essere inoltrata, inderogabilmente, entro il termine di scadenza del contratto cc.dd. *claims made and notified (o reported)* e quelle che contengono clausole che allungano tale termine ammettendo che la richiesta possa avvenire anche successivamente alla scadenza del contratto, ma entro un termine ragionevole, al più presto possibile, cc.dd. polizze *pure claims made*, se dal ritardo l'assicuratore non abbia ricevuto un danno facendo ricorso alla *Notice-Prejudice Rule*.

Con riferimento al tempo in cui si deve essere verificato il sinistro per essere coperto dalla garanzia assicurativa, nelle polizze *claims made*, come si è

¹⁷⁴ Cfr. *Livingston Parish Sch. Bd. v. Fireman's Fund Am. Ins. Co.*, 282 So.2d 478 (La. 1973), 483; J. SPIER, *Long Tail (Liability) Risks and Claims made Policies*, (1998) 23 *Geneva Pap. Risk. Insur.* 152 cit., p. 156.

¹⁷⁵ In argomento, *J.G. Link & Co. v. Continental Cas. Co.*, 470 F.2d 1133 (9th Cir. 1972) e *Langva v. Texan Ranch Homes, Inc.*, Civil No. 198838-1970 (NY Sup. Ct. Feb. 2, 1972).; J.M. FISHER, *Insurance coverage for mass exposure tort claims*: cit.

detto, esso non rileva, tuttavia nella prassi sono poi prevalse quelle polizze nelle quali, a tutela degli assicuratori, è stata esclusa la retroattività della stessa, risultando coperti solo gli eventi che si erano verificati durante la vigenza della polizza. L'estensione retroattiva della garanzia, limitata normalmente a due o tre anni, è possibile solo attraverso la sottoscrizione di apposite clausole onerose, in alcuni casi basate su comunicazioni preventive di possibili eventi pregiudizievoli futuri cc.dd. *deeming clauses*¹⁷⁶.

Anche gli ordinamenti europei hanno da tempo riconosciuto ed introdotto le clausole *claims made*.

In Francia, dopo un iniziale atteggiamento di chiusura della giurisprudenza che aveva considerato nulle le clausole *claims made*, con la legge 30 dicembre 2002 n. 1577, in materia di responsabilità sanitaria, sono state previste clausole c.d. «*base reclamation*», per cui l'operatività della garanzia presuppone la richiesta risarcitoria del danneggiato. La legge stabilisce che l'assicurazione deve essere concepita con una retroattività illimitata ed una ultrattività («*garantie subséquente*») non inferiore a cinque anni. Nel caso di medici liberi professionisti l'ultrattività è estesa a dieci anni nell'ipotesi di cessazione dell'attività o di decesso. Successivamente, la legge 1° agosto 2003 n. 706 (di «*Securité Financière*»), che ha modificato il *Code des Assurances*, ha introdotto, accanto alla assicurazione incentrata sul «*fait dommageable*» e per i soli rischi industriali e professionali, il meccanismo di garanzia «*base reclamation*», con la previsione di una durata quinquennale del contratto. La giurisprudenza ha affermato l'inopponibilità della clausola *claims made* al danneggiato che può agire direttamente nei confronti dell'assicurazione la quale ha, poi, un'azione di rivalsa sull'assicurato.

In Spagna, il legislatore è intervenuto modificando l'art. 73 l. 8 novembre 1995 n. 30, sull'ordinamento delle assicurazioni private, ed ha introdotto le

¹⁷⁶ Cfr. F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolattenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 88 ss. anche per la ricostruzione della dottrina e giurisprudenza di *common law*.

claims made, prevedendo due tipologie di clausole «limitative» dei diritti dei contraenti deboli: 1) quelle che estendono la garanzia ad un periodo minimo di almeno un anno rispetto alla scadenza del contratto; 2) quelle retroattive che estendono la copertura ad eventi dannosi verificatosi prima della conclusione del contratto, ma con richiesta di risarcimento intervenuta durante la vigenza del contratto.

In Belgio, le clausole *claims made* sono state introdotte dall'art. 78 l. 25 giugno 1992 sul contratto di assicurazione terrestre. Con la legge del 29 dicembre del 1994 le clausole *claims made* hanno avuto applicazione generale sul presupposto che l'art. 78 citato non fosse norma inderogabile. La legge del 1994 ne ha disposto l'ultrattività di trentasei mesi dalla scadenza della polizza («*garantie de posterité*»), esclusa per i c.d. rischi di massa.

In Germania non esiste una normativa specifica in materia e le clausole *claims made* sono state solo di recente ritenute legittime dalla giurisprudenza sul presupposto che esse si fondano sull'autonomia negoziale delle parti. In ragione di tale impostazione, non sono previste particolari restrizioni all'operatività di dette clausole e confini entro i quali il *claims* deve essere avanzato.

Nel sistema italiano le clausole *claims made* si sono sviluppate negli anni 90¹⁷⁷ nel vuoto di una cornice legislativa, intervenuta molto dopo per regolare specifici settori come la responsabilità civile in materia forense e poi quella medica. Anche in Italia sono conosciute sia le polizze *claims made and notified* sia quelle *pure claims made*, come anche sono in alcuni casi stipulate clausole di estensione temporale della garanzia a fatti verificatesi prima o dopo la scadenza

¹⁷⁷ A. D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 273 ss. A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie. Lineamenti generali, I*, in G. ALPA - S.PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del codice civile*, Milano, 1997, 955 ss; v. anche D. DE STROBEL, *La vicenda del «claims made»*, cit., p. 531 ss.; R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2005, p. 1079; S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, 701.

della polizza entro un determinato arco temporale predeterminato¹⁷⁸. Si riscontrano anche le cc.dd. *sunset clauses* che estendono la garanzia a fatti accaduti durante il periodo di validità della polizza, ma manifestatisi dopo purché questi vengano denunciati entro un certo numero di anni, stabilito dalla compagnia, decorrenti dalla cessazione del rapporto contrattuale.

La materia ha visto nel 2011 l'intervento del legislatore che ha introdotto in alcuni settori, in particolare quello sanitario e quello professionale, l'assicurazione obbligatoria con specifiche ipotesi di clausole *claims made*. Vanno richiamati in proposito il d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14 novembre 2011 n. 148, il d.P.R. 7 agosto 2012 n. 137, la l. 31 dicembre 2012 n. 247, il d.m. 22 settembre 2016 e la l. 4 agosto 2017 n. 124 in materia professionale e la l. 8 marzo 2017 n. 24 in materia sanitaria. La legge in materia sanitaria prevede una retroattività decennale per fatti denunciati alla società assicuratrice durante la vigenza del contratto ancorché non ancora avvenuti (c.d. *deeming clause*) ed una ultrattività decennale della polizza in caso di cessazione dell'attività professionale.

La legge in materia di assicurazione dei liberi professionisti prevede, invece, oltre ad un periodo di retroattività illimitata (*claims made pura*), un periodo di ultrattività della copertura assicurativa per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi alla cessazione del contratto e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura assicurativa (*sunset clause*). Al contempo si introduce un divieto di recesso da parte della compagnia assicuratrice onde evitare il rischio che l'assicurato possa trovarsi, dopo la denuncia del sinistro o l'avverarsi dell'evento, esposto a copertura assicurativa a fronte di eventuali, ulteriori e successivi *claims*, originariamente ricompresi nel periodo di efficacia della polizza.

¹⁷⁸ Cfr. C. MENICHINO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 5 ss.

2. *Le clausole claims made: la posizione della dottrina e dalla giurisprudenza.*

Nei casi di responsabilità connessa ad eventi che si producono nel tempo, le clausole *claims made* costituiscono un evidente vantaggio per l'assicuratore in quanto delimitano e restringono fortemente l'arco temporale entro il quale l'assicuratore è chiamato a rispondere dei danni provocati dall'assicurato; allo stesso tempo, e per lo stesso motivo, esse consentono di ridurre il prezzo delle polizze. Un ulteriore aspetto positivo è poi da ricollegare alla circostanza che tali clausole eliminano il contenzioso sulla individuazione del momento del verificarsi del sinistro al fine di individuare l'assicurazione chiamata a coprire la responsabilità.

Pur essendo ampiamente riconosciuti i vantaggi delle clausole *claims made*, non sono mancati dubbi sulla loro legittimità anche in ragione di una consistente contrazione delle garanzie dell'assicurato che vede scoperti i sinistri verificatisi prima della stipulazione della polizza se non producono danni entro la scadenza della stessa; l'assicurato è quindi costretto a perpetuare all'infinito il suo rapporto con l'assicurazione per garantirsi una copertura retroattiva che, tuttavia, le assicurazioni limitano normalmente ad un arco temporale ben definito¹⁷⁹.

¹⁷⁹ In generale in argomento N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 721 ss. F. D. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 834 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 3 ss.; D. DE STROBEL, *La vicenda del «claims made»*, cit., p. 531 ss.; A. BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009, p. 469 ss.; S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 209 ss.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 401 ss.; M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove*

Le clausole *claims made* sono state ritenute in contrasto con gli artt. 1917 e 1895 c.c. che presuppongono che l'evento assicurato sia futuro ed incerto, come dimostrerebbe la circostanza che il legislatore ha escluso sia l'assicurazione del rischio putativo che quella retroattiva, mentre nel caso di estensione retroattiva della garanzia *claims made* tale presupposto mancherebbe¹⁸⁰. Si è sostenuto che il rischio deve considerarsi avverato non solo quando si siano prodotti i danni, ma anche quando si siano già concretizzati i presupposti di essi. In tali casi, essendo l'avverarsi del sinistro prevedibile, come conseguenza ineluttabile dei presupposti già verificatisi, si avrebbe solo la traslazione del danno e non del rischio con conseguente nullità del contratto¹⁸¹.

Superano tali obiezioni coloro che osservano che il rischio coperto dall'assicurazione della responsabilità civile non è l'avverarsi del sinistro ma l'avverarsi del danno al patrimonio dell'assicurato a seguito della richiesta risarcitoria avanzata dal terzo danneggiato¹⁸². Fin tanto che tale richiesta non viene avanzata, non può ritenersi avverato il rischio assicurato. A tale impostazione come vedremo aderiranno le Sezioni unite della Cassazione nel 2016.

Secondo altra parte della dottrina e della giurisprudenza, le clausole *claims made* potrebbero configurarsi come clausole vessatorie e come tali richiederebbero, se non altro, una loro specifica accettazione per iscritto¹⁸³. Tale

leggi civ. comm., 2012, p. 1216 ss.; S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, p. 701 ss.; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, pp. 290 ss.; A. MONTI, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 746 ss..

¹⁸⁰ In tal senso Cass., n. 5791/2014; Trib. Roma, 12 settembre 2007, n. 17197.

¹⁸¹ Così M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, pp. 38-39; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 133.

¹⁸² M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 33.

¹⁸³ v. cfr. F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 501 ss. e, più di recente, V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 952 ss. DE LUCA, *Tipologie principali di assicurazioni della responsabilità civile*, in R. CAVALLO

valutazione discenderebbe dal raffronto di dette clausole con quelle che fondano il rischio sull'evento comportando in tal modo una limitazione della responsabilità: dal combinato disposto dell'art. 1341 c.c. con l'art. 1229 c.c. discenderebbe, infatti, che le clausole che limitano la responsabilità richiedono una specifica approvazione per iscritto a rischio altrimenti di nullità¹⁸⁴. Il profilo vessatorio sarebbe riscontrabile, per alcuni, solamente nelle clausole *claims made* "miste" che limitano la copertura a fatti accaduti entro un limitato arco temporale, ma non a quelle pure che invece coprono tutte le richieste di risarcimento pervenute entro la data di scadenza della polizza a prescindere dal momento in cui l'evento (danno o evento causativo del danno) si sia verificato¹⁸⁵.

Si è poi ritenuto che non sia conforme al dettato dell'art. 1917 c.c., che viene considerata norma imperativa e quindi non derogabile, un contratto che non trasferisca sull'assicuratore il rischio derivante dall'attività dedotta nel contratto, trasferimento che nelle polizze *claims made* avviene solo se nell'arco temporale indicato nella polizza venga anche denunciato il sinistro. Secondo tale impostazione il *claims*, la richiesta di risarcimento, sarebbe solo una condizione priva dell'aleatorietà propria del contratto di assicurazione. Da tale premessa la Cassazione¹⁸⁶ aveva, quindi, tratto la conclusione che: "*il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola claims made non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.)*". La Suprema Corte, poiché le clausole *claims made* non rappresentano clausole di limitazione della responsabilità, ma clausole che individuano l'esatto oggetto del contratto, conclude affermando: "*In conclusione proprio in quanto il contratto di*

BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2004, p. 362 ss; F. CESERANI, *op. ult. cit.*, p. 834.

¹⁸⁴ C. LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno resp.*, 2005, pp. 1087-1088.

¹⁸⁵ Trib. Palermo, 26 novembre 2014, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1064 ss., con nota di F.A. MAGNI.

¹⁸⁶ Cass., 15 marzo 2005, n. 5624; C. BOITI, *Le clausole claims made tra tipicità e pluralità dei rimedi*, in *Giur. comm.*, 2019, II, 136.

assicurazione per responsabilità professionale con la clausola claims made non rientra nella tipica fattispecie astratta prevista dal legislatore, ma costituisce un contratto atipico e quindi suscettibile di variare notevolmente da caso a caso, ogni questione al riguardo (compresa quella circa la vessatorietà o meno della clausola di cui al motivo di ricorso successivo) va affrontata caso per caso in relazione al concreto contenuto del singolo contratto in questione (e, tra l'altro, al particolare tipo di responsabilità professionale oggetto di assicurazione)¹⁸⁷.

In proposito deve dirsi che sono stati spesso confusi due profili: quello della meritevolezza del negozio giuridico che attiene alla causa dello stesso e quello della valutazione del carattere vessatorio delle sue clausole. La dottrina ha in più occasioni criticato la configurazione della causa del contratto¹⁸⁸ come funzione economico-sociale e la sua sovrapposizione al tipo contrattuale. La causa rileva in concreto ed il suo accertamento è volto a verificare l'adeguatezza dello strumento utilizzato allo scopo che le parti si prefigurano¹⁸⁹. Dalla causa astratta si passa così alla causa concreta individuale che opera anche come strumento di controllo della libertà contrattuale delle parti¹⁹⁰. La causa negoziale non può essere assorbita dal tipo, essendo più esatto ricondurla ad un elemento del singolo contratto da valutare in concreto.

Come causa concreta individuale, con funzione di controllo degli interessi

¹⁸⁷ 267 M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e imp.* 1987, 422; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teorie del contratto*, Milano, 1970; ID., *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81.

¹⁸⁸ G.B. FERRI, in *La causa nella teoria del contratto*, in FERRI ANGELICI (a cura di) *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 98; Cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO E E. GABRIELLI, I, Torino, 1999, 542; C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, Milano, 2006, 90; U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, *Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, III, Torino, 1999, 3.

¹⁸⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 106.; M. NAVARRETA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, 985; U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 258.

¹⁹⁰ A. DIMAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit. par. 1.3.

perseguiti dalle parti, si dovrà valutare se il contratto ha una causa e se la causa è lecita al fine di non incorrere nelle sanzioni della nullità, ex artt. 1418 e 1325 c.c. se la causa manca, ex art.1345 c.c. se è illecita¹⁹¹. Si apre così la strada al controllo di meritevolezza.

La Cassazione ha specificato più tardi che in relazione alla meritevolezza si discute se essa “attenga al tipo o alla causa, se possa farsene applicazione ai contratti tipici in aggiunta al criterio della illiceità (art. 1343 c.c.). È noto che le soluzioni prospettabili sono due: quella che ritiene che per meritevolezza debba intendersi nient'altro che illiceità, così che la norma sarebbe meramente ricognitiva dei divieti di legge, e quella che, invece, intende la meritevolezza come una clausola generale che abilita l'interprete ad un controllo sulle attività private (sulla conclusione di contratti atipici) secondo criteri diversi dalla illiceità tipizzata dall'art. 1343 c.c. (contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume), ed il cui contenuto varia a seconda degli interpreti: a volte meritevolezza significa utilità sociale, altre volte immeritevole è il contratto che impedisca lo sviluppo della persona e via dicendo”¹⁹².

Il principio di autonomia contrattuale, sancito dall'art. 1322 c.c., che prevede la libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto, va distinto dal potere delle stesse di concludere contratti atipici purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

La sovranità della volontà dei contraenti è stata, nel tempo, fortemente ridimensionata dando rilievo al valore della dichiarazione e al comune interesse delle parti valorizzando, mediante il richiamo della buona fede, il principio dell'affidamento¹⁹³.

¹⁹¹ G. PASSAGNOLI, *Regolamento, Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, 437; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, in *Quaderni Rass. dir. civ.*, Napoli, 2004.

¹⁹² Cass., 8894/2020.

¹⁹³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a ed., Torino, 1952, 141 ss.; F. MESSINEO, *Dottrine generali del contratto*, 3a ed., Milano, 1952, 52; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961, 195 ss.

Nei contratti atipici il requisito della meritevolezza, rimessa al libero apprezzamento del giudice, oltre il rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume, costituirebbe il filtro per individuare i rapporti contrattuali degni di essere tutelati.

La distinzione tra meritevolezza e liceità della causa non è sempre agevole come dimostra la circostanza che la giurisprudenza, nell'affrontare il tema della meritevolezza in relazione a contratti atipici, l'ha risolta sussumendo la fattispecie concreta in un contratto tipico¹⁹⁴ o, in altri casi, attraverso generici riferimenti alla prassi commerciale, ad esperienze straniere o a leggi speciali¹⁹⁵.

Solo con il passaggio alla teoria della causa in concreto e alla distinzione di questa dal tipo si è arrivati ad un superamento ed aggiornamento del concetto di meritevolezza che deve essere condotto su ogni contratto indipendentemente dalla sua tipicità o dalla sua atipicità, per valutarne la sua liceità in ragione della deviazione dalle finalità che con il contratto il legislatore (nei contratti tipici) o le parti (in quelle atipici) volevano perseguire.¹⁹⁶ Il giudizio di meritevolezza, in tal modo, supera i confini dei contratti atipici prefigurato nell'art. 1322 co. 2 c.c. e si estende a quelli tipici ex art 1322 co. 1.

La funzione della causa è, quindi, duplice: per un verso essa attiene ai problemi tra le parti, per altro verso ai rapporti tra le parti stesse e l'ordinamento.

Di recente, la meritevolezza, come altre clausole generali (viene spesso richiamata insieme alla buona fede), viene utilizzata in chiave equitativa per correggere le disuguaglianze tra le posizioni delle parti che i contratti possono generare. Il giudice in tale operazione interpretativa opera valutazioni costituzionalmente orientate e così la meritevolezza diventa lo strumento per

¹⁹⁴ In tal senso Cass. 2 luglio 1975, n. 2578, *Foro it.*, 1976, I, 85, che ha ricondotto la fattispecie concreta nel contratto a favore di terzo per superare giudizio di immeritevolezza espresso da App. Milano 29 dicembre 1970, in Rep. Foro it., 1971, voce Contratto in genere, n. 159.

¹⁹⁵ In argomento, F. GALGANO, *La globalizzazione e lo specchio del diritto*, Bologna, 2006, 96 s.

¹⁹⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 370 ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 11 gennaio 1973, n. 68, *Giur. it.*, 1974, I, 996; Cass. 3 aprile 1970, n. 896, *Foro it.*, 1970, I, 1367.

l'applicazione di principi costituzionali di solidarietà, di eguaglianza sostanziale e di utilità sociale¹⁹⁷.

La realtà economica ha certamente arricchito e modificato il contenuto dei contratti per adeguarli agli interessi e gli scopi sempre più complessi che le parti vogliono perseguire, ma ciò non pone in secondo piano la tutela che l'ordinamento riconosce in maniera sempre più ampia al contraente debole. Si ritiene pertanto che la "causa" del negozio giuridico rappresenti un punto d'incontro tra "volontà e norma" e conseguentemente una funzione di controllo della libertà delle parti¹⁹⁸. Nei contratti tipici tale punto di equilibrio è in linea di massima già valutato dal legislatore¹⁹⁹, ma in ogni caso deve poi verificarsi la funzione economica che le parti hanno voluto realizzare con il contratto ricercando tutte le finalità che espressamente o tacitamente sono state volute. In altri termini la causa non deve essere identificata con la funzione economica sociale oggettiva del contratto ma con la funzione soggettiva che le parti vi hanno assegnato. In tal modo, la valutazione della meritevolezza della causa può essere estesa anche ai contratti tipici. Quindi, causa e tipo non possono sovrapporsi. La causa consente di indagare se gli interessi che le parti hanno voluto perseguire con il contratto siano leciti. Nei contratti atipici, la meritevolezza della causa si riscontra nella circostanza che essi perseguono un fine socialmente utile.

¹⁹⁷ Cass. 8 febbraio 2013, n. 3080. Si osserva in proposito che se il principio di livello costituzionale sia direttamente vincolante anche per i soggetti privati la sua, per la sua operatività non sarebbe necessaria l'interposizione di alcuna norma primaria. Se, invece, il principio costituzionale diventa il metro per valutare la meritevolezza, allora il giudizio di meritevolezza non potrebbe limitarsi a valutare i soli arrestarsi agli interessi delle parti contrattuali, ma dovrebbe estendersi a verificare se vi siano o meno dissonanze tra scopi dell'ordinamento e scopi del tipo contrattuale, cfr. sul punto, M. Costanza, *Della meritevolezza. Il caso claim made*, in *Foro it.*, 2017, I, 3115.

¹⁹⁸ M. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, 981; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, Roma 1998, par. 1.3; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1993, 93 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, 176.

¹⁹⁹ La dottrina ritiene che la causa non possa essere assorbita nel tipo negoziale e che essa costituisca un requisito da valutare in concreto; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

I parametri con cui si valuta tale meritevolezza sono diversi e ci si chiede se tra essi possa essere ricompreso anche quello della giustizia. Giustizia in questo contesto va intesa come adeguatezza delle prestazioni delle parti alla funzione che con il contratto le stesse vogliono perseguire e nei contratti a prestazioni corrispettive nell'equilibrio delle stesse rispetto a tale funzione il cui sindacato spetta al giudice²⁰⁰. In questa operazione il giudice, facendo riferimento al principio di ordine pubblico di protezione desumibile dall'art. 3 Cost., può riequilibrare le prestazioni a tutela del soggetto debole che nel caso specifico è l'assicurato²⁰¹.

Bisogna verificare, quindi, se le clausole *claims made* determinino un equilibrato scambio di prestazioni funzionale al raggiungimento dello scopo del trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

In primo luogo, va evidenziata la posizione di debolezza dell'assicurato che, se vuole vedere coperta la propria responsabilità, è costretto ad accettare le clausole *claims* essendo queste oggi adottate da tutti gli assicuratori. In secondo luogo, è evidente che, seppure le clausole *claims* coprono sinistri anche avvenuti prima della stipulazione del contratto di assicurazione, normalmente questa garanzia è limitata ad un determinato periodo precedente la stipula ed esclude le ipotesi in cui l'assicurato aveva conoscenza del sinistro. Ciò comporta la necessità per l'assicurato di rinnovare in continuazione l'assicurazione e per di più con la medesima società assicuratrice mentre quest'ultima può recedere liberamente dal contratto al verificarsi del primo sinistro.

In effetti la clausola che risulta più pregiudizievole ed in qualche modo in contrasto con l'art. 1917 c.c. è quella che restringe la garanzia ai fatti verificatisi entro un certo periodo di tempo (normalmente 2 o 3 anni). Infatti, mentre nei

²⁰⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 158; G. B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 61; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, 153; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, 517; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, I, 1999; G.B. FERRI, *La causa e il tipo*, cit.; G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv.tri.dir.proc.civ.*, 1967, 1499.

²⁰¹ Sul punto V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 403.

contratti assicurativi fondati sul *loss* l'agenzia che ha stipulato il contratto nel momento in cui si è verificato il sinistro ne risponde in tutti i tempi, nei contratti con *claims* ne risponde solo se il sinistro si è verificato in un certo arco temporale o durante la vigenza della polizza. Secondo una parte della giurisprudenza, quindi, la maggior parte dei sinistri rischiano di rimanere scoperti²⁰². Al di là della vessatorietà di tale clausola si dubita che le clausole *claims made* realizzino la funzione di traslazione del rischio a cui è finalizzato l'art. 1917 c.c..

La giurisprudenza ha, poi, rilevato la discrasia esistente nella circostanza che, mentre il terzo danneggiato potrà giovare del termine ordinario di prescrizione, l'assicurato può esercitare il diritto verso l'assicuratore solo dal giorno della richiesta e fino allo scioglimento del contratto di assicurazione²⁰³. In altri casi la giurisprudenza ha affermato che le clausole *claims made* sono vessatorie e quindi richiedono una loro accettazione specifica per iscritto²⁰⁴. La Cassazione nel 2005, tuttavia, affermando la validità delle clausole *claims made* in quanto non riconducibili al modello prefigurato nell'art.1917 c.c., ha escluso la loro vessatorietà assoluta dovendo la stessa essere valutata volta per volta in base ad una serie di elementi²⁰⁵.

Da molti è stato osservato, poi, che nel nostro sistema le polizze con clausole *claims made* sarebbero in contrasto con l'art. 1895 c.c. che stabilisce, come connotato tipico dell'assicurazione, il suo collegamento con un evento futuro ed incerto che non sussisterebbe se l'evento tutelato, o meglio i presupposti da cui lo stesso discende, sarebbe già venuto ad esistenza prima

²⁰² Trib. Genova, 8 aprile 2008, n. 1478. La nullità delle clausole *claims made* era affermata da gran parte della giurisprudenza di merito più risalente, cfr. Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997. Aderisce a tale impostazione, I. CARASSALE. *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, in Danno resp.*, 2009, p. 109.

²⁰³ Trib. Genova *ult. cit.*.

