



Università degli studi di Salerno

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA
SCIENZE GIURIDICHE

XXX CICLO

TESI DI DOTTORATO

“Sindacato di meritevolezza degli interessi perseguiti ed equilibrio delle
prestazioni nel contratto di assicurazione claims made”

TUTOR

Ch.mo Prof. Roberto Rosapepe

DOTTORANDA

Rosa Mugavero

COORDINATORE

Ch.mo Prof. Geminello Preterossi

Anno Accademico 2017-2018

INDICE

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DI RESPONSABILITÀ CIVILE

<i>1. L'evoluzione del tipo contratto di assicurazione, conseguenza diretta della diffusione di nuovi prodotti assicurativi, dell'emersione di nuovi rischi e dell'introduzione di nuove regole</i>	p. 5
<i>2. Assicurazione e responsabilità</i>	p. 17
<i>3. Il contratto di assicurazione della responsabilità civile. Il rischio</i>	p. 23
<i>3.1 (Segue) Delimitazioni contrattuali del rischio</i>	p. 32
<i>3.2 (Segue) L'ammissibilità del rischio putativo</i>	p. 39
<i>3.3 (Segue) I nuovi rischi</i>	p. 42
<i>4. L'ancora attuale dibattito in ordine al profilo definitorio del sinistro</i>	p. 49
<i>4.1 (Segue) L'elemento soggettivo del sinistro</i>	p. 55

CAPITOLO II

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PROFESSIONALE CON CLAUSOLA *CLAIMS MADE*

<i>1. Inquadramento del modello on claims made basis all'interno dell'archetipo del contratto di assicurazione per responsabilità civile</i>	p. 59
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

2. <i>Comparazione dei modelli loss occurrence e claims made nella duplice prospettiva dell'assicurato e della Compagnia assicuratrice</i>	p. 67
3. <i>La pretesa nullità della clausola claims made</i>	p. 76
4. <i>La riconosciuta validità della clausola claims made. Le puntuali obiezioni mosse alle principali ricostruzioni di segno negativo</i>	p. 81
5. <i>Qualificazione giuridica del contratto di assicurazione claims made: tra atipicità del negozio e pattuizione extratipica</i>	p. 88
6. <i>Clausola claims made e sindacato di vessatorietà</i>	p. 94

CAPITOLO III

IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA DELLE CLAUSOLE CLAIMS MADE

1. <i>Il giudizio di meritevolezza del contratto: tracce di un'evoluzione</i>	p. 106
2. <i>Il sindacato di meritevolezza nelle pronunce giurisprudenziali</i>	p. 121
3. <i>Ambito di operatività del giudizio di meritevolezza</i>	p. 124
4. <i>Il giudizio di meritevolezza quale grimaldello per sindacare l'equilibrio contrattuale</i>	p. 129
5. <i>La meritevolezza delle clausole claims made: la soluzione delle Sezioni unite 6 maggio 2016, n. 9140</i>	p. 156
5.1 (Segue) <i>Le critiche mosse alle Sezioni Unite del maggio 2016</i>	p. 170
6. <i>La (contraddittoria) giurisprudenza di merito successiva alle SS.UU.</i>	p. 179

CAPITOLO IV

**LE CLAUSOLE CLAIMS MADE DOPO LE SEZIONI UNITE: IL
“BRACCIO DI FERRO” TRA IL LEGISLATORE E LA CORTE DI
CASSAZIONE**

<i>1. La giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni unite del maggio 2016.....</i>	<i>p. 183</i>
<i>2. Le novità legislative in tema di assicurazione di responsabilità civile professionale: le nuove polizze degli avvocati.....</i>	<i>p. 193</i>
<i>2.1 (Segue) le nuove polizze professionali dei sanitari.....</i>	<i>p. 203</i>
<i>2.2 (Segue) le criticità sollevate dalle nuove norme.....</i>	<i>p. 208</i>
<i>3. La legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017 n. 124).....</i>	<i>p. 218</i>
<i>4. La clausola claims made agli albori della tipizzazione.....</i>	<i>p. 227</i>
<i>5. L’ordinanza interlocutoria n. 1465 del 19 gennaio 2018: la parola di nuovo alle Sezioni Unite.....</i>	<i>p. 235</i>
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....	p. 258
BIBLIOGRAFIA.....	p. 283
GIURISPRUDENZA.....	p. 335

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DI RESPONSABILITÀ CIVILE

1. L'evoluzione del tipo contratto di assicurazione, conseguenza diretta della diffusione di nuovi prodotti assicurativi, dell'emersione di nuovi rischi e dell'introduzione di nuove regole.

Negli ultimi decenni la diffusione di svariati fenomeni, interni ed esterni¹ all'attività assicurativa², ha finito con l'incidere profondamente sulla medesima tanto che, da un punto di vista squisitamente giuridico, si assiste ad una tendenza alla predisposizione di una legislazione di settore³ atta a sopperire all'esigenza - socialmente avvertita - di protezione da eventi spesso non facilmente controllabili.

¹ La riflessione in particolare si appunta, dal punto di vista sociale, sul mutamento genetico della natura e della percezione dei rischi da parte della collettività indifferenziata (nel senso di un ricorso sempre maggiore al servizio assicurativo); cui fa da *pendant*, dal punto di vista politico, la graduale messa in liquidazione dello stato sociale, per ragioni finanziarie, demografiche e politiche, nonché la contestuale necessità delle istituzioni pubbliche di gestire tali fenomeni per soddisfare le esigenze dei cittadini ed attuare una politica efficace di condivisione dei rischi. Senza contare che, sul versante economico, lo sviluppo dei mercati e la tecnica economica generano nuove possibilità di svolgere le attività e al contempo maggiore concorrenza, anche attraverso l'affinamento delle tecniche di gestione statistica dei dati, che contribuiscono in misura consistente ad implementare la gamma dei rischi tecnicamente assicurabili.

Nondimeno, la nascita e la progressiva valorizzazione del mercato unico europeo prima, e dell'Unione Europea poi, rappresentano fattori di impulso costante a grossi cambiamenti nonché a politiche di riavvicinamento ed armonizzazione.

² I. CARASSALE, *Il contratto di assicurazione della responsabilità civile. Rischio e autonomia privata*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca. Atti del X incontro nazionale*. Firenze 25-26 gennaio 2008, a cura di Collura, Milano, 2009, p. 22, la quale precisa che “per «assicurazione» si deve intendere quell'attività economica in base alla quale l'Impresa, applicando determinati principi tecnici, matematici, statistici e giuridici, raccoglie dagli assicurati, attraverso il pagamento dei premi, un complesso di mezzi finanziari che, opportunamente gestiti, le consentono di fronteggiare la sopportazione del costo dei danni sulla medesima trasferiti”.

³ Si allude all'emanazione del codice delle assicurazioni private e del codice in materia di protezione dei dati personali nonché del codice del consumo (quest'ultimo *infra*). Quanto al primo, ha l'obiettivo di fissare i principi cui l'intero settore delle assicurazioni deve uniformarsi laddove il secondo s'interseca con la disciplina dettata dal codice civile agli artt. 1892 – 1893 in materia di informazioni inesatte e reticenti.

In argomento, quanto alla progressiva perdita di esaustività del codice civile con riferimento alla disciplina del contratto di assicurazione v. *ex multis* N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999; ID., “*Codici di settore*”: *compimento della “decodificazione”*, in *Dir. e Soc.*, 2005, p. 131 ss.; M. DE GIORGI – G. SAVINI, *La legge annuale di semplificazione: il nuovo modello di semplificazione*, in *Nuova rass.*, 2003, pp. 2451 ss.; AA. VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2005; R. SENIGALLIA, *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistematica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 137 ss.; R. ROLLI, *Il “codice” e i “codici” nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 1496 ss.

Senza contare lo sforzo imposto al legislatore nel superare la doppia sfida lanciata dal fenomeno della globalizzazione, in termini di espansione sui mercati esteri, nonché di aggiornamento e innovazione del mercato interno⁴.

Tuttavia, una simile inclinazione alla legislazione di settore si è rivelata foriera di non poche difficoltà di coordinamento con il diritto previgente⁵ - primo fra tutti il codice civile - tali da mettere in dubbio la stessa adeguatezza ovvero la resistenza di quest'ultimo al mutare della prassi economica e giuridica⁶. Invero, la cennata evoluzione del mercato assicurativo si è tradotta, a monte, nella diffusione di "prodotti" assicurativi ben lontani dal tradizionale archetipo di contratto di assicurazione, al punto da interrogarsi sulla possibilità di una loro sussunzione all'interno del tipo contrattuale delineato dall'art. 1882 c.c.⁷.

In un simile scenario un ruolo decisivo hanno assunto da un lato la tendenza, ampiamente diffusa, di ricostruzione del tipo "contratto di assicurazione" in base alle sole norme del codice civile, conferendo di conseguenza rilievo determinante alle definizioni ivi contenute; dall'altro il lampante disallineamento tra la disciplina del contratto di assicurazione e i concreti rapporti tra assicuratore e assicurato. Con riguardo a tale ultimo aspetto, non v'è chi non veda⁸ come nel codice civile campeggi un modello di contratto di assicurazione servilmente plasmato sulle

⁴ In questi termini M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Giappichelli, 2009, p. 2.

⁵ Giova notare, in via di prima approssimazione, che alle descritte difficoltà di coordinamento tra i diversi comparti legislativi, si affianca una rinnovata visione dei rapporti di forza tra le parti del rapporto contrattuale, soprattutto sulla scia della legislazione a tutela del contraente debole, e in materia di trasparenza e di obblighi informativi, che mette quantomeno in crisi la presunzione di parità delle parti.

⁶ F. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, pp. 151 ss., il quale "ci si chiede, insomma, se le vigenti discipline del contratto di assicurazione, costituendo la cristallizzazione normativa dei fondamenti tecnici ed economici del meccanismo di trasferimento finanziario del rischio ed in quanto tali espressioni unilaterali delle esigenze dell'impresa assicurativa, non rappresentino ormai un retaggio di un'epoca in cui l'assicuratore era considerato soggetto degno di particolare tutela, onde evitare che potesse venire fortemente penalizzato nell'assunzione del rischio in condizioni di squilibrio informativo a suo favore".

⁷ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 8, sostiene al riguardo che "In altri termini, chi si accosti oggi al mercato assicurativo e alle sue regole, si trova a dover sciogliere un nodo interpretativo di importanza fondamentale. Si tratta di delineare i rapporti tra tipo contrattuale assicurativo e i molteplici spunti di atipicità provenienti dalla prassi e, in alcuni casi, da fonti normative di extracodicistiche. Gli spunti di atipicità sono tali perché - a una prima lettura delle norme in materia contrattuale - essi sembrano discostarsi significativamente dal tipo "contratto di assicurazione" come delineato dal codice civile agli artt. 1882 e seguenti".

⁸ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 8.

tipologie assicurative diffuse tra il XIX e il XX sec., di guisa diverso da quello attuale, poiché quasi esclusivamente chino sulle informazioni in possesso dell'assicurato relative al rischio, laddove nessun riferimento è dato rinvenire in ordine alla posizione di questi nella valutazione degli effetti giuridici dei comportamenti delle parti. Vien fatto di osservare che si impone all'interprete la necessità di verificare, in primo luogo, l'attuale rilevanza dei più importanti aspetti del regime legale vigente delle assicurazioni⁹, nonché la possibilità e le concrete modalità di adeguamento della medesima alle nuove caratteristiche dei concreti rapporti intercorrenti tra assicurato e assicuratore.

I termini della questione traggono spunto da una (ri)lettura critica della disciplina del contratto di assicurazione a seguito dell'emersione della contrattazione di massa e delle istanze di tutela dei contraenti deboli (*id est* la disciplina consumeristica, con le conseguenze sistematiche che reca con sé in termini di prospettive di tutela degli assicurati); nonché da una progressiva presa d'atto dell'inadeguatezza delle norme *de quibus* alla realtà economica odierna, in ragione dello sviluppo del mercato assicurativo e dei nuovi prodotti distribuiti. Da qui, la duplice esigenza di riforma della disciplina esistente del contratto di assicurazione¹⁰ e di individuazione della normativa applicabile ai nuovi prodotti assicurativi, rispetto alla quale fondamentale risulta l'esatta individuazione della definizione del "contratto di assicurazione", al precipuo scopo di chiarire quali tra

⁹ L'esigenza di tragarare il contratto di assicurazione alle vicende tecniche ed economiche sottostanti, al fine di stabilire esattamente l'*ubi consistam* del contratto in parola in senso giuridico, è stata già avvertita da G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973, 24.

¹⁰ Tali esigenze riformistiche non sono proprie soltanto dell'ordinamento nostrano, ma si sono palesate, e sono state variamente risolte, anche negli ordinamenti d'oltralpe. Giova notare come i primi strumenti predisposti dai vari sistemi si riducono essenzialmente alla garanzia di stabilità e solvibilità delle compagnie di assicurazione, nonché alla predisposizione di meccanismi volti a garantire una tutela all'assicurato in caso di crisi finanziaria delle compagnie. In questi termini R. HODGIN, *Insurance Law. Text and Materials*, 2 edition, Cavendish Publishing, 2002, 14.

Tra i sistemi che hanno virato per una riforma sistematica del diritto dei contratti di assicurazione possono annoverarsi senz'altro l'Australia e la Germania. Riferisce intorno alla riforma tedesca V. CUOCCI, *La riforma della legge sul contratto di assicurazione in Germania: novità, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 706 ss. Per quanto concerne invece le novità introdotte nel diritto assicurativo australiano si veda A. TARR- J.R. TARR, *Utmost Good Faith in Insurance: Reform Overdue?*, 2002, 10, *Asia Pacific LR*, 171.

le diverse tipologie offerte dalle compagnie assicuratrici vi rientrino e quali, invece, siano espressione di un'evoluzione nei modi di intendere il contratto assicurativo¹¹.

Sembra in proposito doversi accogliere la prospettiva di chi¹², complice un'avvertita esigenza di ammodernamento del diritto contrattuale assicurativo in un'ottica di riequilibrio del rapporto tra assicuratore e assicurato, fornisce una risposta a tali interrogativi muovendosi lungo l'impervio sentiero del superamento della ricostruzione del tipo¹³- contratto di assicurazione¹⁴ in base alle sole disposizioni contenute negli artt. 1882 ss. c.c.¹⁵, in ragione dell'introduzione nell'ordinamento italiano di una serie di norme che hanno profondamente inciso sulla disciplina applicabile, contribuendo ad attualizzarne di tal guisa il significato.

¹¹ U. BRECCIA, *Le nozioni di "tipico" e "atipico": spunti critici e ricostruttivi*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, a cura di F. D. BUSNELLI, Milano, 1983, pp. 14 ss., ad avviso del quale "l'«atipico», nel significato di «diverso», «singolare», «anomalo», sembra destinato a dissolversi per effetto del moltiplicarsi e dell'intrecciarsi dei sistemi e dei sottosistemi di regole. C'è sempre meno spazio per la libera creatività degli individui, là dove domina la fenomenologia contemporanea del neo – contrattualismo. Il primato delle mediazioni tra le grandi organizzazioni collettive nelle quali si distribuiscono e si ripartiscono i poteri, un tempo racchiusi (ancorché con molta approssimazione) tra i tradizionali poli dello stato e dell'individuo, provoca il paradosso, già segnalato, di un «atipico» unilateralmente e uniformemente programmato all'atto del suo stesso affermarsi. Di conseguenza, gli ulteriori approfondimenti analitici si iscrivono in gran parte nella nuova realtà della «atipicità standardizzata»".

¹² Il riferimento è ancora a M. GAGLIARDI, *op. cit.*, in particolare pag. 47 ss.

¹³ Sulla tipizzazione dei contratti cfr. *ex multis*, G. B. FERRI, *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, pp. 715 ss.; R. SACCO, *La qualificazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 425 ss.

¹⁴ La propensione degli interpreti nei confronti di un'idea di tipicità che si basa sulle sole norme che il codice civile dedica esplicitamente al contratto di assicurazione può rinvenirsi nelle dissertazioni che hanno accompagnato l'emanazione del codice delle assicurazioni private (D. lgs. 7 settembre 2005, n. 209). Non può lasciarsi nell'ombra che si è assistito in quella sede, in luogo delle considerazioni in tema di riordino normativo cui il Codice in parola ha dato luogo, a tutta una serie di riflessioni circa l'opportunità di inserire nel codice delle assicurazioni la disciplina del contratto di assicurazione, attraverso un'operazione di travaso degli artt. 1882 ss. c.c. nel codice di settore. Sul tema si v. A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e «resistenze»*, in *Contr. e Impr.*, 2006, pp. 1289 ss.

¹⁵ M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 21, ha cura di precisare che "Tale operazione richiede una ricerca volta a delineare il tipo stesso, nella consapevolezza che se, per un verso, gli artt. 1882 ss. cod. civ., appaiono insufficienti ad abbracciare tutte le novità intervenute nel mondo assicurativo, per altro verso, risulta insoddisfacente anche l'approccio più tradizionale ai rapporti tra tipico ed atipico". L'Autrice prende le distanze da quell'atteggiamento giurisprudenziale proteso a considerare come contratti misti quei contratti che non sembravano rientrare sic et simpliciter in un tipo predeterminato, applicando poi comunque la disciplina di un tipo legale. In altre parole il rapporto tra tipicità ed atipicità del contratto viene esaminato in ambito assicurativo con particolare attenzione all'individuazione del tipo, il quale deve necessariamente tenere conto del complesso delle norme vigenti ed incidenti sul contratto e dalle quali poi discende la normativa applicabile. Nella medesima direzione si muove anche U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 3 ss., il quale riferisce che "Nella visione di certi interpreti tutto sembra ricomporsi attorno al «tipico»"

A valere di tale conclusione si richiama la tendenza, ormai consolidata, di interpretare le norme di cui agli art. 1882 ss. c.c. alla luce della realtà economica e della moderna tecnica assicurativa¹⁶, così da edificare il sistema del contratto di assicurazione ben al di là della normativa cui testualmente tali norme si riferiscono¹⁷. Giova notare che la disciplina dedicata dal codice civile al contratto di assicurazione si pone come il risultato della cristallizzazione dell'attività assicurativa esercitata negli anni che precedono l'emanazione del codice, sicché risulta di palmare evidenza la necessità di un ammodernamento della fonte di regolazione dell'attività economica delle nuove imprese assicuratrici, donde renderne possibile l'applicazione rispetto ai mutati assetti tecnico-giuridici e socio economici in cui queste ultime si trovano ad operare¹⁸.

In questa prospettiva si tributa una rinnovata centralità¹⁹ alla disciplina del codice civile²⁰ in materia di assicurazione, giusta la sua capacità di svolgere un

(ove per «tipico» si intendono le grandi categorie del codice), ma è un'operazione di facciata. Gli schemi legali, quando ancora esistono, si moltiplicano (per la frantumazione interna o per interventi del legislatore nelle aree sottoposte a più penetranti controlli)».

¹⁶ G. FANELLI, *op. cit.*, p. 11 ss.

¹⁷ A sostegno di questa lettura si adduce significativamente il riferimento operato dall'art. 1883 c.c. alla disciplina delle imprese di assicurazione. Il che val quanto dire che il collegamento tra contratto ed impresa risulta dalla stessa natura del rapporto assicurativo e dalla struttura delle obbligazioni che lo realizzano, rivestendo l'impresa di assicurazione una rilevanza centrale nella disciplina che il codice ha predisposto per il contratto di assicurazione. Ciò nel senso che tale disciplina non sarebbe affatto comprensibile quantunque slegata dal peculiare funzionamento del rapporto assicurativo.

¹⁸ In questi termini M. GAGLIARDI, *op. cit.*, p. 44 ss.