²⁰⁴ C. App. Napoli 28 febbraio 2001, n. 503.

²⁰⁵ Cass., n. 5624 del 2005.

della stipulazione della polizza²⁰⁶. In effetti in tali casi il rischio si sarebbe già verificato, sono solo i danni connessi ad esso che si verificano in un momento successivo²⁰⁷.

Sulla scissione e diversa rilevanza del rischio e dei danni nel contratto di assicurazione si esprime chiaramente Cassazione 5791/2014, la quale afferma che il fatto fonte della responsabilità va individuato nella norma speciale dettata in materia assicurativa dall'art. 1917 c.c. e che, in conseguenza, non vanno sovrapposti e confusi *“il concetto civilistico di “danno” con quello assicurativo di “rischio”, e che pertanto non possa affermarsi “che nell’assicurazione contro i danni (nel cui genus rientra l’assicurazione di responsabilità civile) non possa esservi avveramento di rischio assicurativo sino a quando non si sia verificato un danno civilisticamente risarcibile”*. Afferma ancora la Corte: *“il rischio, elemento essenziale del contratto di assicurazione, non coincide col concetto di danno. Prima della stipula del contratto il rischio è la generica esposizione d’un bene od interesse dell’assicurato ad un pericolo (rischio c.d. extra assicurativo). Al momento della stipula del contratto il rischio viene calato nelle concrete delimitazioni previste dalla polizza, ed assume il significato di evento futuro ed incerto al cui verificarsi l’assicuratore è tenuto al pagamento dell’indennizzo (rischio assicurato). Dopo l’eventuale avverarsi dell’evento temuto e descritto nella polizza il rischio non v’è più ed è sostituito dal “sinistro”, o “rischio avverato”*. Da tali premesse tuttavia la Corte giunge alla conclusione, più tardi sconfessata dalle Sezioni unite, che: *“Ai fini della validità del contratto di assicurazione, tuttavia, quel che ha da essere “futuro” rispetto alla stipula del contratto non è il prodursi del danno civilisticamente parlando, ma l’avverarsi della causa di esso. Non è infatti mai consentita l’assicurazione di quel rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula, a nulla rilevando che l’evento – e quindi il concreto pregiudizio patrimoniale – si sia*

²⁰⁶ In tal senso Cass., n. 5791 del 13 marzo 2014 che ha in conseguenza affermato la nullità di dette clausole.

²⁰⁷ così G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 133; M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, pp. 38-39.

verificato dopo la stipula del contratto, quando l'avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti prima di tale momento ... -e che in conseguenza- ...sarebbe nulla, sempre per la stessa ragione, l'assicurazione della responsabilità civile stipulata da persona che abbia già tenuto una condotta illecita, a nulla rilevando che il danno da essa causato sia destinato a prodursi nel futuro"²⁰⁸.

Sotto diversa prospettiva può rilevarsi tuttavia che rischio, sinistro e danni, pur imprescindibilmente legati sono cose diverse e, mentre il rischio attiene all'incertezza dei danni, il sinistro può sussistere anche senza la produzione di danni. Se l'assicurazione della responsabilità civile copre il rischio di eventuali danni al patrimonio del danneggiante/assicurato, il rischio sussiste fin tanto che il danneggiato non abbia avanzato una richiesta di risarcimento. In questo senso può dirsi che le clausole *claims made* non coprano un rischio che si è già verificato.

Neppure assume rilievo il richiamo all'art. 1895 c.c. in quanto fin tanto che il diritto non sorge non inizia a decorrere la prescrizione. Le clausole *claims made*, anche miste, incidono sul momento in cui sorge il diritto al rimborso e non sulla prescrizione che a questo è collegata²⁰⁹. Anche con riferimento alle clausole *claims made and notified*, in ragione delle quali l'assicurato, una volta ricevuta la richiesta di risarcimento dal danneggiato, è tenuto a comunicarla all'assicuratore entro l'annualità di polizza, non si riscontrano contrasti con gli artt. 2965 e 2952, co. 3, c.c.²¹⁰ che concede all'assicurato un termine di due anni per esercitare i propri diritti nei confronti dell'assicuratore in quanto, se non si comunica il *claims* all'assicuratore durante la vigenza della polizza, il diritto

²⁰⁸ Partendo da tali premesse quindi non sarebbero consentite assicurazioni operanti retroattivamente e quelle fondate su un rischio presunto, c.d. rischio putativo.

²⁰⁹ I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 2014, p. 592; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia*, cit., p. 437.

²¹⁰ Contrasti sollevati, invece da I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, cit.

dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore non sorge ²¹¹. Dopo tale comunicazione inizieranno invece a decorrere i termini di prescrizione ordinari.

3. I due arresti delle Sezioni Unite del 2016 e del 2018.

Molte delle questioni prospettate hanno trovato una risposta nella sentenza delle Sezioni unite del 2016²¹². La Cassazione, affermerà, infatti, che le clausole *claims made* sono valide perché incidono su un solo elemento, ovvero la condotta colposa, ma non sugli altri elementi fondamentali del contratto di assicurazione ed in particolare sul rischio della diminuzione patrimoniale dell'assicurato. Non rileva, quindi, ai fini della validità del contratto di

²¹¹ P. GAGGERO, *op. cit.*, p. 437; così, anche I. RIVA, *Limitazione della responsabilità, op. loc. cit.*

²¹² Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014, con nota di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; *ibid.*, 2032, con nota di A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*; *ibid.*, 2036, con nota di B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*; *ibid.*, 3190, con nota di R. SIMONE, *Le sezioni unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà alla (im)meritevolezza*; in *Giur. comm.*, 2017, II, 992, con nota di R. MUGAVERO, *Le sezioni unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*; in *Assicurazioni*, 2016, 483, con nota di V. MARCIA, *Clausole claims made: l'intervento delle sezioni unite*; *ibid.*, 505, con nota di G.M. D'AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile; Danno e resp.*, 2016, 935, con nota di M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*; *ibid.*, 952, con nota di V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite*; *ibid.*, 960, con nota di M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite («piacer figlio d'affanno; gioia vana ...»)*; *Corriere giur.*, 2016, 927, con nota di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*; *Contratti*, 2016, 753, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle sezioni unite*; *Banca, borsa, ecc.*, 2016, II, 656, con nota di P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*; *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1238, con nota di A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*. Nello stesso senso Cass. 2 dicembre 2016, n. 24645, con nota di M. FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 619.

assicurazione la circostanza che il sinistro si sia già verificato o meno. La funzione assolta dal contratto di assicurazione, quindi, sia che essa sia agganciata alla richiesta di risarcimento sia che sia legata all'avveramento del sinistro, rimane sempre quella di sollevare l'assicurato dal danno incombente sul suo patrimonio. Si rileva, per altro, che l'art. 1917 c.c. non sarebbe norma inderogabile dall'autonomia privata non essendo ricompresa nell'art. 1932 c.c.²¹³. La Cassazione, inoltre, afferma, ancorché con motivazione non sempre lineare, l'atipicità delle clausole *claims made*²¹⁴.

La Cassazione, esclude la nullità delle polizze in esame per violazione dell'art. 2965 c.c., in quanto il termine fissato in dette polizze per la denuncia del sinistro preclude il nascere del diritto risarcitorio ed è cosa diversa dal termine decadenziale a cui fa riferimento la norma civilistica citata che attiene all'esercizio di un diritto già sorto. La Cassazione, con un'esautiva ricostruzione, esclude altresì la violazione degli obblighi di correttezza (art. 1175 c.c.) nell'esecuzione del contratto e di buona fede nell'interpretazione dello stesso (1366, 1375 c.c.) e del principio di equità (art. 1374 c.c.) e di abuso del diritto, dalla cui violazione in ogni caso la Corte afferma potrebbero derivare solo obblighi risarcitori e non la nullità del contratto.

Le Sezioni unite specificano, poi, che la vessatorietà di dette clausole non è in *re ipsa*, ma può derivare da una serie di elementi²¹⁵ e che per tale ragione va individuato esattamente il contesto contrattuale nelle quali sono inserite, in particolare se esse specificano l'oggetto del contratto o invece la copertura temporale della garanzia: in quest'ultimo caso si porrebbero fondati dubbi di

²¹³ In argomento P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 435; Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624.

²¹⁴ L'atipicità è riconosciuta certamente per le clausole *claims made* pure con non esaustiva argomentazione per quelle impure collegate sia al sinistro che alla richiesta risarcitoria e quindi con maggiore aderenza al modello civilistico.

²¹⁵ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624, cit., pp. 1077-1078, avallata in seguito da Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, p. 886, con nota di M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, nonché da Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1057 ss., con nota di F.A. MAGNI.

illegittimità²¹⁶. Afferma, in conseguenza, che le clausole *claims made* sono volte a specificare quali sono i sinistri indennizzabili e quindi rientrano tutte nell'oggetto del contratto. Esse indicano il contenuto dell'obbligazione assunta dall'assicuratore, ovvero in quali casi egli si obbliga a risarcire i danni specificando quindi il rischio assunto, ma sono cosa diversa dalle clausole di esonero della responsabilità previste dall'art. 1229 c.c. che assumono rilevanza successivamente all'inadempimento del debitore. Dice la Corte: “*Si tratta invero di stabilire se essa vada qualificata come limitativa della responsabilità, per gli effetti dell'articolo 1341 c.c., ovvero dell'oggetto del contratto, tenendo conto che, in linea generale, per clausole limitative della responsabilità si intendono quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, pertanto, specificano il rischio garantito*”.

La tematica in esame in effetti denuncia una diversa problematica ovvero quella della necessaria esaustiva consapevolezza²¹⁷ dei contenuti e limiti esatti del contratto di assicurazione che si va a sottoscrivere che deve essere risolta attraverso una completa e chiara informazione, peraltro richiesta espressamente dal codice delle assicurazioni e da altre fonti regolamentari²¹⁸, fornita dalla società assicuratrice la cui violazione dà luogo certamente a responsabilità precontrattuale senza, tuttavia, incidere sulla validità della polizza assicurativa²¹⁹.

²¹⁶ cfr. da ultimo Cass., n. 121, 8 gennaio 2020: nello stesso senso, Cass., civ., sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891.

²¹⁷ M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* (“*Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...*”), in *Danno resp.*, 2016, p. 971.

²¹⁸ S. LANDINI, *L'informativa precontrattuale nei contratti di assicurazione dei rami danni*, in *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, a cura di P. MARANO, M. SIRI, Torino, 2009, p. 99 ss.

²¹⁹ A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività dell'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.

Se non rilevano sul piano della vessatorietà, si potrebbe tuttavia dubitare che le clausole *claims made* assolvano il requisito della meritevolezza²²⁰.

Seppure il modello assicurativo prefigurato nel codice civile si ispiri a quello *on act committed basis*, nel quale la garanzia è ancorata al momento in cui si verifica l'evento generatore della responsabilità, le clausole *claims made*, in quanto clausole atipiche, possono ritenersi legittime se rispondono al requisito della meritevolezza. La Cassazione nell'esaminare tale profilo distingue tra le diverse tipologie di clausole *claims made*. Essa ritiene che quelle c.d. pure, che coprono tutte le richieste di risarcimento avanzate durante la vigenza della polizza a prescindere dal momento in cui si è verificato il sinistro, si discostano in pieno dal modello prefigurato nell'art. 1917 c.c. e, pertanto, devono considerarsi atipiche²²¹ e per esse si pone quindi la necessità di verifica della loro meritevolezza. Esse, tuttavia, sono anche quelle che presentano maggiori garanzie di una completa copertura della responsabilità civile dell'assicurato e conseguentemente una corrispondenza alla funzione dell'istituto assicurativo e al profilo della meritevolezza.

Da queste la Cassazione distingue le clausole "spurie" o "miste" introdotte dalle assicurazioni per superare l'eccessiva onerosità²²² delle clausole pure. Queste ultime richiedono che la richiesta del risarcimento intervenga nei tempi di vigenza della polizza ed anche che il sinistro si sia verificato in un determinato periodo, normalmente sempre quello di vigenza della polizza, in

²²⁰ R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit.; A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, cit; B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, cit..

²²¹ Critico sulla posizione assunta dalle sezioni unite sulla questione della atipicità di detta clausola, M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2016, 40.

²²² Ed infatti l'adozione di tali clausole viene condizionata al pagamento di oneri economici aggiuntivi ed è stata adottata solo con riferimento ad alcune responsabilità professionali come quelle dei notai.

altri casi con una estensione retroattiva limitata²²³. In effetti, in questi casi l'atipicità è parziale rilevando oltre alla richiesta di risarcimento anche il fatto generatore della responsabilità e sono dalla Suprema Corte ricondotte nell'alveo dell'art. 1917 c.c.. La Corte, a tal proposito, afferma che il profilo della meritevolezza può essere indagato non solo per i contratti atipici ma anche per i singoli patti atipici inseriti in un contratto tipico. Sul piano della meritevolezza, quindi, la Corte ritiene che siano certamente valide le clausole c.d. pure che non prevedono limitazioni temporali alla loro retroattività, mentre per quelle impure che limitano la garanzia a sinistri avvenuti entro un arco di tempo delimitato l'indagine sulla meritevolezza è più articolata e complessa. È evidente che più è breve il periodo entro il quale sono coperti i sinistri più sorgono fondati dubbi che sia realizzata la funzione tipica (causa) del negozio assicurativo con conseguente nullità dello stesso. Afferma in proposito la Corte *“Quanto poi agli effetti della valutazione di immeritevolezza, essi, in via di principio - esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata, per quanto innanzi detto (al n. 7.2), dalla sola tutela risarcitoria - non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula loss occurrence. E tanto sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dall'articolo 1419 c.c., comma 2, nonché del principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'articolo 2 Cost., "che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa" (Corte cost. n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128). Dalle valutazioni precedenti le S.U traggono la conclusione che: “nel contratto di assicurazione*

²²³ Cfr. Trib. Bologna, sez. III, 24 marzo 2015. Sul punto cfr. C. MENICHINO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 5 ss.

della responsabilità civile la clausola 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 (c.d. clausola *claims made mista o impura*) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".²²⁴

La conclusione cui giunge la Corte è poi quella che l'eventuale vaglio di immeritevolezza con la declaratoria di nullità della clausola *claims made* avrebbe portato la ricostruzione del sistema *loss occurrence* contenuto nell'art. 1917 c.c..

L'indagine sulla meritevolezza non è stata poi ulteriormente approfondita dalle Sezioni unite e gli spazi lasciati al giudizio di meritevolezza sono, tuttavia, molto ampi tanto che pur richiamando la decisione del 2016 la Cassazione nel 2017 giunge alla conclusione opposta affermando l'immeritevolezza delle clausole *claims made*²²⁵.

Le argomentazioni della S.U del 2016 sono state poi riprese e completate con la successiva sentenza sempre delle S.U. n. 22437 del 2018²²⁶ nata su

²²⁴ Risultano particolarmente pregiudizievoli quelle clausole che coprono non solo i sinistri denunciati entro il periodo di validità della polizza e verificati nello stesso periodo, in considerazione della circostanza che in alcuni casi i danni si manifestano in un periodo anche molto lontano dal momento in cui è stato posto in essere il comportamento che li ha causati: così M. GAZZARA, *op. ult. loc. cit.*, p. 1227.

²²⁵ Cass., 28 aprile 2017, n. 10509.

²²⁶ In argomento v. ampiamente A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, in *Foro it*, 2018, I, 3519; *ibid* N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare.*, 3511, con note di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*; *ibid* B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*; in *Danno e resp.*, 2018, 675, con nota di R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle sezioni unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*; in *Contratti*, 2018, 639, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sezioni unite: bis in idem*; *Giur. it.*, 2019, 27, con nota di F. DELFINI, *Le sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*; *Corriere giur.*, 2019, 20, con nota di M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*; *ibid.*,

impulso dell'ordinanza interlocutoria n. 1465 del 19 gennaio 2018 con cui la terza sezione civile ha prospettato questioni ulteriori e diverse rispetto a quelle già scrutinate dalla sentenza delle stesse Sezioni unite n. 9140 del 2016 sintetizzati in due «principî».

Il primo di detti «principî» è così declinato: “*Nell’assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di ‘sinistri’ fatti diversi da quelli previsti dall’art. 1882 c.c., ovvero, nell’assicurazione della responsabilità civile, dall’art. 1917, 1° comma, c.c.*”.

Alla luce di tale principio il rischio assicurabile, nell’assicurazione contro i danni, è quello che ha ad oggetto un evento futuro, possibile, incerto, oggettivamente esistente e non artificialmente creato, derivante da causa non voluta pregiudizievole per l’assicurato, per cui le parti non hanno la facoltà di definire «sinistro» un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato e sia privo dei caratteri di quello.

“Le parti di un contratto di assicurazione della responsabilità civile non potrebbero quindi pattuire che il sinistro, ovvero il rischio avverato, possa consistere in un fatto diverso dalla commissione di un illecito aquiliano da parte dell’assicurato. Il rischio si avvera con il fatto illecito, perché è questo che fa

36, con nota di G. FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*; *Danno e resp.*, 2019, 41, con nota di P. SANTORO, *Clausola claims made: la seconda stagione*; *Nuova giur. civ.*, 2019, 78, con nota di A.M. GAROFALO, *L’immeritevolezza nell’assicurazione claims made*; *ibid.*, 142, con nota di A. ANTONUCCI, *L’assicurazione claims made «tipizzata» dalle sezioni unite: limiti e prospettive*; *ibid.*, 147, con nota di P. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*; *ibid.*, 155, con nota di S. MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*; *Dir. mercato assic. e fin.*, 2018, 447, con nota di C. PETTA, *Liceità e meritevolezza del contratto con clausola claims made. Spunti di riflessione a margine dell’ultimo arresto delle sezioni unite*; *Resp. civ. e prev.*, 2019, 163, con nota di G. MIOTTO, *Anche per le claims made «gli esami non finiscono mai» ...*; *Banca, borsa, ecc.*, 2019, II, 121, con nota di M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*.

sorgere l'obbligazione risarcitoria di cui si intende traslare il rischio stesso e non già con la richiesta risarcitoria"²²⁷.

Il principio formulato si pone, quindi, in contrasto con le affermazioni delle S.U. del 2016 che avevano ritenuto le clausole *claims made* né nulle né vessatorie.

Il secondo «principio» sottoposto alle Sezioni unite è così formulato: “*Nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito*”²²⁸. Come si vede le

²²⁷ Specifica la terza sezione nella sintesi riportata nella sentenza n 22437: “Se ciò avvenisse e se si ritenesse valida la clausola che qualifica «sinistro» la richiesta risarcitoria del terzo, si verificherebbero «sei conseguenze talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile», e precisamente: a) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore da un evento non dannoso, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.; b) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore «dall'avverarsi di un evento al cui avverarsi l'assicurato non ha un interesse contrario», in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.; c) si renderebbe impossibile l'adempimento dell'obbligo di salvataggio, di cui all'art. 1914 c.c., atteso che per adempiere tale obbligo l'assicurato dovrebbe rendersi irreperibile alle richieste del terzo, ovvero non accettare le raccomandate o le notificazioni da questo speditegli; d) l'assicurato non potrebbe mai avere nessuna copertura nell'ipotesi di assicurazione della responsabilità civile per conto altrui (art. 1891 c.c.; ad esempio quella stipulata dal datore di lavoro a beneficio dei dipendenti), perché il contraente che avanzasse una richiesta di risarcimento porrebbe in essere un atto volontario, e quindi doloso, la cui copertura è esclusa dall'art. 1900 c.c.; e) si perverrebbe all'assurdo che anche una richiesta infondata costituirebbe un «sinistro», e farebbe scattare per l'assicuratore il diritto di recesso; f) nel caso di morte dell'assicurato, cesserebbe il rischio ex art. 1896 c.c. e si scioglierebbe il contratto, e gli eredi dell'assicurato che avesse commesso un danno sarebbero sempre e comunque privi della copertura assicurativa”.

²²⁸ La suprema Corte osserva che secondo la sezione terza la meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. “non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Essa è, piuttosto, un giudizio che investe non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito, e tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, alla economia, al buon costume o all'ordine pubblico, ossia ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Dunque, la *claims made*, «nella parte in cui esclude il diritto dell'assicurato all'indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto», è immeritevole sotto tutti e tre gli anzidetti profili, in

S.U. sono state chiamate nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità di fondare il rischio sulla richiesta risarcitoria e sulle condizioni contrattuali vigenti in quel momento. Nell'affrontare la questione la Suprema Corte non ha potuto non tener conto che il legislatore nazionale, sulla scia di quanto previsto in altri ordinamenti²²⁹, aveva di recente preso posizione sulla stessa e, in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile sanitaria e dei professionisti in genere, aveva previsto le linee fondamentali, inderogabili *in peius*, della clausola *claims made*, ricostruita come sotto-tipo contrattuale della fattispecie di cui all'art. 1917 c.c.. Il modello *claims made* acquisisce, quindi, una tipicità legale ed è utilizzato «per la copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza».

In tal modo il contratto con clausola *claims made* è considerato un contratto tipo valido non solo nel settore sanitario e professionale, ma in linea generale. A differenza di quanto detto nella precedente decisione del 2016, in

quanto: 1) procura all'assicuratore un ingiusto vantaggio senza contropartita, poiché esclude dalla copertura i sinistri verificatisi in prossimità della scadenza della polizza e che verosimilmente verranno denunciati all'assicurato dopo la scadenza, determinando così uno iato tra il tempo per il quale è stata stipulata l'assicurazione (e pagato il premio) e il tempo nel quale può avverarsi il rischio; 2) pone l'assicurato in una posizione di soggezione rispetto al danneggiato, che può liberamente decidere il momento in cui inoltrare all'assicurato la richiesta di risarcimento, momento che potrebbe cadere dopo la scadenza della polizza [e ciò comporterebbe due conseguenze paradossali: a) l'interesse dell'assicurato a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in contrasto col principio desumibile dall'art. 1904 c.c.; b) l'aporia in forza della quale l'assicurato che tace e aspetta la richiesta perde la copertura, ma se si attiva e sollecita il danneggiato, viola l'obbligo di salvataggio ex art. 1915 c.c.]; 3) se l'assicurato adempisse spontaneamente all'obbligazione risarcitoria, secondo correttezza e buona fede, mancherebbe una richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato e di conseguenza l'assicuratore potrebbe anche rifiutare l'indennizzo».

²²⁹ La corte richiama in proposito l'art. 11 l. n. 24 del 2017; art. 3, 5° comma, d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011 e novellato dall'art. 1, comma 26, l. n. 124 del 2017; l'art. 2 d.m. 22 settembre 2016, nonché per la legislazione europea la legge francese 30 dicembre 2002-1577 c.d. Loi About, in materia di responsabilità sanitaria e la legge 1° agosto 2003-706 di «Sécurité Financière»; per la Spagna, la legge che ha modificato l'art. 73 l. 8 novembre 1995 n. 30, sull'ordinamento delle assicurazioni private; ed infine per il Belgio la legge l. 25 giugno 1992, art. 78 sul contratto di assicurazione terrestre.

ragione dei dati normativi richiamati, la qualificazione del contratto con *claims made* come contratto tipo è attribuita sia al contratto puro che a quello impuro o misto.

Le Sezioni unite, confermando ed ampliando quanto detto nel 2016, chiariscono che il sinistro va individuato nel danno prodotto dal fatto, materiale e storico (o come, si esprime l'art. 1917 c.c. il «fatto accaduto»), idoneo a provocare il danno, *“tuttavia, proprio perché il danno rappresenta l'ubi consistam dell'interesse dell'assicurato a stipulare il contratto, altrimenti nullo in assenza di esso (richiamando l'art. 1904 c.c., per l'appunto, l'interesse al risarcimento del danno e venendo, dunque, a configurare la c.d. causa indennitaria del tipo assicurativo in esame), occorre centrare l'attenzione proprio su quest'ultimo fattore, che integra il rischio assicurabile, la cui incertezza deve permanere intatta sino al momento di inizio dell'assicurazione, come incertezza — nel caso della assicurazione della responsabilità civile — sull'impovertimento del patrimonio del danneggiante-assicurato, quale conseguenza del relativo fatto generatore (ossia il sinistro)”*. La Corte, quindi, conferma quanto già detto nel 2016, ovvero che sinistro/danno/risarcimento sono connessi fra di loro, ma in una diversa accezione del termine danno: sinistro e danno materiale da un lato, danno al patrimonio e risarcimento dall'altro. Il primo di rilevanza generale nella assicurazione danni il secondo di applicazione specifica nella assicurazione r.c.. Il collegamento tra i due aspetti si realizza con la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato.

Viene confermata l'assicurabilità dei rischi pregressi (già ammessa con la pronuncia del 2016) sul presupposto che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato non si realizza esclusivamente nella condotta materiale, ma si determina in modo progressivo, essendo necessaria la volontà del danneggiato di chiedere il risarcimento. Le clausole *claims made* con «garanzia pregressa» incidono su un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa, restando invece impregiudicata l'alea dell'altro elemento, l'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato. Si supera, pertanto, il

giudizio di meritevolezza, di cui all'art. 1322, 2°, c.c., ancorato al presupposto dell'atipicità contrattuale, mentre il modello assicurativo *claims made* è ormai tipizzato. Le S. U. confermano poi che le clausole *claims made* delimitano l'oggetto del contratto e che pertanto non si configurano profili di vessatorietà della clausola in quanto non limitativa della responsabilità.