¹⁹ Cfr. P. RESCIGNO, *La "forma" del codice: storia e geografia di un'idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 29 ss.; S. MAZZAMUTO - L. NIVARRA, *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 531; P. SCHLESINGER, *Codice Civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pp. 403 ss.

²⁰ Non si ignorano, in questa sede, i fenomeni che hanno contribuito -e contribuiscono tutt'oggi- a determinare spinte centrifughe verso altri comparti normativi. Il riferimento è in primo luogo al fenomeno della "decodificazione". Ai fini della presente trattazione, in particolare, il Codice delle assicurazioni private rappresenta l'esempio paradigmatico di decodificazione e, benché a livello settoriale, di ri-codificazione. Tali aspetti, in particolare, vengono in rilievo sotto due distinti angoli di visuale: in primo luogo si pone il problema del raccordo tra le norme del contratto di assicurazione poste nel codice civile e quelle del Codice delle assicurazioni private; *in secundis* c'è poi il problema del rapporto tra i codici di settore, in ragione del fatto che il diritto contrattuale assicurativo è interessato dall'applicazione delle norme sia del Codice in materia di protezione dei dati personali (che a sua volta si intersecano con la disciplina dei rapporti informativi tra le parti del contratto di assicurazione di cui agli artt. 1892-1893 c.c.), sia del Codice del consumo, per quanto concerne in particolare la disciplina delle clausole abusive.

Per questi profili v. *ex multis*, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit.; ID., *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, cit., pp. 131-135; M. DE GIORGI-G. SAVINI, *La legge annuale di semplificazione: il nuovo modello di assicurazione*, cit., pp. 2451-2468; AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, cit.; R. ROLLI, *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, cit., pp. 1469 ss.

ruolo primario nella regolamentazione delle novità, destituendo così di fondamento la tesi che tenta di relegarlo al rango di comparto normativo a ristretta fruibilità, facendo trascinare al di fuori del modello archetipico di cui agli artt. 1882 ss. c.c. i nuovi prodotti assicurativi proposti dalle Compagnie.

Nel tentativo di fornire una visione di insieme delle ipotesi problematiche che introducono nell'ordinamento innovazioni rispetto al tipo contrattuale assicurativo le cui coordinate assiali sono disciplinate dal codice civile, vale in tal senso indugiare sugli spunti di atipicità derivanti dalla prassi e dal mercato assicurativo, nonché su quelli giuridico-sociali in vario modo espressi dal tessuto sociale di riferimento.

Dal primo punto di vista, la sfida lanciata dalla globalizzazione (*id est* l'apertura ai mercati esteri) si traduce nell'incoraggiamento della libera circolazione di servizi, fornitori di servizi, e - per quel che più in questa sede interessa - prodotti assicurativi²¹. I “nuovi” prodotti assicurativi²², importati dagli ordinamenti d'oltralpe e circolanti a livello nazionale, generano (se non crisi di rigetto²³, quantomeno) problemi di compatibilità e di individuazione della disciplina all'uopo applicabile²⁴.

Degni di nota sono poi anche gli interventi legislativi che hanno introdotto, al di fuori della disciplina del codice civile, ex novo la disciplina legale di nuovi tipi contrattuali (come è accaduto per il *leasing*, il *factoring*, o la multiproprietà), ovvero semplici modifiche –anche di rilievo– alla disciplina già approntata dal codice per i tipi nominati (la locazione, ad esempio, è stata oggetto di modifiche puntuali in tema di locazione di immobili urbani destinati a civile abitazione).

²¹ Per alcune fondamentali letture sui rapporti tra diritto ed economia e sulle fonti di regolamentazione delle operazioni economiche, v. AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, IV ed., 2001; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; M. R. FERRARESE, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004; N. IRTI, *L'ordine del mercato*, Roma-Bari, 1998; G. GOLLIER- B. JULLIEN- N. TREICH, *Scientific Progress and Irreversibility: an Economic Interpretation of the “Precautionary Principle”*, in 75 *J. Public Economies* [2000]; R. H. THALER, *Mental Accounting matters*, in 12 *J. Of Behavioral Decision Making*, [1999].

²² M. GAGLIARDI, in op. cit., p. 41, ad avviso della quale, “il «prodotto» assicurativo ha in concreto natura giuridica, nel senso che esso è costituito dal complesso di pattuizioni che ne delimitano la portata. Dunque, i nuovi prodotti delle compagnie di assicurazione sono, essenzialmente, contratti”.

²³ Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Charlottesville, Va, 1974; in ed. it.: *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984.

²⁴ M. GAGLIARDI, op. cit., 31, la quale riferisce in particolare della diffusione nel mercato nazionale delle assicurazioni c.d. *Long Term Care*: “La peculiare strutturazione di questi prodotti, in ragione principalmente della varietà delle prestazioni dell'assicuratore, nonché le diverse coperture concretamente offerte, hanno posto agli operatori il problema circa la loro riconducibilità

Quanto invece alle spinte innovative rivenienti dalla società, esse non mancano di destare perplessità, sia nell'ottica ricostruttiva del fenomeno assicurativo, sia in una più ampia prospettiva di politica del diritto e di gestione del rischio. Anticipando in parte quanto si avrà cura di argomentare in seguito²⁵, l'offerta da parte delle compagnie assicurative (e prima ancora la richiesta da parte dei consociati) di coperture assicurative per i c.d. "nuovi rischi"²⁶, comporta inevitabilmente una ri-costruzione giuridica della nozione di rischio assicurabile²⁷.

Tale operazione si presenta ormai ineludibile, poiché è un dato di fatto che la natura e la percezione dei rischi da parte dei consociati sono molto cambiati rispetto all'epoca di emanazione del codice²⁸; ciò comporta che il potere politico sia chiamato a gestire al meglio questi fenomeni, nella ricerca di nuovi modi di distribuzione della ricchezza e di collettivizzazione dei rischi, per incentivare il progresso nel mercato interno.

Non ultime, un terzo gruppo –alquanto composito– di ipotesi innovative rispetto alla disciplina codicistica del contratto di assicurazione si ricava dal formante legislativo di derivazione comunitaria: il riferimento è agli interventi

(ancor prima dell'ammissibilità) al settore vita o a quello non vita ed alle relative discipline, contrattuali e non solo".

Tali problemi si ripropongono, con la stessa rilevanza pratica, anche rispetto alle polizze di assistenza e a quelle in materia giudiziaria

²⁵ V. infra par. 3.3

²⁶ Si tratta di una serie di rischi dai connotati molto diversi da quelli assunti a parametro di riferimento dal legislatore del '42. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai rischi di inadempimento, agli sviluppi in area di assicurazione di responsabilità civile (tra cui un posto di preminente rilievo è occupato dall'assicurazione con clausola *claims made*, su cui v. *amplius* il prosieguo della trattazione, cap. 2 e ss.), ai rischi più personali, come quello di non autosufficienza.

²⁷ La necessità e la centralità della ricostruzione tecnico-giuridica del rischio sono ben evidenziate, tra gli altri, da G. FANELLI, op. cit., p. 65 ss; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 56 ss.; ID., *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. econ. ass.*, 2002, pp. 539 ss.; V. FERRARI, *Introduzione allo studio giureconomico del rischio*, Cosenza, 1993.

²⁸ V. U. BECK, *La società del rischio*, ed. it., a cura di W. Privitera, Roma, 2000; S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, trad. it. a cura di M. Graziadei, Milano, 2001; T. BAKER-J. SIMON, *Embracing risk*, Chicago-London: The University of Chicago Press, 2002; F. EWALD, *The return of the Crafty Genius: an Outline of a Philosophy of Precaution*, in 6 Conn, Ins, L. J., 47; F. STELLA, *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, pp. 3 ss.; AA.VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato – Atti del XVI colloquio biennale dell'Associazione italiana di Diritto Comparato svoltosi a Pisa nei giorni 22.24 maggio 2003*, a cura di G. Comandè e G. Ponsanelli, Torino, 2004.

ricongiungibili al c.d. “consumerismo”²⁹, nonché al Codice delle assicurazioni private (decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209)³⁰.

Gli interventi a protezione del consumatore³¹, in particolare, lungi dal costituire un apparato statico ed a sé stante di norme, vanno rettammente considerati nella loro interazione concreta con i rapporti sui quali vanno ad incidere: è noto infatti che i margini di interesse della normativa consumeristica spaziano dagli obblighi informativi³² alla trasparenza³³ dei contratti³⁴, per arrivare a conformarne

²⁹ In generale, giova notare che le riforme legislative in tema di protezione dei consumatori vengono illustrate come l'esempio classico della *vis expansiva* del diritto comunitario, in grado di incidere sul diritto privato degli Stati membri. In termini v. C. JORGES, *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*, in *European Law Journal* 3 (1997) (Section IV A 2), p. 381.

³⁰ Gran parte del riordino della normativa delle assicurazioni, effettuato attraverso l'emanazione del codice in parola, costituisce attuazione delle direttive comunitarie nel nostro ordinamento. Il codice delle assicurazioni private rappresenta, di per sé, un'importante innovazione normativa che introduce spunti di atipicità rispetto al tipo contrattuale di cui agli artt. 1882 c.c. ss. Di guisa che, le moderne problematiche assicurative vanno poste a confronto con il codice civile, non già con il codice delle assicurazioni. A sostegno di tale assunto (*id est* del ruolo di parametro di riferimento assolto dal codice civile) può essere utilmente addotto l'art. 165 cod. ass., che fa salvo il ruolo del codice civile nella disciplina del contratto di assicurazione.

³¹ Come noto, la direttiva n. 93/13/CE ha trovato attuazione nel nostro ordinamento, dapprima con la l. 6 febbraio 1996, n. 52, che ha introdotto nel corpo del codice civile gli artt. 1469-bis e ss, successivamente con il d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo).

La dottrina sul punto è vastissima. Senza pretesa di esaustività, cfr. M. BESSONE, *Il “consumerism” negli anni '80*, in *Pol. Dir.*, 1983, p. 357; G. CHINE', *Il consumatore*, in *Trattato di diritto europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, vol. I, pp. 435 ss.; R. CALVO, *I contratti del consumatore – Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005; AA.VV. *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini – *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 3, tomi * e **, Torino, 2005.

³² In dottrina, per un approfondimento sul tema, cfr. M. GAGLIARDI, *Equilibri informativi e diritti fondamentali nel contratto di assicurazione*, in *Diritto Privato Europeo e Diritti Fondamentali*, a cura di G. Comandè, Torino, 2004, p. 181 ss.

In via di approssimazione, si precisa che gli obblighi informativi propriamente detti possono essere identificati in quelli imposti a carico del professionista-assicuratore relativi alle informazioni di vario contenuto che egli deve rendere all'assicurato prima della conclusione del contratto ovvero in sede del primo contatto commerciale con il cliente (come ad esempio le informazioni relative all'identità del soggetto, allo scopo del contratto, ai diritti del cliente rispetto ai contratti successivi, ecc.).

³³ Possono essere ricondotti all'area di operatività della regola della trasparenza tutte quelle informazioni che gli assicuratori e gli intermediari devono rendere al cliente e che concorrono a specificare sia le condizioni dell'assicurazione, sia gli obblighi reciproci derivanti dal contratto (come ad esempio l'obbligo di redazione e consegna da parte dell'assicuratore della c.d. nota informativa).

³⁴ Sull'opportunità di tenere distinti gli obblighi di informazione dalle regole di trasparenza, cfr. C. RUSSO, *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione. La prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Padova, 2001, p. 35, il quale “mentre i profili informativi sono all'origine di obblighi comportamentali imposti alle parti, la regola di trasparenza, nelle sue varieguate formulazioni, si riferisce esclusivamente al regolamento contrattuale, di cui fissa i criteri di redazione ed impone la valutazione in previsione dell'applicazione delle sanzioni previste dalle norme di riferimento”. Di guisa che “alla stregua delle norme dettate in tema di trasparenza, il

il contenuto e a bilanciare in modo del tutto innovativo l'equilibrio degli interessi delle parti, nella premessa della debolezza di una soltanto di esse. Con particolare riguardo a tal ultimo aspetto, la novità più dirimente può senz'altro ricondursi alla normativa in tema di clausole abusive (art. 33 ss. Cod. Consumo). La questione, invero, diventa assai spinosa nell'ambito del contratto di assicurazione, ove tra le clausole che possono essere tacciate di abusività molto spesso vi rientrano quelle delimitative dell'oggetto del contratto, tra le quali tradizionalmente si fanno rientrare le c.d. «clausole di delimitazione del rischio»³⁵ (la cui distinzione, a loro volta, rispetto alle clausole limitative della responsabilità non è sempre agevole³⁶). Gli è che, invero, poiché l'art. 34 cod. cons. ha cura di escludere dal sindacato sindacato di abusività le clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto solo allorché esse indichino in modo chiaro e comprensibile siffatti elementi (co. 2)³⁷, nonché, in generale, a condizione che siano state oggetto di trattativa individuale (co. 4), ciò equivale ad affermare che, nel settore assicurativo, il sindacato in parola interesserà la totalità delle clausole, ivi comprese quelle delimitative del rischio³⁸: tanto sull'evidente considerazione della predisposizione unilaterale del contratto di assicurazione da parte di uno dei contraenti (*id est* l'assicuratore), che esclude in radice (o quanto meno la rende eventualità alquanto remota) la trattativa specifica in ordine alla singola pattuizione. Ciò con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti e dell'intensità e modi del sindacato giudiziale sul contratto³⁹.

regolamento negoziale assume un rilievo autonomo ed è valutato in sé, a prescindere dallo stato soggettivo, e quindi da un comportamento del predisponente”.

³⁵ Sulle quali, v. *funditus* par. 3.1 del presente capitolo.

³⁶ Per quanto concerne le clausole di esclusione o limitazione della responsabilità, nonché sulla distinzione con le clausole delimitative dell'oggetto del contratto e con altre tipologie di clausole, cfr. *ex multis*, G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984; F. BENATTI, *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., II*, Torino, 1988, pp. 397 ss.

³⁷ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 90 “ciò rende particolarmente evidente lo scopo principale della previsione, che è appunto quello della trasparenza del contenuto del contratto, con particolare riguardo alla sua parte fondamentale”.

³⁸ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 91.

³⁹ Tale situazione ha giustificato, oltre che la predisposizione di un protocollo d'intesa tra associazioni dei consumatori e ANIA volto all'individuazione delle clausole suscettibili di essere interpretate in termini di abusività, anche la sottoposizione di numerose clausole ad azioni inibitorie ovvero individuali.

Vale, peraltro, la pena considerare che, a livello descrittivo-concettuale, in questa congerie di ipotesi problematiche raggruppate nel terzo gruppo, ben possono inserirsi anche quelle innovazioni che “deviano” dal tipo tradizionale assicurativo, e che provengono dall’interpretazione adeguatrice delle stesse norme del codice civile effettuata dalla giurisprudenza più attenta alle istanze di ammodernamento della fonte di regolazione. Un tracciato d’indagine particolarmente significativo è rappresentato dalla regolamentazione della (ontologica) situazione di asimmetria informativa bilaterale⁴⁰ che caratterizza il rapporto tra la compagnia assicurativa e il cliente, in cui emblematiche risultano le disposizioni di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c., in tema di dichiarazioni inesatte e reticenti⁴¹. Tali norme, giusta la perentorietà nel riconoscere tutela unicamente all’assicuratore, considerato la sola parte debole del contratto (posta l’impossibilità in cui versa di acquisire sufficienti conoscenze ai fini della contrattazione, laddove l’assicurato è l’unico conoscitore delle circostanze del rischio da assicurare e rispetto al quale sussiste il preciso obbligo testè indicato⁴²), sono state reinterpretate dalla giurisprudenza formatasi con riguardo al valore dei questionari sottoposti all’assicurato⁴³. Tanto è avvenuto

⁴⁰ Sul punto si veda A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002, pp. 10 ss.; D. PORRINI, *Aspetti economici nella normativa sul contratto di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 2000, pp. 3 ss.

⁴¹ F. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., pp. 151 ss., il quale evidenzia che “nel diritto italiano, le norme degli artt. 1892 e 1893 c.c. forniscono una dettagliata disciplina della corrispondenza tra rischio reale e rischio rappresentato in fase pre – contrattuale, distinguendo, a seconda dell’atteggiamento psicologico tenuto dall’assicurando, le dichiarazioni inesatte e reticenti dallo stesso rese e facendone derivare conseguenze sia sul contratto sia in ordine al diritto all’indennizzo in caso di sinistro. Qualora, infatti, l’assicurando abbia con dolo o colpa grave sottaciuto o dichiarato inesattamente circostanze rilevanti ai fini della valutazione del rischio da parte dell’assicuratore, il contratto può essere annullato ad istanza di quest’ultimo e, nel caso di sinistro, è prevista la sanzione della decadenza dal diritto dell’assicurato all’indennizzo. Diversamente, nel caso in cui le dichiarazioni inesatte o reticenti influenti sulla valutazione del rischio, siano rese senza dolo o colpa grave, sono previste, quali conseguenze, il diritto di recesso dal contratto esercitabile dall’assicuratore e, in caso di sinistro, la riduzione proporzionale dell’indennizzo, in rapporto al maggior premio che l’assicuratore avrebbe stabilito, nel caso di corretta rappresentazione del rischio da parte dell’assicurando”.

⁴² R. CAVALLO BORGIA, *L’assicurazione di responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, Giuffrè, 2007, p. 88, la quale rileva che “si tratta, senza dubbio, di un momento molto delicato del rapporto contrattuale poiché ben potrebbe l’assicurato omettere di rilasciare informazioni importanti ovvero rilasciarle in modo inesatto, proprio al fine di sottrarsi, talvolta mediante veri e propri artifizii e raggiri (in ipotesi dolosa), al peso delle eventuali condizioni più onerose. Con l’intento di evitare ipotesi di questo tipo il legislatore ha voluto prevedere un’apposita disciplina, sostanzialmente a tutela delle compagnie di assicurazione, con gli artt. 1892 e 1893 c.c.”

⁴³ In giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 25 marzo 1999, n. 2815, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, pp. 341 ss., con nota di R. DIES, *Gli ultimi interventi della Cassazione in tema di dichiarazioni inesatte o*

attraverso una lettura riequilibrativa del rapporto, mercè la clausola di buona fede e correttezza⁴⁴, dalla quale gemmano obblighi di cooperazione anche in capo all'assicuratore⁴⁵.

In un simile scenario, volendo tirare le file del discorso, in mancanza di un intervento legislativo “in blocco” della materia assicurativa⁴⁶, non sembra quindi possano essere sottovalutate le modifiche intervenute in via interpretativa o legislativa. Si intende affermare, in altri termini, che la normativa consumeristica

reticenze del contraente quale causa di annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c.; Cass., 20 novembre 1990, n. 11206, in Giur. it., 1991, pp. 1029 ss., con nota di R. WEIGMANN, L'importanza del questionario per valutare le reticenze dell'assicurato.

In dottrina, F. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., pag. 151 ss., il quale rileva “l'utilizzo del questionario pre – assuntivo da mera prassi rimessa alla discrezione dell'assicuratore diventa dunque espressione tipizzata di un dovere di cooperazione che viene a trasformare la rappresentazione del rischio da mera dichiarazione unilaterale dell'assicurando a dialogo tra i due contraenti sulla base di un intreccio di reciproci doveri di correttezza, nel comune intento di individuare e delimitare l'area del rischio oggetto del trasferimento assicurativo. Nel contesto di questa dialettica pre – contrattuale tra assicurando e assicuratore il questionario svolge un ruolo essenziale ai fini del riparto dell'onere probatorio circa la rilevanza degli elementi circostanziali del rischio influenti sulla sua assicurabilità”.

⁴⁴ Un altro esempio molto significativo di questa tendenza delle corti a reinterpretare le norme del codice civile tradizionalmente chine ad approntare tutela al solo assicuratore, è quello relativo alla vicenda dei contratti di assicurazione con clausola di regolazione del premio. La Suprema Corte (Sezioni Unite 28 febbraio 2007, n. 4631), nel risolvere il contrasto giurisprudenziale (originatosi a seguito della pronuncia della Cass. 18 febbraio 2005, n. 3370) riguardante l'inquadramento dell'obbligo di comunicazione dei dati variabili a carico dell'assicurato, ha accolto l'orientamento più recente incline ad interpretare la clausola di regolazione del premio come strumento che attribuisce tutela ad entrambe le parti del rapporto assicurativo, applicando nel settore in esame l'interpretazione secondo buona fede delle clausole contrattuali e la valutazione secondo buona fede dell'inadempimento, *id est* la buona fede esecutiva.

Per i commenti alla pronuncia delle Sezioni Unite, cfr. *ex multis* G. TRAVAGLINO, *Clausola di regolazione del premio e buona fede oggettiva*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 961; L. BUGIOLACCHI, *Clausola di regolazione del premio, condotta delle parti e ruolo della buona fede*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1068; E. DE CANDIDO ROMOLE, *La clausola di regolazione del premio: Le Sezioni Unite ritrovano la buona fede*, in *Danno e resp.* 2007, p. 1017.

⁴⁵ Si afferma, in particolare, che le conseguenze accordate dal legislatore, in ordine all'inesattezza delle informazioni, trovano applicazione solo allorché l'assicuratore, conoscendola, avrebbe assunto il rischio a condizioni diverse ovvero non lo avrebbe assunto affatto. In altre parole, si richiede una forma di cooperazione a carico dell'assicuratore, sul quale incombe un preciso onere di fornire indicazioni chiare circa le informazioni rispetto alle quali abbia un singolare interesse. Ne deriva che, in caso di difetto, sarà a suo carico l'onere di provare la reticenza colpevole dell'assicurato.

In proposito, *ex multis*, si veda Cass., 20 novembre 1990, n. 11206, cit., ove si legge “per delimitare l'estensione del suddetto obbligo dell'assicurando, l'assicuratore, in ossequio alle regole di correttezza, è tenuto ad apprestare un quadro di riferimento delle circostanze che intende conoscere, tale da ridurre congruamente gli spazi di indeterminatezza circa i fatti, riguardanti persone o cose, alla conoscenza dei quali abbia interesse, con la conseguenza, in mancanza, che gli eventuali dubbi sulla rilevanza delle circostanze non (o inesattamente) dichiarate, ovvero sulla relativa colpevolezza, restano a carico dell'assicuratore che vi ha dato causa”.

⁴⁶ Per i sistemi che hanno invece optato per una riforma sistematica del diritto assicurativo, v. nota 10.

nonché l'evoluzione curiale che ha interessato alcune norme del codice civile, testimoniano del fatto che la disciplina del contratto di assicurazione contenuta nel codice civile, in concreto, è stata oggetto di una sorta di aggiornamento, poiché essa travalica i limiti del tessuto codicistico⁴⁷. Il che val quanto dire che le descritte innovazioni normative e giurisprudenziali non hanno creato *ex novo* inedite fattispecie legali (atipiche), bensì hanno solamente introdotto nuove regole in punto di interpretazione del contratto di assicurazione, che si fregia quindi di una rinnovata tipicità, essenzialmente votata al riequilibrio delle posizioni tra assicurato e assicuratore.

Allo stesso modo, le novità esaminate in relazione alla diffusione, nella prassi del mercato, di nuovi prodotti assicurativi nonché all'emersione, nel tessuto sociale, di nuovi rischi e nuove esigenze da assicurare, è perfettamente in linea di continuità con la disciplina che il legislatore del '42 ha riservato al contratto di assicurazione, il quale si presenta oggi nella versione "geneticamente modificata" per effetto di un necessario processo di rinnovamento, che non si è realizzato al prezzo della perdita di tipicità⁴⁸. Fuor di metafora, i descritti spunti di atipicità hanno lasciato intatta la struttura e la funzione del contratto, non alterando in alcun modo neanche l'idea di rischio ovvero della complessiva operazione che i contraenti intendono realizzare col ricorso a tale strumento negoziale, limitandosi tutt'al più ad inverare il moderno mondo assicurativo⁴⁹; di guisa che, in fin dei conti, può rilevarsi che lo scopo delle più nuove coperture assicurative non si discosta dalla funzione (*id est* causa) tradizionalmente caratterizzante il contratto di assicurazione.

⁴⁷ M. GAGLIARDI, op. cit., pp. 106 ss.

⁴⁸ Vale la pena considerare che tale fenomeno risulta conforme all'analoga tendenza che si registra più in generale nel diritto dei contratti. Sul punto v. M. LUPOI, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 239 ss.; E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 779 ss.; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea, tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, pp. 361 ss.; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 543 ss.; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 727 ss.

⁴⁹ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 288, afferma in proposito che "il diritto nazionale subisce una sorta di "intrusione" da parte dei principi e delle regole del diritto comunitario. Oltre a modifiche di regole esistenti o all'introduzione di istituti o elementi nuovi nel diritto nazionale, tale "intrusione" comporta anche la necessità di un'integrazione nel circuito interpretativo delle regole.

Questa capacità di assorbimento delle novità, propria del contratto di assicurazione, si traduce nella reazione del tipo ai nuovi prodotti, alle nuove esigenze e ai nuovi rischi, determinando una vera e propria “evoluzione del tipo”⁵⁰.

La prospettiva d’indagine è quella della tipicità, che lungi dall’identificare causa e tipo⁵¹, consente di approdare all’idea di un aggiornamento del tipo al permanere inalterata la causa del contratto di assicurazione⁵², la quale può sinteticamente identificarsi nella neutralizzazione dei rischi a costi parziali. Il risultato cui si perviene è quello di una ri-costruzione del tipo “contratto di assicurazione” attraverso una visione d’insieme che consente una lettura sistematica della disciplina del contratto in parola e dei nuovi sviluppi del mercato assicurativo, primo fra tutti la diffusione delle clausole *claims made*.

2. Assicurazione e responsabilità

È consapevolezza acquisita il sempre più intimo legame tra responsabilità e assicurazione⁵³: istituti concettualmente e giuridicamente distinti, le cui rispettive

⁵⁰ M. GAGLIARDI, op. cit., pp. 270-271, la quale eloquentemente riferisce che “può anche farsi riferimento ad un «nuovo» contratto di assicurazione, il cui nucleo non è stato modificato, ma il cui funzionamento è stato adattato ad alcune delle novità rilevanti in materia assicurativa. Le modifiche intervenute, per via legislativa o per via giurisprudenziale, sulla disciplina normativa del tipo contrattuale assicurativo, non paiono presupporre un tipo diverso”. Di guisa che “può correttamente parlarsi di evoluzione del tipo, sia come declinazioni concrete di uno stesso schema causale, sia come dinamico sviluppo della disciplina, negoziale e normativa, dello stesso”.

⁵¹ Per un’approfondita disamina di questi concetti, sia consentito il richiamo alle osservazioni svolte nel prosieguo della trattazione, nel cap. 3.

⁵² M. GAGLIARDI, op. cit., pp. 43-44, precisa che tale operazione “richiede il necessario accertamento della causa del contratto in concreto, quale funzione economica dello stesso, preliminarmente alla successiva operazione di eventuale riconduzione ad un tipo legale ai fini di individuazione della disciplina. In altri termini, non si intende qui richiamare la teoria per cui la causa si identifica col tipo, né fare indiscriminato uso del metodo tipologico. Al contrario si muove dal riconoscimento al modello tipico della funzione di disciplina eventuale del contratto, sulla base della funzione accertata in concreto, e altresì, degli altri indizi di carattere tipologico. Dall’adozione di tale prospettiva consegue la possibilità di mantenere integra la funzione di un contratto pur di fronte al mutare del modello tipico o della disciplina legale del tipo”.

⁵³ Tale intima connessione è nota anche (e soprattutto) nella letteratura anglo-americana: cfr. S. SHAVELL, *On liability and Insurance*, (1982) 13 Bell. J. of Economics, p. 120, il quale rileva “the effects of liability rules and of insurance are mutually dependent”.

Analogamente, in Italia, svolgono riflessioni sul punto, tra gli altri, A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, pp. 2-3, secondo il quale la tematica assicurativa si atteggia a mò di un’«ombra» che accompagna invariabilmente tutte le analisi dei problemi afferenti la responsabilità civile: sarebbe infatti impossibile affacciarsi allo studio delle funzioni della responsabilità civile senza tenere in debito considerazione l’importanza assunta dall’assicurazione a copertura dei rischi che dalla prima scaturiscono. Negli stessi termini, E. QUADRI, *Indennizzo e*

vicende tuttavia hanno finito con il condizionare progressivamente l'uno il modo di essere dell'altro. In particolare, l'influenza dell'assicurazione sulla responsabilità civile⁵⁴ si misura, oltre che da un punto di vista quantitativo, anche qualitativo, interessando non solo il profilo fattuale bensì anche quello giuridico⁵⁵.

Alla base di tale intersezione è possibile scorgere diversi fattori, quali, tra gli altri, lo sviluppo delle tecnologie (che, se, da un lato, ha significato un'importante occasione di progresso in campo economico, industriale e professionale, dall'altro, ha importato il sorgere di nuove fattispecie di pericolo e rischio – tra le quali i cc.dd. danni anonimi⁵⁶ – rispetto alle quali il tradizionale modello di responsabilità civile ha potuto misurare la propria inadeguatezza)⁵⁷; nonché la moderna interpretazione del fenomeno della responsabilità civile, nella quale si assiste ad una svalutazione dell'elemento soggettivo della colpa a vantaggio

assicurazione, Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria, a cura di M. COMPORTE e G. SCALFI, Milano, 1988, p. 97 ss. Analogamente A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998, p. 273; G. FANELLI, *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 589.

⁵⁴ Giova notare che nell'originario sistema di responsabilità civile, di stampo marcatamente soggettivo, il modello del contratto di assicurazione faceva fatica ad affermarsi sullo scenario giuridico. Per approfondimenti sul tema v. amplius, tra gli altri, M. PICARD, A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, 3, Paris, 1943, p. 288; N. GASPERONI, voce *Assicurazioni contro la responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 1209 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, pp. 323 ss.

⁵⁵ R. CAVALLO BORGIA, op. cit., pp. 4 -5.

⁵⁶ L'espressione è stata coniata per la prima volta da L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, p.7, e poi ripresa da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 174.

⁵⁷ Come osserva C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1192, «I termini del problema mutano con il grande incremento delle occasioni di danno derivante dal processo di industrializzazione e dallo sviluppo dei trasporti. Gli interessi tipicamente sottostanti alle fattispecie dannose non sono più omogenei; al contrario, la disciplina aquiliana è chiamata a mediare il conflitto tra libertà di svolgimento delle attività produttive e sicurezza individuale».

Negli stessi termini U. CARASSALE, *Assicurazione danni e responsabilità civile*, Giuffrè, 2005, p. 242, il quale rileva “lo sviluppo dei traffici, dei mezzi di locomozione, dei contatti sociali, del raffinamento delle arti e dei mestieri, da un lato, e dei mezzi di diffusione delle idee, dall'altro, hanno con pari energia aumentato le ipotesi dei danni reclamabili e l'area del danno risarcibile; nonché il numero delle controversie; qualunque operatore è un potenziale soggetto passivo di una azione risarcitoria, salvo qualche residuale ipotesi di chi gode ancora di antichi privilegi, non sempre giustificati: categorie, un tempo ritenute intoccabili, sono quotidiano bersaglio di azioni giudiziarie, spesso benevolmente valutate e raramente (specie in materia sanitaria) gravate da oneri di spese processuali nell'ipotesi della soccombenza”.

della responsabilità oggettiva⁵⁸ (in ragione dell'incremento di rischi derivanti non già da condotte colpevoli ma correlate all'esercizio di nuove attività).

Invero, è opinione diffusa che l'assicurazione abbia inciso sulla responsabilità in una duplice direzione, dando la stura al c.d. *moral hazard*⁵⁹ (al punto da ritenere del tutto avulsi dal sistema di responsabilità civile obiettivi di deterrenza⁶⁰), da un lato, e costituendo risposta sicura all'aumento dei casi di responsabilità extracontrattuale⁶¹, dall'altro. Da qui, l'esigenza di scongiurare fenomeni di impoverimento collettivo, quale conseguenza immediata e diretta di un'indiscriminata tutela. Il tutto mediante una distribuzione del peso risarcitorio in capo a colui che appare in grado di soddisfarlo al meglio⁶².

L'assicurazione di responsabilità civile⁶³ è istituto che ha visto fraporsi in ordine al suo affioramento diversi impedimenti di specie fattuale, giuridico e

⁵⁸ È questo il terreno fertile in cui germina la c.d. "cultura del rischio", per dirla con le parole di A. GIDDENS, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford, 1991, p. 244, per descrivere un fenomeno che si pone quale «fundamental cultural aspect of modernity, in which awareness of risk forms a medium of colonising the future»;

⁵⁹ Si vuole intendere, in termini più esplicitivi, che l'assicurato, potendo contare sulla garanzia assunta dall'assicuratore, è disincentivato a prendere le misure di precauzione idonee ad evitare, o quantomeno minimizzare, la probabilità e/o l'entità del danno. Come osserva G.L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, (1987) 96 Yale L.J. 1521, 1547, «Ex ante moral hazard is the reduction in precaution taken by the insured to prevent the loss, because of the existence of insurance».

⁶⁰ I. CARASSALE, op. cit., p. 23, la quale rimanda "l'attenzione su quel vincolo sempre più stringente che avvolge il mondo assicurativo a quello della responsabilità. Questi si influenzano, dipendono economicamente l'uno dall'altro: l'esistenza di una copertura assicurativa porta alla dilatazione del danno, la quale, a sua volta, conduce alla ricerca di nuove coperture assicurative quasi a formare un circolo vizioso, con ingenti conseguenze di carattere economico".

In generale, circa la natura polifunzionale della responsabilità civile, in un'ottica di valorizzazione anche della funzione sanzionatoria e deterrente, cfr. Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 5 luglio 2017, n° 16601, con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, pp. 2630 ss; *ibidem*, pp. 2639 ss, E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*; *ibidem*, pp. 2644 ss., R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; *ibidem*, pp. 2648 ss., P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*; A. RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2018.

⁶¹ R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 5

⁶² 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, pp. 3 ss.

⁶³ U. CARASSALE, *Assicurazione danni e responsabilità civile*, Giuffrè, 2005, p. 242, il quale chiarisce "l'istituto della responsabilità civile, conosciuto nel codice del commercio del 1882 soltanto come appendice accessoria della copertura (anche per il rischio locativo, per i danni subiti dal proprietario dell'edificio e per il ricorso dei vicini *ex art. 45 c. comm.*) del conduttore – inquilino, che si assicurava contro l'incendio, ha acquisito valenza fondamentale nella quotidianità delle professioni, dei mestieri, dei rischi di impresa, per tacere dei rischi obbligatoriamente assicurati".

ideologico⁶⁴ tradottisi rispettivamente, nella difficoltà di calcolare in modo affidabile la misura del premio in ragione dell'insufficiente progresso della tecnica attuariale; nel contrasto con i principi giuridici del fondamento soggettivo della responsabilità, espresso dal dolo del responsabile⁶⁵, e dell'efficacia sanzionatoria dell'obbligo di risarcimento del danno gravante esclusivamente sul responsabile⁶⁶; nonché, da ultimo, nella presunta immoralità e contrarietà all'ordine pubblico della fattispecie contrattuale in parola⁶⁷.

Tuttavia, sul finire del XIX secolo, tali limiti iniziarono ad incrinarsi per eclissarsi del tutto agli inizi del secolo successivo, grazie allo sviluppo delle scienze statistiche e attuariali, al ridimensionamento del principio soggettivo testé menzionato⁶⁸ nonché al superamento del sospetto di immoralità evidenziato.

Invero, la radice di un simile cambiamento (fonte del rapporto sinergico tra responsabilità e assicurazione) la si rinviene, come accennato precedentemente, nello sviluppo industriale foriero di un considerevole aumento di danni causati a dipendenti e a terzi nell'esercizio dell'attività di impresa⁶⁹ e, di converso,

⁶⁴ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni. Vol. III. Le assicurazioni di responsabilità civile. Le assicurazioni sulla vita. La riassicurazione. Assicurazione e prescrizione. Assicurazione e processo*, Cedam, 2103, p. 2.

⁶⁵ S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, 2004, p. 66, “deriva dalla considerazione che non ogni danno trova ristoro ma solo quello ingiusto imputabile ad una condotta colpevole del danneggiante. [...] Secondo tale ricostruzione la responsabilità non sarebbe allora un mero strumento di allocazione del danno in quanto risulterebbe ispirata anche al principio di autoreponsabilità in virtù del quale ciascuno è chiamato a rispondere delle proprie azioni”.

⁶⁶ F. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., pp. 151 ss.

⁶⁷ S. LANDINI, op. cit., p. 67; M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 3, il quale chiarisce “perché sollevando l'offensore dalle sue responsabilità finiva per costituire di fatto un fomite indiretto alla commissione di danni. Frequente era l'affermazione che l'obbligo di risarcire il danno avesse natura (anche) sanzionatoria: sicché, una volta che si fosse consentito al responsabile di evitare, per il tramite dell'assicurazione, le conseguenze sfavorevoli della propria condotta colposa, ciò avrebbe fatto aumentare la trascuratezza degli assicurati, avrebbe fomentato le pretese risarcitorie pretestuose od esagerate, avrebbe incrementato le liti”.

⁶⁸ A tal uopo, M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 200 ss., evidenzia “la codificazione della responsabilità presunta affievoli l'idea che il risarcimento avesse sempre e comunque natura punitiva: se era, infatti, possibile esigere dal responsabile un risarcimento non già perché si fosse provata la sua colpa, ma semplicemente perché quegli non aveva dimostrato di essere esente, fu giocoforza concludere che la colpa poteva in concreto, anche mancare. E se, di conseguenza, poteva esserci risarcimento senza colpa, il primo non era necessariamente una sanzione per la seconda e dunque non poteva considerarsi illegale il trasferimento del rischio del risarcimento nell'assicuratore”.

⁶⁹ M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 4, il quale rileva che “la prima compagnia assicuratrice avente per oggetto sociale l'assunzione del rischio del rischio di r.c. fu la *Automedon*, costituita a Parigi nel 1825 e dedita all'assicurazione dei rischi derivanti dalla circolazione delle

dell'esigenza di contenere i relativi costi rappresentati dai risarcimenti dei danni arrecati⁷⁰. E, pertanto, in un simile scenario, significativo risulta essere un corrispondente sviluppo delle coperture assicurative, che trova la propria giustificazione nell'esigenza di risarcire ogni danno arrecato, *id est* nella inedita funzione compensativa di cui si fregia il sistema di responsabilità civile⁷¹. Si assiste, in simil modo, ad uno spostamento dell'attenzione del legislatore dal responsabile alla vittima, espressione dell'esigenza non già di punire l'offensore, bensì di ristorare la prima, tale che nessun danno rimanga "incrostato sulle unghie della vittima"⁷².

Originariamente, il contratto di assicurazione di responsabilità civile si presentava strutturalmente chiuso - nel senso di segreto - stante la sussistenza di precisi obblighi in capo all'assicurato⁷³ dettati dal timore che la pubblicità del medesimo avrebbe potuto costituire utile espediente per la risarcibilità di danni inesistenti o artatamente esagerati.

Tuttavia, il progresso dei sistemi di produzione importò la perdita di tale connotato, divenendo, in simil modo, l'assicurazione strumento di mediazione tra l'interesse del singolo e della collettività, posta la mancata sopportabilità dei costi sociali di alcune attività senza assicurazione⁷⁴.