Si conferma, invece, la necessità che il contenuto del contratto rispetti i «limiti imposti dalla legge» per ogni contratto tipo nello specificare la «causa in concreto» del negozio, secondo quanto stabilito dal 1° comma dell'art. 1322 c.c.. Ampliando quanto già sotteso nella sentenza del 2016, le S.U. specificano che tale esame va fatto alla luce del completo assetto normativo e nell'ambito dei principi costituzionali, in particolare quelli desumibili dagli artt. 2 e 41 Cost., e delle norme sovranazionali. Alla luce di queste disposizioni, afferma la Corte, devono evitarsi «buchi di copertura» e a tale fine vanno rinforzati gli obblighi informativi in particolare nella fase prodromica alla conclusione del contratto, al fine di garantire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze²³⁰. Nell'ipotesi di violazione di tali obblighi, pur nella distinzione tra regole di condotta e regole di validità, il contraente che non sia stato adeguatamente informato può ottenere certamente un adeguato ristoro, sempre che l'inidonea informazione non abbia determinato un vizio del consenso con conseguente annullabilità del contratto stesso.

Tanto premesso, la Corte afferma che va effettuata una attenta indagine del contenuto negoziale onde verificare l'adeguatezza di esso agli interessi che la parte intendeva perseguire con il contratto, ovvero della causa concreta dello stesso, quale funzione individuale della specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato poiché il prodotto assicurativo offerto deve comunque adeguarsi alle esigenze dell'assicurato. In tale operazione un contributo significativo è dato dall'analisi del rapporto sinallagmatico in quanto il disequilibrio tra le prestazioni può essere un indice sintomatico della carenza di

²³⁰ La Corte osserva che tale obbligo era già stato richiamato da Cass., 24 aprile 2015, n. 8412, id., 2015, I, 2378 affinché le parti fossero messe chiaramente a conoscenza della portata e degli effetti del contratto che andavano a sottoscrivere.

causa concreta del negozio giuridico. La misura del premio assicurativo, infatti, può essere elemento determinante per accertare il rischio assicurato, dovendo i due elementi trovare un necessario equilibrio. La Corte sembra, quindi, abbandonare anche il vaglio di meritevolezza condotto alla stregua del 1° co. dell'art. 1322 c.c. a cui sostituisce quello della trasparenza e quello dell'adeguatezza ricavabile dal principio di buona fede.

A conclusione del suo lungo iter argomentativo, le Sezioni unite individuano una serie di rimedi posti a tutela dell'assicurato che vanno dalla nullità dell'intero negozio all'intervento riparatore del giudice per porre in equilibrio le prestazioni sulla base della nullità parziale delle clausole che alterano tale equilibrio e ciò con riferimento non solo alle prestazioni economiche, ma anche ad altre disposizioni come quella che consente all'assicuratore la libera recedibilità al verificarsi del sinistro²³¹. La Corte, in tal modo, supera quella dottrina che aveva criticato la possibilità di un intervento correttivo del giudice²³². La decisione del 2018 si chiude enunciando il seguente principio di diritto: *«Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole 'on claims made basis', che è volto ad indennizzare il rischio dell'impovertimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al 1° comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai*

²³¹ In argomento v. ampiamente, N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, in *Foro it.*, 2018, I, 3033.

²³² R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, 2026, in nota 26; U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, cit., 389 ss., secondo cui il giudice «non ha sicuramente la facoltà di riscrivere liberamente il testo contrattuale, integrandolo o modificandolo, in assenza di una specifica norma che lo facoltizzi a fare questo, perché si tratterebbe di una violazione della libertà contrattuale garantita ai privati dall'art. 41, 1° comma, Cost.».

sensi dell'art. 1322, 2° comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)».

Non si prevede più, quindi, in modo esclusivo, la trasformazione del contratto *claims made* immeritevole nel contratto tipo *loss occurrence*, ma la conformazione del contratto tipo *claims made* agli interessi concreti perseguiti dalle parti nella cui operazione un ruolo fondamentale assume la valutazione del rapporto corrispettivo tra premio e rischio assicurato.

La questione, tuttavia, sembra non aver trovato ancora pace.

Sempre in relazione al requisito della meritevolezza, di recente Cassazione n. 121 del 2020 ha affermato che tale requisito deve essere accertato in base al “*criterio oggettivo di buona fede ex art. 1366 c.c., in quanto involgente una estensione delle indagini relative alla comune volontà delle parti fondata sull'elemento della lealtà, correttezza e salvaguardia dell'altrui interesse - che costituisce criterio informatore, nella disciplina dei contratti, del principio di solidarietà che trova fondamento direttamente nell'art. 2 Cost. - in base al quale deve essere orientata la valutazione di meritevolezza delle deroghe apportate dalla autonomia dei privati agli schemi legali tipici dei negozi, nei limiti in cui appaiano rispondenti alla "adeguatezza" della regolazione degli interessi in conflitto, in funzione del concreto risultato che le parti hanno inteso realizzare con il programma negoziale, attraverso un'equilibrata composizione dei diritti ed obblighi reciproci scaturenti dal contratto*”. Afferma quindi che “*Il criterio*

ermeneutico in questione costituisce lo strumento privilegiato per indagare la "causa concreta" del rapporto costituito dalle parti - in deroga totale o parziale allo schema normativo tipico del negozio o della clausola utilizzati - e cioè per indagare quali siano gli interessi che il negozio è concretamente diretto a realizzare (cfr. Corte cass. Sez. III, Sentenza n. 10490 del 08 maggio 2006; id. Sez. III, Sentenza n. 23941 del 12 novembre 2009 -che dà rilievo a presupposizioni di fatto emergenti dalle circostanze preordinate alla stipula del contratto -; id. Sez. V, Sentenza n. 9541 del 19 aprile 2013 - che dà rilievo preminente alla "causa reale" ed alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguita dai contraenti, anche se mediante una pluralità di pattuizioni non contestuali -; id. Sez. III -, Ordinanza n. 10612 del 04 maggio 2018) alla stregua dei quali -ove non siano ravvisabili ipotesi di illiceità- deve essere operata la verifica del rispetto:

1- dei canoni di "correttezza informativa" sulla effettiva portata degli effetti contrattuali delle singole clausole, così da accertare che i contraenti abbiano effettivamente avuto una chiara rappresentazione delle utilità e degli oneri derivanti dall'accordo;

2- del "canone di proporzionalità" tra mezzi e risultato, laddove specificamente nei settori in cui le condizioni ed i termini del rapporto negoziale sono interamente o quasi predeterminati unilateralmente dall'offerente che assume, quindi, tra i contraenti una posizione assolutamente predominante - occorre verificare la natura abusiva o vessatoria delle clausole tale da determinare una ingiustificata sproporzione e disequilibrio tra i diritti ed obblighi scaturenti dal contratto (con specifico riferimento al contratto di assicurazione danni, del quale l'assicurazione della responsabilità civile costituisce una sottospecie, è stata posta in evidenza la esigenza di mantenere la "corrispettività" tra rischio assicurato ed entità del premio);

3- della "salvaguardia di interessi pubblici o superindividuali" che vengono comunque coinvolti, direttamente od indirettamente, dalla alterazione del modello legale convenzionalmente attuata dalle parti contraenti, interessi

estranei a quelli oggetto di composizione negoziale, e pur tuttavia sottesi alla funzione economico-sociale che il Legislatore ha inteso riconoscere ad una determinata tipologia negoziale elevata a strumento necessario per il perseguimento di detti interessi (a tal fine è stato valorizzato quale criterio interpretativo, applicabile anche dei contratti assicurativi pregressi, quello orientato allo scopo - sotteso alle disposizioni legislative sopravvenute volte ad introdurre l'obbligo di assicurazione per determinate categorie professionali - di attribuire la piena tutela risarcitoria del terzo danneggiato: cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 9140 del 06 maggio 2016; id. Sez. U -, Sentenza n. 22437 del 24 settembre 2018).”

La decisione, che nella sostanza conferma le linee direttive delle S.U del 2018, richiama, tuttavia, i concetti di correttezza e buona fede e di vessatorietà delle clausole che quella decisione aveva superato. Essa, ciononostante, ha il pregio di aver specificato ed allargato i parametri su cui misurare la meritevolezza della causa concreta perseguita dalle parti che nella decisione del 2018 erano essenzialmente ancorati alla proporzionalità tra le prestazioni sul piano essenzialmente economico.

Anche dopo il secondo intervento della Sezioni unite i dubbi interpretativi non si sono, tuttavia, sopiti in particolare in relazione ai profili su cui misurare la causa concreta del contratto posto in essere dalle parti.

Appare particolarmente interessante, da questo punto di vista, ed offre spunti di riflessione, la decisione del Tribunale di Milano del 28/03/2019, sulla validità di una assicurazione professionale di un avvocato nella quale era prevista una retroattività di tre anni in una situazione verificatasi prima che fosse emanato l'art. 2 del D.M. 22-09-2016, che stabilisce per dette assicurazioni una retroattività illimitata. La Corte di merito conclude dicendo: *“Deve ritenersi inadeguata una polizza assicurativa per la responsabilità civile professionale dell'avvocato, strutturata secondo il modello claims made, che preveda esclusivamente la copertura di sinistri avvenuti non oltre i tre anni antecedenti l'entrata in vigore della polizza, in quanto essa non consentirebbe all'assicurato*

di ottenere copertura assicurativa per un numero assai significativo di casi, vanificando così la ragione della stipula negoziale e della corresponsione del premio, e senza che ciò corrisponda ad un apprezzabile e lecito interesse dell'impresa assicuratrice”²³³. La Corte giunge alla valutazione della “inadeguatezza” della polizza sottoscritta dalle parti attraverso la sua comparazione con i requisiti minimi stabiliti, poi, dal D.M. del 2016 che prevede come detto una copertura retroattiva illimitata, D.M. che tuttavia non era vigente al momento in cui era stata sottoscritta la polizza. Nel suo iter argomentativo la Corte territoriale richiama la decisione delle S.U. del 2018, la quale però, affermata la tipicità delle clausole *claims made*, che peraltro rispondono non solo agli interessi delle parti, ma anche ad una corretta allocazione dei costi dell'illecito, riteneva che fosse operabile solamente un giudizio di meritevolezza, ex art. 1322, co. 1, delle clausole, indagando la causa concreta dedotta nel contratto e tenendo conto in particolare del premio pattuito. Il controllo della meritevolezza delle clausole pattuite andrebbe, pertanto, svolto nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile attraverso la verifica dell'equilibrio tra copertura del rischio assicurato e premio, nonché dell'effettiva azionabilità della copertura. Nella decisione del Tribunale di Milano, tuttavia, manca una qualsiasi indagine in tal senso, in quanto l'inadeguatezza viene desunta dal raffronto con i requisiti minimi previsti successivamente dal D.M. del 2016²³⁴.

Il Tribunale sostituisce il test di meritevolezza a cui fanno riferimento le Sezioni unite con quello di inadeguatezza. È stato osservato, tuttavia, che non

²³³ Trib. Milano, 28-03-2019, la fattispecie esaminata precede l'emanazione della il d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 novembre 2011 n. 148, il d.p.r. 7 agosto 2012 n. 137, la l. 31 dicembre 2012 n. 247, la l. 4 agosto 2017 n. 124 in materia di responsabilità professionale che ha introdotto un'ipotesi di *claims made* con retroattività illimitata. In argomento G. COLOMBO, *Claims made tra meritevolezza e adeguatezza: la claim made mista è inadeguata?* in *Danno e Resp.*, 2018, 641 cit.

²³⁴ Probabilmente ciò è stato determinato anche dall'inciso contenuto nella sentenza delle Sezioni unite del 2018 ove si legge ("ove venga in rilievo l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria e dei professionisti, la legge (speciale) ... ne detta ora ...le coordinate di base ... individuando in esse non solo il substrato del modello negoziale 'meritevole', ma, con ciò, la stessa idoneità del prodotto assicurativo a salvaguardare gli interessi che entrano nel contratto").

appare corretto il riferimento all'adeguatezza del contratto a cui fa riferimento il legislatore ad altri fini²³⁵ e, peraltro, non è possibile ritenere che adeguate siano solo le polizze che coprano tutti i sinistri, poiché ciò vorrebbe dire negare il percorso seguito dalla giurisprudenza ed ora dal legislatore in materia di *claims made*.

Ma la problematica giuridica più consistente sollevata dalla decisione del Tribunale di Milano è se sia possibile effettuare una valutazione di meritevolezza/adeguatezza di una polizza assicurativa utilizzando parametri introdotti solo successivamente dal legislatore (art. 11 preleggi), ed in particolare alla luce delle decisioni della Cassazione che avevano affermato: “*in termini generali, va poi evidenziato, in particolare, che, per quanto concerne la sostenuta vessatorietà, nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola 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 (e, cioè, la clausola "claims made" mista o impura), non è vessatoria, in quanto non può essere qualificata come limitativa della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c. (Cass. S.U. 9140/2016)*”²³⁶.

Una situazione diametralmente opposta a quella del Tribunale di Milano si è riscontrata nella sentenza della Cassazione n. 8894 del 2020. All'esame della Corte era una polizza di assicurazione sanitaria stipulata prima della legge n. 24 del 2017, con una clausola *claims made and reported*. In queste clausole si prevede che sono coperti dalla garanzia i fatti verificatisi in un determinato arco temporale (la vigenza del contratto o più ampio) e denunciati all'assicurazione

²³⁵ G. COLOMBO, *Claim made tra meritevolezza ed adeguatezza*, cit. il quale nota che all'adeguatezza del contratto fa riferimento il D.Lgs. n. 209 del 7 settembre 2005, agli artt. 120 e 183, lett. b) ma a ben altri fini, che è riferita esclusivamente agli intermediari e che dalla violazione di tale obbligo nasce solamente una responsabilità risarcitoria e non la nullità del contratto.

²³⁶ Così da ultimo Cass., 8117/2020 che tuttavia si rifà alla giurisprudenza precedente. In argomento v. anche P. STANZIONE., *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano, 1970.

nello stesso arco temporale, o uno diverso stabilito dalle parti nella specificazione dell'oggetto del contratto stesso. Non si fa, quindi, riferimento alle richieste risarcitorie avanzate dal danneggiato ma alla denuncia del fatto all'assicurazione.

Le clausole in questione sono fonte di notevoli dubbi: in primo luogo perché il termine “denuncia” all'assicurazione non è altro che “l'avviso” a cui fa riferimento l'art. 1913 c.c.; inoltre perché la giurisprudenza non sempre chiarisce il contenuto esatto della disposizione contrattuale e sembra ricollegare al *claim* sia la richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato sia la comunicazione all'assicurazione da parte dell'assicurato: in tal senso, ad esempio, Cassazione 8117 del 2020 dice: la “*clausola "claims made" (e, cioè, "a richiesta fatta")*, ... *si caratterizza per il fatto che la copertura assicurativa è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato (dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione) nel periodo di vigenza della polizza*”.

Uguali dubbi si pongono nella lettura della clausola esaminata da Cassazione 8894/2020. Nella prima parte dell'ordinanza afferente allo svolgimento del processo si legge: “*La struttura sanitaria è stata condannata al risarcimento, ma, sin dal momento della sua costituzione in giudizio, aveva chiesto di essere manlevata dalla compagnia di assicurazione... la quale ha tuttavia eccepito che il contratto conteneva una clausola claims made, che impone di denunciare il sinistro entro dodici mesi dalla cessazione di efficacia, e che quel termine era in realtà inutilmente trascorso*”.

Immediatamente dopo, nei motivi della decisione, specifica: “*Merita ricordare che la clausola in questione prevedeva l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato solo dei sinistri dipendenti da condotte tenute tra il (OMISSIS) ed il (OMISSIS), ma a condizione che: a) vi fosse stata richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato entro quel periodo; b) che ricevuta richiesta di risarcimento, entro 12 mesi dalla cessazione del contratto, l'assicurato avesse denunciato il sinistro alla compagnia che essa prevedeva la copertura dei sinistri occorsi durante un periodo predeterminato*

contrattualmente; che nello stesso periodo vi fosse stata richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato; che ricevuta richiesta di risarcimento, entro 12 mesi dalla cessazione del contratto, l'assicurato avesse denunciato il sinistro alla compagnia"²³⁷.

Sulla decisione 8894/2020 ritorneremo ampiamente più avanti. Qui interessa evidenziare che nel momento di emettere la sentenza la legge n. 24 del 2017, non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie esaminata dal Collegio, era in vigore, introducendo una fattispecie tipica di *claims made and reported*, ma il Collegio, diversamente dal Tribunale di Milano, non vi ha fatto riferimento e non ne ha assolutamente tenuto conto. La Corte dice: "*Posto che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausole «on claims made basis», in quanto riconducibile al tipo dell'assicurazione contro i danni, non è soggetto al controllo di meritevolezza (di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c.), ma alla verifica (ai sensi del 1° comma della medesima disposizione) della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l'adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, deve ritenersi nulla, per difetto di conformità al tipo, la clausola che limita a dodici mesi dalla cessazione della durata del contratto la possibilità di denunciare il sinistro*"²³⁸.

²³⁷ Nella prima parte si fa riferimento ad una clausola, c.d. "*sunset clause*", la più comune in questi contratti, in cui si indica un solo termine, quello per la denuncia all'assicurazione, senza specificare entro quale termine deve pervenire la richiesta risarcitoria. Nella decisione il Collegio indica invece due diversi termini uno per la denuncia del sinistro da parte del danneggiato, la vigenza del contratto, uno per la denuncia all'assicurazione da parte dell'assicurato, entro 12 mesi dopo la scadenza del contratto. Né i dubbi si chiariscono leggendo l'intera motivazione, dove tuttavia le valutazioni espresse si trovano spesso in contrasto con la clausola descritta in motivazione, dove si dice per esempio che la decadenza renderebbe difficile l'esercizio del diritto da parte dell'assicurato se la richiesta risarcitoria avviene all'ultimo minuto, cosa che non può avvenire se tra le due denunce possono intercorrere 12 mesi. Dubbi sul significato della disposizione sono espressi anche da: G. M. D'AIELLO N. DE LUCA, *Termine dell'avviso, code assicurative (sunset clause) e decadenza contrattuale. Dal tramonto del contratto al crepuscolo del diritto* in *Foro it.*, 2020, parte I, col. 2703.

²³⁸ Cass., ord., 13-05-2020, n. 8894 con nota di G. M. D'AIELLO N. DE LUCA, *Termine dell'avviso*, cit.; cfr. anche V. AMENDOLAGINE, *La clausola claims made può rendere all'assicurato eccessivamente difficile l'esercizio del suo diritto?*, in *Contratti*, 2020, 5, 530.

Secondo la Corte, la clausola in esame pone a carico dell'assicurato una decadenza non dipendente da una sua condotta, in quanto egli può denunciare il sinistro solo se nei dodici mesi dalla cessazione del contratto abbia ricevuto la richiesta di risarcimento del danno, condizione, quest'ultima, che dipende esclusivamente dal terzo danneggiato: in tali termini, tale clausola contrasta non solo con l'art. 1341 c.c. che vieta, se non sottoscritte, le clausole vessatorie, tra cui quelle che impongono decadenze, ma altresì con l'art. 2965 c.c. che stabilisce la nullità dei patti che stabiliscono decadenze che rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. A tale nullità conseguirebbero quindi le conseguenze disposte dall'art. 1419, comma 1, c.c., o dall'art. 1419, comma 2, c.c., con esclusione di un intervento adeguatore del giudice in assenza di una norma *ad hoc* ²³⁹.

Pur essendo la clausola contrattuale esaminata più favorevole di quella disciplinata dall'art. 11 L. 24 del 2017, i Giudici della Suprema Corte affermano che la stessa è nulla in quanto introduce una decadenza che rende eccessivamente difficile l'esercizio del diritto da parte dell'assicurato in contrasto con quanto stabilito dall'art. 2965 c.c.²⁴⁰.

²³⁹ U. CARNEVALI, *La clausola "claims made" e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2017, 387 ss.

²⁴⁰ Le sezioni unite nel 2016 avevano chiaramente dichiarato: “*deve in ogni caso escludersi cherichieste di risarcimento presentate all'assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione, in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente...integri una decadenza convenzionale, soggetta ai limiti inderogabilmente fissati nella norma codicistica di cui si assume la violazione*”; Cass., 8894/2020, afferma, invece,: “*la Corte rilevava che benchè la clausola claims made esaminata estendesse la garanzia ai sinistri denunciati entro 12 mesi dalla scadenza del contratto, ugualmente la clausola si presentava pregiudizievole per l'assicurato perchè detto termine non teneva conto del momento in cui il danneggiato avanzava la richiesta di risarcimento e “se questa ultima non è tempestiva, non potrà esserlo neanche quella dell'assicurato..... Le parti hanno arricchito il tipo contrattuale (assicurazione contro i danni) con la previsione di una decadenza a carico dell'assicurato, nei termini che si sono sopra ricordati.*”

Non è necessario postulare che questa clausola giustifica l'intera operazione negoziale (nei termini della causa concreta), è sufficiente chiedersi se sia lecita in sé e per sé, alla luce del criterio di cui art. 1322, 1° comma, ossia se si mantenga nei limiti imposti dalla legge.

Come detto, non è chiaro cosa preveda la clausola in esame in relazione al tempo in cui deve avvenire la richiesta risarcitoria: se si ritiene che la stessa debba avvenire durante la vigenza del contratto, certamente la previsione che concede all'assicurato altri 12 mesi per denunciarla all'assicurazione non può considerarsi una decadenza che rende difficile l'esercizio del diritto²⁴¹; se invece si ritiene che la disposizione consideri coperte da garanzia le richieste risarcitorie e gli avvisi all'assicurazione pervenuti entro 12 mesi dalla scadenza del contratto, la soluzione adottata dalla Cassazione sembra in contrasto con quella formulata solo 20 gg. prima dove si dice che correttamente è stata ritenuta *“valida anche la polizza (omissis), atteso che la stessa, pur non prevedendo una copertura per denunce successive al periodo di efficacia (e cioè una copertura postuma), comprendeva nella garanzia anche condotte relative ad un lungo periodo precedente la stipulazione, sicché doveva ritenersi che la clausola claims made offriva una tutela anche nel suo ultimo giorno di validità (o comunque nel suo periodo finale)”*²⁴². Peraltro, nella previsione legale di assicurazione sanitaria contenuta nell'art. 11 della l. 24 del 2017 l'ultrattività

La clausola, come ricordato, pone una decadenza a carico dell'assicurato non dipendente da una sua condotta: l'assicurato può fare denuncia dell'evento nei dodici mesi dalla cessazione del contratto solo se abbia ricevuto in quei termini temporali la richiesta di risarcimento del danno, condizione che ovviamente dipende esclusivamente dal terzo danneggiato.

In tali termini essa contrasta con disposizioni imperative di legge, non solo con l'art. 1341 c.c., che vieta, se non sottoscritte, le clausole vessatorie, e che tra queste annovera espressamente quelle che impongono decadenze, ma altresì con l'art. 2965 c.c., che commina la nullità dei patti con cui si stabiliscono decadenze che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto”.

²⁴¹ In tal senso anche G. M. D'AIELLO N. DE LUCA, *Termine dell'avviso, cit.*, i quali osservano che il termine di 12 mesi corrisponde a quello previsto all'epoca dei fatti dalla prescrizione in materia assicurativa. La sentenza sul punto è contraddittoria: prima dice “che dodici mesi sono sufficienti per denunciare il sinistro all'assicurazione” ma poi afferma che la concreta possibilità di esercitare tale diritto si ha solamente se l'assicurato “ha ricevuto in tempo una richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, ossia se ha ricevuto la richiesta non solo entro 12 mesi dalla scadenza del contratto, ma nell'arco temporale dell'anno di sua validità”.

Per una valutazione della disposizione come più favorevole all'assicurato, cfr., S. LANDINI, *Diritto delle assicurazioni- clausole claims made, ultrattività e decadenze*, in *Giur. It.*, 2020, 12, 2617.

²⁴² Cass., 8117/2020.

della garanzia è prevista solo in caso di cessazione dell'attività e, quindi, la previsione contrattuale esaminata nell'ordinanza 8894/2020 risultava più favorevole.

Infine, se secondo le Sezioni unite le clausole *claims made* non possono ritenersi vessatorie anche se restringono la validità della garanzia alle ipotesi in cui fatto e *claim* siano avvenuti durante la vigenza del contratto e anche ove non sia pattuita la c.d. “*sunset clause*”²⁴³, fintanto che l'assetto del contenuto contrattuale e della “causa concreta” sia conforme al tipo del contratto, appare non troppo argomentata la decisione n. 8894/2020. La valutazione della conformità al tipo delle singole clausole, infatti, dovrebbe avvenire tramite il bilanciamento degli interessi delle parti anche da un punto di vista economico. Si confermano in tal modo le preoccupazioni espresse dalla dottrina per la

²⁴³ Per l'illegittimità delle clausole *claims made* che non prevedono una copertura retroattiva illimitata cf., così Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, *Foro it.*, 2017, I, 2721, con nota di B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*; ID, in *Contratti*, 2017, 383, con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità; Resp. medica*, 2017, 237 con nota di I. PARTENZA, *La clausola claims made e le sezioni disunite della Suprema corte: l'insostenibile incertezza del mercato; Danno e resp.*, 2017, 441, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, «code lunghe» e ostracismi giudiziali*; *ibid.*, 452, con nota di S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*; *ibid.*, 469, con nota di F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza; Corriere giur.*, 2017, 1191, con nota di G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*; *ibid.*, 1208, con nota di F.A. MAGNI, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le sezioni unite)*; *Giur. comm.*, 2018, II, 973, con nota di C. BOITI, *Alcune riflessioni sulla distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza e clausole claims made*; Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, *Foro it.*, 2017, I, 1919, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*; *ibid.*, 3114, con nota di M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*; e *Nuova giur. civ.*, 2017, 1388, con nota di L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza; Banca, borsa, ecc.*, 2017, II, 667, con nota di N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*; 2 marzo 2018, n. 4912, *Foro it.*, *Rep.* 2018, voce cit., n. 115; ord. 19 gennaio 2018, n. 1465, *id.*, 2018, I, 452, con nota di A. PALMIERI, e *Assicurazioni*, 2017, 205, con nota di G. VOLPE-PUTZOLU, *La clausola claims made nuovamente alle sezioni unite, cit.*

circostanza che le Sezioni unite del 2018 non avevano indicato parametri chiari su cui effettuare tale valutazione di conformità al tipo *ex art. 1322 co. 1 c.c.*²⁴⁴. Lascia qualche perplessità, pertanto, una decisione che non operi affatto tale valutazione e che non consideri affatto e non rapporti la sua decisione con la previsione contenuta nella l. n. 24/2017, mentre la stessa sezione nella sentenza 8117/2020 aveva opportunamente richiamato la legge anche se la fattispecie da lei esaminata non riguardava una clausola *claims made and reported*.