Non meno significativa la difficile riconducibilità del contratto di assicurazione all'interno di categorie dogmatiche già note, con particolare

carrozze a cavalli, seguita dopo pochi anni dalla società *La Seine*. Dalla Francia l'assicurazione della responsabilità civile si diffuse in Inghilterra: qui, pare che i primi contratti vennero stipulati già alla fine degli anni '60 dell'Ottocento; in ogni caso è certo che nel 1875 venne costituita la prima compagnia dedita espressamente all'assicurazione della r.c., la *London and Provincial Carriage Insurance Co. Ltd.* Successivamente, l'assicurazione della r.c. si diffuse rapidamente anche nel resto d'Europa e negli U.S.A."

⁷⁰ F. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., pp. 151 ss., il quale rileva "la sempre più vasta gamma e complessità dei prodotti e servizi resi disponibili da processi produttivi ad elevata e sofisticata componente tecnologica ha indotto livelli crescenti di aspettative sulla qualità delle prestazioni fornite, rendendo intollerabili e quindi non più sopportabili manchevolezze ed inconvenienti, rispetto a una cultura della sicurezza e del benessere dalla quale si è originato un atteggiamento generalizzato di propensione all'asserzione di diritti, posizioni di tutela e protezione dai riflessi economici negativi sia da parte di singoli individui sia da gruppi di interesse".

⁷¹ C. SALVI, op. cit., pp. 1187.

⁷² F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, vol. II, *Le obbligazioni*, Giuffrè. 2008, p. 752.

⁷³ Ovverosia di non rilevarne l'esistenza, di non transigere con il danneggiato, di non confessare la propria responsabilità, di non chiamare in garanzia l'assicuratore, ove convenuto dal danneggiato

⁷⁴ M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 6

riferimento alla posizione del terzo danneggiato rispetto al contratto di assicurazione⁷⁵. Da qui, il tentativo di qualificazione della fattispecie al vaglio, in termini di contratto a favore del terzo, attesa la produzione di effetti a favore di un soggetto estraneo alla stipulazione⁷⁶, ampiamente superato in ragione della mancata previsione di un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore⁷⁷, residuando in capo al primo unicamente i rimedi dell'azione di risarcimento del danno subito avverso l'autore dell'illecito, dell'azione surrogatoria, ove ne sussistano i presupposti, nonché il privilegio del terzo danneggiato sull'indennità dovuta dall'assicuratore all'assicurato *ex art. 2676 c.c.*⁷⁸ Anche la prospettazione in termini di acollo interno tra assicurato e assicuratore avente ad oggetto un debito futuro e incerto del primo è stata contestata, stante la diversità di causa dei due istituti ovverosia assunzione di responsabilità e pagamento del premio⁷⁹. L'adempimento dell'assicuratore nei confronti del danneggiato risulterebbe, invece, assimilabile all'adempimento del terzo *ex art. 1180 c.c.*, sul rilievo che il danneggiato è terzo rispetto all'accordo concluso tra assicurato e assicuratore, ancorché in esso astrattamente contemplato⁸⁰. Analogamente a quanto accade nella

⁷⁵ S. LANDINI, *op. cit.*, pp. 60 ss., la quale rileva “le difficoltà incontrate dalla dottrina nell'inquadrare il contratto di assicurazione contro la responsabilità civile all'interno delle categorie dogmatiche civilistiche risulta chiara anche in considerazione degli sforzi dalla stessa compiuti nel ricercare quello che, nei primordi del contratto di assicurazione, può avere rappresentato l'archetipo dell'assicurazione della responsabilità civile”.

⁷⁶ Con riferimento allo schema negoziale, vigente il codice di commercio del 1882, cfr. Cass. civ., 21 febbraio 1934, in *Ass.*, 1934, p. 177 ss. Peraltro una simile impostazione era alimentata dalla pratica assicurativa che, a proposito dell'obbligazione dell'assicuratore, discorreva di «pagamento diretto» al terzo, come riportato da G. GENTILE, *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, pp. 93 ss.

⁷⁷ Conclusioni affatto diverse possono invece essere rassegnate nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile, ed in particolare in relazione a quella derivante dalla circolazione di veicoli a motore e natanti (l. 24 dicembre 1969, n. 990), per la quale è stato previsto all'art. 18 che “il danneggiato (...) ha azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione”.

⁷⁸ F. MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 275B ss.

⁷⁹ F. MANCINI, *op. cit.*, pp. 275B ss. *Contra*, P. RESCIGNO, *Azione diretta e azione surrogatoria del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1952, p. 82 ss.

Giova notare tuttavia che, tuttavia, la fisionomia originaria del contratto di assicurazione, nel silenzio del codice di commercio del 1882, era quella di uno schema negoziale che ricalcava le fattezze dell'acollo interno. Così A. LA TORRE, *op. cit.*, p. 281.

⁸⁰ F. MANCINI, *op. cit.*, pp. 275B ss., il quale ha cura di precisare alla nota 11 “nell'ipotesi in cui l'assicuratore provveda a un pagamento diretto dell'indennità dovuta nei confronti del soggetto danneggiato, trattandosi di atto titolato dall'esistenza del contratto di assicurazione della responsabilità civile professionale, l'adempimento assume una duplice valenza estintiva, ossia vale a liberare sia l'assicuratore nei confronti del soggetto assicurato, sia quest'ultimo nei confronti del danneggiato, in una logica di economia degli atti giuridici”.

fattispecie *ex art. 1180 c.c.*, ove rileva la sola volontà del *solvens*, nell'assicurazione di responsabilità civile, nella fase esecutiva, valgono l'interesse dell'assicurato a che la compagnia assicurativa si obblighi a un esborso diretto verso il danneggiato e l'interesse della stessa compagnia a estinguere il citato debito⁸¹.

3. *Il contratto di assicurazione della responsabilità civile. Il rischio*

L'assicurazione di responsabilità civile è istituto funzionale all'eliminazione di effetti patrimoniali negativi⁸² derivanti da una condotta illecita⁸³.

L'operatività del contratto in parola è ancorata al verificarsi di due condizioni, ovverosia l'insorgenza di un fatto dannoso⁸⁴ e l'ascrizione del medesimo a responsabilità dell'assicurato⁸⁵.

⁸¹ F. MANCINI, *op. cit.*, pp. 275B ss.

⁸² In giurisprudenza, Cass., 18 luglio 1987, n. 6341, in *Foro it. Rep.*, 1987, *Assicurazione (contratto)*, n. 152, ove si legge “nell'assicurazione della responsabilità civile, l'obbligazione dell'assicuratore *ex art. 1917* non ha ad oggetto direttamente il risarcimento dei danni bensì il pagamento, nei limiti del massimale, di una somma pari all'ammontare del danno che l'assicuratore deve corrispondere o ha già corrisposto al danneggiato”.

In dottrina, G. FACCI, *Il contratto di assicurazione*, in *Diritto delle assicurazioni*, a cura di Franzoni, Zanichelli, 2016; M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, *cit.*, p. 7; F. PECCENINI, *L'assicurazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2007, p. 174, il quale chiarisce “si tratta di una causa indennitaria e, quindi, tipicamente assicurativa, consistente nel trasferimento dall'assicurato all'assicuratore il rischio di depauperamento conseguente alle pretese risarcitorie di terzi”; M. BIN, *Commentario al codice delle assicurazioni*, Cedam, 2006; U. CARASSALE, *op. cit.*, p. 244; V. ANGELONI, *Assicurazione della responsabilità civile (voce)*, in *Enc. dir.*, 1958, pp. 554 ss.; N. GASPERONI, *Assicurazione della responsabilità civile (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, pp. 1209 ss.

⁸³ In particolare, *ex multis* M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 7, chiarisce “può coprire sia la responsabilità per fatto proprio, sia la responsabilità per fatto altrui; sia la responsabilità civile nascente da reato, sia la responsabilità civile nascente da un fatto illecito non costituente reato, sia la responsabilità contrattuale. In ciascuno di questi casi, infatti, sorge a carico del responsabile l'obbligo di risarcire il danno”.

⁸⁴ Un punto di raccordo tra responsabilità e assicurazione è il danno quale elemento costitutivo del fatto che genera responsabilità e momento che caratterizza il sinistro, nel rapporto assicurativo, rendendo attuale la prestazione di garanzia. In dottrina, è stata evidenziata una differenza ontologica della nozione in entrambi gli istituti. A tal uopo, S. FORNI, *Assicurazione e impresa. Manuale professionale di diritto delle assicurazioni private*, Giuffrè, 2009, p. 24, il quale “va precisato che la nozione di danno in ambito assicurativo non collima con quella utilizzata nell'ambito della responsabilità civile da fatto illecito (art. 2043 cod. civ.), perché in tale ultimo contesto il diritto al risarcimento è collegato all'accertamento di una diretta responsabilità dell'uomo, mentre nel contratto di assicurazione il danno può essere prodotto anche da cause naturali (ad esempio un fulmine, oppure una inondazione o una malattia)”. Sul punto anche A. D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 280.

⁸⁵ F. PECCENINI, in *op.cit.*, p. 174; M. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, p. 7.

L'orientamento interpretativo sul punto prevalente⁸⁶ qualifica l'operazione in parola quale *species* dell'assicurazione contro i danni⁸⁷, adducendo a sostegno di tale conclusione la collocazione all'interno del tessuto codicistico dell'istituto *de quo* nella sezione relativa, per l'appunto, all'assicurazione contro i danni nonché la classificazione operata dall'art. 2 del Codice delle assicurazioni private nel relativo ramo⁸⁸.

⁸⁶ In giurisprudenza, Cass., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Ass.*, 1999, ove si legge “nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile (cosiddette «assicurazioni di patrimonio») elemento caratterizzante è l'esistenza dell'interesse della persona dell'assicurato all'integrità del suo patrimonio contro il rischio dell'insorgenza di un debito, cioè dell'alterazione negativa del suo patrimonio complessivamente considerato, che può derivare dall'esercizio di una sua attività”.

⁸⁷ È stato rilevato che la riconducibilità dell'assicurazione di responsabilità civile nell'alveo dell'assicurazione danni non importi una sovrapposizione tra le stesse. Difatti, un primo elemento discrezionale lo si rinviene nell'interesse sotteso: costituito nell'assicurazione danni dalla richiesta di risarcimento in conseguenza di sinistro laddove nell'assicurazione di responsabilità civile intimamente connesso al rischio della risarcibilità di fatti colposamente perpetrati a danno di terzi. Ne deriva, pertanto, che nell'assicurazione di responsabilità civile si ha riguardo non già a una cosa determinata bensì alla conservazione del patrimonio dell'assicurato contro l'eventualità sopra richiamata e che, di converso, il debito di responsabilità non sia determinabile a priori ma potrà indicarsi soltanto una somma quale limite massimo dell'indennizzo rispetto alla quale l'assicuratore si obbliga. In giurisprudenza, Cass. 17 luglio 1993, n. 7971, in *Foro it.*, 1993, n. 108. In dottrina, F. PECCENINI, *op. cit.*, pp. 175 - 176.

⁸⁸ R. CAVALLO BORGIA, *op. cit.*, p. 87, la quale rileva “è piuttosto pacifico in dottrina considerare la responsabilità civile come una responsabilità contro i danni, poiché essa va a tutelare la diminuzione del patrimonio, laddove, però, le cose materiali non sono l'oggetto del contratto ma soltanto l'occasione della responsabilità”.

Più esattamente⁸⁹, rientrerebbe nell'assicurazione del patrimonio⁹⁰, posto che l'interesse ad essa sotteso si identifica nel “cautelarsi contro il rischio di alterazione negativa del proprio patrimonio complessivamente considerato”⁹¹.

L'accoglimento di una simile impostazione importa che, nel caso di sinistro, l'obbligo di indennizzo a carico della compagnia assicuratrice sorge esclusivamente a favore dell'assicurato e non del terzo danneggiato, potendo quest'ultimo vantare soltanto l'esecuzione dell'obbligazione risarcitoria⁹².

In particolare, all'art. 1917 c.c. è statuito che con il contratto in parola *“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 in contratto”*.

Si afferma, al riguardo, che la sola prestazione dell'assicuratore sia di per sé idonea a delineare la funzione del contratto di assicurazione di responsabilità civile consistente, per l'appunto, nel liberare il patrimonio dell'assicurato dall'obbligo di risarcimento del danno. Orbene, proprio con riguardo alla prestazione

⁸⁹ In giurisprudenza, Cass., 6 febbraio 2002, n. 8216, in *Arch. circolaz.*, 2002, p. 19; Cass., 8 gennaio 1999, n. 103, in *Ass.*, 1999.

In dottrina, M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Esi, 2016, pp. 23 ss.; R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, Giuffrè, 2012, p. 149; E. BOTTIGLIERI, p. 265; S. FORNI, op. cit., pp. 345 – 346, il quale chiarisce che l'ascrivibilità dell'assicurazione della responsabilità civile nei termini precisati si giustifica in quanto “il valore assicurabile, mancando il riferimento a uno specifico bene (salvo casi particolari) non è predeterminabile *a priori* e la prestazione pecuniaria a carico dell'assicuratore trova un limite nella previsione di un tetto massimo di esborso, detto *massimale*”; I. PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, 2009, p. 35; R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 18; A. D. CANDIAN, op. cit., p. 68; M. FRANZONI, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, 1966, p. 397.

⁹⁰ Tuttavia, M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 9, il quale rileva che, sebbene trattasi di orientamento interpretativo sul punto prevalente, non si è mancato di offrire una diversa qualificazione della fattispecie in parola, posto, da un lato, che oggetto dell'interesse assicurato debba essere non già il patrimonio in quanto tale bensì una cosa e, dall'altro, l'inidoneità del patrimonio a costituire valido criterio di classificazione. Pertanto, si è preferito identificare l'assicurazione di responsabilità civile quale assicurazione contro il rischio di insorgenza di un debito. Tuttavia, “è stato obiettato che il debito in quanto tale non può essere oggetto d'interesse dell'assicurato; oggetto dell'interesse è piuttosto evitare che un debito di responsabilità possa sorgere o, se sorto, possa condurre a un nocumento patrimoniale dell'assicurato”.

⁹¹ F. PECCENINI, p. 175.

⁹² R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 18 nota 55.

dell'assicuratore viene in rilievo il rischio⁹³: presupposto⁹⁴ fondamentale⁹⁵ del contratto di assicurazione⁹⁶ e strettamente connesso all'interesse dell'assicurato al

⁹³ Al riguardo, occorre dare atto dell'interrogativo sollevato in dottrina in ordine al rapporto intercorrente tra rischio e alea. Esattamente, secondo l'orientamento tradizionale, sarebbe opportuno distinguere i due concetti, in quanto il rischio sarebbe espressione delle sole conseguenze negative prodotte dall'evento, con conseguente efficacia unilaterale, laddove l'alea interesserebbe anche le possibilità di guadagno. Si leggano in proposito le osservazioni svolte da C. CARAVELLI, voce «alea», in *Nuovo Dig. it.*, 1, Torino 1937, pp. 307 ss. Tuttavia, l'orientamento più moderno è nel senso della sovrapposibilità degli stessi traducendosi il rischio in un giudizio circa la probabilità di accadimento di un determinato evento. S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Giuffrè, 2010, pp. 67-68; D. DE STROBEL – V. OGLIARI, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Giuffrè, 2008, 54 ss.; G. DI GIANDOMENICO, *La qualificazione giuridica del contratto di assicurazione*, in *I contratti speciali. I contratti aleatori*, a cura di G. Di Giandomenico – D. Riccio, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Giappichelli, 2005, pp. 49 ss.; G. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 76, per il quale dovrebbe “essere rigettata, salve le concrete specificazioni che ai termini possano essere date nel contesto legislativo, ogni pretesa differenziazione tra i due concetti, essendo invece congrua anche per l'alea la definizione data al rischio”. Cfr. altresì R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 (nota 4): «Le disquisizioni meramente terminologiche sull'uso delle parole rischio e alea (...) si risolvono in sottigliezze di scarso rilievo».

⁹⁴ Ricorda M. ROSSETTI, *Il Diritto delle assicurazioni*, Vol. I, *L'impresa di assicurazione - Il contratto di assicurazione in generale*, p. 751, nt. 259, che “L'etimologia del lemma «rischio» è tuttora incerta, ma è estremamente significativo come secondo una delle tesi più accreditate tale parola sia connessa proprio all'attività marittima (...) La parola è infatti documentata per la prima volta dopo il 1150 nell'area dell'impero bizantino (το ρισικο) nel senso di «sorte», «destino». Il termine sarebbe poi passato in Occidente per effetto dei traffici marittimi, ed in particolare della diffusione della conquista araba (nella cui lingua *rizq* significava «tassa in natura pagata dagli indigeni per il mantenimento delle truppe di occupazione»).” Il riferimento è ricavato da BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. XVI, Torino, 1992, p. 773.

⁹⁵ Per dirla con le parole di M.L. SAY, voce *Assurance*, in *Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique*, Parigi, 1900, p. 94, “tutta la teoria dell'assicurazione si basa sulla nozione fondamentale di rischio”. Nella stessa direzione G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 65.

⁹⁶ Quanto alla natura giuridica del rischio, molteplici sono le ricostruzioni prospettate dalla dottrina. Per alcuni Autori il rischio si inquadra nell'ambito dell'oggetto del contratto. In questi termini U. PIPIA, *Trattato delle assicurazioni terrestri*, Roma, 1906, p. 226, nonché C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione*, Torino, 1936, p. 74. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. III, 7 settembre 1977, n. 3907, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, p. 694; Cass., Sezioni Unite, 29 aprile 1967, n. 799, in *Ass.*, 1967, I, 2, p. 156.

Altri ancora ne hanno prospettato la riconducibilità alla causa del contratto, in ragione del fatto che, quale presupposto dello stesso, finisce con il costituire il fondamento della funzione di sicurezza sociale che è alla base del contratto di assicurazione. Cfr., *ex multis*, A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, 1952, pp. 107-109; G. COTTINO e M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in O. CAGNASSO, G. COTTINO, M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Padova, 1902, p. 99. In giurisprudenza, App. Roma, 25 novembre 1992, in *Dir. Trasporti*, 1992, pp. 217 ss.; Trib. Torino, 29 marzo 1990, in *Ass.*, 1991, pp. 137 ss.; Cass., 24 aprile 1961, n. 919, in *Ass.*, 1961, II, 2, p. 230; Cass., 18 settembre 1961, n. 2033, in *Ass.*, 1962, II, 2, p. 36.

Tuttavia, una simile identificazione è stata ampiamente criticata da parte di quella dottrina che rifiuta di discorrere dell'alea (del rischio) quale causa generica comune a tutti i contratti. Di recente, in senso critico alla ricostruzione prospettata, S. LANDINI, op. cit., pp. 23 ss., la quale rileva che, a prescindere dalla definizione di causa prescelta, si finirebbe per vedere nella stessa “un particolare angolo prospettico attraverso il quale è possibile descrivere il contratto come strumento preordinato al raggiungimento di determinati fini. [...] Se si svuota il termine «causa» della propria sostanza concettuale, questo finisce per essere nient'altro che un'espressione semantica attraverso cui descrivere lo scopo del contratto. Da qui, sorge la difficoltà di identificare il rischio con la causa del

risarcimento del danno, da intendere⁹⁷ in termini di probabilità⁹⁸ di subire un evento⁹⁹ futuro e incerto¹⁰⁰ (*id est* un danno¹⁰¹ a seguito della lesione di un interesse economico). Beninteso, poiché l'assicurazione di responsabilità civile copre esclusivamente il danno al patrimonio dell'assicurato (cd. «danno assicurativo»), il rischio si verifica se e quando il terzo avanza la propria richiesta¹⁰² di risarcimento nei confronti del danneggiante.

contratto in quanto quest'ultimo rappresenta non lo scopo ma il presupposto dell'operazione contrattuale ovvero l'interesse che muove le parti a contrarre”, posto che alla base della conclusione di un contratto di assicurazione si pone la sussistenza di una concreta probabilità di accadimento di un evento pregiudizievole.

Altri ancora, hanno collocato il concetto di rischio all'interno della categoria dei cc. dd. presupposti del contratto. Si tratta dell'opinione di A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I, p. 242; L. BUTTARO, “Assicurazione in generale”, in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 48; G. SCALFI, voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino 1987, p. 345. In giurisprudenza cfr. Cass., 16 febbraio 1977, n. 718, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 570; Cass., 3 luglio 1991, n. 7300, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3151.

Per G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 65, il rischio rappresenta tutti e tre gli elementi di cui si è data parola, in particolare, l'A. ritiene che esso, pur essendo il presupposto fondamentale del contratto, sarebbe “anche presente nell'oggetto e soprattutto nella causa del contratto stesso”, permeando di sé le prestazioni di entrambe le parti, determinando l'entità di quella dell'assicurato e incidendo su quella dell'assicuratore. Viepiù esso determinerebbe “la natura stessa del rapporto contrattuale, qualificandone sia la fondamentale struttura aleatoria, sia ogni altra essenziale caratteristica”. In giurisprudenza, cfr. Cass., 30 gennaio 1968, n. 298, in *Ass.*, 1968, II, 2, XXXI, massima XXXV.

Per una puntuale ricostruzione del florilegio di posizioni registrate sulla natura giuridica del rischio e sulla sua collocazione nell'ambito degli elementi essenziali del contratto, v. S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., pp. 58 ss, in part. note 96-98.

⁹⁷ In punto, D. DE STROBEL – V. OGLIARI, op. cit., p. 26; S. LANDINI, op. cit., p. 18.

⁹⁸ A tal uopo, D. DE STROBEL – V. OGLIARI, op. cit., p. 26, i quali precisano “la *probabilità* contiene in sé l'elemento dell'incertezza e può contemplare un'incertezza assoluta o relativa. È relativa l'incertezza che si riferisce al solo tempo di accadimento dell'evento contemplato, come nelle assicurazioni attinenti alla vita umana l'evento di morte (*incertus quando*); è assoluta l'incertezza che prevede la possibilità e l'impossibilità del verificarsi dell'evento (*incertus an e quando*). Per il rischio che si riferisce alla garanzia della responsabilità civile l'incertezza è assoluta ed anzi deve essere tale in quanto mancando questo requisito verrebbe a cessare l'elemento di probabilità che si risolverebbe in certezza”. In tali termini, anche S. LANDINI, op. cit., pp. 22 – 23.

⁹⁹ S. LANDINI, op. cit., p. 21, ad avviso della quale, “esiste allora una relazione circolare tra i due elementi: rischio ed evento. Il rischio varia in funzione dell'evento, dal momento che ogni evento avrà una diversa probabilità di verificarsi. D'altro canto, l'evento per essere assicurabile deve essere connotato da un certo grado di incertezza circa la sua verificabilità, onde possa sussistere il rischio, in mancanza del quale si avrà la nullità del relativo contratto di assicurazione *ex art.* 1895”.

¹⁰⁰ U. CARASSALE, op. cit., p. 4, il quale chiarisce “all'evidenza, mentre nell'assicurazione danni, l'evento è necessariamente sfavorevole, non altrettanto può affermarsi nell'assicurazione vita, potendo essere anche favorevole, come certamente favorevole è il caso della sopravvivenza che provoca l'erogazione di un capitale o di una rendita a carico dell'assicuratore”.

¹⁰¹ Come ricorda M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 24, “il «danno assicurativo» è il pregiudizio patito dall'assicurato che sia costretto a risarcire il terzo del pregiudizio causatogli, mentre «danno» in senso civilistico è solo quest'ultimo pregiudizio”.

¹⁰² Tuttavia F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove Leggi civ. comm.*,

La centralità del medesimo nell'operazione assicurativa¹⁰³ è dimostrata dalla disposizione di cui all'art. 1895 c.c.¹⁰⁴ che sancisce la nullità del contratto di assicurazione per mancanza del rischio¹⁰⁵ e dalle successive disposizioni che regolano le conseguenze relative alla sua cessazione, diminuzione e

2016, p. 54, rileva che a ben vedere, il patrimonio dell'assicurato viene ad essere inciso negativamente solo dalla condanna al risarcimento e non già dalla mera (e potenzialmente infondata) richiesta di risarcimento.

¹⁰³ In generale, sul rischio dedotto nel contratto di assicurazione della responsabilità civile M. FRANZONI, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Digesto disc. priv.*, cit.; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in Tratt. Cicu-Messineo, Milano, 1973, 165; A. D. CANDIAN, op. cit., 117; L. LOCATELLI, in *Diritto delle assicurazioni*, a cura di Franzoni, Bologna, 2016, 42. V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 365; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, 61; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. 1, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, Cedam, 2011, p. 752, a tal riguardo rileva che il "rischio è un elemento essenziale del contratto di assicurazione. Se manca, il contratto è nullo; se cessa, il contratto si scioglie; se varia di intensità il contratto vi si deve adeguare (artt. 1895-1898 c.c.)".

¹⁰⁴ Nella Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 752) non sono rese note le ragioni della nullità per inesistenza del rischio, limitandosi a chiarire soltanto la sorte dei premi, che non sarebbero dovuti nell'ipotesi di inesistenza del rischio. Diversamente invece, nella Relazione n. 747, relativa al contratto di rendita vitalizia, si rinvengono maggiori indicazioni sul punto: la nullità comminata dall'art. 1876 c.c. per il caso della rendita costituita sulla vita di persone già defunte al tempo della conclusione del contratto, è da ricollegarsi al carattere essenzialmente aleatorio della rendita vitalizia. Di guisa che tale *ratio* è da ascriversi anche al diverso contratto di assicurazione, e più in particolare alla disposizione di cui all'art. 1895 c.c., cui peraltro la stessa Relazione fa esplicito rinvio. In dottrina, sull'art. 1876 c.c., cfr. D. FEOLA, *Nullità della rendita vitalizia per difetto di alea*, in *Contr.*, pp. 388 ss.; R. SENIGALLIA, *Il vizio di alea nel contratto costitutivo di rendita vitalizia*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 10 ss.

¹⁰⁵ A tal uopo, Cass., 3 luglio 1991, n. 7300, in *Giust. civ.*, 1992, pp. 3151 ss., ove si legge, tra gli altri, che "nei contratti di assicurazione deve essere tenuto distinto il momento di conclusione del contratto da quello della c.d. operatività del contratto, ossia del momento dal quale iniziano a decorrere gli effetti del contratto e, in particolare, la copertura assicurativa del rischio protetto. I due momenti, infatti, sono concettualmente diversi e se pur come regola generale non coincidono (secondo l'art. 1889 c. 1 c.c., «l'assicurazione ha effetto dalle ore 24 del giorno della conclusione del contratto»; inoltre, l'art. 1896 c. 2 c.c. disciplina l'ipotesi che «gli effetti dell'assicurazione debbano avere inizio in un momento posteriore alla conclusione del contratto e il rischio cessi nell'intervallo») nella realtà tale regola non è assoluta e i due momenti possono coincidere: infatti, la norma dell'art. 1899, c. 1 è derogabile dalle parti (arg. art. 1932) e l'art. 1896, c.2 prevede la non coincidenza come ipotesi possibile e non assoluta. Ebbene, questa distinzione tra i due momenti acquista rilevanza proprio in funzione della disciplina normativa relativa all'inesistenza del rischio. Infatti, se l'inesistenza è già al momento della conclusione del negozio, si ha nullità del contratto (art. 1895 c.c.); se, invece, si verifica dopo la conclusione del negozio si produce lo scioglimento del contratto, anche se il rischio cessi nell'intervallo tra la conclusione medesima e l'inizio degli effetti dell'assicurazione, come dispone espressamente, con riferimento a quest'ultima ipotesi, il già richiamato secondo comma dell'art.1896 c.c. In sintesi, allora, ai fini della nullità del contratto per inesistenza del rischio a mente dell'art. 1895 c.c. si deve far riferimento al momento della stipula del contratto di assicurazione e non a quello dell'inizio degli effetti". In tal senso anche Cass., 22 dicembre 1996, n. 27458, in *Contr.*, 1996, pp. 575 ss.

aggravamento¹⁰⁶. Si comprende, quindi, il motivo per il quale il contratto di assicurazione sia considerato aleatorio per tradizione¹⁰⁷.

¹⁰⁶ S. LANDINI, op. cit., p. 19.

¹⁰⁷ La dichiarata natura aleatoria del contratto di assicurazione si ravvisa nell'incertezza della prestazione dell'assicuratore – non già anche dell'assicurato, che è certa fin dall'inizio, poichè paga un corrispettivo per acquistare la garanzia di poter compensare gli effetti dell'eventuale verificarsi dell'evento dedotto – in ordine all'*an* ovvero al *quando*, con conseguente inapplicabilità delle disposizioni che presuppongono la natura commutativa delle prestazioni ovvero dell'art. 1448 co. 4 c.c., in punto di rescissione per lesione, e degli artt. 1467 ss., relativi alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. In giurisprudenza, Cass., 11 aprile 2016, n. 6974, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass., 30 giugno 2011, n. 14410, in *Foro it.*, c. 2668; Cass., 30 ottobre 1985, n. 5319, in *Giust. civ. Mass.*, 1985; Cass., 18 maggio 1971, n. 1462, in *Giust. civ.*, 1971, p. 1627; App. Milano, 14 aprile 1995, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 673; Trib. Roma, 9 febbraio 1988, in *Dir. fall.*, 1989, p. 855. In dottrina, R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., pp. 31 ss., ad avviso del quale, “non si può tuttavia negare che l'aleatorietà del contratto di assicurazione, rispetto alla disciplina comune (art. 1469 c.c.), assuma tratti *sui generis* essendo in certa misura attenuata, ma non già esautorata, dalla disciplina in tema di sopravvenienza specificamente adatta alle peculiarità del rapporto di «sicurtà» qui considerato”; I. PARTENZA, op. cit., pp. 6 – 7; M. ROSSETTI, *Caratteri generali del contratto di assicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. Alpa, Giappichelli, 2006, pp. 801- 802. G. SCALFI, *Assicurazione (Contratto di)*, cit., p. 333 ss.; A. PINO, *Rischio ed alea nel contratto di assicurazione*, in *Riv. ass.*, 1960, I, pp. 236 ss.; T. ASCARELLI, *Perfezione ed efficacia del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1928, 152 ss.; L. FRANCHI, *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, Milano, 1892; A. DONATI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1950, I, pp. 228 e ss.; F. CARRESI, *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1960, I, pp. 125-126; A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali (Artt. 1882-1903)*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2012, p. 24; P. CORRIAS, *Il problema dell'onerosità-gratuità nel contratto di assicurazione e nei contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 66 ss.; Cfr., da ult., l'opinione di P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva al Convegno Mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento*, Camerino, 16 e 17 settembre 2016.

Tuttavia, è stata da altri contestata la qualificabilità della fattispecie in parola nei termini precisati, su di un duplice rilievo funzionale e strutturale. Posta la certezza di entrambe le prestazioni ovvero il premio, da un lato, e la copertura assicurativa, dall'altro, si afferma, quanto al primo, che l'assicurazione sarebbe orientata a neutralizzare e non già a introdurre un rischio. In altre parole, non sarebbe l'assunzione del rischio a connotare la funzione del contratto di assicurazione bensì la compensazione ovvero la distribuzione del medesimo tra le parti che vale, per l'appunto, ad escluderne la natura aleatoria. Va da sé che l'accoglimento di una simile impostazione importa, sotto il profilo disciplinare, l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art. 1448 co. 4 c.c., in quanto non potrebbe mai palesarsi una lesione, posto il vaglio amministrativo sulle tariffe e, pertanto, unico rimedio esperibile sarebbe quello di cui all'art. 1339 c.c. Non sarebbe altresì applicabile il disposto di cui all'art. 1469 c.c., dal momento che l'eccessiva onerosità sopravvenuta è regolata agli artt. 1897 – 1898, in punto di variabilità del rischio. Sebbene essi interessino il rischio extracontrattuale, non potrebbe discorrersi, ad avviso di tale indirizzo, di una sopravvenienza per il rischio contrattuale diversa da quella per il rischio extracontrattuale che importa la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. In dottrina, in tal senso G. DI GIANDOMENICO, op. cit., pp. 49 ss.

Una simile impostazione è stata ampiamente superata rilevandosi che non è dato conoscere al contraente *ex ante* il rapporto tra la prestazione eseguita e beneficio atteso: invero, l'assicurato non è in grado di prevedere, sin dal momento della conclusione del contratto, l'accadimento del rischio e, di converso, la fruttuosità del premio pagato. Ed ancora, la ripartizione del rischio ad opera della compagnia assicuratrice non rileva a tal uopo, posto che l'aleatorietà va accertata con riferimento al singolo contratto e non già all'alea dell'impresa. In tal senso, R. CALVO, op. cit., p. 32; I. PARTENZA, op. cit., pp. 6 – 7; M. ROSSETTI, op. ult. cit., pp. 801 - 802.

Per la tesi che attribuisce al contratto in parola natura commutativa, v. G. DI GIANDOMENICO, in G. DI GIANDOMENICO-D. RICCIO, *Il rischio, in I contratti speciali. I contratti aleatori*, pp. 54-

In via preliminare, si è soliti distinguere¹⁰⁸ tra rischio in senso economico e rischio in senso giuridico¹⁰⁹: il primo esprime quella situazione di incertezza relativa alla variazione in positivo ovvero in negativo del patrimonio di un soggetto¹¹⁰. Può, a sua volta, essere contrattuale o extracontrattuale, a seconda che esso sia o meno strettamente legato all'attività negoziale di un soggetto. Con l'espressione rischio extracontrattuale, invero, ci si riferisce al rischio da responsabilità civile ovvero al rischio d'impresa, quale conseguenza del normale agire di un soggetto ovvero dello svolgimento di un'attività di impresa in senso lato. Il rischio contrattuale¹¹¹ può essere inteso in una duplice accezione ovvero sia quale rischio dell'inadempimento, nell'ipotesi di mancata esecuzione di una delle prestazioni per il comportamento doloso o colposo del debitore, l'intervento di un terzo, *factum principis* o caso fortuito; ovvero in termini di rischio della mancata

56; R. IPPOLITO, *L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1982, pp. 476 ss., dove si precisa che l'assicurazione è un contratto di massa, a prestazioni corrispettive e fondato sull'equilibrio economico genetico e funzionale delle obbligazioni reciproche.

¹⁰⁸ Per una panoramica generale sui diversi significati che il termine "rischio" assume nel diritto delle assicurazioni, si rinvia a G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. XXXVI, Milano, 1973, Tomo I, pp. 100 ss.;

¹⁰⁹ G. DI GIANDOMENICO, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss.

¹¹⁰ Tale tipologia di rischio, siccome idonea a designare le conseguenze positive o negative che le attività di un individuo possono avere sul suo patrimonio, è priva di giuridica rilevanza, non fungendo da presupposto immediato ad una determinata disciplina legale. E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, pp. 25-26.

¹¹¹ G. DI GIANDOMENICO, *op. ult. cit.*, p. 36 il quale chiarisce che "il rischio contrattuale si compone di diversi fattori: a) l'evento; b) la causa; c) l'incertezza; d) il danno; e) l'incidenza sui contraenti." Quanto a quest'ultimo, vengono predisposti dalla legge e dall'autonomia delle parti strumenti idonei a circoscrivere il perimetro contrattuale del rischio. Tra le tecniche di allocazione dei vantaggi e svantaggi, rilevano, tra gli altri, la scelta del tipo contrattuale, la definizione della causa concreta, la qualità delle parti (in termini di comportamento atteso da quel soggetto), l'operare di clausole di esonero da responsabilità nonché l'applicazione della clausola di buona fede. In simile contesto, si discorre dello strumento contrattuale in termini di *risk allocation – device*. L'Autore ha cura di precisare che "la ripartizione del rischio contrattuale rappresenta un criterio di accertamento empirico della meritevolezza della causa concreta poiché consente di provare praticamente la compatibilità tra l'originario assetto di interessi e quello presente al momento dell'adempimento (eventualmente diverso a causa delle circostanze che possono essersi verificate *medio tempore*). [...] Tale controllo di compatibilità va effettuato in base a un giudizio che tenga conto tanto dei modelli astratti di valutazione del rischio predisposti in ossequio al tipo contrattuale, quanto della concreta attuazione di rischio effettuata dalle parti. Il concetto di rischio contrattuale è intimamente connesso a quello di equilibrio contrattuale, tanto che si è ritenuto di poter individuare in ogni contratto un piano di ripartizione di rischi come concreto atto di autonomia dei singoli".

G. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, 1986, App. VI, pp. 836 ss., circoscrive l'area delle ipotesi riconducibili al rischio contrattuale "alle eventualità o circostanze che possono rendere più disagiata od ostacolare addirittura l'esecuzione del contratto", ovvero "al complesso dei meccanismi che operano sul rischio medesimo, trasferendolo da un contraente all'altro o, addirittura, all'esterno del contratto".

realizzazione dell'affare avuto di mira dalle parti per la sussistenza o sopravvenienza di circostanze idonee a sconvolgerne la struttura originaria¹¹².

Diverso da tale tipologia è il rischio in senso giuridico, alludendo a fattispecie rispetto alle quali l'avversarsi dell'evento incerto ha un'incidenza diretta sulla situazione giuridica dei soggetti. Su di altro versante, il rischio giuridico si palesa in una situazione di incertezza sull'*an* ovvero sul *quantum* della prestazione, di guisa che essa risulta determinata - con riferimento alla sua *nascita* o al suo *ammontare* - in funzione di un evento futuro ed incerto (*arg. ex art. 1472, co. 2, c.c.*)¹¹³.

Emblematica è altresì la ripartizione tra rischio in senso giuridico e rischio in senso tecnico assicurativo¹¹⁴, posta la non sovrapponibilità tra i concetti di assicurabilità in senso giuridico e in senso tecnico¹¹⁵: invero, si traducono in un giudizio di conformità del rischio assicurato all'ordinamento giuridico, la prima, e alle tecniche attuariali, la seconda. Di conseguenza, un rischio inassicurabile sul piano tecnico potrà essere assicurabile sul piano giuridico, e viceversa, così da ingenerare diversità di effetti. Invero, l'inassicurabilità sul piano tecnico condurrà unicamente a conseguenze di tipo economico che legittimano l'assicuratore alla determinazione di premi eccessivamente elevati al precipuo fine della precostituzione di riserve tali da far fronte alle richieste di indennizzo che altrimenti non potrebbero essere gestite secondo le ordinarie tecniche attuariali di ripartizione

¹¹² G. DI GIANDOMENICO, op. ult. cit., p. 37, il quale evidenzia, “in astratto questi due tipi di rischio, concettualmente distinti, sono agevolmente riconoscibili. In concreto, tale differenziazione appare più difficoltosa: essi, infatti, sono intrecciati, sia nella realtà effettuale, sia nella dinamica dello stesso contratto, sia – ancora – nella dinamica processuale”.

¹¹³ R. NICOLÒ, op. cit., pp. 1029-1030; G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 255 ss.; P. CORRIAS, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 319; G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 196 ss.

¹¹⁴ Tale distinzione in particolare è evidenziata, *ex multis*, da A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Vol. II, Milano, 1954, in particolare par. 307, il quale precisa che con la seconda espressione si fa riferimento alla tecnica assicurativa, ai calcoli probabilistici dell'impresa assicurativa mediante i quali la stessa controlla la frequenza statistica degli eventi assicurati.