La situazione e la soluzione prefigurata dalla Cassazione appare non soddisfacente. Deve rilevarsi che le clausole *claims made*, della cui legittimità di massima non si può più dubitare dopo le decisioni delle sezioni unite, collegano il rischio alla richiesta di risarcimento del danneggiato. Nel caso in esame, invece, il rischio diventa comprensivo anche dell'avviso dell'assicurato all'assicurazione la cui previsione temporale viene fatta coincidere con quella della denuncia del danneggiato. È su tale ampliamento del concetto di rischio, più che sulla dimensione temporale dell'avviso, che la Cassazione avrebbe dovuto fornire una motivazione più puntuale²⁴⁵.

La Corte, dopo aver specificato che vessatorietà e meritevolezza attengono a differenziazioni esclusivamente lessicali tali da consentire un'indagine sulla meritevolezza di una domanda formulata sulla vessatorietà, anziché affermare che il termine di 12 mesi previsto per la denuncia tempestiva non era adeguato a consentire all'assicurato di perseguire l'interesse per cui aveva sottoscritto l'assicurazione, introduce un riferimento alla decadenza e ad un potere del

²⁴⁴ Cfr. G. COLOMBO, *Meritevolezza delle clausole claims made tra restaurazioni imperative ed alterazione del sinallagma*, cit., 641; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Claims made nel postdiritto*, in *Foro it.*, 2018, I, 3518; A. ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made "tipizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 143 ss. e P. CORRIAS, *Le clausole claims made dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 147 ss.

²⁴⁵ A. CANDIAN, *Un passo avanti ed uno indietro nella saga delle claims made*, in *Foro it.*, 2020, I, 3136.

danneggiato non controllabile dall'assicurato che appare, oltre che giuridicamente discutibile, anche inconferente.

La Cassazione, affermando l'illegittimità di tale clausole, in definitiva si pone in netto contrasto con le conclusioni delle Sezioni unite che avevano affermato che rientra nell'oggetto del contratto la determinazione temporale dei sinistri, e delle richieste risarcitorie, coperti da assicurazione e che qualora il contratto di assicurazione sia sorretto da causa concreta, perché adeguato alla copertura dei rischi dell'assicurato, e l'assicuratore abbia tenuto un comportamento corretto sia in fase precontrattuale, sia durante la sua conclusione, sia nell'esecuzione del contratto, il fatto che non siano coperti da assicurazione fatti illeciti accaduti nel tempo dell'assicurazione, in quanto le richieste risarcitorie siano pervenute solo successivamente, è lecito e insuscettibile di censura.

La decisione conferma che le argomentazioni poste a base delle sentenze delle Sezioni unite, anche quella del 2018, non sono ancora sufficienti ad affrontare e risolvere la valutazione delle clausole *claims made*.

Conclusivamente può osservarsi che ancora non pienamente definita appare la posizione della giurisprudenza nell'individuare e valutare i parametri in base ai quali debba essere valutata la legittimità delle clausole *claims made* poste al suo esame²⁴⁶.

La materia delle *claims made* sembra, dunque, non trovare pace e gli arresti raggiunti nel 2016 e nel 2018 sono stati nuovamente messi in discussione dalla stessa Cassazione²⁴⁷.

²⁴⁶ Vidi ampiamente le condivisibili osservazioni di A. CANDIAN, *Un passo avanti ed uno indietro*, cit.

²⁴⁷ L'11 novembre del 2019, la terza sezione della Cassazione civile si è pronunciata su una serie di questioni, sentenze di San Martino, che hanno riaperto molte delle conclusioni raggiunte dalle Sezioni unite in materia di prova, nesso di causalità e danno non patrimoniale che sembravano aver raggiunto un assetto definitivo.

CAP V

La responsabilità medica

Sommario: **1.** *Premessa*; **2.** *Natura e fondamento della responsabilità della struttura sanitaria: la posizione della Cassazione del 2019*; **3.** *La responsabilità civile del medico*; **4.** *La natura della responsabilità civile del medico*; **5.** *La legge Balduzzi*; **6.** *La riforma Gelli Bianco*; **7.** *L'assicurazione della responsabilità civile*; **8.** *Le polizze assicurative tra claims made e deeming clauses*.

1. Premessa.

Si è dato conto nel primo capitolo dell'evoluzione della disciplina della responsabilità civile, del mutamento delle sue funzioni, del progressivo avvicinamento della responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale e del passaggio di molte fattispecie da un'area all'altra.

Di questa evoluzione una dimostrazione tangibile è il campo della responsabilità medica nel quale inizialmente la giurisprudenza tendeva ad ammettere il cumulo di responsabilità sul presupposto che l'errore medico integrava inadempimento e lesione del diritto del paziente alla salute²⁴⁸.

²⁴⁸ Cass., 7 agosto 1982, n. 4437.

Tale orientamento è mutato a seguito di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., inaugurata dalla Cassazione nel 2003²⁴⁹ e completata nel 2008.

In particolare, con le sentenze del 2008, le Sezioni unite della Cassazione hanno stabilito che la previsione di cui all'art. 2059 c.c. non può rimanere legata al solo ambito aquiliano, ma va estesa anche all'ambito contrattuale quando, verificando la causa concreta del contratto, si osserva che siano presenti interessi sottesi di carattere personale, tutelati da norme di rango costituzionale. D'altronde, afferma espressamente la Corte: *“che interessi di natura non patrimoniale possano assumere rilevanza nell'ambito delle obbligazioni contrattuali, è confermata dalla previsione dell'art. 1174 c.c., secondo cui la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”*²⁵⁰. La Corte, inoltre, individua specifiche ipotesi di danni non patrimoniali risarcibili contrattualmente: sono tutte ipotesi nelle quali dal contratto o dal *contatto sociale* sorgono doveri di protezione che concernono diritti della personalità tutelati dalla Costituzione menzionando specificamente il caso della responsabilità del medico, proprio perché questi assume obblighi protettivi nei confronti del paziente. Non risulta, quindi, più necessario ricorrere all'espedito del cumulo delle azioni²⁵¹.

²⁴⁹ Cassazione, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828.

²⁵⁰ Cassazione, Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26974.

²⁵¹ Si distingue tra cumulo di azioni e cumulo di norme e si parla in proposito di concorso proprio e concorso improprio; cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 196.

2. *Natura e fondamento della responsabilità della struttura sanitaria: la posizione della Cassazione del 2019.*

Si è molto discusso sulla natura e sul fondamento della responsabilità delle strutture sanitarie nei confronti dei pazienti.

Tra la struttura sanitaria ed il paziente si instaura il c.d. contratto di ospedalità²⁵², un contratto atipico da cui discendono obblighi di protezione (non espressamente previsti nello stesso, ma pur sempre esistenti) dovuti dal debitore, come la messa a disposizione di personale medico/infermieristico qualificato, nonché attrezzature e strumentazioni idonee alle cure dovute. La Cassazione, nel 2012, ha affermato l'esistenza di un *“complesso ed atipico rapporto”* aggiungendo, *“la clinica non si limita [omissis] ad impegnarsi alla fornitura di mere prestazioni di natura alberghiera (somministrazione di vitto e alloggio), ma si obbliga alla messa a disposizione del personale medico ausiliario, di quello paramedico ed all'apprestamento dei medicinali e di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicanze”*²⁵³.

La responsabilità contrattuale della struttura sanitaria scaturisce dall'applicazione dell'art. 1218 c.c. per il mancato adempimento delle obbligazioni dovute nei confronti del creditore, nonché dall' art. 1228 c.c. per l'inadempimento del suo ausiliario (il medico), non rilevando addirittura, sotto questo punto di vista, il fatto eventuale che il medico risulti scelto o *“di fiducia”* del paziente stesso²⁵⁴. Tale disciplina si applica a prescindere dalla natura della struttura sanitaria, ospedale pubblico o casa di cura privata²⁵⁵.

La configurazione della responsabilità della struttura sanitaria come responsabilità contrattuale è rimasta sostanzialmente immutata nel tempo, anche dopo che il legislatore con la legge n. 24 del 2017, come vedremo meglio in

²⁵² L. BRIZZI, *Il medico “strutturato, in La nuova responsabilità medica* (a cura di) U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2018, p. 82.

²⁵³ Cass., Sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2196.

²⁵⁴ Cass., 18610/2015.

²⁵⁵ Cass., Sez. un. 577/2008.

seguito, ha trasferito la responsabilità del medico dall'area contrattuale a quella extracontrattuale.

La riconduzione della responsabilità della struttura sanitaria nell'ambito contrattuale dovrebbe comportare l'applicazione dei principi che informano la responsabilità per inadempimento di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., in particolare in materia di nesso causale e prova. Nello specifico, il nesso causale materiale non rileva essendo implicito nello stesso inadempimento e l'attore in sede di giudizio è tenuto a provare esclusivamente la fonte del rapporto obbligatorio e ad allegare l'inadempimento, dovendo poi il convenuto provare che l'inadempimento o il ritardo nell'adempimento sono dovuti ad impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Come è noto esiste una annosa disputa sull'apparente contrasto tra gli artt. 1218 c.c. e 1176 c.c. in quanto, secondo l'art. 1176 c.c., il debitore non sarebbe responsabile ove riesca a dimostrare di essere stato diligente; mentre, a norma dell'art. 1218 c.c., il debitore, per non essere ritenuto responsabile, dovrebbe provare non solo il fatto specifico che ha causato l'impossibilità della prestazione, ma anche che tale fatto non è a lui imputabile, in quanto estraneo, imprevedibile ed inevitabile.

Fino al 2017 la medesima collocazione della responsabilità del medico e della struttura sanitaria nell'ambito della responsabilità contrattuale aveva portato ad una circolazione delle regole affermate dalla giurisprudenza in entrambi gli ambiti²⁵⁶. Circolazione che ancora assume rilevanza sia perché il trasferimento della responsabilità del medico nell'area extracontrattuale nel 2017 non ha valore retroattivo e sia perché possono sempre essere applicate alla responsabilità della struttura che resta anche oggi in area contrattuale²⁵⁷.

²⁵⁶ Ciò si evince chiaramente da Cass. Sez. un., 577/2008 ove si legge *“In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante”*.

²⁵⁷ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio*

La Cassazione a sezioni unite, con le sentenze nn. 13533/01, 577/08 e 15781/05, aveva specificato che la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato era priva di riflessi sul regime di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale e sul meccanismo di ripartizione dell'onere della prova.

Dal 2017 in poi, tuttavia, la Cassazione ha operato un graduale ripensamento delle sue posizioni in materia di nesso causale e prova nello schema della responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. avviato con la sentenza n. 18392/2017²⁵⁸, ripensamento che trova il suo epilogo nelle sentenze nn. 28991 e 28992 del 2019.

Deve innanzitutto distinguersi tra causalità materiale e causalità giuridica: mentre la prima attiene alla relazione tra condotta ed evento di danno, la seconda lega l'evento al danno risarcibile in ragione delle conseguenze derivanti dal danno evento e trova il suo ancoraggio nell'art. 1223 c.c.. Si distingue, quindi, tra danno evento e danno conseguenza. "La distinzione nelle sue origini ha la sua premessa concettuale nel rapporto che esiste tra le regole di fattispecie e le regole di risarcimento"²⁵⁹. Nella responsabilità contrattuale il danno evento risiede nello stesso inadempimento ragion per cui la causalità acquista rilevanza solo sotto il diverso profilo della imputazione soggettiva dell'inadempimento²⁶⁰. In questo ambito, dunque, non rileva la causalità materiale che è implicita

orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario, in *Corriere Giur.*, 2020, 3, 304.

²⁵⁸ La sentenza è stata ampiamente criticata: cfr. A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 15 ss.; G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e Resp.*, 2018, 357; R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018, I, c. 3582 ss.; ID., *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e Resp.*, 2018, 10 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019, 33 ss.; M. MAGIULO - R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e Resp.*, 2019, 256 ss.; F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019, 709 ss.

²⁵⁹ Così A. DI MAIO, *Responsabilità del medico - La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. It.*, 2020, 1, 35.

²⁶⁰ Così ancora A. DI MAJO, *op.loc.ult.cit.*

nell'inadempimento, ma solo la causalità giuridica che è funzionale ad individuare i danni risarcibili derivanti dall'inadempimento. La rilevanza della causalità materiale riemerge, invece, quando il debitore deve provare il fatto sopravvenuto che ha determinato l'impossibilità di adempiere. In altri termini "la condotta, che costituisce violazione del *vinculum iuris*, esprime già l'antigiuridicità della fattispecie a prescindere dal danno che ne derivi: tracciando un efficace parallelo con il diritto penale, osserva Castronovo che la fattispecie di inadempimento può essere paragonata ai reati di condotta. ... La ricerca eziologica ha, dunque, un rilievo (eventuale ed ancillare) solo al fine dell'esonero da responsabilità del debitore, quindi per negare l'inadempimento e non per affermarlo"²⁶¹.

Nella responsabilità extracontrattuale, invece, il fatto illecito, è cosa diversa dal danno evento che ne consegue e conseguentemente si distingue tra condotta ed evento.

Il punto delle sentenze gemelle della Cassazione del 2019 che maggiormente incide sulla teoria delle obbligazioni, tradizionalmente accolta, attiene alla scissione della responsabilità contrattuale in due tronconi²⁶², quello afferente alle obbligazioni di dare o fare e quello attinente alle obbligazioni di *facere* professionale, le c.d. obbligazioni di mezzi²⁶³.

²⁶¹ Così N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020, 2, 327.

²⁶² A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e Resp.*, 2020, 1, 71.

²⁶³ Sulla responsabilità sono state proposte varie teorie: la c.d. teoria oggettiva e la c.d. teoria soggettiva e la teoria che distingue il contenuto dell'obbligazione a seconda che si tratti di un risultato o di un comportamento (appunto l'obbligazione di mezzi e quella di risultato). Secondo la teoria oggettiva, l'esigenza di tutelare l'interesse del creditore porta a prescindere completamente dalla valutazione del comportamento diligente del debitore *ex art. 1176 c.c.* ed il debitore, è ritenuto responsabile per il solo fatto oggettivo dell'inadempimento e può liberarsi dalla responsabilità solo se prova che l'inadempimento è dipeso da un fatto non prevedibile ed evitabile. Secondo la teoria soggettiva, invece, la colpa costituisce l'unico criterio per valutare la responsabilità. In caso d'inadempimento, dunque, se il giudice accerta che il debitore si è comportato con la diligenza dovuta *ex art. 1176 c.c.* l'impossibilità è considerata non imputabile. Infine, secondo il criterio "intermedio" che distingue l'obbligazione a seconda che sia di mezzi o di risultato, si ritiene che la regola della responsabilità per colpa *ex art. 1176 c.c.*, sia

Secondo tali ultime decisioni, solo nel primo risulta irrilevante l'accertamento del nesso causale tra condotta e danno-evento incentrato nell'inadempimento stesso, mentre, dice la Corte, *“nel diverso territorio del fare professionale la causalità materiale torna a confluire nella dimensione del necessario accertamento della riconducibilità dell'evento alla condotta secondo le regole generali sopra richiamate”*. In ragione di tale ricostruzione si dà seguito, quindi, a quanto già affermato dalla Cassazione con la sentenza, n. 18392 del 2017 ove si diceva *“In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione assistenziale, l'onere di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa imprevedibile, inevitabile e non imputabile alla stessa sorge solo ove il danneggiato abbia provato la sussistenza del nesso causale tra la condotta attiva od omissiva dei sanitari e il danno sofferto”*.

Con la sentenza del 2019 la Corte afferma *“Negare che incomba sul paziente creditore di provare l'esistenza del nesso di causalità fra l'inadempimento ed il pregiudizio alla salute, come si assume nel motivo, significa espungere dalla fattispecie costitutiva del diritto l'elemento della causalità materiale. Di contro va osservato che la causalità relativa tanto all'evento pregiudizievole, quanto al danno consequenziale, è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, quale portato della distinzione fra causalità ed imputazione”*. Dal 1° co. dell'art. 1227 c.c. la Corte trae il convincimento che *“la causalità materiale si iscriva a pieno titolo anche nella dimensione della responsabilità contrattuale”*. Per un verso la Cassazione riconosce che nella responsabilità contrattuale *“la causalità acquista (...) autonomia di valutazione solo quale causalità giuridica, e dunque quale*

applicabile nelle obbligazioni di mezzi, mentre la responsabilità oggettiva ex art. 1218 c.c. si applicherebbe in caso di obbligazioni di risultato.

delimitazione del danno risarcibile attraverso l'identificazione del nesso eziologico fra evento di danno e danno conseguenza (art. 1223 c.c.)”, ma poi afferma che ciò vale solo per le obbligazioni di dare o fare mentre ma non nel diverso ambito del *facere* professionale. Ciò in quanto in queste ultime l'interesse alla prestazione è solo strumentale all'interesse primario alla salute il quale, dice sempre la Corte, è estraneo alla prestazione oggetto dell'obbligazione, ma “*benché guarigione dalla malattia o vittoria della causa non siano dedotte in obbligazione, esse non costituiscono un motivo soggettivo che resti estrinseco rispetto al contratto d'opera professionale, ma sono tipicamente connesse all'interesse regolato perché la possibilità del loro soddisfacimento è condizionata dai mutamenti intermedi nello stato di fatto determinati dalla prestazione professionale ... L'interesse corrispondente alla prestazione oggetto di obbligazione ha natura strumentale rispetto ad un interesse primario o presupposto, il quale non ricade nel motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale perché non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo ma è connesso all'interesse regolato già sul piano della programmazione negoziale e dunque del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto*”²⁶⁴.

In questo modo la Corte trasferisce il nesso giuridico che lega l'evento al danno conseguenza risarcibile (alla salute) nel danno evento²⁶⁵ che diventa elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità contrattuale la cui allegazione e prova è a carico del danneggiato. Il che significa che se questi non è in grado di fornire la prova della causa che ha determinato l'evento pregiudizievole, le relative conseguenze sono a suo carico e, conseguentemente,

²⁶⁴ “Emerge, dunque, la tendenza a ricercare comunque un risultato all'interno della struttura dell'obbligazione medica: o come immancabile substrato teleologico dell'azione terapeutica, o quale elemento intermedio tra la condotta del medico e guarigione del paziente, consistente nell'attività di cura, suscettibile di essere espresso in termini, appunto, di risultato”: così A. BERTOCCHI, *Responsabilità del medico libero professionista*, in *La responsabilità medica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2004, p. 35.

²⁶⁵ R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario*, in *Foro.it.*, 20120, I, 2018.

non vengono neppure coperte dall'assicurazione obbligatoria della struttura sanitaria.

Si trasferiscono, in tal modo, per le sole obbligazioni di *facere* professionale, le regole proprie della responsabilità extracontrattuale in quella contrattuale²⁶⁶. La dottrina ritiene, invece, che la tutela della salute, al di là dell'interesse alla prestazione eseguita secondo le *leges artis*, non possa essere recuperata se non individuando sul medico o sulla struttura sanitaria anche un profilo di responsabilità extracontrattuale che gli imponga di preservare tale bene primario anche oltre uno specifico inadempimento contrattuale²⁶⁷.

Appare condivisibile l'osservazione che il danno è l'espressione economica di un fatto che nelle obbligazioni di dare o fare è contenuto nella stessa perdita di utilità derivante dall'inadempimento della prestazione dedotta nel contratto. Nelle obbligazioni professionali, il danno invece può essere conseguenza di un fatto successivo alla inesatta prestazione dedotta nel contratto, discutendosi in tal caso di danno estrinseco diverso dal danno intrinseco collegato direttamente con la mancata o inesatta prestazione; la ricerca del nesso causale è, quindi, la naturale premessa dell'accertamento della responsabilità del debitore per l'evento dannoso che il creditore sostiene di aver subito. Pertanto, non si tratta di distinguere tra interesse primario ed interesse strumentale, come da ultimo ha fatto la Cassazione, ma del fatto "che il creditore affermi di aver subito un danno conseguenza dell'inadempimento; e cioè che si sia prodotto un evento dannoso (il peggioramento delle condizioni cliniche)

²⁶⁶ La corte trova conferma a tale impostazione, nella rilevanza che la legge 24 del 2017 attribuisce alle buone pratiche clinico-assistenziali ed alle raccomandazioni previste dalle linee guida (art. 5); in tal senso E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 265 s.. Osserva, tuttavia, A. POCIDA MIRABELLI DI LAURO, (*Inadempimento e causalità*, cit.) che "in tal modo, nell'ascrivere al piano della causalità (materiale) un sistema di regole che ha il precipuo scopo di "oggettivare" la perizia della struttura sanitaria nell'adempimento della sua obbligazione, si finisce con il confondere il piano della causalità con quello dell'imputazione", cioè proprio quei piani che dovrebbero essere sempre tenuti distinti, almeno secondo quanto affermato dalle due sentenze in commento.

²⁶⁷ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*; N. RIZZO, *op. loc. ult. cit.*

successivo all'inadempimento e che, di questo evento, l'inadempimento costituisca la causa"²⁶⁸.

Una mediazione alle due diverse impostazioni evidenziate potrebbe forse trarsi nel ricorso alla teoria soggettiva della responsabilità. Secondo tale impostazione la responsabilità contrattuale non nasce dal solo fatto oggettivo dell'inadempimento, ma sussiste solo ove il comportamento del debitore sia valutato colpevole ai sensi dell'art. 1176 c.c.. Se l'assenza di colpa, ovvero la prestazione eseguita secondo le regole professionali idonee al caso concreto, è provata dal debitore si ritiene non imputabile l'impossibilità di cui all'art. 1218 c.c..

L'assenza di colpa costituisce, quindi, un indice presuntivo tipizzato dal legislatore, da cui si ricava la sussistenza di una causa non imputabile, ancorché non specificatamente individuata, che pertanto non dovrà essere provata dal medico. Anche in tal modo, quindi, la causa ignota finisce per ricadere sul creditore, ma solo ove il debitore abbia dato la prova che la prestazione sia stata eseguita con la diligenza professionale dovuta. In questo modo "la distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non rileva dunque più quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, ma dovrà essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà"²⁶⁹.

Si osserva, in ogni caso, che "l'utilizzazione della prova per presunzioni consente di superare, dal punto di vista dei dubbi circa un aggravamento della posizione processuale del creditore della prestazione di cura, le perplessità suscitate dall'indirizzo giurisprudenziale (messo a punto e consolidato dalle

²⁶⁸ Così RIZZO, *op loc. ult. cit.*

²⁶⁹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, 13533.

sentenze qui commentate) in materia di onere della prova della causalità materiale nella responsabilità medica²⁷⁰.

La portata innovativa delle sentenze del 2019 è ridimensionata da coloro che osservano che negli interventi c.d. routinari ad alta vincolatività il risultato positivo è in qualche modo sempre connesso ad una prestazione diligente con conseguente ammissibilità della prova presuntiva²⁷¹.

Si tratta, tuttavia, più che di nesso causale, di una misurazione della diligenza in ragione della quale misurare l'adempimento in rapporto alla specificità del caso concreto, mentre può essere più discutibile una impostazione di carattere generale che trasferisca sul creditore/paziente l'obbligo di provare il nesso causale.

Le decisioni da ultime richiamate sono importanti perché costituiscono un ulteriore tassello di quella giurisprudenza che, dopo aver incrementato a dismisura le garanzie del malato innescando gravi episodi di medicina difensiva, oggi, con una inversione a 360°, applica le più gravi regole della responsabilità extracontrattuale alla responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, spingendosi oltre a quanto fatto dal legislatore nel 2017, che ha ricondotto nell'art. 2043 c.c. solo la responsabilità dell'operatore sanitario.

²⁷⁰ Così, C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causalità della responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corriere Giur.*, 2020, 3, 304.

²⁷¹ Così ancora, C. SCOGNAMIGLIO, *op.loc.ult. cit.*; DI MAIO, *La salute responsabile*, Torino, 2018, 17.

3. La responsabilità civile del medico.

Intorno alla responsabilità civile del medico si è sviluppato un ampio dibattito sia dottrinario che giurisprudenziale sul quale il legislatore è intervenuto più volte²⁷².

L'aleatorietà dell'attività medica e la circostanza che questa incide sul diritto fondamentale alla salute sono certamente le ragioni per le quali è difficile dare una soluzione che soddisfi gli interessi di tutti i soggetti coinvolti: pazienti, operatori sanitari e Stato nella ricerca di una medicina che sia etica e non difensiva. Peraltro, l'operatore sanitario è chiamato a rispondere della propria capacità professionale, ma sulla sua attività ricadono spesso anche le conseguenze della buona o cattiva organizzazione, strumentale e di persone, nella quale egli opera. Infatti, la giurisprudenza fa carico al professionista, che agisce nel contesto di una specifica struttura sanitaria – pubblica o privata – di

²⁷² In argomento, R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, p. 3 ss.; ID., *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Corriere giur.*, 1996, p. 218 ss.; ID., *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 489; L. BRIZZI, *Il medico "strutturato"*, loc. cit.; F. MARTINI, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, (a cura di) F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIZIT, Giuffrè, Milano, 2017, p. 232; A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 17 ss.; M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, p. 1 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità penale e responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 1998, p. 4 ss.; A DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, p. 1223 ss.; G. DE MARZO, *Appunti sulla responsabilità civile in campo medico*, in *Giur., it.*, 1986, I, c. 681; R. DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur., merito*, 1999, IV, p. 10 ss.; C. CASTRONUOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997, n. 3, p. 1223 ss.; ID., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 117; P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 694; M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 335; M. FORZATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 665; F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim.*, 1984, p. 711 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 516; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 315.

adottare “tutte le misure idonee volte ad ovviare alle carenze strutturali ed organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell’intervento”. Queste circostanze, unite alle posizioni rigide e non uniformi assunte dalla giurisprudenza, hanno negli ultimi tempi aggravato il fenomeno della medicina difensiva.