S. LANDINI, op. cit., p. 37, chiarisce “che si parla di rischio inassicurabile in senso tecnico nei casi in cui la frequenza statistica dell'evento assicurato non possa essere controllata attraverso i criteri probabilistici dell'impresa assicuratrice”.

¹¹⁵ S. LANDINI, op. cit., p. 38, ad avviso della quale, “una possibile confusione tra assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico potrebbe, forse, nascere dall'adesione alla teoria che vede nell'impresa assicuratrice un elemento strutturale del contratto di assicurazione ovvero uno strumento necessario per la realizzazione dell'operazione economica contraria”.

del rischio. Diversamente a dirsi per l'inassicurabilità in senso giuridico, tale da incidere sulla stessa validità ed efficacia del contratto di assicurazione¹¹⁶.

Non meno significativa, a voler proseguire, risulta la dicotomia rischio assicurabile e rischio assicurato¹¹⁷, riferendosi con la prima accezione al rischio idoneo ad essere oggetto di copertura assicurativa (ovverosia, ai sensi dell'art. 1882 c.c., solo a quello che si traduce nella possibilità di un sinistro)¹¹⁸ laddove con la seconda al rischio contemplato dal contratto di assicurazione al cui verificarsi si riconnette l'obbligazione dell'assicuratore di pagare l'indennità¹¹⁹.

3.1 (Segue) Delimitazioni contrattuali del rischio

Posta l'impossibilità di assicurare, da un punto di vista tecnico, qualsiasi fatto colposo perpetrato dall'assicurato, le compagnie assicurative provvedono a specificare le concrete modalità di accadimento del sinistro¹²⁰ mediante la

¹¹⁶ S. LANDINI, op. cit., p. 40 alla nota 58, la quale ha cura di precisare “il diverso modo di operare dell'inassicurabilità giuridica del rischio sull'invalidità del contratto, a seconda che la specifica individuazione o delimitazione invalida sia qualificabile come primaria, ovvero essenziale, oppure secondaria. Solo nel primo caso la nullità della singola clausola determina anche la nullità dell'intero contratto ex art. 1419 c.c.”.

¹¹⁷ A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, 2012, p. 117 ss.; S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., p. 57, precisa che il rischio assicurato costituisce un *minus* rispetto al rischio assicurabile, in virtù delle delimitazioni operate dalla legge e dalle parti.

¹¹⁸ A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 116, i quali hanno cura di precisare che alla base di tale tipologia si pone la contrapposizione tra rischio in senso economico e rischio in senso tecnico assicurativo di cui *supra* ragion per cui “non tutti i rischi, intesi in senso economico, sono tecnicamente assicurabili. I limiti dell'assicurabilità del rischio sotto questo profilo sono segnati dalla tecnica assicurativa e dalle condizioni di mercato [...]. Non tutti i rischi tecnicamente assicurabili possono però essere coperti con un contratto di assicurazione”.

¹¹⁹ S. VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative «retroattive»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 864; A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 117, i quali rilevano “è sempre al rischio assicurato che si riferisce la disciplina del codice. È in relazione al rischio assicurato, nei limiti e con le modalità previste dal contratto, che deve essere valutato se il rischio esisteva al momento della stipulazione (art. 1895), o se il rischio è cessato (art. 1896), se si è verificato un aggravamento o una diminuzione del rischio (artt. 1897 - 1898), se per lo stesso rischio sono state contratte più assicurazioni (art. 1910) e così via”. La medesima opinione si rinviene in G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria generale del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, pp. 70 ss.

¹²⁰ M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 25, il quale chiarisce “di norma un contratto di assicurazione della r.c. tiene indenne l'assicurato dalle conseguenze non di ogni danno arrecato a terzi *quomodolibet*, ma solo dei danni arrecati con determinate modalità, ovvero nell'esercizio di determinate attività, o ancora solo per determinati tipi di danno. Ciò del resto è espressamente previsto dall'art. 1917, comma 1, c.c., nella parte in cui fa riferimento alla «responsabilità dedotta nel contratto»”.

Precisa G. MIOTTO, *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 210, che “La causa di esclusione della garanzia,

predisposizione di dettagliate condizioni¹²¹ di carattere causale, spaziale e temporale¹²² (il c.d. rischio assicurato)¹²³. Il fondamento di tale potere riconosciuto alle parti, si rinviene nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, sì come risulta dal combinato disposto degli artt. 1882 c.c. («entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro»), 1905 c.c. («nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto») e 1917 co. 1 c.c. («responsabilità dedotta nel contratto»)¹²⁴.

quindi, non è solo «strettamente connessa» al sinistro, ma è immanente ad esso, in quanto costituisce un connotato del sinistro, e cioè una concreta componente della fattispecie che lo integra, componente che la clausola individua, eleggendola a *ratio excludendi* della garanzia assicurativa, ed in tal modo restringendo l'oggetto dell'obbligazione assunta dall'assicuratore nei riguardi dell'assicurato”.

¹²¹ R. CAVALLO BORGIA, op. cit., pp. 15 - 16, ad avviso della quale, le delimitazioni del rischio assicurato vanno tenute distinte dalle c.c.dd. circostanze dell'evento ovvero sia “le circostanze che accompagnano l'evento dannoso nel momento del suo verificarsi e che legittimeranno o non (c.d. rischi assunti e c.d. rischi esclusi) l'assicurato a richiedere la prestazione riparatoria del pregiudizio economico subito dal suo patrimonio”; nonché dalle c.dd. circostanze del rischio “qualificabili come le circostanze particolari utili ad individuare la situazione rischiosa e la cui analisi che temporalmente precede l'evento, serve a determinare il grado di probabilità di quest'ultimo e la sua entità”.

¹²² S. LANDINI, op. cit., p. 35 nota 51, sottolinea che tale tripartizione “ha un valore puramente sistematico - descrittivo dal momento che tale classificazione non trova giustificazioni sul piano degli effetti giuridici”. In termini A. DONATI, op. cit., pp. 150 ss.

Con particolare riguardo alle clausole che delimitano il rischio *ratione temporis*, il riferimento è alle clausole *claims made*, per le quali si vedano diffusamente i capitoli seguenti della presente trattazione.

¹²³ M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, cit, pp. 200 ss., il quale chiarisce, “per effetto della delimitazione del rischio, si determina l'ambito del «rischio assicurato», che è quello descritto nel contratto e, per converso, del «rischio escluso» (cioè quello astrattamente rientrante nel rischio assicurato ma escluso per espressa previsione di polizza: ad esempio, l'allagamento causato da rottura accidentale di tubi in una polizza contro i danni da allagamento) e di «quello non compreso» (cioè avente ad oggetto eventi diversi da quelli assicurati: ad esempio, la responsabilità civile del vettore nell'assicurazione stipulata per conto altrui contro il rischio della perdita di merce)”; I. PARTENZA, op. cit., p. 41, per il quale “la descrizione del rischio definisce i limiti e gli ambiti principali entro i quali l'assicuratore si obbliga a tenere indenne l'assicurato: solitamente è racchiusa in frasi tipo «l'assicurazione è prestata per la responsabilità civile derivante all'assicurata a sensi di legge per danni non patrimoniali involontariamente cagionati a terzi nell'esercizio dell'attività professionale di commercialista con studio sito in YY via Antonio Bianchi n. 34, composto da 2 persone» oppure «... per la responsabilità civile derivante all'assicurata a sensi di legge per danni non patrimoniali involontariamente cagionati da difetto dei seguenti prodotti: forno microonde, frigoriferi e prodotti HI FI»” e così via; I. CARASSALE, op. cit., pp. 22-23, la quale ha cura di precisare “l'ambito del rischio dedotto in contratto corrisponde, quindi, alla responsabilità dedotta nella polizza e l'inquadramento della natura delle azioni o delle omissioni che possono essere fonte di danno si inserisce quale ulteriore parametro nella individuazione di quale sia l'ambito del rischio che può essere dedotto in polizza”; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 70, “è sempre e soltanto al rischio assicurato che si riferisce la disciplina del codice”.

¹²⁴ G. MIOTTO, *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, cit., p. 209, il quale precisa che “L'esistenza del rischio è essenziale ai fini della validità del contratto (artt. 1895, 1896 c.c.) e la sua delimitazione, nell'assicurazione contro i danni, è indubbiamente rimessa all'autonomia privata, mancando norme imperative che impongono limitazioni in proposito, principio questo che è necessario sottolineare con particolare evidenza,

Elementi indefettibili, ai fini della delimitazione del rischio¹²⁵, sono individuati nell'evento e nell'interesse esposto al rischio, la cui mancanza determina la nullità del contratto per indeterminatezza di un elemento essenziale, qual è per l'appunto il rischio¹²⁶.

Quanto alle delimitazioni di ordine causale, di norma il rischio è definito sulla base della specificazione della qualità di assicurato¹²⁷ (sia essa persona fisica, giuridica, ente privato o pubblico¹²⁸), della natura, estensione ed intensità dell'attività¹²⁹ da cui possa derivare un pregiudizio per i terzi¹³⁰, della categoria di terzi che possono essere risarciti¹³¹ nonché della natura delle azioni ovvero omissioni colpose poste in essere dall'assicurato¹³². Si parla a tal proposito di delimitazioni causali in senso soggettivo, per distinguerle da quelle in senso

considerati i ripetuti tentativi di sopprimere l'autonomia contrattuale (anziché di limitarla, come fanno gli artt. 1229 e 1341 c.c.) che riaffiorano periodicamente nella giurisprudenza di legittimità (...)"

¹²⁵ M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, cit., pp. 200 ss., il quale eloquentemente riferisce che "la delimitazione del rischio può essere paragonata, *mutatis mutandis*, alla definizione della fattispecie incriminatrice in materia penale: così come soltanto le condotte concrete che integrano tutti gli estremi della previsione astratta possono definirsi «reato», allo stesso modo soltanto i sinistri che integrano tutti gli estremi del rischio come delimitato nel contratto fanno sorgere il diritto all'indennizzo e, correlativamente, l'obbligo di pagarlo".

¹²⁶ M. ROSSETTI, op. ult. cit., pp. 200 ss.

¹²⁷ R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 14, ad avviso della quale, risulta essere di mero stile la clausola che esclude dalla garanzia le fattispecie di responsabilità nei confronti delle persone legate all'assicurato da vincolo di parentela.

¹²⁸ M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 29, il quale specifica "così, il contratto può includere nella copertura la responsabilità per i danni cui l'assicurato deve rispondere solo in una determinata qualità: come amministratore di società di capitali piuttosto che come padre di famiglia o datore di lavoro".

¹²⁹ F. MANCINI, op. cit., pp. 275B ss. il quale ha cura di precisare "l'attività presa in considerazione nel contratto assicurativo può essere, in quanto in violazione di obblighi contrattuali, fonte di danno nei confronti di coloro con cui l'assicurato abbia stipulato il contratto d'opera professionale, ma la stessa attività può essere lesiva di diritti assoluti altrui, indipendentemente dal rispetto di pregressi obblighi negoziali nei confronti del danneggiato stesso. Corrispondentemente, la responsabilità contemplata nel contratto assicurativo può essere contrattuale e/o extracontrattuale".

¹³⁰ M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 30, il quale sottolinea l'importanza della delimitazione in parola, in quanto consente di escludere l'indennizzabilità di quei danni arrecati dall'assicurato nello svolgimento di attività diversa da quella in polizza; R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 14.

¹³¹ A tal uopo, R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 14, ha cura di precisare "specifiche clausole in polizza di consueto escludono che possono essere considerati terzi il coniuge, i figli, i fratelli e gli altri soggetti stabilmente conviventi con l'assicurato e così anche i dipendenti che subiscano il danno in occasione di lavoro o di servizio. In particolare, qualora l'assicurato sia una società non sono considerati terzi né i soci a responsabilità illimitata, né gli amministratori"; U. CARASSALE, op. cit., p. 245.

¹³² R. CAVALLO BORGIA, op. cit., p. 14, la quale propone un'interpretazione estensiva dell'espressione ex art. 1917 c.c. "fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione", comprensiva ovvero sia di «atti» e «non atti» svuotandosi altrimenti la stessa nozione di responsabilità.

oggettivo, che delimitazioni causali *in senso oggettivo*, che concernono invece la rilevanza *ex contractu* del nesso di causalità¹³³.

Le clausole di delimitazioni spaziali circoscrivono il rischio in relazione al territorio nazionale ovvero di esercizio dell'attività potenzialmente pericolosa ovvero ancora del luogo in cui si trova la cosa fonte di danno¹³⁴, laddove le clausole di delimitazione temporale individuano lo spazio temporale entro cui il sinistro deve verificarsi affinché la copertura risulti operante¹³⁵.

Tanto premesso e in via generale, giova notare che il legislatore riconnette effetti punto diversi all'inserzione nella tavola negoziale di clausole dirette a definire l'oggetto del contratto piuttosto che a limitare (o escludere) la responsabilità del debitore, di guisa che appare doverosa una preventiva disamina delle norme che disciplinano tali circostanze, sì da ricondurre le clausole di delimitazione del rischio assicurabile nelle une piuttosto che nella altre.

In tale prospettiva vengono in rilievo sia l'articolo 1229 c.c., laddove sancisce la nullità dei patti che escludono o limitano «la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave», nonché l'articolo 1341 c.c., per ciò che attiene all'inefficacia delle clausole «che stabiliscono ... limitazioni di responsabilità» a favore del predisponente (qualora non siano specificamente approvate dall'aderente).

Deve, peraltro, considerarsi che il recepimento della direttiva 93/13/CE ha importato l'esclusione dal novero delle clausole vessatorie (*rectius* abusive) quelle relative alla “determinazione dell'oggetto del contratto” o alla “adeguatezza del

¹³³ Giova in questa sede prendere atto del fatto che - stando ad un'idea consolidata - non è dato rinvenire una forma peculiare di «causalità assicurativa». Così, M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 762.

¹³⁴ M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 30, il quale riporta l'esempio di copertura assicurativa r.c. relativa a danni dipendenti dall'esercizio di un locale pubblico, ritenuta operante anche nel caso in cui il fatto dannoso si sia verificato all'esterno locale ma prodotto in conseguenza di agente insorto nel locale stesso.

¹³⁵ D. DE STROBEL – V. OGLIARI, op. cit., p. 32, i quali precisano “vi sono però coperture che si estendono a tutto il mondo, più spesso però ci si limita al territorio del paese ove il contratto viene stipulato, o agli stati confinanti; infine per attività più specifiche e ristrette il luogo ove queste si svolgono”.

corrispettivo dei beni e dei servizi”, purché “tali elementi siano determinati in modo chiaro e comprensibile” *ex art. 34 cod. cons.*¹³⁶.

Ebbene, può senz’altro affermarsi che le clausole delimitatrici del rischio, posto che determinano i «limiti» dell’obbligazione dell’assicuratore, *id est* i casi in cui non sorge l’obbligazione dell’assicuratore ad eseguire la prestazione indennitaria in quanto l’evento dannoso è connotato da una peculiarità predeterminata che assurge a ratio excludendi, sono qualificabili senz’altro come clausole che definiscono l’oggetto del contratto¹³⁷. Indi, appare preclusa l’assoggettabilità al sindacato di vessatorietà *ex art. 1341 c.c.* e alla nullità di cui all’art. 1229 c.c., potendosi invece delineare i margini per una declaratoria di abusività della clausola *ex art. 34 co. 2 Cod. cons.*, nei limiti in cui siano formulate in maniera difforme dai canoni di comprensibilità e trasparenza.

Tuttavia, non sempre agevole risulta individuare il labile confine tra clausole di delimitazione del rischio assicurato e clausole di esonero da responsabilità¹³⁸. Si è, a tal uopo, ritenuto¹³⁹ che sono qualificabili come limitative

¹³⁶ R. CAVALLO – BORGIA, *op. cit.*, p. 78 alla nota 58 rileva “prima dell’introduzione della direttiva Cee 93/13 l’attenzione della dottrina era incentrata sulla differenziazione tra delimitazione del rischio e limitazione della responsabilità della compagnia assicuratrice. Il problema era stabilire se le clausole delle polizze di assicurazione con le quali si escludono determinati eventi dal rischio assunto dall’assicuratore contengono limitazioni di responsabilità ai sensi dell’art.1341 comma 2 c.c. e, se, di conseguenza, dovevano essere approvate per iscritto, come previsto dal citato articolo. La dottrina maggioritaria era arrivata a sostenere che in realtà le clausole delimitatrici del rischio non hanno nulla a che vedere con l’art. 1341 poiché questo si occupa chiaramente delle limitazioni di responsabilità. A giustificazione di questo orientamento si affermava che la «responsabilità» che l’assicuratore assume quando si definisce il rischio assicurato è altra cosa rispetto alla «responsabilità» in senso tecnico di cui parla l’art. 1341. Pertanto, delimitare il rischio non significava limitare la responsabilità della compagnia in senso stretto, ma semplicemente stabilire in quali casi quest’ultima dovrà effettuare la sua controprestazione principale. Escludere dal rischio un determinato evento significava precisare alla radice l’entità stessa del dovuto”.

¹³⁷ V. *ex multis*, G. MIOTTO, *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell’assicuratore*, cit., p.210, che afferma “Possiamo perciò concludere che, nel contratto di assicurazione, le clausole delimitative del contenuto contrattuale presentano la peculiarità di individuare il rischio assicurato facendo riferimento ad uno o più aspetti dell’evento dannoso, e cioè ad uno o più elementi di fatto immanenti al sinistro, la cui ricorrenza esclude l’insorgere dell’obbligazione indennitaria dell’assicuratore (ovvero, in qualche caso, al contrario, elementi che sono indispensabili perché tale obbligazione si attualizzi).

¹³⁸ Giova notare come, se dal punto di vista concettuale la demarcazione tra le due categorie è alquanto netta, il problema si pone quante volte si operi una dissimulazione dell’esclusione o limitazione della responsabilità dell’assicuratore sotto le mentite spoglie di una clausola apparentemente diretta a realizzare una delimitazione del rischio.

¹³⁹ Trattasi di principio enunciato da Cass., 24 gennaio 1997, n. 750, in *Contratti*, 1997, pp. 255 ss., in materia di clausole che, nei contratti bancari relativi ai servizi delle cassette di sicurezza, precludano al cliente la conservazione nella cassetta di cose superiori a un certo valore. Al riguardo,

della responsabilità *ex art. 1229 c.c.* le clausole volte a escludere che il predisponente sia chiamato a rispondere di atti o fatti che potrebbero far sorgere a suo carico una responsabilità per inadempimento; si considerano, invece, delimitative del rischio assicurato le clausole che circoscrivono i diritti e gli obblighi scaturenti dal contratto, senza alterare in alcun modo la funzione tipica del contratto di assicurazione¹⁴⁰. Nel primo caso, si incide sugli stessi elementi costitutivi della responsabilità negoziale ovvero scostamento dal programma contrattuale, colpa, nesso di causalità e danno risarcibile, mentre nel secondo si assiste a una specificazione del rischio garantito¹⁴¹.

In virtù di tale principio, sono clausole di delimitazione del rischio, e pertanto non vessatorie, quelle che prescrivono le modalità di manifestazione del sinistro in ragione all'arco temporale, luogo, causa, effetti e autore del medesimo¹⁴² laddove sono limitative della responsabilità quelle aventi a oggetto elementi di fatto estranei all'evento dannoso integrante il sinistro e temporalmente ad esso successivo¹⁴³.

la giurisprudenza di legittimità è nel senso della qualificabilità di tali clausole in termini di limitazione di responsabilità risarcitoria della banca e, pertanto, soggette alla sanzione di nullità *ex art. 1229 c.c.* In tal senso, Cass., 29 luglio 2004, n. 14462, in *Rep. Foro it.*, 2004; Cass., 24 maggio 2004, n. 9902, in *Resp. civ.*, 2005, pp. 14 ss.; Cass., 4 aprile 2001, n. 4946, in *Giust. civ.*, 2001, pp. 1784 ss.