Le considerazioni che precedono hanno certamente influenzato il dibattito sulla responsabilità medica. L’obbligazione del medico dal punto di vista civilistico è stata definita per lungo tempo come una obbligazione di mezzi²⁷³, in quanto il debitore/professionista non garantisce il risultato della guarigione, ma si obbliga ad eseguire la prestazione in maniera diligente, professionale e corretta secondo il combinato disposto degli artt. 1176, co. 2, e 2236 c.c.. Egli, quindi, assicurerebbe la diligenza professionale e non la realizzazione del fine. La distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non è condivisa da quella parte della dottrina²⁷⁴ e della giurisprudenza²⁷⁵ che, al fine di evitare la frantumazione dell’unitario fenomeno dell’obbligazione, afferma che un risultato è dovuto in ogni obbligazione e che le obbligazioni di mezzi si

²⁷³ L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss. il quale osserva «un fatto valutato come mezzo in ordine a un fine successivo, rappresenta già un risultato quando sia considerato in se stesso, come termine finale di una serie teleologica più limitata. Le cure del medico sono un mezzo per la guarigione del malato, ma sono un risultato se lo scopo preso in considerazione è quello di essere curato»; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 105. In giurisprudenza si veda Cass., 18 giugno 1975, n. 2439, in *Foro it.*, 1976, I, c. 745 ss.; Cass., 25 novembre 1994, n. 10014, *ivi*, 1995, I, c. 2913 ss. G.ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective a cura di CONSIGLIA BOTTA e CHRISTIAN ARMBRUSTER, Scienze Assicurate, Esi*, Napoli, 2017, p.14; F. CARINGELLA, *Studi di diritto Civile*, Milano, 2012, p.695 ss.; E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell’obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, I, 265.

²⁷⁴ A. DE MARTINI, *La responsabilità civile cit.*, p. 1223 ss.; C. LEGA, *Le prestazioni del medico come oggetto di «obbligazione di mezzi»*, in *Giur. it.*, 1962, I, c. 1249 ss.; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 205; M. GIORGIANNI, *Obbligazioni (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 598; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, Milano, 1993, p. 71 ss. il quale evidenzia che la dicotomia in esame ha «carattere relativo» poiché non sono certo riscontrabili obbligazioni in cui sia dovuto soltanto il risultato e non già lo sforzo diligente per realizzarlo.

²⁷⁵ Cass., sez. un. 11 gennaio 2008, n. 577.

caratterizzano per il fatto che in esse vi possa essere una eventuale divergenza tra una prestazione di cura diligente ed adeguata ed il perseguimento dell'interesse primario del paziente-creditore finalizzato alla guarigione, potendo intervenire su di essa fattori che non sono sempre controllabili²⁷⁶.

L'attività professionale del medico trova la sua disciplina nel capo II, titolo III del libro V del codice civile che deve poi essere integrata ed attuata anche alla luce delle leggi speciali, dei regolamenti e dei codici deontologici che disciplinano lo svolgimento delle singole professioni²⁷⁷.

In argomento un ruolo centrale svolge l'art. 2236 c.c. il quale recita: “*Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*”. Di conseguenza, in ipotesi di attività semplici o routinarie, il medico è chiamato a rispondere anche per colpa lieve.

La dottrina ha criticato questa impostazione che garantiva un forte *favor* al medico ritenendo che il professionista fosse tenuto ad operare con una maggiore diligenza²⁷⁸. Al medico, in quanto operatore professionale di settore, è comunque sempre richiesto un intervento diligente, ossequioso di *standard* professionali in virtù del generale principio di buona fede e diligenza professionale. Il tradizionale inquadramento della responsabilità medica tra le obbligazioni di mezzi, pertanto, finisce per incidere sempre meno sulla determinazione dei criteri concreti di valutazione della responsabilità. Il medico, infatti, è tenuto a svolgere la sua prestazione con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione²⁷⁹ che va continuamente aggiornata con una formazione

²⁷⁶ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile* cit., p. 363 ss.

²⁷⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig*, XIV, Torino, 1968, p. 23 ss.; G. MARCHETTO, A. PRADI, voce *Professioni Intellettuali*, in *Digesto*, 1997.

²⁷⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2011, 722.

²⁷⁹ Decreto Legislativo 229/99, art. 16 bis Formazione continua: 1. Ai sensi del presente decreto, la formazione continua comprende l'aggiornamento professionale e la formazione permanente. L'aggiornamento professionale è l'attività successiva al corso di diploma, laurea, specializzazione, formazione complementare, formazione specifica in medicina generale, diretta ad adeguare per tutto l'arco della vita professionale le

continua²⁸⁰. La diligenza non è un obbligo suscettibile di adempimento in forma specifica, ma un mero dovere che rileva quale parametro per valutare l'attribuzione della responsabilità risarcitoria. La differenza fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale emerge proprio con riferimento alla differente collocazione della perizia la quale, mentre nella responsabilità contrattuale costituisce l'oggetto dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1176, 2° comma, c.c., nell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c. è criterio di responsabilità ai fini dell'imputazione del danno.

4. La natura della responsabilità civile del medico.

Nella presente trattazione verrà esaminata essenzialmente la responsabilità del medico nei confronti del paziente²⁸¹, ma va ricordato che possono sussistere

conoscenze professionali. La formazione permanente comprende le attività finalizzate a migliorare le competenze e le abilità cliniche, tecniche e manageriali e i comportamenti degli operatori sanitari al progresso scientifico e tecnologico con l'obiettivo di garantire efficacia, appropriatezza, sicurezza ed efficienza alla assistenza prestata dal Servizio sanitario nazionale. 2. La formazione continua consiste in attività di qualificazione specifica per i diversi profili professionali, attraverso la partecipazione a corsi, convegni, seminari, organizzati da istituzioni pubbliche o private accreditate ai sensi del presente decreto, nonché soggiorni di studio e la partecipazione a studi clinici controllati e ad attività di ricerca, di sperimentazione e di sviluppo. La formazione continua di cui al comma 1 è sviluppata sia secondo percorsi formativi autogestiti sia, in misura prevalente, in programmi finalizzati agli obiettivi prioritari del Piano sanitario nazionale e del Piano sanitario regionale nelle forme e secondo le modalità indicate dalla Commissione di cui all'art. 16- ter.

²⁸⁰ Art.16 “Il medico ha l’obbligo dell’aggiornamento e della formazione professionale permanente, onde garantire il continuo adeguamento delle sue conoscenze e competenze al progresso clinico scientifico”; con questo articolo l’Ordine professionale rivendica con piena coscienza il proprio compito di garante insostituibile dell’aggiornamento e della formazione professionale permanente del medico e dell’odontoiatra.

²⁸¹ Sulla natura della responsabilità della struttura sanitaria nei confronti dei pazienti non vi è dubbio che si tratti di responsabilità contrattuale, derivante dal contratto stipulato tra e parti o, nel caso di strutture pubbliche, secondo alcuni, dalla stessa legge 833/1978: cfr. Cass. Sez. un. 9556/2002; ID, 577/2008. La indubbia natura contrattuale della responsabilità dell’ente, secondo alcuni: «può rendere superflua la stessa

anche profili di responsabilità dello stesso nei confronti della struttura nella quale opera, responsabilità che muta a seconda che tra i due intercorra un rapporto di lavoro subordinato, pubblico o privato, o un rapporto di lavoro autonomo.

Si esaminerà, infine, esclusivamente la responsabilità del medico dipendente da struttura pubblica o privata.

Originariamente, quando i processi a carico dei medici erano piuttosto eccezionali, si affermava la responsabilità penale dei medici, specialmente davanti ad interventi di particolare difficoltà, solamente in ipotesi di colpa grave, non diversamente da quanto dispone l'art. 2236 c.c. sul piano civilistico²⁸². Più tardi la giurisprudenza ha affermato che *“nella valutazione in ambito penale della colpa medica non trova applicazione il principio civilistico della rilevanza soltanto della colpa grave, la quale assume eventuale rilievo solo ai fini della graduazione della pena”*²⁸³.

Si è detto che sulla natura della responsabilità medica si sono prospettate diverse ricostruzioni.

Esse sono generate dalla circostanza che il paziente, ricoverato presso la struttura sanitaria, sottoscrive con la stessa un contratto “di spedalità”²⁸⁴, mentre non ha alcun rapporto, di tipo negoziale, con il medico che esegue l'intervento.

innovazione legislativa, almeno nel caso in cui il medico abbia operato in seno ad una struttura sanitaria, potendo il paziente danneggiato limitarsi ad evocare in giudizio, sulla base della regola ricavabile dall'art. 1228 c.c., la sola struttura, in vista della rivalsa di quest'ultima, in caso di condanna, nei confronti del medico», in tal senso V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi in Danno resp.*, 2013, 386.

²⁸² Si sosteneva che ciò fosse giustificato dal principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico.

²⁸³ Cass. pen., sez. IV, 28 ottobre 2008, n. 46412, Calò.

²⁸⁴ Il contratto di spedalità è definito ormai unanimemente come contratto atipico avente ad oggetto non solo la prestazione sanitaria (intervento, terapia e fase postoperatoria), ma anche la somministrazione di pasti e la disponibilità di un alloggio per il periodo di durata della cura. Tale contratto è stipulato al momento della accettazione del paziente presso la struttura sanitaria. Tra tutti F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p.722 ss.

Quest'ultimo è, invece, legato alla struttura da un rapporto di lavoro subordinato e, in virtù di questo contratto, esegue l'intervento sanitario sul paziente²⁸⁵.

Da tale premessa si è sostenuto che la responsabilità del medico andasse ricostruita come responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. in quanto il rapporto contrattuale si instaura solo tra il paziente e la struttura sanitaria²⁸⁶. Il paziente ha rapporti negoziali solo con la struttura sanitaria, non retribuisce il medico, non sceglie l'operatore professionale che dovrà eseguire l'intervento; il medico svolge la propria prestazione esclusivamente in ragione del rapporto di lavoro subordinato che ha come oggetto lo svolgimento dell'attività professionale medica. Tale inquadramento comportava che, in ragione del principio del c.d. *alterum non laedere*, la responsabilità era configurabile unicamente quando, per effetto dell'intervento del sanitario, le condizioni del paziente fossero peggiorate. Se, invece, il paziente non avesse realizzato il risultato positivo che si sarebbe potuto legittimamente aspettare con le ordinarie tecniche sanitarie, non sarebbe stata configurabile una responsabilità extracontrattuale del medico, per il semplice fatto che il paziente non aveva subito un danno rispetto alla situazione *quo ante*.

Si è affermato conseguentemente che dall'errato intervento medico deriva sia un inadempimento della struttura ospedaliera, sia un obbligo risarcitorio del medico in virtù del generale principio del *neminem laedere* determinandosi "il cumulo" tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale²⁸⁷: il cumulo tra due

²⁸⁵ Cass., 24.3.1979, n. 1716; nello stesso senso Cass., 26.3.1990, n. 2428; App. Venezia 11.2.1993, *Giur. Merito*, 1994, 37; Trib. Verona 4.3.1991, *Giur. Merito*, 1992, 823; Trib. Trieste 14.4.1994, *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1994, 768 nonché Cass., 13.3.1998, n. 2750, *Danno e Responsabilità*, 1998, 820; nello stesso senso Cass., 20.11.1998, n. 11743.

²⁸⁶ Cass., 1716/1979.

²⁸⁷ Sul punto Cass., 5638/ 1983; Cass., n.2630 del 31 dicembre 1949; Cass., 17 marzo 1950 n.740, in *Riv. Circolaz.*, 1951, p.17 con nota di F. ROSSO e in *Resp. Civ. e Prev.*, 1950, p.313, con nota di G. GENTILE; Cass., n. 302 dell'8 febbraio 1951; Cass., n.719 del 30 marzo 1951; Cass., n. 861 dell'11 aprile 1951; Cass., n. 933 del 16 aprile 1951, tutte in *Foro It.*, 1951, I, p.1190 ss., con nota di RUSSO; Cass. Civ., 1951, in *Giur. Compl.*, 1951, II, p.69, con nota di L. BRASIELLO e in *Riv. Dir. Comm.*, 1952, II, p.1; Cass.n.1574 del 16 giugno 1951, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1951, p.509 e ss.

forme di responsabilità si ha quando da un medesimo fatto derivano sia un inadempimento contrattuale, sia un danno ingiusto.

Tale orientamento è stato ben presto abbandonato da coloro che hanno sostenuto la responsabilità contrattuale del medico dipendente da struttura sanitaria in ragione della teoria dell'immedesimazione organica che spiega il modo in cui la persona giuridica svolge la propria attività o esprime la propria volontà. La dottrina ha da sempre criticato tale impostazione ritenendo corretto parlare d'immedesimazione organica solamente sul piano amministrativo²⁸⁸.

La natura contrattualistica della responsabilità aveva la funzione di garantire al paziente una maggiore tutela ed era ricostruita collegando la responsabilità del medico a quella dell'ente, certamente di natura contrattuale²⁸⁹. Si è in alcuni casi fatto ricorso al contratto a favore di terzi che sarebbe stipulato dall'ente con il sanitario affinché svolga la prestazione a favore del paziente. Tale ricostruzione è stata criticata perché dal contratto non derivano per il terzo /paziente solo vantaggi ma anche obblighi come i contributi da versare alla struttura pubblica o il corrispettivo da versare alla struttura privata.

Altri hanno parlato di contratto ad effetti protettivi²⁹⁰ in quanto dal contratto tra ente e medico sorgerebbe non solo l'obbligo di eseguire la prestazione, ma anche quello di non recare danni al paziente, obbligo che troverebbe la propria fonte normativa nell'art. 2 Cost..

Da ultimo, la responsabilità contrattuale del medico è stata ricostruita sulla teoria del contatto sociale di cui si è ampiamente parlato nei capitoli precedenti. In questa dimensione, gli obblighi di protezione, che prescindono da una

²⁸⁸ F. GAZZONI, *op.cit.*

²⁸⁹ per una valutazione critica cfr. ZENO-ZENOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, pp. 297 ss.

²⁹⁰ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, pp. 123 ss; ID, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148, ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 3.

concreta prestazione, hanno una loro rilevanza autonoma²⁹¹. Essi nascono dal contatto sociale qualificato che si instaura tra il paziente ed il medico della struttura pubblica o privata in ragione della particolare qualificazione professionale di quest'ultimo che gli impone comportamenti attivi specifici ai sensi dell'art. 1173 c.c. e non solamente un dovere di astensione come quello derivante dall'art. 2043 c.c.. Secondo questa impostazione si realizza una scissione tra l'obbligazione di natura contrattuale, *ex art.* 1173 c.c., nascente dalla fonte costituzionale (artt. 2 e 32 Cost.) ed il rapporto da cui deriva che sarebbe non contrattuale. Dal rapporto di fatto tra paziente e medico nascono obblighi di comportamento per il medico diretti a tutelare i diritti fondamentali messi in pericolo dal contatto stesso, obblighi che sono il fondamento della responsabilità contrattuale.

Il medico esercita la propria attività in base ad una abilitazione professionale, esercita un servizio di pubblica utilità ed il cittadino, per ottenere le cure necessarie, deve necessariamente rivolgersi al professionista abilitato. Pertanto, le modalità di esecuzione della prestazione medica rimangono le stesse qualunque sia il regime in ragione del quale il medico svolge la propria prestazione. Si ritiene, dunque, che il medico non abbia solo il generico obbligo extracontrattuale di non danneggiare il paziente, ma anche quello attivo di porre in essere un'attività professionalmente qualificata tendente al miglioramento delle sue condizioni.

Con la teoria del contatto sociale, che nasce anche dallo sviluppo che nel contesto sociale ha subito il rapporto medico paziente e prima ancora la concezione stessa del diritto alla salute, si trasferisce il regime della responsabilità dall'area extracontrattuale a quella contrattuale con evidenti vantaggi per il soggetto debole/paziente, in materia di prescrizione e di onere della prova: la giurisprudenza ha, infatti, affermato che sussiste la presunzione di

²⁹¹ Cass. civ. 22.1.1999, sez. III, n. 589, in *Danno e Resp.*, 1999, 294; C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Le responsabilità*, V, Milano, 2020, 554.

colpa di cui all'art. 1218 c.c e del nesso causale²⁹² che può essere superata solo dalla prova contraria fornita dal medico²⁹³. Per quanto attiene al regime della prescrizione, le valutazioni sul più lungo termine di prescrizione si legano al tema dei danni lungolatenti, di cui si è trattato in connessione con le clausole assicurative *claims made*, per i quali la prescrizione decorre non dal momento in cui è stato posto in essere il trattamento sanitario, ma da quando i danni da questo causati sono percepibili.²⁹⁴ La ricostruzione contrattualistica incide, invece, negativamente, sul risarcimento al quale il paziente ha diritto, essendo esclusi da questo i danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione, nel caso specifico, il contatto sociale.

In proposito deve distinguersi tra danno evento, consistente nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante, e danno conseguenza, ovvero il pregiudizio subito dal danneggiato²⁹⁵: il diritto al risarcimento è legato a quest'ultimo. È necessario, cioè, che dall'attività del medico siano derivate conseguenze patrimoniali e non patrimoniali negative per il paziente *ex artt.* 2043 e 2059 c.c.. Il valore patrimoniale e non patrimoniale del diritto alla salute è affermato chiaramente dalla Corte Cost. nel 1979 con la sentenza n. 88 e più

²⁹² Sez. un. civ. 2008/577.

²⁹³ Opera in proposito anche il principio della vicinanza della prova in ragione del quale le cause cliniche del fatto che ha prodotto il danno al paziente possono certamente essere fornite più facilmente dal medico che ha le conoscenze tecniche che dal paziente. Cfr. sul punto E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazioni nella prospettiva dell'intervento legislativo*, *Resp. civ. prev.*, 1/2017, 37.

²⁹⁴ Cfr., tra gli altri, G. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile* (la nuova regola a confronto con il modello inglese... idee per una riforma), in *Giur. it.*, 2004, p.286 ss.; W. VENTRELLA, *Danno "occulto" e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 1982, p.2781; P. OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, 1975, 86 ss. Più recentemente, C. M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali la prescrizione VII*, Milano, 2012, 567 ss. Contra vedi A.DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3a ed., I, Milano, 1979, 277 ss. Sul tema G. VITUCCI, *Art. 2935*, in SCHLESINGER (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Milano, 1999, 77 e VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da RESCIGNO, XX, Torino, 1984, p. 397.

²⁹⁵ Cass. sez. un., 11/11/2008 n. 26972.

tardi con la sentenza n. 184 del 1986 e dalla Cassazione nel 2003 con le sentenze nn. 8827 e 8828²⁹⁶. È stata così definitivamente superata quella interpretazione che voleva la risarcibilità del danno non patrimoniale limitata alle ipotesi di reato.

Per chiudere, va ricordato che una parte della dottrina ha considerato la responsabilità medica come una categoria autonoma rispetto alla responsabilità aquiliana e a quella contrattuale, una responsabilità, insomma, che «taglia orizzontalmente e supera i comparti corrispondenti ai due classici tipi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale definendosi piuttosto in funzione del genere di attività regolata e del genere di conseguenze che possono derivarne»²⁹⁷.

Ma, la vicenda della responsabilità del medico non si chiude qui: la legge Balduzzi prima e, poi, più chiaramente, la legge Gelli Bianco stravolgeranno nuovamente il sistema.

5. La legge Balduzzi.

Quando interviene la legge Balduzzi, quindi, la teoria dominante era quella che prefigurava una responsabilità contrattuale del medico da contatto sociale²⁹⁸.

²⁹⁶ Di recente in argomento cfr. C. M. RUOCCO, *La tutela della salute: una lettura costituzionalmente orientata*, in *diritto.it*; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

²⁹⁷ V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 89. Critica tale ricostruzione C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 224 s. nonché L. NIVARRA, *La responsabilità civile* cit., p. 516.

²⁹⁸ S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004, p. 30; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile al passaggio del millennio*, in *Europa dir. Priv.*, 2003, 157; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno Resp.* 1999, 245; ID, *La legge Gelli-Bianco e il regime binario: presupposti, implicazioni e questioni irrisolte*, in *Resp. Medica 2019*; ID, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Wolters Kluwer, 2017.

Tale impostazione, se per un verso ha ampliato i confini della tutela risarcitoria dei pazienti, ha per altro verso innescato il problema assai grave della medicina difensiva in ragione della quale la tipologia di cura era decisa dal medico in base, più che all'interesse del malato, alla preoccupazione di evitare denunce da parte dei pazienti o dei loro familiari. E ciò avveniva sia attraverso comportamenti omissivi nelle situazioni più a rischio e presumibilmente compromettenti (c.d. medicina difensiva negativa), sia mettendo in campo trattamenti non necessari se non in funzione di una possibile linea difensiva (c.d. medicina difensiva positiva)²⁹⁹. Per rispondere a tali problematiche ed arginare quella giurisprudenza che negli ultimi tempi aveva fortemente ampliato i confini della responsabilità dei medici, il legislatore nel 2012 interviene con la c.d. legge Balduzzi.

La legge 189 del 2012 (legge Balduzzi) costituisce la legge di conversione del D.L. 13 settembre 2012 n. 158 il quale, in materia, stabiliva che : *“Fermo restando il disposto dell’articolo 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’articolo 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale”*.

L’art. 3, quindi, inizialmente non mutava, ma, anzi, ribadiva i principi espressi da più di dieci anni dalla giurisprudenza.

Tuttavia, la legge di conversione n. 189 intervenne a disciplinare non solo l’aspetto civilistico della materia ma anche quello penalistico, stabilendo all’art. 3: *“L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”*.

²⁹⁹ A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med leg.*, 1996, pag. 899.

La disposizione non brilla certo per chiarezza.

Certamente introduce un'esimente speciale escludendo la rilevanza penale delle condotte dei medici conformi alle linee guida o alle buone pratiche connotate da colpa lieve. In tal modo, si reintroduce in materia penale il concetto di colpa lieve che, come visto, era già stato espunto dalla giurisprudenza della Cassazione³⁰⁰.

Il richiamo esplicito all'art. 2043 c.c. aveva fatto ritenere ad alcuni che ci fosse un chiaro intento del legislatore di ripensamento della impostazione contrattualistica, ritenuta peraltro la causa della medicina difensiva. Il legislatore avrebbe, pertanto, circoscritto la responsabilità penale alle ipotesi di dolo o colpa grave, mentre avrebbe configurato una responsabilità extracontrattuale anche per colpa lieve. La ricostruzione della *voluntas legis*, nel senso indicato, poggerebbe sulle modifiche avvenute in sede di conversione del D.L 158 che ha visto la fattispecie transitare dal piano delle obbligazioni, a cui vanno ascritti gli artt. 2236 e 1176 c.c., all'art. 2043 c.c.³⁰¹.

La giurisprudenza di merito aveva inizialmente accolto tale impostazione³⁰².

Ma la Cassazione sostenne, poi, che *“la premessa che indica una particolare evoluzione del diritto penale vivente, per agevolare l'utile esercizio dell'arte medica, senza il pericolo di pretestuose azioni penali, rende tuttavia*

³⁰⁰La disposizione ha fatto nascere il dubbio se la legge Balduzzi abbia determinato la parziale abrogazione delle fattispecie colpose commesse dai medici con applicazione anche retroattiva. Cfr. Cass., sez pen., 29/01/2013, n. 16237. In argomento P. A. SIRENA, *la responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *Altalex IPSOA, In Pratica*, 23/05/2013 aggiornato il 26/03/2014.

³⁰¹Cfr. F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2014, 24, il quale ritiene che, attraverso l'art. 3 della l. n. 189/2012 il legislatore abbia seccamente «sconfessato» l'applicazione della dottrina del contatto sociale in quest'ambito. Conformi, G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 3/2015, 532 e G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 3/2017, 732. In argomento cfr. ampiamente P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043*, in *Res. civ e prev.*, 2014. 1039 e bibliografia ivi citata.

³⁰²Trib. Milano, 9693/2014 e 7856/2014 Tribunale di Torino 26.02.2013, Trib. Varese 26.11.13 n.1406.

evidente che la materia della responsabilità civile segue le sue regole consolidate, e non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per la c.d. responsabilità contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale. Punto fermo, ai fini della nomofilachia, gli arresti delle sentenze delle Sezioni Unite nel novembre 2008, e tra queste la n. 26972 (...) che attiene ai c.d. contratti di protezione conclusi nel settore sanitari”³⁰³.

Altra Cassazione dirà poi: “L’articolo 3, comma 1, della legge n. 189/2012, là dove omette di precisare in che termini si riferisca all’esercente la professione sanitaria e concerne nel suo primo inciso la responsabilità penale, comporta che la norma dell’inciso successivo, quando dice che resta comunque fermo l’obbligo di cui all’articolo 2043 c.c., poiché in lege aquilia et levissima culpa venit, vuole solo significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l’irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura. La norma, dunque, non induce il superamento dell’orientamento tradizionale sulla responsabilità da contatto e sulle sue implicazioni (da ultimo riaffermate da Cass. n. 4792/2013)”³⁰⁴.

Per altro verso, però, è stato sostenuto che il legislatore non ha voluto, in realtà, qualificare come extracontrattuale una responsabilità da tempo qualificata come contrattuale, ma ha operato un’*associazione concettuale* tra illecito aquiliano *ex art. 2043 c.c.* e danno da reato *ex art. 185 c.p.*, associazione affermata già in passato da dottrina e giurisprudenza³⁰⁵.