¹⁴⁰ In giurisprudenza, *ex multis* Cass., 15 luglio 2016, n. 14422, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 1702 ss.; Cass., 10 febbraio 2015, n. 2469, in *Giust. civ. Mass.*, 2015, pp. Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 199 ss. ove si legge “nel contratto di assicurazione contro i danni costituiscono clausole limitatrici del rischio, e quindi attinenti all’oggetto del contratto e prive di carattere vessatorio, le pattuizioni che stabiliscono quali siano il contenuto e i limiti della copertura assicurativa. Tuttavia quando la delimitazione del rischio è di tale ampiezza da finire per escludere in *toto* il rischio assicurato, essa non può ritenersi valida, in quanto incide negativamente sulla stessa causa del contratto di assicurazione”; Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 905 ss.; Cass., 29 maggio 2006, n. 12804, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, pp. 464 ss.; Cass., 9 marzo 2005, n. 5158, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, pp. 176 ss.; Cass., 4 febbraio 2002, in *Giust. civ.*, 2002, pp. 1895 ss.

In dottrina, G. MIOTTO, *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, cit., pp. 208 ss.; D. PALOMBELLA, *Nulla la clausola del contratto assicurativo che limita a dismisura le garanzie*, in *Diritto & Giustizia*, 2010, pp. 217 ss.; M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, cit., pp. 200 ss.; V. DEL RE, *Assicurazione della responsabilità civile e ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229 c.c.?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, pp. 1262 ss.; S. FORNI, op. cit., pp. 292 ss.; F. BENATTI, *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. Civ.*, 1988, pp. 403 ss.

¹⁴¹ M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, cit., pp. 200 ss.

¹⁴² M. ROSSETTI, op. ult. cit.; V. DEL RE, op. cit., pp. 1262 ss.

¹⁴³ M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir. priv.*, 2017, pp. 1012 ss., il quale ha cura di precisare “tali clausole

Di converso, la giurisprudenza ha ritenuto, tra le altre, delimitative del rischio assicurato e, pertanto, valide¹⁴⁴:

1. la clausola che esclude l'operatività della garanzia assicurativa per i danni subiti dai terzi trasportati, se il trasporto non sia effettuato in conformità delle disposizioni vigenti e delle indicazioni contenute nella carta di circolazione¹⁴⁵;
2. la clausola che esclude l'operatività della garanzia assicurativa per l'ipotesi in cui l'assicurato sia, al momento del sinistro, sotto l'effetto di alcool o sostanze stupefacenti¹⁴⁶;
3. la clausola di un contratto di assicurazione contro il furto che subordina la copertura assicurativa all'adozione di speciali dispositivi di sicurezza o all'osservanza di oneri diversi¹⁴⁷.

non hanno, all'evidenza, nulla a che vedere con la limitazione di responsabilità di cui all'art. 1341, co. 2, c.c., il quale - riprendendo la nozione desumibile dall'art. 1229 c.c. - contempla esclusivamente le clausole che escludono o limitano preventivamente le conseguenze imputabili al debitore in ragione del suo inadempimento: il limite alla determinazione dell'ambito del pregiudizio risarcibile presuppone che si sia già definito l'evento di cui il debitore deve rispondere, il che, per l'appunto, rappresenta la finalità propria delle clausole delimitative dell'oggetto"; G. MIOTTO, *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, pp. 208-209. *Contra*, M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, cit., per il quale non "appare convincente l'opinione di quanti classificano come clausole di esonero da responsabilità solo quelle che tendono a limitare la responsabilità di una delle parti in caso di inadempimento, con ciò escludendo che possano essere sottoposte al test di vessatorietà quelle in vario modo dirette a disciplinare il contenuto della prestazione. Se, infatti, può apparire in astratto condivisibile l'opinione secondo cui le «clausole vessatorie possono dirsi quelle che disciplinano in termini onerosi per il contraente più debole l'esercizio dei diritti derivanti dal contratto ma non quelle che determinano il contenuto di questi diritti», in concreto le cose appaiono più complesse e meno evidenti di quanto una divisione meramente concettuale potrebbe indurre a pensare". Di conseguenza, l'Autore prosegue nell'affermare che "in via generale, pare corretto ritenere che spetti all'assicuratore la prova che l'evento rientra tra quelli esclusi dalla copertura, limitandosi l'onere probatorio gravante sul consumatore alla dimostrazione che il rischio rientrava nella definizione positiva dell'oggetto contrattuale". Pertanto, ad avviso dell'Autore, sarà necessario, *in primis*, che l'assicuratore dimostri di aver assolto l'obbligo del *clare loqui*, diversamente troverà applicazione la regola dell'*interpretatio contra stipulatorem* ex art. 1370 c.c.

¹⁴⁴ Per un primo tentativo di elencazione di clausole ritenute tradizionalmente o discutibilmente come delimitative del rischio assicurabile, da parte della giurisprudenza e della dottrina, v. A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, cit., pp. 993 e ss.; E. DUSI, *Gli effetti della direttiva 93/13 sul contratto di assicurazione in Italia*, Atti del Convegno AIDA tenutosi a Milano il 1° ottobre 1993, in *Quad. dir. eco. ass.*, Milano 1994, pp. 86 ss.

¹⁴⁵ Cass., 7 novembre 1997, n. 10947, in www.iusexplorer.it.

¹⁴⁶ Trib. Parma, 15 ottobre 2003, in *Diritto e giustizia*, 2004, pp. 90 ss.;

¹⁴⁷ Cass., 27 luglio 2001, n. 10290, in *Dir. econ. ass.*, 2001, pp. 1137 ss.; Cass., 1 dicembre 1998, n. 12190, in *Arch. civ.*, 1999, pp. 306 ss.

3.2 (Segue) L'ammissibilità del rischio putativo

Nel panorama dottrinale, si è posto, in tempi recenti, l'interrogativo in ordine alla validità del c.d. rischio putativo¹⁴⁸, ovvero sia caratterizzato da un'incertezza meramente soggettiva la verifica delle conseguenze dannose che derivano dal sinistro, nel senso di ritenere non verificatisi tali pregiudizi patrimoniali a carico dell'assicurato (e quindi perdurante la situazione di rischio di verifica degli stessi)¹⁴⁹. I termini della questione traggono spunto dal recente diffondersi, sempre più accentuato, di nuove tipologie di rischi - di cui si tratterà diffusamente nel prosieguo della trattazione¹⁵⁰- e di nuovi prodotti assicurativi, quali in particolare le polizze con clausola *claims made*¹⁵¹.

Sul piano dogmatico il rischio putativo costituisce fattispecie da tenere distinta rispetto all'assicurazione retroattiva¹⁵²: istituto, quest'ultimo, in virtù del quale vengono fatti retroagire a un momento anteriore alla conclusione del contratto gli effetti dell'assicurazione posta in essere¹⁵³. In particolare, si tratta del meccanismo negoziale in forza del quale la copertura assicurativa subisce una traslazione nel passato, in favore di sinistri verificatisi in un momento anteriore alla stipula della polizza.

¹⁴⁸ S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., pp. 78-79, rileva che "Il nostro ordinamento non conosce soltanto il rischio putativo, ma prevede e disciplina altresì le scriminanti o esimenti putative e la fattispecie del matrimonio putativo. L'aggettivo, che qualifica ciascuna delle fattispecie richiamate, nel linguaggio corrente indica ciò che è supposto, preteso, ritenuto tale pur senza esserlo veramente. Nel linguaggio del diritto il termine rinvia piuttosto ad una particolare operazione tecnico-giuridica di qualificazione formale, mediante la quale l'ordinamento equipara (sussume), in tutto o relativamente ad alcuni aspetti (effetti) soltanto, ad una fattispecie perfetta, valida ed efficace, un'altra fattispecie imperfetta (inefficace)".

¹⁴⁹ S. VERNIZZI, op. ult. cit., pp. 94 - 95, il quale rileva "la diffidenza del legislatore nei confronti della percezione soggettiva del rischio, la cui validità viene dunque circoscritta al solo campo delle assicurazioni contro i rischi della navigazione marittima ed aerea, per le ragioni che storicamente hanno condotto alla previsione ed alla disciplina di tale fattispecie, ritenute comunque attuali. [...] La sanzione di nullità di cui all'art. 1895 cod. civ., la presunzione *iuris tantum* di cui al comma 2, nonché la presunzione *iuris et de iure* di cui al comma 1 dell'art. 514 cod. nav., sono tutti strumenti che il legislatore utilizza al fine di assicurare l'assicuratore ed il sistema assicurativo nei confronti degli abusi che l'assicurabilità di un rischio soltanto putativo per certo agevola".

¹⁵⁰ V. infra par. 3.3.

¹⁵¹ Su cui diffusamente ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione.

¹⁵² Si riporta l'opinione prevalente in ossequio alla quale la retroattività (quale regolamentazione dell'efficacia negoziale) sarebbe prerogativa dell'autonomia negoziale delle parti, salve le imprescindibili esigenze di tutela dei terzi estranei al rapporto. In termini cfr. G. TARTANO, voce *Retroattività* (*dir. priv.*), in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 92.

¹⁵³ A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., pp. 121 ss.

Orbene, la qualificabilità del contratto di assicurazione, nel rapporto assicurato e assicuratore, in termini di aleatorietà porta ad una conclusione di segno negativo, costituendo il rischio una possibilità oggettiva di accadimento¹⁵⁴. In particolare, si è precisato¹⁵⁵ che esso debba consistere in un “evento futuro e incerto e non verificato” e che per “rischi verificati” debbano intendersi “non solo gli eventi dannosi materialmente avvenuti prima della stipula del contratto ma anche quelli i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula”¹⁵⁶.

Tuttavia, minoritario orientamento¹⁵⁷ propende per la validità tanto del rischio putativo quanto dell’assicurazione retroattiva¹⁵⁸ fondando tale convincimento sulla premessa della natura non aleatoria del contratto di assicurazione e della configurabilità della prestazione dell’assicuratore non già di mero obbligo di dare, bensì di *facere*, che si traduce nella ripartizione del rischio tra la compagine degli assicurati. Esattamente, con riguardo al primo profilo, si reputa che la disposizione di cui all’art. 1895 c.c. non vale a suffragare l’aleatorietà del contratto di assicurazione, posto che il rischio di cui è data parola è provvisto di un’essenza economica ed extra - assicurativa, nel senso che si traduce nel timore che un determinato evento possa arrecare pregiudizio al proprio patrimonio e che, pertanto, induce un soggetto a stipulare il contratto in rassegna. Di converso, poiché esso continua a gravare sul soggetto anche successivamente alla stipulazione del

¹⁵⁴ A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 129

¹⁵⁵ Cass. sez. III, 13 marzo 2014, n. 5791, che riprende l’orientamento formatosi nella giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 12 settembre 2007; Trib. Roma, 12 gennaio 2006, in De Jure; Trib. Roma, 1 agosto 2006, in Redaz. Giuffrè annotata da A. DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo*, in *Dir. econ. e ass.*, 2007, pp. 171 ss; Trib. Roma 5 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, pp. 352 ss.

In dottrina la tesi è stata ripresa da M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., pp. 38-39.

¹⁵⁶ M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 39, ad avviso del quale, “così ad es., sarebbe nullo il contratto di assicurazione del credito se il fallimento del debitore dell’assicurato, dichiarato dopo la conclusione del contratto, sia stato reso inevitabile dal compimento di atti pregiudizievoli in epoca anteriore alla stipula; così come sarebbe del pari nullo il contratto di assicurazione contro il rischio di crollo di un immobile, se al momento della stipula si era già verificato il cedimento del terreno su cui poggiava l’edificio e che ha prodotto quale conseguenza *inevitabile* il crollo della costruzione”.

¹⁵⁷ S. VERNIZZI, in *Il rischio putativo*, cit., pp. 75 ss.; di recente propendono in tale direzione, limitatamente al rischio putativo, anche E. BOTTIGLIERI, op. cit., pp. 273-275; N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2015, pp. 721 ss.

In giurisprudenza la tesi è stata autorevolmente ribadita da Cass. Sezioni Unite, 6 maggio 2016 n. 9140.

¹⁵⁸ *Contra*, A. D. CANDIAN, op. cit., p. 300, per il quale, l’assicurazione retroattiva “è certamente nulla, nel diritto italiano, perché l’accadimento del fatto prima della decorrenza della garanzia integra l’ipotesi di cessazione del rischio (art. 1895)”.

contratto, non può che qualificarsi quale presupposto esterno all'assicurazione. Si sostiene altresì che la nullità sancita dalla citata disposizione dell'art. 1895 c.c. non interessa il difetto di un elemento essenziale del contratto bensì costituisce espressione del potere accordato dal legislatore dall'enunciato normativo di cui all'art 1418 co. 3 c.c. per sanzionare fattispecie diverse da quelle previste nei commi precedenti¹⁵⁹.

A sostegno di tale tesi si adduce altresì la funzione dello stesso contratto di assicurazione consistente, per l'appunto, nella soddisfazione di bisogni a costo parziale rinvenibile anche nelle coperture in parola. Invero, il premio verrebbe calcolato sulla base della sinistrosità media su cui influisce la frequenza dei sinistri nel periodo assicurativo osservato e non già il momento di produzione degli stessi.

Tale tesi tuttavia, limitatamente alla parte in cui ammette *sic et simpliciter* l'assicurabilità del rischio putativo¹⁶⁰, non sembra poter essere seriamente presa in considerazione per una pluralità di ragioni.

In primo luogo si adduce l'argomento storico-sistematico che fa leva sull'espunzione, da parte del legislatore del '42, della norma (art. 430) che campeggiava nel Cod. comm. del 1882, in ossequio alla quale era consentita l'assicurabilità del rischio putativo anche nelle assicurazioni terrestri. A voler proseguire, si evidenzia anche il mutamento di disciplina che ha interessato l'assicurabilità del rischio putativo nelle assicurazioni marittime ai sensi dell'art. 514 Cod. nav., laddove non si conferisce rilievo determinante, propriamente, alla soggettiva incertezza sul rischio, quanto piuttosto al fatto che nessuna notizia del

¹⁵⁹ S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., pp. 76 - 77.

¹⁶⁰ Quanto invece all'assicurazione retroattiva, non sembra ci siano ostacoli di sorta per conferirle cittadinanza nel nostro ordinamento. Infatti, oltre all'argomento sistematico - evidenziato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 6 maggio 2016 n. 9140 - riveniente dal raffronto strutturale degli artt. 514 cod. nav. e 1895 c.c., un dato appare in tal senso inequivocabile: "se il rischio, nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, si identifica con le conseguenze dannose derivanti dal sinistro e, nello specifico, l'assicurazione di responsabilità civile non copre il danno patito dal terzo, quanto piuttosto il danno al patrimonio dell'assicurato, può senza subbio ritenersi che il rischio non sia cessato qualora, al momento della stipula del contratto, il terzo non abbia avanzato alcuna pretesa nei confronti del danneggiante assicurato: è solo in quest'ultima ipotesi, infatti, che il rischio, da potenziale, diviene attuale e concreto. (...) Tale ordine di considerazioni vale a confermare la liceità della copertura retroattiva, la quale, può dunque trovare cittadinanza all'interno dell'impianto normativo, senza che a ciò contribuisca l'improprio (e fuorviante) richiamo al rischio putativo". Così testualmente M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»*, in *Riv. dir. banc.*, 5, 2016, p. 9.

sinistro sia giunta nei luoghi previsti dalla norma in commento, al momento della stipula del contratto. Di guisa che darebbe luogo ad una palese contraddizione la generalizzazione del rischio putativo nelle assicurazioni terrestri, laddove invece nelle sua *sedes materiae* elettiva (assicurazioni marittime), il rischio putativo è assicurabile solo alle condizioni oggettive previste dall'art. 514 cod. nav.¹⁶¹

Senza contare che l'inammissibilità del rischio putativo deriva altresì dalla tradizionale interpretazione della disposizione di cui all'art. 514 cod. nav. che, per l'appunto, ammette eccezionalmente una simile fattispecie per l'assicurazione marittima¹⁶², ciò che importerebbe, *ex adverso*, l'esclusione della generalizzata ammissibilità del rischio putativo.

3.3 (Segue) I nuovi rischi

Come accennato all'inizio del presente capitolo, sempre più avvertita, nel mondo assicurativo, è l'esigenza di protezione da nuove tipologie di eventi potenzialmente pericolosi¹⁶³, espressione del progresso scientifico e tecnologico, tale da tradursi, da un lato, in una maggiore domanda di nuovi prodotti assicurativi, idonei a fronteggiare adeguatamente la copertura di tali rischi e, dall'altro, nel

¹⁶¹ Tali criticità vengono messe puntualmente in evidenza da M. MAZZOLA, op. ult. cit., p. 7.

¹⁶² A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 115.

¹⁶³ Come acutamente osserva H. MOLLER, *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sull'evoluzione del diritto della responsabilità civile e dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1961, p. 386, "La nascita e lo sviluppo delle assicurazioni si fondano sull'aspirazione dell'uomo alla sicurezza". In termini, A. SAPORI, *Per la storia dei sentimenti. Divagazioni sulle Assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1958, I, pp. 3 ss. E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, cit., p. 142; A. GAMBINO, voce *Assicurazione (Contratto di assicurazione: profili generali)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 8, «Dalla stessa esistenza del vincolo dell'assicuratore - non da una prestazione di quest'ultimo - derivano per l'assicurato quella tranquillità e sicurezza psicologica, la cui importanza è stata tante volte sottolineata dalla dottrina e che non sono legate ad una prestazione attuale, ma alla certezza della prestazione al verificarsi dell'evento». Più di recente P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di durata*, in *Resp. civ., prev.*, 2016, p. 11, ha cura di precisare come "sin dal momento della stipulazione del contratto viene realizzato un preciso interesse dell'assicurato, economicamente significativo e giuridicamente rilevante, alla copertura (o trasferimento o neutralizzazione) del rischio, ossia ad avere la sicurezza di non subire le conseguenze dell'evento incerto". ID., *Il contratto di assicurazione. Profili strutturali e funzionali*, Napoli, 2016, p. 85 ss.

ricorso a una maggiore strumentalizzazione del contratto assicurativo¹⁶⁴ mediante la previsione e la disciplina di peculiari forme di assicurazione obbligatoria¹⁶⁵.

In particolare, i rischi della post-modernità¹⁶⁶ si contraddistinguono per la sussistenza di diversi elementi, che interessano la loro natura impercettibile¹⁶⁷ e spersonalizzata, in ragione del variegato ventaglio di soggetti agenti e danneggiati, nonché l'efficacia irreversibile dei danni da essi generati¹⁶⁸ e la loro "invisibilità"¹⁶⁹. Tuttavia, ciò che assume rilievo, in un tale contesto, è il considerevole scarto temporale tra la manifestazione dell'effetto dannoso e l'origine del processo eziologico che lo determina (si discorre al riguardo di rischio lungo latente)¹⁷⁰ tale da riverberarsi sullo stesso accertamento della

¹⁶⁴ Giova notare come spesso, nel tempo, si è fatto ricorso al contratto di assicurazione in connessione con altre risposte istituzionali e piegandolo ad applicazioni pratiche che a volte hanno messo in dubbio la stessa natura contrattuale, oltre che assicurativa, dello strumento utilizzato. Il riferimento è in particolare alle ipotesi di assicurazione obbligatoria connessa ad imposizione tariffaria ed all'introduzione delle compagnie di assicurazione tra i soggetti legittimati a gestire fondi sanitari o previdenziali.

¹⁶⁵ F. CESERANI, in *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., pp. 151; M. GAGLIARDI, op. cit., p. 140.