³⁰³ Così Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030; nello stesso senso Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013 (9); Trib. Cremona, 19 settembre 2013.

³⁰⁴ Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940.

³⁰⁵ A. GALIONE e S. MACCIONI, *Il danno e il reato*, CEDAM, 2000, pag. 90 e 91, i quali citano DE ROBERTO: “il richiamo esplicito del danno derivante da reato comporta che la fonte dell’obbligo risarcitorio in capo all’autore del fatto illecito tipico vada individuata tramite il necessario richiamo, nell’ambito della disciplina generale dell’illecito civile, al combinato disposto degli artt. 2043, 2058 e 2059 c.c., per un verso, e per altro verso all’art. 185 c.p.”. In giurisprudenza: Cassazione penale, 21 gennaio 1992.

Secondo altri³⁰⁶, invece, il rinvio all'art. 2043 c.c. dovrebbe intendersi in senso atecnico, quale mero richiamo al *neminem laedere*.

È stato anche sostenuto che la legge Balduzzi sarebbe esclusivamente una legge penale e l'art. 3, lungi dal contestare la teoria del contatto sociale, si sarebbe limitato ad affermare il diritto al risarcimento anche in assenza di responsabilità penale, ciò argomentando dalla circostanza che l'art. 3 ha portata generale e, quindi, si applica anche ai medici liberi professionisti legati contrattualmente al paziente³⁰⁷. Secondo questa impostazione, l'art. 3 farebbe riferimento non all'intera disciplina dell'art. 2043 c.c., ma solamente all'“obbligo” risarcitorio contenuto in quella disposizione³⁰⁸.

Altra impostazione, infine, ritiene che l'art. 2043 c.c. sarebbe richiamato solo per le ipotesi di colpa lieve per cui, nei casi di colpa grave o dolo, potrebbe continuare a parlarsi di responsabilità contrattuale con evidente illogicità del sistema che, in ragione del grado di colpa o dolo, trasforma la natura della responsabilità.

Secondo Cassazione 8940/2014 l'art. 3 della legge Balduzzi non riguarda i medici legati al paziente da un contratto d'opera professionale anche se svolto nell'ambito di una struttura ospedaliera pubblica o privata³⁰⁹, mentre altri hanno ritenuto che la disposizione ha introdotto il c.d. «doppio binario», da un lato fornendo una chiara indicazione in favore della natura aquiliana della responsabilità professionale, valido per i sanitari sia dipendenti che liberi

³⁰⁶ F. CARINGELLA – L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike giuridica, 2019, pag. 673 e ss.; M.G. DI PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, 2013; TODESCHINI, *Decreto Balduzzi: alla ricerca di un senso*, in *personaedanno.it*.

³⁰⁷ Cass. pen., 29 gennaio 2013, n. 16237; Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 268.

³⁰⁸ Cfr. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e Mercato*, 4/2013, 351; C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012* in *Resp. Civ. prev.*, 2013, 1993 ss..

³⁰⁹ In dottrina, V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, cit.. *Contra* BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014, 796 ss.

professionisti, lasciando invariato il modello contrattuale per la responsabilità della struttura³¹⁰.

Accogliendo le impostazioni della Cassazione del 2013 e del 2014, tuttavia, è certamente difficile comprendere la ragione del richiamo all'art. 2043 c.c., anche se inteso limitato ad affermare solo la rilevanza della colpa lieve dal punto di vista civilistico se poi si dovesse ritenere che la responsabilità del medico è sempre contrattuale e quindi devono essere applicati i criteri a questa relativi.

Si è osservato, peraltro, che trasportare la responsabilità del medico nell'area dell'art. 2043 c.c. non comporterebbe una diminuzione delle garanzie del paziente in quanto a questa responsabilità, nel caso di medico dipendente da struttura pubblica o privata, si accompagnerebbe quella, certamente contrattuale, dell'ente³¹¹.

6. *La riforma Gelli Bianco.*

La lunga vicenda della responsabilità medica si è chiusa, per ora, con l'art. 7 della legge 8 marzo 2017, n. 24.

La legge ha l'obiettivo di regolare completamente la materia, eliminando i dubbi che l'intervento precedente aveva sollevato³¹² e consentendo agli operatori del settore sanitario lo svolgimento della propria attività in maniera più libera e serena, e contemporaneamente di assicurare a coloro che subiscono un danno

³¹⁰ DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 1/2014, 134 ss.

³¹¹ P. GATTARI, *op. cit.*, p. 1050.

³¹² F. GELLI, intervento al convegno "Il futuro della responsabilità medica", Pisa, CNR, 01.04.16; G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, cit., p.14. Critico sulle modalità d'intervento del legislatore: R. CALVO, *LA "decontrattualizzazione" della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 3/2017, 465.

derivante da responsabilità sanitaria un ristoro certo³¹³. Essa disciplina la responsabilità della struttura sanitaria, quella dell'operatore sanitario, ma anche l'eventuale contezioso, introducendo strumenti deflattivi ed introducendo parametri certi per la valutazione della legittimità dell'operatore sanitario (linee guida)³¹⁴ ed infine l'assicurazione della responsabilità civile.

Sul piano della responsabilità penale si abbandona la scelta – operata nell'art. 3 della legge 189/2012 – di escludere la punibilità del professionista sanitario nei soli casi di colpa lieve: ora attraverso l'inserimento dell'art. 590 *sexies* c.p. si esclude la responsabilità penale dei sanitari per i delitti di lesioni personali colpose e di omicidio colposo se l'evento si è verificato a causa di imperizia, purché siano state rispettate le raccomandazioni previste nelle linee guida emanate ai sensi della legge o, in mancanza di linee guida, le buone pratiche clinico-assistenziali che risultino adeguate alla specificità del caso concreto (art. 6).

Sul piano civile, la legge introduce, all'art. 10, l'obbligo della copertura assicurativa in capo a tutte le persone fisiche e giuridiche coinvolte nell'attività sanitaria, evitando così che il paziente danneggiato possa correre il rischio di aggredire un patrimonio incapiente³¹⁵.

L'art. 7 della legge n. 24 recita: “*La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e*

³¹³ In tal senso, v. TITA, *L'assicurazione del rischio professionale sanitario. L'attuale legge di riforma Gelli n. 24 del 2017*, in CASTIELLO-TENORE (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018, 457 s.; V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 302; FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 104.

³¹⁴ A. ARSENI, *ATP a fini conciliativi ex art. 696 Bis c.p.c.: ammissibilità ed efficacia probatoria (Trib. Napoli 5.12.16 ed altre)*, www.personaedanno.it.

³¹⁵ In tal senso, cfr. GELLI-HAZAN, *Assicurazione e responsabilità sanitaria: temi generali*, in GELLI-HAZAN-ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano 2017, p. 543 s. il quale evidenzia la creazione, in tal modo, di un nuovo comparto ordinamentale, definibile come il “*diritto dei sistemi di responsabilità obbligatoriamente assicurata*”.

ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3. L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge”.

Si introduce, quindi, un doppio binario di responsabilità: quella della struttura sanitaria e quella dell'operatore sanitario.

La legge ribadisce e chiarisce, in primo luogo, la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente che rimane contrattualistica anche se l'operatore sanitario non sia dipendente della struttura stessa³¹⁶. Il richiamo agli artt. 1228 e 1218, c.c., per un verso superfluo, può servire a chiarire che la struttura non risponde dell'attività degli esercenti la professione sanitaria a titolo di responsabilità oggettiva per cui è necessario che il comportamento del sanitario sia addebitabile a sua colpa³¹⁷.

³¹⁶ Si supera così quella giurisprudenza che riteneva che «sia l'obbligazione del nosocomio nei confronti del paziente, sia quella del medico, ancorché non fondate, talvolta l'una, talvolta l'altra, su una stipulazione negoziale di tipo ordinario, ma su un mero contatto sociale, [hanno] comunque natura contrattuale, atteso che a detto contatto si ricollegano specifici obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi (nella fattispecie quello preso in considerazione dall'art. 32 Cost.) che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso (...)». In tal senso Cass., 3 febbraio 2012, n. 1620.

³¹⁷ Così QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., 37, secondo il quale la disposizione richiama quella del sistema francese regolata dall'art. 1142-1 del *code de*

Sul piano della responsabilità dell'operatore sanitario dipendente da struttura pubblica o privata, anche ove operino in regime di libera professione intramuraria, afferma ora con chiarezza che la responsabilità, essendo ricondotta all'art. 2043 c.c., deve essere qualificata extracontrattuale con tutte le conseguenze che ne derivano.

Alcuni hanno dubitato della tecnica utilizzata dal legislatore per circoscrivere la responsabilità dell'operatore sanitario ritenendo che poteva essere più opportuno prevedere una sorta di esonero del medico dalla responsabilità³¹⁸. Si potrebbero porre sul punto dubbi sulla c.d. "disponibilità del tipo" da parte del legislatore ove la fattispecie avesse nella sostanza i connotati giuridici della responsabilità contrattuale, considerando ad esempio che il medico dipendente non è certamente un soggetto qualsiasi nei confronti del paziente³¹⁹. In senso opposto potrebbe affermarsi che, poiché la lesione della salute derivante dall'inesatta esecuzione dell'attività del sanitario costituisce solo conseguenza dell'inadempimento dell'obbligazione in capo alla struttura, configurare anche una responsabilità aquiliana in capo a chi ha eseguito materialmente la prestazione per incarico della struttura appare una duplicazione, nella quale è stato individuato un carattere sanzionatorio ancorché tale responsabilità è poi coperta dalla struttura sanitaria tramite specifica

la santé publique che si fonda sul presupposto che una volta che l'obbligazione di cura viene assunta dalla struttura, sarebbe assurdo addossare al medico del quale essa si serve una responsabilità per l'esecuzione di un'attività da essa stessa commissionata e nel suo interesse svolta.

³¹⁸ R. PARDOLESI R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)* in *Foro it*, 2017, V, 161.

³¹⁹ Il *quisque de populo* di cui a Cass. 577/2008. È stato ritenuto che qualche spiraglio sulla sopravvivenza della responsabilità contrattuale potrebbe essere stato lasciato aperto dal riferimento che vi fa la stessa norma.

Di indisponibilità del tipo ha parlato la Corte Costituzionale nelle sentenze n. 115 del 1994 e 121 del 1993 con riferimento al tipo contrattuale e specificamente al contratto di lavoro subordinato. In queste sentenze si è affermato il principio che «spetta al legislatore stabilire la qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro, pur non essendo allo stesso consentito negare la qualifica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura». L'indisponibilità del tipo, dunque, costituisce un limite alla discrezionalità del legislatore e all'autonomia negoziale ove questa possa pregiudicare diritti costituzionalmente garantiti come, nel caso specifico, quello alla salute.

assicurazione. Molti dubbi sono stati espressi sul fondamento di tale responsabilità e da alcuni ne è stata suggerita una qualificazione in termini di responsabilità speciale³²⁰.

Probabilmente la legge è una diretta conseguenza delle decisioni dei giudici di legittimità che avevano imposto oneri probatori eccessivamente sbilanciati a favore del paziente ³²¹. Se è sufficiente l'allegazione dell'inadempimento, si affermava, invece, che incombe sul creditore l'onere di provare il nesso di causalità fra la condotta del sanitario ed il danno di cui si domanda il risarcimento³²².

Al fine di individuare la sussistenza della responsabilità è necessario, in primo luogo, effettuare una attenta valutazione del comportamento tenuto dall'operatore sanitario. La legge interviene sul punto con una tecnica già sperimentata in altri campi (art. 30, co. 3, L. 183/2010) tendente a controllare la discrezionalità del giudice: si dice, infatti, che per determinare l'ammontare del risarcimento il giudice "tiene conto" della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge. Si fa riferimento alle linee guida emanate in materia ed alle buone pratiche medico-assistenziali³²³. È evidente, tuttavia, che le capacità professionali cambiano tra

³²⁰ In argomento, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 741; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium Iuris*, 2017, 786 ss..

³²¹ Cass. 577 del 2008 aveva affermato che l'inadempimento allegato dal creditore è un inadempimento qualificato, e cioè astrattamente efficiente ai fini della produzione del danno. Sul punto v ampiamente E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.* 2018, I, 265.

³²² (3) Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, *Foro it.*, 2017, I, 3358; Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, id., 2018, I, 557; 7 dicembre 2017, n. 29315. Sul punto v. ampiamente E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico*, cit.

³²³ Il legislatore specifica la fonte delle linee guide ed il criterio per il loro aggiornamento, non specifica, invece, nulla in materia di buone pratiche che secondo alcuni rappresenterebbero l'attuazione concreta delle linee guida. La mancanza di tale precisazione potrebbe quindi lasciare aperti, ancora, dubbi interpretativi ed applicativi.

medico generale e specialista e che, al contempo, l'organizzazione delle strutture sanitarie, che certamente incidono sulla qualità della prestazione resa dal medico, differenziano fortemente tra i c.d. centri di eccellenza e altre strutture: ci si chiede, pertanto, se queste linee guida diano conto di tali differenze³²⁴.

Come è noto la locuzione “tiene conto” non impone al giudice di attenersi alle linee guida per valutare la responsabilità del medico, rimanendo egli obbligato a rispettare le nozioni legali di colpa, lieve e grave, e di dolo, ma implica che se il giudice ritenga di discostarsi da dette linee guida deve fornire un'adeguata motivazione³²⁵. La discrezionalità del giudice risulta, quindi, non eliminata. Tuttavia, il rispetto delle linee guida introduce una scriminante in materia penale se l'evento si è verificato per imperizia e costituisce un parametro su cui misurare il risarcimento³²⁶. Peraltro, non è facile comprendere perché l'osservanza delle linee guida debba rilevare solo per la determinazione del risarcimento e non per la configurazione della responsabilità.

Si osserva, in proposito, che l'intento di limitare la discrezionalità del giudice in materia di risarcimento era già stato previsto dalla legge Balduzzi e confermato dalla legge Gelli, prevedendo che il risarcimento andrà parametrato alle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private.

Pertanto, l'operatore è onerato della prova che l'inadempimento non è derivato da un fatto a lui imputabile neppure a titolo di colpa; dovrà invece

In argomento, cfr. R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, *Le linee guida: caratteristiche, requisiti generali*; in *Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida*, il Pensiero Scientifico Editore, Roma 1995, pp. 21-32; S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*, in *La nuova responsabilità professionale sanitaria*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 38 ss.

³²⁴ R. PARDOLESI R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)* in *Foro it*, 2017, V, 161.

³²⁵ G. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 novembre 201; F. BUCCELLI E ALTRI, *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla c.d. legge Balduzzi, le problematiche connesse i tentativi di risoluzione*, in *RIML*, 2016, 665 ss.

³²⁶ E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relative assicurazioni nella prospettiva dell'intervento legislativo*, cit., p. 59; M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno Resp.*, 2017, 279.

provare ed allegare che il suo comportamento corrisponde a quello previsto dalle linee guida³²⁷.

Con riferimento al risarcimento del danno la legge Gelli prevede che il rispetto delle linee guida possa comportare una riduzione del risarcimento rispetto all'integrale ristoro; al contrario si discute se la colpa grave possa determinare un aggravamento dello stesso, ipotesi ammessa da coloro che affermano la possibilità di un risarcimento con funzione punitiva³²⁸. Come detto, il parametro su cui commisurare il risarcimento è dato dalle tabelle previste nel codice delle Assicurazioni, che in tal modo non attengono più solamente agli incidenti stradali³²⁹. La Cassazione ha per lungo tempo fatto riferimento alle tabelle del Tribunale di Milano, oggi la Cassazione sembra prendere in considerazioni anche quelle del Tribunale di Roma.

La legge al co. 5 dell'art. 7 stabilisce, poi, che tali disposizioni sono inderogabili per cui nemmeno consensualmente le parti possono disporre diversamente.

7. L'assicurazione della responsabilità civile

La delicatezza della materia trattata, la necessità di garantire ai pazienti un'adeguata tutela, la necessità di alleggerire il carico di responsabilità degli

³²⁷ Sugli oneri di allegazione e prova v. ampiamente, E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018, I, 265; L. GUAGLIONE, *L'evoluzione giurisprudenziale della colpa medica*, in *magistraturaindipendente.it*.

³²⁸ In argomento cfr. M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ.*, 2014, II, pp. 108 ss. Sull'ammissibilità del risarcimento con funzione punitiva v. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, col. 2613, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*.

³²⁹ Cass., 9950/2017 fa riferimento alla portata generale delle tabelle del Tribunale di Milano. In materia di danni risarcibili v. ampiamente Cass., 11 novembre 2019 n. 28989.

operatori sanitari al fine di contenere il fenomeno della medicina difensiva, ha spinto il legislatore, come già aveva fatto per le libere professioni, a imporre con la legge 24 del 2017 una “copertura assicurativa obbligatoria”.

L’art. 10 della legge n. 24 prevede che le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di un’adeguata copertura assicurativa, o analoghe misure, per i danni cagionati dal personale sanitario a qualunque titolo, inclusi gli operatori sanitari praticanti in regime di libera professione intramuraria o in convenzione con il Servizio Sanitario Nazionale, nonché attraverso la telemedicina. La dicitura è ampia e si deve ritenere che l’assicurazione in parola sia diretta a coprire sia la responsabilità contrattuale che quella extracontrattuale della struttura.

Dette strutture stipulano, altresì, polizze o adottano altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie anche ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al comma 3 dell’art. 7, ferma restando la previsione dell’azione di rivalsa *ex art.* 9 della predetta legge. Questa previsione costituisce una novità rispetto a quanto previsto dalla legge Balduzzi. A norma dell’art. 1900 co. 1 e 2 c.c. l’assicuratore è obbligato a risarcire anche i sinistri cagionati da dolo dell’esercente la professione sanitaria dei quali la struttura deve rispondere, mentre le strutture potranno assicurare la loro responsabilità per colpa grave con espressa pattuizione³³⁰.

Per i medici dipendenti da strutture pubbliche o private la legge impone l’obbligo di assicurarsi, “con oneri a proprio carico”, contro la possibile azione di rivalsa della struttura per il caso dolo o colpa grave e della responsabilità amministrativa accertata dalla Corte dei conti: in caso di dolo senza nessun limite alla rivalsa e alla responsabilità amministrativa, mentre, in caso di colpa grave, l’esposizione patrimoniale dell’esercente la professione sanitaria è

³³⁰ N. DE LUCA G.M. D’ANIELLO, (*Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario*, (ARTT. 10-15 L. 8 MARZO 2017, N. 24), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, 4, 788) HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 75 ss., spec. p. 86.

limitata, per ciascun evento, alla somma corrispondente al triplo del più alto reddito da lavoro percepito nell'anno in cui ha avuto inizio la condotta dannosa, nell'anno precedente o in quello successivo (art. 9). Nel caso di colpa lieve è esclusa, invece, la rivalsa e l'azione di responsabilità amministrativa in caso di danno provocato dal professionista dipendente dalla struttura pubblica o privata. In tal caso, il risarcimento per i danni cagionati resta integralmente a carico della struttura privata o pubblica. In quest'ultimo caso, quindi, l'assicurazione della r.c. non è obbligatoria. Se il professionista assicurasse la colpa lieve si avrebbero più assicurazioni a copertura degli eventuali danni.

Per i medici liberi professionisti viene confermato l'obbligo, già previsto in generale per tutti i liberi professionisti dall'art. 3 del D. L. 138/11, convertito con legge 148/11, di stipulare "idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale" e di "comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale" obbligo che potrà essere adempiuto anche "per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti"³³¹.

Sul profilo della responsabilità, può osservarsi che la legge interviene ricomprendendo al suo interno anche figure professionali precedentemente non prese in considerazione dal legislatore, come ad esempio il personale convenzionato, ma lascia aperti alcuni interrogativi perché dà una qualificazione della natura della responsabilità senza, tuttavia, qualificare il rapporto sottostante, finendo così per imporre dei modelli di responsabilità che non tengono conto della relazione in cui le parti si trovano³³².

³³¹ La legge prevede un sistema di controllo e vigilanza da parte dell'IVASS; in argomento, C. RICCI, *Gli obblighi assicurativi introdotti dalla legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. «Legge Gelli Bianco»)*, in *ambito sanitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2019, 1327.

³³² In argomento PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 3/2017, 265; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, cit., 747.

La legge demanda poi ai regolamenti di attuazione la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative, delle classi di rischio e dei massimali assicurati.

Verrebbe in tal modo introdotto una coassicurazione indiretta in quanto la polizza del medico operante all'interno della struttura concorre con quella stipulata dalla struttura stessa sullo stesso rischio, non in via proporzionale, bensì in c.d. «*eccesso di rischio*», cioè opererà solo quando il massimale della polizza «*a primo rischio*», stipulata dalla struttura, risulti insufficiente³³³.

La legge introduce poi un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice³³⁴. La disposizione, in linea con quanto previsto nel settore delle responsabilità civile in materia automobilistica, si discosta, invece, da quanto previsto in generale dall'art. 1917 c.c., dove si prevede solo la possibilità che il danneggiante richieda all'assicuratore di adempiere direttamente l'obbligazione indennitaria nei confronti del danneggiato (art. 1917, comma 2°, c.c.)³³⁵. La previsione è certamente connessa al carattere obbligatorio dell'assicurazione³³⁶ ed alla disposizione che sancisce l'inopponibilità al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, delle “eccezioni derivanti dal contratto” non espressamente previste in sede di definizione dei “requisiti

³³³ Tale meccanismo certamente a tutela del sanitario contro eventuali azioni di regresso, si traduce anche in un minor costo del premio per l'assicuratore: cfr. in argomento, cfr. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, cit., 306; C. RICCI, *Gli obblighi assicurativi*, cit..

³³⁴ Il danneggiato è quindi titolare di un diritto autonomo di natura sostanziale; in tal senso v. M. ROSSETTI, *L'assicurazione obbligatoria r.c.a.*, Torino, 2010, p. 182 ss.; LA TORRE, *Azione diretta ed assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1971, p. 585; V. GERI, *Osservazioni sull'inopponibilità delle eccezioni contrattuali nell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *Assicurazioni*, 1979, II, p. 268; PARTESOTTI, *L'azione diretta dopo la miniriforma dell'assicurazione r.c.a.*, in *Dir. prat. assic.*, 1980, p. 158; PAGLIARA, *L'art. 18, della legge n. 990/69, dopo vent'anni*, in *Dir. prat. ass.*, 1990.

³³⁵ La legge chiarisce che l'assicuratore è litisconsorte necessario.

³³⁶ La necessità di tale previsione era già stata sottolineata con riferimento all'art. 3 del D. L. 138/11, convertito con legge 148/11 che ha previsto per tutti i liberi professionisti l'obbligo di stipulare un'assicurazione per la responsabilità civile professionale: cfr. M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, 53 e ss; E. QUADRI, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, in *Giust. Civ.com*, 2017, 13.

minimi delle polizze assicurative”. La società di assicurazione, che in tal caso è litisconsorte necessario (art. 12, comma 4), pertanto, non può opporre eccezioni basate sulla polizza diverse da quelle previste nel d.m. adottato ai sensi dell’art. 10, comma 6.

A chiusura del sistema la legge introduce all’art. 14 un “Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria” che tuttavia non pare copra le ipotesi in cui la struttura sanitaria utilizzi una diversa forma di copertura della r.c..

Il Fondo è finanziato attraverso un contributo annuale, stabilito annualmente dal Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro dell’Economia e delle Finanze, gravante sulle imprese autorizzate all’esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile, in una percentuale del premio assicurativo per ciascun contratto sottoscritto e relativo a questo tipo di garanzia³³⁷. La gestione del Fondo è affidata alla Concessionaria servizi assicurativi pubblici Spa (CONSAP).

Il comma 7 dell’art. 14, stabilisce che i casi in cui il Fondo risarcisce i danni cagionati da responsabilità sanitaria sono: a) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall’esercente la professione sanitaria; b) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l’esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un’impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente; c) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l’esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per recesso unilaterale dell’impresa assicuratrice ovvero per la

³³⁷ Si osserva che in tal modo si avrà inevitabilmente un aggravamento del premio pagato dagli assicurati; cfr. in tal senso, cfr. ALTOMARE, *L’assicurazione della RC medica in Italia, dalla crisi alla legge GELLI*, in *Trattato operativo di responsabilità medica*, t. 2, *La disciplina assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2018, 46.

sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa.

In tal modo, la legge provvede ad introdurre una forma di garanzia integrativa che, in ragione di un principio di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tutela terzi danneggiati altrimenti non indennizzabili³³⁸.

La disposizione, peraltro, lascia scoperte le ipotesi di totale assenza di copertura assicurativa da parte del singolo professionista o della struttura.

Il Fondo si pone, quindi, in linea di continuità con il Fondo già previsto dalla Legge Balduzzi, mentre alcuni auspicavano che con la nuova legge l'Italia potesse avvicinarsi ad altre esperienze europee, come quella francese, che prevedono meccanismi indennitari anche per i casi di «*no fault*»³³⁹.

8. *Le polizze assicurative tra claims made e deeming clauses.*

Con riferimento alle polizze che dovranno essere sottoscritte, l'art. 11 stabilisce: “*La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza*”, ed inoltre che “*In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un*

³³⁸ In tal senso, v. C. CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la “legge Gelli”*, in *Corr. giur.*, 2017, 760; L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 1045; FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 114; E.V. PICCOLO, *Il nuovo fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 333, che riscontra nel sistema una vocazione sociale e protezionistica decisamente accentuata. In argomento v. anche S. LANDINI, *L'istituzione del fondo di garanzia: ruolo della Consap e destinazione delle risorse*, in CARPANI-FARES, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, Torino, 2017 p. 260- 262.

³³⁹ In tal senso, cfr. RICCI, *Gli obblighi assicurativi introdotti dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. «legge Gelli-bianco»)*, in *ambito sanitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017, 1327.

periodo di ultra attività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta”.

Abbiamo, pertanto, una tipizzazione legale delle clausole *claims made*, in ragione della quale, come hanno detto le Sezioni unite nel 2018, *“il regolamento contrattuale dovrà, (...), modularsi, (...), in ragione della disciplina legale di base, che esprime un carattere imperativo, per essere non solo inderogabile in pejus, ma posta a tutela di interessi anche di natura pubblicistica, ossia la tutela del terzo danneggiato, che disvela il valore sociale dell'assicurazione”.*

Pertanto, in caso di difforme regolamentazione pattizia, la conseguenza sarà *“la nullità del contratto ai sensi dell'art.1418 cod. civ.”.* A tale effetto distruttivo, puntualizza la Corte, *“il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (...), in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 1419 cod. civ., così da integrare lo statuto negoziale”.* In tale operazione il giudice non farà più riferimento solo al *“modello loss occurrence di cui all'art. 1917, primo comma, cod. civ., bensì, attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa”.*

Tali parametri valgono certamente per le polizze stipulate dopo l'entrata in vigore della legge Gelli, ma per quelle precedenti non se ne può affermare l'obbligatorietà³⁴⁰ ed il giudice dovrà far ricorso a regole e principi diversi come quelli indicati sempre dalle Sezioni unite nel 2018 relativi alla corrispettività ed economicità delle prestazioni delle parti³⁴¹. Quando le clausole pattizie non prevedono una retroattività sarebbe, per alcuni, legittimo anche la riconduzione della fattispecie al modello *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c. ritenendo che

³⁴⁰ In tal senso Trib. Milano, 6.7.2018.

³⁴¹ Diversamente ha fatto Trib. Milano, 28-03-2019, ricordato precedentemente.

l'integrazione giudiziale «è, secondo il disposto del nostro art. 1374 cod. civ., subordinata all'assenza di una regola integrativa legale. Il che significa che, ove una norma dispositiva sia presente (...), sarà comunque questa a dover fungere da fonte di integrazione del contratto, e non già l'equità, salvo che il legislatore non ponga una norma di integrazione speciale, che - discostandosi dall'art. 1374 cod. civ. - consenta di invertire questo ordine». Il che nel caso in esame non ricorre³⁴².

Per il periodo in cui si svolge l'attività, quindi, il legislatore del 2017 fa riferimento ad una clausola *claims made* con retroattività obbligatoria decennale³⁴³.

La disposizione è inderogabile, ma evidentemente nel caso di soggetti che iniziano la loro attività il rischio di eventi dannosi pregressi è inesistente e, quindi, la circostanza dovrà incidere sulla determinazione del premio.

Il legislatore ha previsto una clausola *c.d. claims made and reported*, in quanto considera coperti da assicurazione gli eventi “denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza”³⁴⁴.

Con riferimento al periodo che segue la cessazione dell'attività la clausola deve prevedere, invece, una ultrattività decennale della polizza che copra le richieste di risarcimento presentate in tale periodo. Ci si è chiesti se tale

³⁴² in tal senso di S. MONTICELLI *Nullità della claim made e conformazione*, cit.. Meno opportuno invece la riconduzione alla disposizione civilistica quando manca una previsione di ultrattività non introdotta neppure dal legislatore con la l. 24 se non nel caso di cessazione dell'attività.

³⁴³ Nell'assicurazione obbligatoria per gli avvocati il DM 22/09/2016 prevede una retroattività illimitata, ovvero un'ipotesi di *claims made* pura.

³⁴⁴ Che si tratti di un errore nella formulazione della disposizione, che va interpretato come richiesta di risarcimento alla luce della seconda parte della disposizione relativa alla *sunset clause* lo sostengono, N. DE LUCA G:M: D'ANIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civile, op. loc. cit.* Sul punto, CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, 816; S. MONTICELLI, *Il giudizio di immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017, 452.

ultrattività sia intrinseca all'assicurazione o faccia parte di un patto separato: si ritiene che la prima soluzione potrebbe comportare una lievitazione dei premi³⁴⁵.

Non può non sottolinearsi la discrasia tra le due parti della disposizione in esame dove in una parte si fa riferimento alle denunce all'assicurazione e nell'altra alle richieste di risarcimento.

A non voler pensare che il riferimento nella prima parte della norma ad “eventi denunciati” sia un *obiter dictum* del legislatore, tale locuzione fa sì che la disposizione si configuri come una c.d. *deeming clause* la quale consente di denunciare anche sinistri, intervenuti durante la vigenza della polizza comprensiva del periodo di retroattività, per i quali non sia ancora intervenuta alcuna richiesta di risarcimento e quindi capaci di coprire richieste risarcitorie intervenute dopo la cessazione degli effetti della polizza: la stessa clausola si configura anche come clausola *claims made and reported*, introducendo un regime di avviso difforme da quello di cui all'art. 1913 c.c. e con conseguenze diverse a quelle di cui all'art. 1915 c.c.. In tal modo, nel contratto viene introdotto un termine di decadenza voluto dal legislatore con una disposizione speciale che deroga agli artt. 1913 e 1915 c.c..

Come clausola *claims made and reported* la disposizione appare un completamento di tutta quella evoluzione che ha portato all'introduzione delle clausole *claims made* con l'obiettivo di controllare e circoscrivere i costi economici del sistema assicurativo, introducendo un ulteriore paletto alla copertura degli eventi assicurati.

Qualche dubbio operativo sulle *deeming clauses*.

L'estensione dell'efficacia retroattiva delle polizze assicurative pone qualche problema con la disciplina delle dichiarazioni precontrattuali prevista agli artt. 1892 e 1893 c.c.. Infatti, l'assicuratore, di fronte a richieste di risarcimento derivanti da eventi intercorsi prima della stipula della polizza, potrebbe eccepire - anche in via presuntiva - la reticenza dell'assicurato su

³⁴⁵ N. DE LUCA G.M. D'ANIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civili*, op. loc. cit.

circostanze a lui note causa di possibile responsabilità civile, con possibile domanda di annullamento del contratto o recesso da parte dell'assicuratore. Per ovviare a ciò sarebbero state configurate le *deeming clauses*³⁴⁶.

Si è osservato, tuttavia, anche sulla scorta dell'esperienza americana, che tale tipologia di clausole non può servire ad allargare surrettiziamente la copertura delle polizze, per cui è necessario che le denunce siano dettagliate ed indichino circostanze rilevanti da cui potrebbe derivare la richiesta di risarcimento, onde evitare che in prossimità della scadenza della polizza l'assicurato inoltri all'assicuratore delle denunce assolutamente generiche, mentre le Compagnie assicuratrici si opporrebbero agli indennizzi invocando proprio tale genericità delle denunce. Nessuna garanzia avrebbe quindi l'assicurato della copertura del rischio. Esistono, peraltro, sul mercato delle clausole, c.d. *continuous cover*, che garantiscono all'assicurato la copertura di eventi la cui pericolosità era, in buona fede, sconosciuta all'assicurato, ragion per cui non sono stati denunciati all'assicurazione. Secondo alcuni, peraltro, l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto dovrebbe comportare sempre la possibilità di denunciare sinistri dei quali non si conosceva la pericolosità, anche oltre la scadenza della polizza³⁴⁷.

Nei sistemi in cui vige l'obbligatorietà dell'assicurazione e della sua retroattività, come quello sanitario, la rilevanza delle *deeming clauses* risulta in ogni caso attenuata essendo garantita la continuità della copertura assicurativa. Esse, quindi, hanno in questi casi la funzione di mantenere in vita la copertura di un sinistro, che non sarebbe coperto dall'assicuratore successivo in quanto verificatosi oltre il periodo di retroattività della nuova polizza. Il soggetto obbligato sarebbe quindi l'assicuratore precedente e la polizza si comporterebbe in tal caso come una polizza *loss occurrence*.

³⁴⁶ In argomento cfr. G. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 161-162.

³⁴⁷ I. PARTENZA, *Curare, guarire, risarcire. Profili liquidativi e assicurativi del danno alla persona da responsabilità sanitaria*, Milano, 2013, p. 147.

Una denuncia preventiva delle conseguenze di eventi per i quali non siano state avanzate richieste risarcitorie non ha ragione di operare neppure con riferimento al periodo successivo la cessazione dell'attività essendo previsto che la polizza assicurativa stipulata durante l'ultimo periodo dell'attività copre anche le richieste risarcitorie avanzate nei dieci anni successivi che, per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale dei sanitari, è superiore al periodo di prescrizione quinquennale che si applica alla fattispecie³⁴⁸.

Sembra, quindi, che la problematica interessi specialmente gli ambiti a cui non si estende la l. 24 del 2017.

Sulle clausole *claims made and reported* introdotte dalla legge Gelli è opportuno svolgere qualche considerazione complessiva che completa quanto già detto sul punto nel capitolo precedente³⁴⁹.

In primo luogo, come già evidenziato dalle sezioni unite, ed in particolare in quelle del 2018, con l'intervento del legislatore si conferma che il modello delle *claims made* non può considerarsi in contrasto con l'art. 1917 c.c..

Le ragioni economiche hanno portato il legislatore a tipizzare alcuni modelli di *claims made*, ancorché non sempre e non tutti risultino più favorevoli all'assicurato. Ciò in particolare nel caso della responsabilità medica, essendo stato adottato il modello impuro ancorché con una retroattività ampia, decennale, mentre per la responsabilità professionale è stato scelto il modello puro con responsabilità retroattiva illimitata. Anche la previsione di una ultrattività delle polizze, ancorché limitata ad ipotesi specifiche, va valutata positivamente.

Rimangono, tuttavia, alcuni dubbi d'inquadramento delle *claims made and reported* sui quali, a conclusione del nostro lavoro, si possono svolgere delle considerazioni di carattere generale, alcune superate dalla legge Gelli, ma solo in riferimento all'ambito sanitario.

³⁴⁸ M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli Avvocati*, in *Contratto e impresa*, 2018; S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24*, in *Jus civ.*, 2018,1, 14.

³⁴⁹ Nel nostro sistema le clausole *claims made and reported* avevano avuto un primo giudizio favorevole dalla Cassazione: cfr. Cass., 4889/1998; v. anche Cass., 5435/2005.

Le clausole *claims made* normalmente collegano il rischio alla richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato, nel caso in esame, invece, la copertura assicurativa è collegata alla “denuncia”, *reported*, dell’assicurato all’assicurazione che deve essere effettuata durante la vigenza del contratto.

Ci si riferisce a quell’istituto che l’art. 1913 c.c. definisce “avviso” e che, secondo la disposizione civilistica, deve essere inoltrato nei tre giorni dal verificarsi dell’evento³⁵⁰. Se mancasse quindi una qualsiasi clausola convenzionale che disciplini il *reported*, l’assicurato che non rispetti tale termine dolosamente, perderebbe il diritto all’indennizzo anche se la richiesta di risarcimento fosse pervenuta nei termini di validità della polizza. In presenza della clausola con la previsione dell’obbligo di *reported* nel termine di scadenza della polizza, invece, l’assicurato perderebbe il diritto all’indennizzo anche se denuncia il sinistro nei termini legali di cui all’art. 1913 c.c., ma dopo aver ricevuto il *claim* dal danneggiato a polizza già scaduta.

Sul piano generale, possono configurarsi due clausole di *claims made and reported*. Quelle in cui l’obbligo della denuncia coincide con la scadenza del contratto e quelle in cui la polizza copre anche denunce dell’assicurato che siano presentate entro un certo termine successivo alla scadenza del contratto. Nelle prime se il danneggiato inoltra la richiesta di risarcimento immediatamente prima la scadenza del contratto, l’assicurato non potrebbe nei termini denunciare il sinistro all’assicurazione³⁵¹. Si avrebbe, pertanto, una decadenza contrattuale della quale bisogna valutare la sua legittimità anche ai sensi degli artt. 1913, 1915 e 2965 c.c..

In primo luogo, va affrontato il problema di validità di clausole che legano la garanzia assicurativa non al *claim*, ma al *reported* della stessa. Come analizzato in precedenza, la validità delle clausole “a richiesta fatta” poggia sulla

³⁵⁰ Proprio in quanto la clausola in esame replica a quanto previsto dall’art. 1913 c.c. deve escludersi, secondo F. CESERANI, *op. cit.*, p. 523, che essa incida sulla prescrizione. esse delimitano, infatti, l’oggetto del contratto.

³⁵¹ Le Sez. un., con la decisione del 2016 avevano analizzato il diverso profilo della legittimità della decadenza ex art. 2965 c.c. a causa della tardiva richiesta di risarcimento.

considerazione, oramai da ritenere acquisita dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che il rischio futuro ed incerto, di cui all'art. 1917 c.c., può essere ricondotto al pericolo della diminuzione del patrimonio dell'assicurato che avviene solo ed in seguito alla richiesta di risarcimento da parte del danneggiato. Ci si chiede, pertanto, se nell'ambito della determinazione dell'oggetto del contratto, ovvero del sinistro assicurato che è rimesso all'autonomia delle parti (che ed esempio lo possono circoscrivere agli eventi verificatisi in un determinato arco temporale), possa rientrare anche la previsione della clausola *claims made and reported* con la quale la denuncia dell'assicurato viene assunta quale elemento costitutivo della fattispecie di sinistro. In tali casi, si potrebbe affermare che in caso di denuncia tardiva non si sia verificato alcun sinistro indennizzabile, così come si è detto in caso di mancanza di *claim*, e non si porrebbero pertanto neppure questioni sulla compatibilità della previsione con l'art. 1913 c.c. sul quale si tornerà più avanti³⁵². Tuttavia, la riconduzione del *reported* nell'ambito del sinistro assicurato è esclusa dalla circostanza che quest'ultimo deve consistere in un evento dannoso e non voluto, mentre la denuncia dell'assicurato è un atto volontario rispetto al quale l'assicurato non ha un interesse contrario.

La disposizione contrattuale, quindi, in tal caso introduce una decadenza contrattuale della quale bisogna ora verificare la validità ai sensi degli art 1913 e 2965 c.c..

L'art. 1913 c.c. stabilisce che l'assicurato deve dare avviso all'assicuratore del sinistro entro tre giorni; l'art. 1915 c.c. prevede poi diverse conseguenze a seconda che il mancato avviso nei termini sia dipeso da dolo o colpa. Solo nel primo caso si prevede la perdita del diritto all'indennità, mentre nei casi di colpa l'assicuratore può ridurre l'indennità ove a causa del ritardo abbia subito un

³⁵² Peraltro, il sinistro non potrebbe neppure trovare copertura in una successiva polizza, in quanto esclusa dalla clausola *prior knowledge* che prevede la garanzia solo per i sinistri sconosciuti prima della stipula dell'assicurazione (Cfr. App. Torino, 15 giugno 2017, n. 1330) né potrebbero essere denunciati al momento della stipula in quanto le clausole *claims made* coprono solamente le richieste di risarcimento pervenute per la prima volta durante il periodo di vigenza del contratto.

pregiudizio³⁵³. Deve valutarsi, pertanto, se la clausola pattizia che introduca l'obbligo di *reported* sia in contrasto con le disposizioni civilistiche richiamate in quanto predispone la decadenza dal diritto di indennizzo a prescindere dallo stato soggettivo dell'assicurato.

Con riferimento a clausole *reported*, al di fuori di quelle previste dal legislatore, come nella legge n. 24 del 2017, che abbiano previsto una decadenza in caso di tardivo avviso, la Cassazione, già nel 1998, ne aveva affermato la validità ancorché a seguito di espressa approvazione, considerandole clausole vessatorie. La legittimità era stata affermata in quanto, nel caso esaminato dalla Cassazione, la decadenza era prevista a seguito di un ritardo nell'avviso superiore a sessanta giorni. Pertanto, la disposizione era stata ritenuta più favorevole di quella contenuta nell'art. 1913 c.c., che prevede un termine di tre giorni, ancorché la decadenza era automatica e non consentiva un accertamento sulla colpa o sul dolo³⁵⁴.

In proposito, dovrebbe distinguersi il caso in cui detto termine coincide con quello della scadenza del contratto, a prescindere o meno dalla circostanza che nello stesso termine debba avvenire anche la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato, ed il diverso caso in cui sia prevista una clausola di proroga del *claim* e dell'avviso oltre la scadenza del contratto.

Nel primo caso è indubbio che la clausola sia più sfavorevole di quella dell'art. 1913 c.c. che garantisce un termine di tre giorni per l'avviso all'assicurazione decorrente dal sinistro che, nelle clausole *claims made*, è la richiesta di risarcimento. Ove la richiesta di risarcimento non venga inoltrata o sopraggiunga l'ultimo giorno di validità della polizza, l'assicurato non avrebbe il

³⁵³ L'art. 1913 trova la sua ragione nella necessità di consentire all'assicuratore di poter accertare tempestivamente le cause del sinistro e di prendere tutti i provvedimenti idonei per attenuarne gli effetti lesivi ed è strettamente connesso all'art. 1914 che prevede il c.d. obbligo di salvataggio per prevenire o attenuare le conseguenze del sinistro.

³⁵⁴ In tal senso Cass., 4889/1998. Sul dolo implicito in caso di ritardo quando il contraente fosse pienamente a conoscenza della clausola cfr. Cass., 5435/2005.

modo o il tempo sufficiente per avvisare l'assicurazione³⁵⁵. Poiché l'art. 1913 c.c. può essere derogato solo da disposizioni più favorevoli all'assicurato (art. 1915 c.c.), si dovrebbe affermare la nullità di tale previsione.

Discorso diverso potrebbe farsi nel caso in cui sia prevista l'ultrattività della polizza.

Quando la proroga della garanzia oltre la scadenza del contratto sia prevista convenzionalmente e non imposta dalla legge, si potrebbe ritenere che le parti nello specificare l'oggetto del contratto possano anche prevedere che l'assicurazione copra solo i sinistri per i quali l'avviso sia intervenuto nei termini della garanzia. Tale previsione comporterebbe implicitamente che la proroga coprirebbe i sinistri denunciati dal danneggiato prima della scadenza della proroga per consentire all'assicurato una denuncia tempestiva all'assicurazione. Per questa ragione i contratti spesso prevedono un periodo di tolleranza che, appunto, è finalizzato a denunciare le richieste dell'ultimo minuto. In ogni caso l'obbligo di denuncia nell'ambito della proroga del contratto non potrebbe considerarsi una deroga peggiorativa in quanto dovrebbe essere bilanciato con l'ultrattività della polizza, come appunto affermato dalla Cassazione nel 1998.

Tuttavia, sempre con riferimento ad una clausola contrattuale che prevedeva un'ultrattività di dodici mesi di un'assicurazione sanitaria stipulata prima dell'entrata in vigore della legge n. 24 del 2017, la Cassazione sembra, di recente, aver cambiato impostazione.

La Cassazione dice infatti: *“La clausola, come ricordato, pone una decadenza a carico dell'assicurato non dipendente da una sua condotta: l'assicurato può fare denuncia dell'evento nei dodici mesi dalla cessazione del contratto solo se abbia ricevuto in quei termini temporali la richiesta di risarcimento del danno, condizione che ovviamente dipende esclusivamente dal terzo danneggiato.*

³⁵⁵ Per questo ragione alcuni contratti prevedono un periodo di tolleranza per l'inoltro dell'avviso dopo la scadenza del contratto.

In tali termini essa contrasta con disposizioni imperative di legge, non solo con l'art. 1341 c.c., che vieta, se non sottoscritte, le clausole vessatorie, e che tra queste annovera espressamente quelle che impongono decadenze, ma altresì con l'art. 2965 c.c., che commina la nullità dei patti con cui si stabiliscono decadenze che rendono eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto”.

La Cassazione non fa alcun riferimento all'art. 1913 c.c. e non fa alcun bilanciamento³⁵⁶ tra la previsione della denuncia nei tre giorni contenuta nella norma civilistica e l'ultrattività di 12 mesi prevista dalla disposizione contrattuale, rilevando esclusivamente l'illegittimità dell'introduzione di una decadenza convenzionale in deroga a quanto disposto dall'art. 2965 c.c.. In assenza di qualsiasi altro elemento valutativo e per il mancato richiamo alla legge n. 24/2017, che nelle more del giudizio era stata emanata, in ragione dell'asserita nullità del patto potrebbe riemergere una fattispecie *loss occurrence* ancorché le Sezioni unite della Cassazione, nel 2018, sembravano averlo escluso.

Tale conclusione, tuttavia, riporterebbe indietro tutta l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sulle *claims made* e non tiene conto che tale modello è oramai l'unico offerto dalle assicurazioni nonché del mutato assetto in cui avvengono i contratti assicurativi e dei presupposti economici su cui esso si fonda.

Per tali ragioni, alcuni hanno proposto che nella valutazione delle situazioni precedenti all'introduzione della disciplina legale delle *claims made* o negli ambiti ove questa non sussiste, una soluzione potrebbe essere offerta da una lettura evolutiva dell'art. 1913 c.c. che, in conformità a quanto detto dalla Cassazione già nel 1997, potrebbe essere letto nel senso che “*perché l'inadempimento possa essere ritenuto doloso non occorre lo specifico e*

³⁵⁶ In senso contrario al bilanciamento di interessi si esprime G. FACCI, *Le clausole claims made and reperted ed il difficile equilibrio con la disciplina sull'obbligo di avviso del sinistro*, in *Resp. Civ. prev.*, 2018, p. 1474, ritenendo che in tal modo si aprirebbe alla discrezionalità del giudice che invece l'art. 1932 c.c. ha voluto escludere.

*fraudolento intento di creare danno all'assicuratore, essendo sufficiente la consapevolezza dell'obbligo e la cosciente volontà di non adempierlo”*³⁵⁷.

I problemi evidenziati non si pongono evidentemente per l'art. 11 della legge Gelli. La clausola *claims made and reported* è prevista direttamente dal legislatore e, quindi, è la legge speciale che deroga agli artt. 1915 e 1932 c.c.³⁵⁸, ove non si affermi l'incostituzionalità dell'art. 11 legge Gelli ritenendo che i principi richiamati negli artt. 2965 e 2966 c.c. siano principi fondamentali dell'ordinamento desumibili, altresì, dall'art. 2 della Costituzione³⁵⁹.

³⁵⁷ Così, Cass., 3044/1997.

³⁵⁸ La concessione di un termine di tolleranza dopo la scadenza del contratto per denunciare richieste di risarcimento pervenute immediatamente prima di tale momento, potrebbe essere desunto dal principio di buona fede.

³⁵⁹ Cfr. F. ROSELLI, voce *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, § 3. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012, 214-222.

BIBLIOGRAFIA

- A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività dell'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008.
- V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016.
- G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, I, 1999.
- G. ALPA, *Responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, Milano 2006.
- G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.
- G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano 1999.
- G. ALPA, *Dal medico alla équipe, alla struttura, al sistema*, in *Law and Medicine current topics in a German and Italian perspective* a cura di CONSIGLIA BOTTA E CHRISTIAN ARMBRUSTER, *Scienze Assicurative*, ESI, 2017, Napoli.
- G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999.
- G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contr. impr.*, 3/2017.
- ALTOMARE, *L'assicurazione della RC medica in Italia, dalla crisi alla legge GELLI*, in *Trattato operativo di responsabilità medica*, t. 2, *La disciplina assicurativa*, Santarcangelo di Romagna, 2018.
- M. AMBROSOLI., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012.
- V. AMENDOLAGINE, *La clausola claims made può rendere all'assicurato eccessivamente difficile l'esercizio del suo diritto?*, in *Contratti*, 2020.

- N. R. ANDREA, *Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire*, 21 Pepp. L. Rev. 1994.
- A. ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made "tipizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019.
- A. ARSENI, *ATP a fini conciliativi ex art.696 Bis c.p.c.: ammissibilità ed efficacia probatoria (Trib. Napoli 5.12.16 ed altre)*, www.personaedanno.it.
- D. BARBIERATO, *Risarcimento del danno e crisi della funzione deterrente?*, in D. BARBIERATO (a cura di), *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Napoli, 2012.
- P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1993, 93 ss.; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.
- J. BASEDOW, J. BIRDS, M. CLARKE, H. COUSY, H. HEISS, (a cura di), *Principles of European Insurance Contract Law*, Munich, 2009.
- F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of tort all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008.
- F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960.
- F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991.
- E. BENZA, *Il contratto di assicurazione nel Medioevo*, Genova, 1884.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a ed., Torino, 1952.
- A. BERTOCCHI, *Responsabilità del medico libero professionista*, in *La responsabilità medica*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2004.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto, III*, Giuffrè, 1998.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione, IV*, Giuffrè, 1993.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile, Le garanzie reali, la prescrizione VII*, Milano, 2012.
- C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Le responsabilità, V*, Milano, 2020.
- C. M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001.
- L. BIGLIAZZI GERI- U. BRECCIA- F.D. BUSNELLI- U. NATOLI, *Diritto civile. 3. Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989.

- J. BIRDS e N.J. HIRD, *Birds' Modern Insurance Law*, 6 ed., London, 2004.
- G. BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2001
- C. BOITI, *Alcune riflessioni sulla distinzione tra giudizio di liceità e giudizio di meritevolezza e clausole claims made* in *Giur. comm.*, 2018.
- C. BOITI, *Le clausole claims made tra tipicità e pluralità dei rimedi*, in *Giur. comm.*, 2019.
- A. BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009.
- G. BONOLIS, *Svolgimento storico dell'assicurazione in Italia*, 1901.
- R. BREDI, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. impr.*, 2014.
- G. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo leading case della cassazione sposta il dies a quo dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio al responsabile (la nuova regola a confronto con il modello inglese... idee per una riforma)*, in *Giur. it.*, 2004.
- A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali (Artt. 1882-1903)*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2012.
- U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: tutela*, in MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002.
- U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968
- L. BRIZZI, *Il medico "strutturato"*, in *La nuova responsabilità medica* (a cura di) U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2018.
- L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017,
- F. BUCCELLI E ALTRI, *La rilevanza delle linee guida nella determinazione della responsabilità medica. Le novità introdotte dalla c.d. legge Balduzzi, le problematiche connesse i tentativi di risoluzione*, in *RIML*, 2016.

- A. BUCELLI, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Giur. It.*, 2005.
- F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. prev.*, 1977.
- F.D. BUSNELLI, *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2014.
- F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- F.D. BUSNELLI - G. COMANDÉ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano 2009.
- M. BUSSANI, *Faut-il se passer du common law (européen)? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2010
- M. BUSSANI, *Diritto privato europeo*, in *Enc. Dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008,
- L. BUTTARO, voce *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, vol III, Milano, 1958.
- G. CALABRESI, *The costs of Accidents, A Legal and Economic Analysis*, 1970.
- R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite* in *Corriere giur.*, 2016.
- R. CALVO, *LA “decontrattualizzazione” della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 3/2017, 465.
- C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2010.
- M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made, Banca, borsa, ecc.*, 2019.
- A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993.
- A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie. Lineamenti generali, I*, in ALPA G., PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del codice civile*, Milano, 1997.
- A. CANDIAN, *Un passo avanti ed uno indietro nella saga delle claims made*, in *Foro it.*, 2020, I, 3136.

- A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, in *Foro it*, 2018.
- I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2009.
- V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi* in *Danno resp.*, 2013.
- F. CARBONETTI, *La formazione de il perfezionamento del contratto*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milno, 2007.
- F. CARINGELLA, *Studi di diritto Civile*, Milano, 2012.
- F. CARINGELLA, G. DE MARZIO, *Manuale di diritto civile, II, Le obbligazioni*, Milano, 2007.
- F. CARINGELLA – L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Dike giuridica, Milano, 2019.
- F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.* 1912.
- U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle sezioni unite; Banca, borsa, ecc.*, 2016.
- F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.
- U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2016.
- U. CARNEVALI, *La clausola "claims made" e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2017.
- U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sezioni unite: bis in idem* in *Contratti*, 2018.
- G. CARPANI- G.M. FARES, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, Torino 2017.
- G. CASSANDRO, voce *Assicurazione (storia)* in *Enc. Dir.*, vol. III, 1958.
- C. CASTRONUOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.*, 1997.
- C. CASTRONUOVO., *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998.

- C. CASTRONOVO, *La violazione della proprietà intellettuale come lesione del potere di disposizione. Dal danno all'arricchimento*, in *Dir. ind.*, 2003.
- C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile 3*, Milano, 2006.
- C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004.
- C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976.
- C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995.
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, intervento all'incontro di studio sul tema "*Illecito aquiliano e ingiustizia del danno*" organizzato dal C.S.M. - Roma, 29-30/05/2008, in www.personaedanno.it.
- C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile al passaggio del millennio*, in *Europa dir. Priv.*, 2003.
- M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012.
- F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007.
- F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011.
- F. CESERANI, *Il problema della tutela del terzo danneggiato nella garanzia facoltativa di responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2008.
- F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. ass.*, 2010.
- C. CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la "legge Gelli"*, in *Corr. giur.*, 2017.

- S.J. CHOI, P. R.B. THOMPSON, *Securities Regulation in Electronic Age: The Impact of Cognitive Psychology*, in *Wash. University Law Quarterly*, 1997.
- G. COLOMBO, *Claims made tra meritevolezza e adeguatezza: la claim made mista è inadeguata?* in *Danno e Resp.*, 2018.
- G. COLOMBO, *Meritevolezza delle clausole claims made tra restaurazioni imperative ed alterazione del sinallagma*, in *Danno e Resp.*, 2018.
- R.D. COOTER, T.S. ULEN, *Law and Economics*, Boston, 2004.
- P. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ.*, 2019.
- P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo* in *Banca, borsa, ecc.*, 2016.
- D. CORVI, *Punitive Damages*, in *Contr. impr.*, 2014
- M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *Foro it.*, 2017.
- M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e imp.*, 1987.
- N. CRIVELLI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2014.
- M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corriere giur.*, 2019.
- G. M. D'AIELLO-N. DE LUCA, *Termine dell'avviso, code assicurative (sunset clause) e decadenza contrattuale. Dal tramonto del contratto al crepuscolo del diritto* in *Foro it.*, 2020.
- G. M. D'AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile* in *Assicurazioni*, 2016.
- G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, in *Danno e Resp*, 2018.
- V. D'ANTONIO, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, Cedam, 2012.
- S.F. DEAKIN, A.J. JOHNSTON, B.S. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (7th ed.), Oxford, 2012.

- A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, 3a ed., I, Milano, 1979.
- A. DE CUPIS, *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Ann. dir. comp.*, 1963.
- C. DE FERRA, *L'assicurazione: nozioni, concetti, base matematiche*, Milano, 1995.
- A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987.
- F. DELFINI, *Le sezioni unite e le claims made: l'ultima sentenza e la Big Picture*, *Giur. it.*, 2019.
- N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?* in *Banca, borsa, ecc.*, 2017.
- N. DE LUCA G.M. D'ANIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario*, (ARTT. 10-15 L. 8 MARZO 2017, N. 24), in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017.
- N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015.
- N. DE LUCA, *Clausole claims made: sono tipiche e lecite, ma di tutto si può abusare*, in *Foro it.*, 2018.
- N. DE LUCA, *Tipologie principali di assicurazioni della responsabilità civile*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2004.
- G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.
- A. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954.
- F. MARTINI, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, (a cura di) F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIZIT, Giuffrè, Milano, 2017, p. 232;
- G. DE MARZO, *Appunti sulla responsabilità civile in campo medico*, in *Giur., it.*, 1986.
- R. DE MATTEIS, *La legge Gelli-Bianco e il regime binario: presupposti, implicazioni e questioni irrisolte*, in *Resp. Medica*, 2019.

- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno Resp.* 1999.
- R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Wolters Kluwer, 2017.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità professionale del medico. L'art. 3 del d.l. n. 158/2012 tra passato e futuro della responsabilità medica*, in *Contr. impr.*, 1/2014.
- R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1995.
- R. DE MATTEIS., *Consenso informato e responsabilità del medico*, in *Corriere giur.*, 1996, p. 218 ss..
- R. DE MATTEIS., *La responsabilità medica, tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contratto e impr.*, 1995, p. 489.
- R. DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur., merito*, 1999, IV, p. 10 ss..
- D. DE STROBEL, *La vicenda del «claims made»*, in *Dir. econ. ass.*, 2006.
- D. DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, a cura di A.C. CANDIAN - S. PACI, Milano, 2002.
- S. DEL SORDO-U. GENOVESE, *Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*, in *La nuova responsabilità professionale sanitaria*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017.
- A. DI MAIO, *Responsabilità del medico- La doppia natura della responsabilità del medico*, in *Giur. It.*, 2020.
- A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani, vol. VI*, Roma, 1998.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993.
- A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007.
- A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* in *Corr. giur.*, 1999.

- A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008.
- A. DI MAJO, *La salute responsabile*, Torino, 2018.
- M.G. DI PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, 2013.
- H. DOLLE, *Aussergesetzliche Schutzpflichten*, in *Zeitschr. F. d. gesam. Staatswissen*, 1943.
- A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, I, Milano, 1952.
- A. DONATI, *L'evoluzione storica internazionale del diritto delle assicurazioni private*, in *Trattato delle assicurazioni private*, II, Milano, 1954.
- A. DURANTE, *La liquidazione e il risarcimento del danno secondo la miniriforma dell'assicurazione obbligatoria*, Milano, 1978.
- I. ENRIGHT, *Professional Indemnity Insurance Law*, Londra, 1996.
- G. FACCI, *Le clausole claims made and reperted ed il difficile equilibrio con la disciplina sull'obbligo di avviso del sinistro*, in *Resp. Civ. prev.*, 2018.
- G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.
- G. FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?* *Corriere giur.*, 2019.
- G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)* in *Corriere giur.*, 2017.
- M. FACCIOLI, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ.*, 2014.
- M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici*, in *Studium Iuris*, 2017.
- S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, 2004.
- G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945.
- L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2006.

- M. FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. Nuova giur. civ.*, 2017.
- E. FERRARI, *Tipicità e atipicità del fatto illecito. I contrapposti modelli francese e tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di F. Galgano), Bologna, 1998.
- G. B. FERRI, *Negoziio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995.
- G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teorie del contratto*, Milano, 1970.
- G.B. FERRI., *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971.
- M. FORZATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contatto sociale” conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999.
- J.M. FISHER, *Insurance coverage for mass exposure ort claims: the debate over the appropriate trigger rule*, 45 *Drake L. Rev.*, 1997.
- G. FRANKLIN, *Punitive Damages Insurance: Why some Courts Take the Smart out of “Smart Honey”*, 40 *U. Miami L. Rev.* 1986.
- M. FRANZONI, *L’illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004.
- M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004.
- M. FRANZONI, *L’azione diretta nei confronti dell’assicuratore: profili teorici e ricostruttivi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.
- M.FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno Resp.*, 2017.
- M. FRANZONI, voce *Responsabilità civile (Assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1996.
- A. FIORI, *La medicina legale difensiva*, in *Riv. it. med leg.*, 1996.
- R. FORNASARI, *La clausola claims made nuovamente al vaglio delle sezioni unite: dalla meritevolezza alla causa concreta*, in *Danno e resp.*, 2018.
- P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell’assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2010.
- F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011.

- F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 2008.
- F. GALGANO, *Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria*, in *Riv. trim.*, 1984.
- F. GALGANO, *La globalizzazione e lo specchio del diritto*, Bologna, 2006.
- A. GALIONE e S. MACCIONI, *Il danno e il reato*, CEDAM, 2000.
- A. GAMBARO, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, in *Resp. Civ. prev.*, 1975.
- P. GALLO, *Tipicità ed atipicità dell'illecito in Common law*, in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di F. Galgano), Bologna, 1998.
- C. GALLI, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Dir. ind.*, 2012.
- A.M. GAROFALO, *L'immeritevolezza nell'assicurazione claims made*, in *Nuova giur. civ.*, 2019.
- P. GATTARI, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043*, in *Res. civ e prev.*, 2014.
- M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza in Contratti*, 2013.
- M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012.
- M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016.
- M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli Avvocati*, in *Contratto e impresa*, 2018.
- M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite in Danno e resp.*, 2016.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2011.
- F. GELLI, intervento al convegno "Il futuro della responsabilità medica", Pisa, CNR, 01.04.16.

- GELLI-HAZAN, *Assicurazione e responsabilità sanitaria: temi generali*, in GELLI-HAZAN-ZORZIT (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano 2017.
- G. GENTILE, *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929.
- V. GERI, *Osservazioni sull'inopponibilità delle eccezioni contrattuali nell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *Assicurazioni*, 1979.
- F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987.
- M. GIORGIANNI, *Obbligazioni (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- J. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, 1913.
- G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 1967, 1499.
- G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951.
- F. GRASSO, *Elementi di tecnica attuariale della riassicurazione nei rami danni*, Firenze, 2001.
- P. GRECO, *La richiesta dell'assicurato all'assicuratore di pagare l'indennizzo al terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1959.
- F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza in Danno e resp.*, 2017.
- R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, *Le linee guida: caratteristiche, requisiti generali*; in *Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida*, il Pensiero Scientifico Editore, Roma 1995.
- G. GRISI, *Risarcimento del danno - art. 1223*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Torino, 2012.
- H. GROUDEL, *Droit des assurances terrestres*, in *Rec. Dalloz*, 2011.

- H. GROUDEL, F. LEDUC, P. PIERRE e M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Parigi, 2008.
- L. GUAGLIONE, *L'evoluzione giurisprudenziale della colpa medica*, in *magistraturaindipendente.it*.
- M. GUERNELLI, *La retroversione degli utili tra rischio di overcompensation ed esigenza di colmare il lucro cessante*, in *Dir. ind.*, 2011.
- A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016.
- M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017.
- M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacere figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Danno resp.*, 2016.
- H. HEISS, *I Principi di diritto europeo del contratto di assicurazione (PDECA)*, in *Resp. civ. prev.*, 2011.
- P.J. HESSE, *Le nouveau tarifs de corps laborieux: la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, in J.P. LE CROM (a cura di), *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, Paris, 1998.
- IPPOLITO, *Il sinallagma nel contratto di assicurazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1983.
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.
- N. IRTI, «E' vero, ma...» in *Riv. dir. civ.*, 1999.
- N. IRTI, *Lo scambio dei foulards*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000.
- C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stan. L. Rev.*, 1998.
- R.B. KOROBKIN, T.S. ULEN, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, in *California Law Review*, 2000, 88, 105.1 .
- H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Munchen, 1929.

- D.C. LANGEVOORT, *Behavioral Theories of Judgement and Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review*, in *Vanderbilt Law Review*, 1998, 51, 1499.
- L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- S. LANDINI, *L'istituzione del fondo di garanzia: ruolo della Consap e destinazione delle risorse*, in CARPANI-FARES, *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*, Torino, 2017.
- S. LANDINI, *Diritto delle assicurazioni- clausole claims made, ultrattività e decadenze*, in *Giur. It.*, 2020.
- S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004.
- S. LANDINI, *L'informativa precontrattuale nei contratti di assicurazione dei rami danni*, in *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, a cura di P. MARANO, M. SIRI, Torino, 2009.
- C. LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno resp.*, 2005.
- K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Munchen, 1987.
- LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998.
- LA TORRE, *Azione diretta ed assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1971.
- LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, Milano 2000.
- C. LEGA, *Le prestazioni del medico come oggetto di «obbligazione di mezzi»*, in *Giur. it.*, 1962.
- A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012.
- L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza* in *Nuova giur. civ.*, 2017.
- M.L. LOI F. TESSITORE – *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975.
- L. LORDI, *Sull'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934.

- U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, ESI, Napoli, 2010.
- M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.
- F. D. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011.
- F.A. MAGNI, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le sezioni unite)*; in *Corriere giur.*, 2018.
- C. MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988.
- M. MAGIULO-R. PARDOLESI, *Pluralità di nessi di causa e paziente allo sbaraglio*, in *Danno e Resp*, 2019.
- M. MANTOVANI, <<*Vizi incompleti*>> *del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.
- G. MARCHETTO, A. PRADI, voce *Professioni Intellettuali*, in *Digesto*, 1997.
- V. MARCIA, *Clausole claims made: l'intervento delle sezioni unite*, in *Assicurazioni*, 2016.
- F. MARTINI, *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, (a cura di) F. GELLI, M. HAZAN, D. ZORZIZIT, Giuffrè, Milano, 2017.
- M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni«a margine »*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2016.
- H. MCGREGOR, *McGregor on damages*, London, 2014.
- L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954.
- L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)* in *Enc. dir.* Vol. XXXIX, Milano, 1988.
- L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956.
- C. MENICHINO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009.
- R.P. MERGES, *Of Property rules, Coase, and Intellectual Property*, in *Col. L. Rev.*, 94, 1994.

- F. MESSINEO, *Dottrine generali del contratto*, 3a ed., Milano, 1952.
- R. MERKIN, *Tort, Insurance and Ideology*, (2012) 75 MLR 301.
- R. MERKIN J. STEELE, *Compensating Mesothelioma Victims*, (2011) 127 LQR 329.
- G. MIOTTO, *Anche per le claims made «gli esami non finiscono mai» Resp. civ. e prev.*, 2019.
- P.G. MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, in *Dig. IV, disc. priv. Sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998.
- P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998.
- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 2006.
- P.G. MONATERI, *Le sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp*, 2017.
- P.G. MONATERI, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ. Una nozione salda, o un'occasione di revisione codicistica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.
- P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017.
- P.G. MONATERI, *Responsabilità civile e risarcimento del danno in forma specifica*, 2005, in *www.altalex.com*.
- P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno risarcimento*, Torino, 2013.
- A. MONTI, *In tema di licità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2005.
- S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp*, 2013.
- S. MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite Nuova giur. civ.*, 2019.
- S. MONTICELLI, *Il giudizio di immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017.
- S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24*, in *Jus civ.*, 2018.

- R. MUGAVERO, *Le sezioni unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*; in *Giur. comm.*, 2017.
- A. M. MUSY *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. Disc. Priv. sez. civ.*, XVII, Torino, 1998.
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio I*, Milano, 1974.
- E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.
- M. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv.dir. comm.*, I, 2003.
- L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2000.
- A. OLIVERI «Valutazioni» in assicurazione vita: profili attuariali, finanziari ed economici, in *Dir. ec. ed ass.*, 1996.
- G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?* in *Riv. dir. civ.*, 1998.
- P. OTTOLENGHI, *Prescrizione dell'azione per danni*, Milano, 1975.
- PAGLIARA, *L'art. 18, della legge n. 990/69, dopo vent'anni*, in *Dir. prat. ass.*, 1990.
- A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Foro it.*, 2016.
- A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile* in *Foro it.*, 2017.
- A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Claims made nel postdiritto*, in *Foro it.*, 2018.
- A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, «code lunghe» e ostracismi giudiziali* in *Danno e resp.*, 2017.
- A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete* in *Foro it.*, 2017.
- M. PARADISO, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.
- R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016.

- P. PARDOLESI, *Danni punitivi: frustrazioni del "vorrei ma non posso"?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007.
- R. PARDOLESI, *Risarcimento del danno, retroversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, in *Dir. ind.*, 2012.
- R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016.
- PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 3/2017.
- R. PARDOLESI R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)* in *Foro it.*, 2017.
- R. PARDOLESI R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in *Foro it.*, 2018
- R. PARDOLESI e R. SIMONE., *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e Resp.*, 2018.
- J.K. PARKER, *The Ultimate Demise of the "Claims made" Insurance Form? A Critique of Stine v. Continental*, (1983) *Det. C.L. Rev* 25, 30-31.
- C. PARSONS, *From accident to liability: the origins of liability insurance*, in *Journal of Insurance Research and Practice*, 2002.
- I. PARTENZA, *La clausola claims made e le sezioni disunite della Suprema corte: l'insostenibile incertezza del mercato* in *Resp. medica*, 2017.
- PARTESOTTI, *L'azione diretta dopo la miniriforma dell'assicurazione r.c.a.*, in *Dir. prat. assic.*, 1980.
- PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del codice civile*, Milano, 1997.
- A. PELAGGI, *Sui rapporti tra assicuratore e terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1963.
- P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004.
- C. PETTA, *Liceità e meritevolezza del contratto con clausola claims made. Spunti di riflessione a margine dell'ultimo arresto delle sezioni unite*, in *Dir. mercato assic. e fin.*, 2018.

- E.V. PICCOLO, *Il nuovo fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017.
- A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1960.
- S. PINTO, *Assicurazioni private e assicurazioni pubbliche nel governo dei rischi da attività lavorative*, in F.D. BUSNELLI, G. C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato* (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2009.
- F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giur. it.*, 2019.
- F. PISCI, *Riserve tecniche dei rami vita e danni*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, Milano, 2006.
- E. PITACCO, *Modelli attuariali per le assicurazioni sulla salute*, Milano, 1995.
- D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. impr.*, 1987.
- D. POLETTI, *Responsabilità extracontrattuale da contratto e inadempimento del subcontratto*, in *Danno e resp.*, 1999.
- PONZANELLI G., *Danni punitivi? No, grazie*, in *Foro it.*, 2007.
- PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003.
- PONZANELLI G., *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000.
- R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2003.
- POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere*, II, Livorno, 1841.
- G.L. PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, in *96 Yale Law Journal*, 1987, III.
- A.M. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983.
- A.C. PRITCHARD, *Behavioral Economics and the SEC*, in *Stanford Law Rev.*, 2003.
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *Diritto delle obbligazioni*, Esi, Napoli, 2020.

- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, in *Danno e Resp.*, 2020.
- A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO - M. FEOLA, *La cooperazione mancata: sopravvenuta impossibilità della prestazione e imputabilità dell'inadempimento*, in *Comparazione e dir. civ.*, 2019.
- E. QUADRI, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, in *Giust. Civ..com*, 2017.
- E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017.
- F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013.
- P. RESCIGNO, *Azione diretta e azione surrogatoria del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1952.
- P. RESCIGNO, voce *Delegazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962.
- P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni, (diritto privato). Nozioni generali*, *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979.
- P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992.
- C. RICCI, *Gli obblighi assicurativi introdotti dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. «legge gelli-bianco»)*, in *ambito sanitario*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2017.
- I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 2014.
- N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2020.
- S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- S. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.
- V. ROPPO, *La responsabilità civile dell'impresa nel settore dei servizi innovativi*, in *Contr. e impr.*, 1993.
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

- V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.
- F. ROSELLI, voce *Decadenza (diritto e procedura civile)*, in *Enc.dir., Ann.*, VII, Milano, 2014.
- M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013.
- M. ROSSETTI, *L'assicurazione obbligatoria r.c.a.*, Torino, 2010.
- M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013.
- C. M. RUOCCO, *La tutela della salute: una lettura costituzionalmente orientata*, in *diritto.it*.
- R. SACCO, *Il possesso*, in A. CICU, F. MESSINEO, (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VII, Milano, 1988.
- R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale* in G. VISENTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.
- R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987.
- R. SACCO-G.DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004.
- C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988.
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985.
- C. SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*, in *Foro, it.*, 2018.
- P. SANTORO, *Clausola claims made: la seconda stagione*, in *Danno resp.*, 2019.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig*, XIV, Torino, 1968.
- S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, Torino, 1952.
- V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2009.
- V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012.

- E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Foro it.*, 2018.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017.
- C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causalità della responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Corriere Giur.*, 2020.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008.
- C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012* in *Resp. Civ. prev.*, 2013.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, II, Milano, 2006.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito, (Diritto vigente)* in *Nss. Dig. It.*, vol. VIII, 1962.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XV, 1968.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce "*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*", in *Novis. Dig. It.*, XV, Torino, s.d. ma, 1968.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1961.
- V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017.
- L. SELLERI *Nuovi orientamenti nelle politiche di premio delle imprese di assicurazione*, in *Dir.ed ec. dell'ass.*, 2001.
- SHAVELL S., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, 2004.
- S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura funzioni e «valori» (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994.
- S. SICA, *La responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, a cura di P. STANZIONE, Cedam 2012.

- R. SIMONE, *Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario.*, in *Foro.it.*, 2012.
- R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2005.
- R. SIMONE, *Le sezioni unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà alla (im)meritevolezza*, in *Foro it.*, 2016.
- P. A. SIRENA, *la responsabilità medica alla luce della legge Balduzzi*, in *Altalex IPSOA, In Pratica*, 23/05/2013 aggiornato il 26/03/2014.
- P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.
- G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008.
- J. SPIER, *Long Tail (Liability) Risks and Claims made Policies*, (1998) 23 *Geneva Pap. Risk. Insur.*
- P. STANZIONE, *La responsabilità civile: principi generali*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da P. STANZIONE, Cedam 2012.
- P. STANZIONE. *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano, 1970.
- P. STANZIONE, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003.
- J. STAPLETON, *Tort, Insurance and Ideology*, (1995) 58 *MLR* 820.
- H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*, in *Festschr. F. den XXVI Deutschen Juristentag*, 1902 pubblicata in forma monografica nel 1904 e tradotta in italiano da G. VARANESE, col titolo *Le violazioni positive del contratto*, ESI, 2001.
- M. STELLA, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano 2007.
- H. STOLL, *Abschied von der Lehre von dei positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. pr.*, 1932, p. 288.
- C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Analysis of Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1997.

- C.R. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics: A Progress Report*, in *American Law & Economics Review*, 1999.
- C. R. SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge, 2000.
- B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro it.*, 2017.
- B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *Foro it.*, 2018.
- B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016.
- A. THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009.
- TITA, *L'assicurazione del rischio professionale sanitario. L'attuale legge di riforma Gelli n. 24 del 2017*, in Castiello-Tenore (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Milano, 2018.
- TODESCHINI, *Decreto Balduzzi: alla ricerca di un senso*, in *personaedanno.it*.
- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.
- P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.
- P. TRIMARCHI, *Illecito, (dir. Privato)* in *Enc dir.*, vol. XX, Milano, 1970.
- P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- A. TUNC, *La responsabilité civile*, Parigi, 1989.
- L. VANNUCCI, *Statistica assicurativa e valutazioni attuariali*, Bologna, 2000.
- G. VARANESE, *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001.
- G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919.
- VENTRELLA, *Danno "occulto" e illecito permanente: questioni di decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 1982.

- S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010.
- VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e Mercato*, 4/2013.
- G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 3/2015.
- G. VISINTINI, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.
- G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983.
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Milano 2005.
- G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004.
- G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, CEDAM, 1999.
- G. VISINTINI, *Cos'è la responsabilità civile*, ESI, 2009.
- L.T. VISSCHER, *Tort Damages*, in M. FAURE (ed.), *Tort Law and Economics. Encyclopedia of Law and Economics, Second Edition*, Cheltenham, 2009.
- G. VITUCCI, *Art. 2935*, in SCHLESINGER (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Milano, 1999.
- VITUCCI-ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XX, Torino, 1984.
- C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, I, Milano, 1884.
- G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010.
- G. VOLPE-PUTZOLU, *La clausola claims made nuovamente alle sezioni unite*, cit. in *Assicurazioni*, 2017.
- G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea: il punto di vista del civil lawyer*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006.
- R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jhering Jahrbucher*, 4, 1861, p. 14712, tradotto in italiano da F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo ossia del*

risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione, Jovene, Napoli, 2005.

M. ZANA, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993.

F. ZENATI -CASTAING, *La proposition de refonte du livre II du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2009.

V. ZENO ZENCOVICH, *La responsabilità civile*, in AA.VV. *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma, 2004.

V. ZENO-ZENOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

V. ZENO ZENCOVICH, *Responsabilità penale e responsabilità civile*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 1998.

R. ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 2007.

K. ZWEIGERT H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, Milano, 1998.

.