¹⁶⁶ Per una disamina di alcuni "nuovi rischi" si veda O. GODARD – C. HENRY – P. LAGADEC – E. MICHEL – KERJAN, *Traité des nouveaux risques*, Gallimard., 2002.

¹⁶⁷ U. BECK, op. cit., 28, a tal proposito rileva che "l'aspetto tipico dei rischi della civiltà odierna è che essi si sottraggono alla percezione, e sono localizzati nella sfera delle formule fisiche e chimiche (...) Sono rischi della modernizzazione. Sono un prodotto «tutto compreso» dell'industrializzazione, che nel corso del suo sviluppo comporta necessariamente un loro aggravamento".

¹⁶⁸ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 142.

¹⁶⁹ Con tale espressione si vuole porre l'attenzione sul dato che spesso l'emersione di tali rischi è resa possibile esclusivamente a mezzo dell'accertamento del nesso di causalità. Cfr. L. NOCCO, *Recenti evoluzioni sul nesso di causalità in responsabilità sanitaria*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Cedam, Padova, 2004, a cura di G. Comandè, e G. Turchetti, pp. 42 ss.; ID., *Il "giudizio di alta probabilità logica" nell'accertamento del nesso causale: prime applicazioni*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 1204 ss.

¹⁷⁰ S. VERNIZZI, in *Il rischio putativo*, cit., pp. 202-203, precisa che si discorre di sinistro latente "allorquando tra l'espletamento dell'attività materiale e la successiva manifestazione delle conseguenze dannose trascorre un periodo di tempo anche rilevante, di modo che soltanto una delle componenti del sinistro («azione o accadimento ed evento di danno») si verifica nel periodo di assicurazione"; A. D. CANDIAN, op. cit., pp. 290 ss., il quale distingue tra sinistro latente e sinistro in serie: quest'ultimo si verifica allorché dal medesimo difetto discendono più danni in tempi successivi, mentre a p. 299, specifica che il sinistro latente è "il fatto illecito non verificato in entrambe le sue componenti (azione o accadimento ed evento di danno) nel periodo di assicurazione".

Rispetto all'*ubi consistam* del sinistro in serie, cfr. D. CERINI, V. GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011, pp. 295 ss., laddove si specifica che si tratta di fenomeno tipico della responsabilità da prodotto, che si caratterizza per una pluralità di richieste risarcitorie originarie da una causa omogenea, che provoca più eventi dannosi riferibili ad un bene commercializzato, e che pone problematiche punto diverse rispetto ai sinistri lungolatenti. Segnatamente, la necessità di tutelare l'estraneità dell'assicuratore rispetto ai deficit in tema di ricerca, sviluppo e sperimentazione imputabili all'impresa assicurata: in questo senso, la soluzione adottata dalle imprese assicurative va nel senso di limitare l'indennizzo al primo evento di danno

responsabilità¹⁷¹. Invero, ben potendo quest'ultimo intervenire a distanza di tempo dalla commissione della condotta o attività lesiva, potrebbe subire condizionamenti dai mutamenti legislativi e giurisprudenziali nel frattempo intervenuti¹⁷², con conseguente imputazione di una responsabilità retroattiva all'autore dell'illecito¹⁷³.

Di converso, si assiste a un mutamento significativo della stessa nozione di rischio che, fin sotto il vigore del codice del commercio, dottrina e giurisprudenza, identificano non già nell'astratta possibilità di un sinistro, bensì nel complesso di circostanze tali da condizionare o rendere più o meno probabile una simile evenienza¹⁷⁴. Da tale definizione discendono due importanti corollari: il sinistro (*melius* l'evento assicurato) deve essere sempre possibile; il complesso di circostanze indicato costituisce esso stesso il rischio.

Se si considera che da sempre la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto alle parti una consistente libertà di definire tali circostanze - potendo considerare a fondamento del contratto quasi ogni accadimento ritenuto influente

manifestatosi, rimanendo a carico dell'assicurato l'onere di provvedere al risarcimento di tutti gli altri pregiudizi, ovvero a prevedere il pagamento per intero solo per il primo sinistro, e una quota parte per i successivi, piuttosto che, da ultimo, ad applicare il massimale indicato anche a tutta la catena di sinistri.

¹⁷¹ F. CESERANI, op. ult. cit., il quale evidenzia “questo periodo di incubazione, più o meno lungo, contraddistingue anche i rischi di natura contrattuale, nei quali non sempre si verifica anche l'incertezza in ordine all'eziologia del danno, come invece accade nell'ambito delle professioni sanitarie. Se, ad esempio, ci riferiamo alle responsabilità derivanti dall'attività di commercialista, dalla carica di sindaco oppure alle fattispecie di *corporate liability*, di norma, sebbene il pregiudizio economico venga avvertito dal danneggiato a distanza di tempo dalla condotta illecita, tuttavia, il collegamento causale con quest'ultima non si presenta con profili di elevata indeterminazione o inconoscibilità: peraltro, i recenti orientamenti giurisprudenziali ammettono una sua ricostruzione anche in termini di probabilità sia pur prevalente (principio del “più probabile che non”)”.

¹⁷² Tale eventualità è ben delineata da M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, pp. 7-8, a mente del quale, rispetto alle polizze assicurative per la responsabilità professionale, “le incertezze normative e le oscillazioni giurisprudenziali rendono estremamente confuso il quadro giuridico di riferimento, compromettono l'attendibilità delle stime del rischio, pregiudicano un esatto calcolo dei premi e una corretta apposizione delle riserve”. A tal riguardo, si riporta l'esempio della responsabilità dell'operatore sanitario, laddove è diffuso un atteggiamento giurisprudenziale particolarmente incline a tutelare il paziente-danneggiato, che si è mosso lungo tre direttrici: “una distribuzione dei carichi probatori sbilanciati in favore del paziente danneggiato, l'adozione di criteri assai largheggianti in ordine all'accertamento del nesso causale, specie in tema di responsabilità da condotta omissiva e danno da perdita di chance, l'ampliamento -che pare non conoscere ostacoli- dell'area dei danni risarcibili”.

¹⁷³ F. CESERANI, op. ult. cit., il quale chiarisce “nel senso che essa viene accertata *ex post* con criteri non sussistenti al momento del compimento dell'atto riconosciuto solo successivamente quale illecito”.

¹⁷⁴ A tal riguardo si veda, per tutti, G. FANELLI, *Le questioni fondamentali del diritto delle assicurazioni private nella giurisprudenza italiana*, in *Ass.*, 1940, I, 363 ss.

sul rischio, con l'unico limite rappresentato dalla concreta possibilità del suo verificarsi¹⁷⁵- e che, conseguentemente, ciò che assume rilevanza per l'estrinsecarsi dei meccanismi assicurativi è quello che viene definito "rischio giuridico"¹⁷⁶. Ed è proprio in tale scenario che trova fondamento la teoria del parallelismo funzionale tra rischio reale e rischio contrattuale¹⁷⁷: il che vuol significare che ogni rischio della prima specie può assumere i connotati della seconda divenendo, in simil modo, un rischio giuridico assicurativo, anche in quelle ipotesi di impossibilità di dedurre in contratto un rischio extra-assicurativo - per limiti dettati dalla legge ovvero dalla tecnica assicurativa - proprio attraverso la valorizzazione di alcune circostanze piuttosto che di altre¹⁷⁸. Sul presupposto che l'assicurazione contro i danni copre soltanto i rischi dannosi¹⁷⁹, astrattamente sarebbe ammissibile prevedere l'obbligazione dell'assicuratore anche nell'ipotesi in cui il grado di rischiosità extra – contrattuale sia molto basso o suscettibile di aumento in futuro¹⁸⁰, con tutti gli accorgimenti tecnici e contrattuali a tal uopo necessari.

¹⁷⁵ Di converso, il mancato rispetto di tale limite mediante la previsione di circostanze che, di fatto, si traducano nell'impossibilità di accadimento del sinistro, importerebbe la nullità dell'intero contratto e non già della singola clausola.

¹⁷⁶ Come rileva in tal senso M. GAGLIARDI, op. cit., p. 144, a proposito del rischio "Non solo, infatti, se ne riconosce (e ricostruisce di conseguenza) un significato tecnico nell'ambito del diritto, ma si evidenzia la sua natura intrinsecamente giuridica. In altri termini, riconoscere la piena autonomia delle parti nel definire circostanze che limitano il rischio assicurato, significa fugare ogni dubbio circa la relativa irrilevanza giuridica (e contrattuale assicurativa) del rischio come situazione economicamente esistente, per conferire invece quella rilevanza alla descrizione che di un rischio danno le parti del contratto. La suddetta irrilevanza del rischio come situazione autonomamente esistente è, però, relativa, cioè non assoluta, nel senso che il presupposto extra-giuridico del rischio deve comunque esistere (cfr. art. 1895 cod. civ. sull'inesistenza del rischio)".

¹⁷⁷ A. D. CANDIAN, op. cit., p. 56 ss.

¹⁷⁸ Esempi di questo tipo di situazione si rinvergono soprattutto all'interno della prassi assicurativa di polizze con clausola *claims made*.

¹⁷⁹ In questi termini E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (artt. 1904-1918)*, in Busnelli F.D. (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2010, pp. 73 ss.; per un approccio differente v. G. SCALFI, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 336 e G. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 7.

¹⁸⁰ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 147, la quale alla nota 176 evidenzia "gli esempi più significativi sono forse quelli legati alle incertezze scientifiche ed ai rischi di ignoto tecnologico. In questi casi, gli operatori economici svolgono la propria attività senza sapere (e, spesso senza poter prevedere) che la propria attività si rivelerà in futuro dannosa. Le possibilità diventano allora plurime: da un lato, è possibile che il diritto della responsabilità civile imputi comunque a loro la responsabilità per i danni eventualmente cagionati; in questo caso diventa centrale la definizione contrattuale del rischio, per chiarire se le nuove ipotesi di responsabilità civile risultino coperte oppure no. Dall'altro lato, è pure possibile che l'ordinamento giuridico decida di non accollare ai singoli operatori il costo degli sviluppi scientifici e tecnologici (risarcimento dei danni), ma potrebbe richiedere la tempestiva adozione di particolari accorgimenti tecnici nello svolgimento dell'attività oppure l'adesione a qualche forma di garanzia finanziaria per i danneggiati (dall'assicurazione obbligatoria a piani di indennizzo automatico, etc.). Si tratterebbe, in questo scenario, di una possibilità molto bassa di

D'altro canto, non può non rilevarsi l'incidenza delle nuove forme di rischi sulle stesse condizioni (o limiti) di assicurabilità¹⁸¹: la durata di esposizione a tali rischi (*duration risk*) rende, invero, estremamente difficile per l'assicuratore la valutazione in ordine alla propria esposizione finanziaria, attesa la diffusione, nel periodo intercorrente tra il compimento dell'attività lesiva e il manifestarsi dell'evento, di fattori ulteriori non noti al tempo della sottoscrizione della polizza, che involgono il contesto legale e/o economico, tali da tradursi in un maggiore aggravamento dell'onere finanziario a carico dell'assicuratore¹⁸².

Di converso, si palesa necessaria la delimitazione del rischio assicurabile sulla scorta di diversi limiti (di assicurabilità), dati dalla capienza assicurativa e da altri di cui in seguito¹⁸³.

Premesso che, in senso tecnico, un rischio è assicurabile allorché sia possibile identificare¹⁸⁴ e quantificare la probabilità di accadimento dell'evento nonché fissare il premio per ogni assicurato, esso può essere considerato assicurabile solo se può essere applicata la legge dei grandi numeri, sì da porre in essere un trasferimento del rischio al precipuo fine di una distribuzione a costo parziale del suo impatto economico sull'intera comunità¹⁸⁵.

vedere ampliato il rischio di responsabilità, ma che talvolta spinge gli operatori a garantirsi una copertura, soprattutto laddove la propria attività risulti più evidentemente legata agli sviluppi delle scienze”.

¹⁸¹ È noto che l'assicurazione, infatti, può operare soltanto all'interno dei c.d. limiti di assicurabilità.

¹⁸² F. CESERANI, op. ult. cit., pag. 151 ss., il quale chiarisce “il processo evolutivo di questi rischi emergenti di responsabilità civile li distingue nettamente da quelli tradizionali, identificabili e stimabili quantitativamente in termini definitivi già al momento della loro assunzione, avendo una dimensione temporale rivolta solo al passato e valutabili in base alla loro esperienza storica di accadimento (c.d. rischi reali, in quanto già compiutamente avveratisi). Contrariamente a questi, hanno una dimensione temporale rivolta al futuro, potendo essere adeguatamente descritti e stimati solo in via retrospettiva, mancando o essendo non significativa una loro precedente esperienza reale di accadimento: essi sono stati denominati rischi emergenti, non solo nel senso di originati *ex novo* nel contesto dello sviluppo socio-tecnologico, ma anche a causa del loro carattere emergenziale, determinato dalla gravità ed incertezza della potenzialità lesiva che non consente una valutazione prospettica, ma esclusivamente una gestione a posteriori”.

¹⁸³ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 148, la quale precisa “ognuno di questi limiti deve essere adeguatamente compreso, anche al fine di essere ridisegnato, ovvero spostato, per consentire l'aumento dell'efficienza del sistema assicurativo ed economico”.

¹⁸⁴ In ordine alla identificazione del rischio, si procede alla stima della frequenza di accadimento di un dato evento e alle conseguenti perdite in cui possa incorrersi, mediante l'utilizzo di dati storici e analisi scientifiche disponibili, da cui discende l'opportunità di assicurare o meno un determinato rischio. In punto, M. GAGLIARDI, op. cit., pp. 149 -150.

¹⁸⁵ F. CESERANI, op. ult. cit., pag. 151 ss., il quale evidenzia che i limiti di assicurabilità “vengono, infatti, generalmente riconosciuti quali essenziali condizioni”.

I limiti all'assicurabilità, da un punto di vista economico, trovano invece giustificazione principalmente nell'esigenza di scongiurare problemi connessi alle asimmetrie informative, venendo in esponente in simile contesto i casi di *moral hazard*, di selezione avversa¹⁸⁶ e di ambiguità. Il primo si traduce in un atteggiamento di indifferenza dell'assicurato all'accadimento del sinistro¹⁸⁷ tale che l'impegno di questi a scongiurare il rischio decresce con la percezione della garanzia accordata dall'assicuratore in conseguenza di un sinistro. Conseguenza di un tale atteggiamento è l'aumento incontrollabile dei costi di gestione¹⁸⁸, eventualità che può portare anch'essa, in ultima analisi, alla non assicurabilità del rischio. Il secondo è fenomeno che deriva da informazioni inesatte e reticenti¹⁸⁹ e si verifica allorché l'assicuratore ignori talune caratteristiche dell'assicurato preesistenti alla stipula del contratto e ad esso rilevanti¹⁹⁰, importando, in simil modo, l'aumento dei prezzi per i cc.dd. rischi migliori¹⁹¹. Da ultimo, l'ambiguità è

In generale sul tema cfr. C. COURBAGE – P.M. LIEDTKE, *L'assicurabilità e i suoi limiti*, in *Il mondo assicurativo dopo l'11 settembre*, Quaderni di impresa assicurativa – supplemento a *Dir. econ. ass.*, n. 1/2003, pp. 3 ss.

¹⁸⁶ I. CARASSALE, op. cit., p. 25, la quale ha cura di precisare che “i fenomeni del *moral hazard* e dell'*adverse selection* sono le prime manifestazioni distorsive che rendono per l'assicuratore malagevole specificare con precisione l'entità e le caratteristiche del rischio che si intende garantire”

¹⁸⁷ M. GAGLIARDI, op. cit., 150, la quale distingue tra “il *moral hazard ex ante* riguarda il fatto che quando un rischio è integralmente assicurato, il soggetto interessato perde ogni incentivo alla prevenzione del sinistro. La normale conseguenza è che il rischio aumenta e parallelamente deve aumentare anche il premio, spingendo il rischio oltre la soglia di assicurabilità [...] (e) il *moral hazard ex post*, invece, è costituito dall'aumento del livello di servizi richiesti dagli assicurati alle imprese di assicurazione”

¹⁸⁸ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 150, individua quali correttivi al *moral hazard ex ante* una copertura parziale, la previsione di una franchigia, la commisurazione del premio ad una serie di attività preventive, alcune condizioni di assicurabilità mentre con riguardo al *moral hazard ex post* l'individuazione e l'adozione di incentivi tali da indurre gli assicurati a dichiarare unicamente le perdite subite quali visite mediche, trattamenti più costosi o prolungati del dovuto.

¹⁸⁹ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 151.

¹⁹⁰ F. CESERANI, op. cit., pp. 151 ss., il quale precisa che ove l'assicuratore non sia in grado di poter distinguere correttamente lo specifico profilo di rischio del singolo assicurato, l'effetto a ciò conseguente si traduce nella situazione in cui assicurati con diversi profili pagheranno un identico premio medio realizzandosi un fenomeno di sovvenzione incrociata (c.d. *cross subsidy*) dagli assicurati a basso profilo di rischio verso quelli di elevata rischiosità. In altre parole, “questi ultimi beneficeranno, così, di un premio inferiore a quello spettante alla propria classe di rischio, mentre gli assicurati con profilo di rischio medio-basso saranno costretti a pagare un premio in misura eccessiva rispetto alla loro rischiosità, venendo a sovvenzionare direttamente i primi”.

¹⁹¹ M. GAGLIARDI, op. cit., p. 151, individua i correttivi a tale fenomeno nella raccolta corretta e completa delle informazioni all'uopo rilevanti e nella predisposizione di strumenti tecnici idonei all'individuazione delle classi di rischio e a un congruo calcolo dei premi.

connessa al calcolo del premio che diventa particolarmente difficile in difetto di dati storici o in presenza di analisi scientifiche imperfette¹⁹².

Da un punto di vista prettamente giuridico, l'assicurabilità è ancorata al rispetto della legislazione nazionale, che individua le tipologie di prodotti assicurativi che possono essere immessi nel mercato, sia per motivi di coerenza dei prodotti rispetto alle definizioni legislative, sia per motivi di caratura superindividuale¹⁹³.

Da tutto quanto premesso emerge come l'attività assuntiva del rischio da parte delle compagnie assicurative sia circoscritta dai limiti di assicurabilità appena esaminati. Di guisa che il metodo assicurativo entra in crisi laddove non si disponga di dati sufficientemente attendibili, soprattutto in merito alla frequenza e agli effetti dei sinistri, come accade con i nuovi rischi¹⁹⁴ connessi al progresso tecnologico.

L'attività di *risk management*, in questi casi, si compendia nello studio delle possibilità di spostamento dei limiti di assicurabilità ad una soglia in corrispondenza della quale risulta consentita (tecnicamente, economicamente e giuridicamente) la copertura anche di quei rischi che in un primo momento ne risultano privi, attraverso lo sfruttamento delle conoscenze disponibili dei meccanismi di funzionamento degli stessi.

A tale risultato le compagnie assicurative giungono, tra l'altro, mediante la maggiorazione dei premi - funzionale alla precostituzione di riserve più consistenti¹⁹⁵ - ovvero attraverso la predisposizione di una polizza che fornisca la copertura solo a determinate condizioni: eventualità, quest'ultima, che caratterizza proprio il modello di assicurazione *on claims made basis*.

¹⁹² M. GAGLIARDI, op. cit., p. 151.

¹⁹³ Come accade con riferimento al problema dell'assicurabilità del suicidio ovvero alla necessità del consenso del terzo nel caso di assicurazione sulla vita altrui per il caso di morte.

¹⁹⁴ Osserva R. PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumentario dell'analisi economica del diritto*, in G. COMANDÉ, *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, p. 16: "La capacità officinale è stata rimpiazzata da una matrice tecnologico-industriale, che ci offre il destro per manipolare l'esistente senza sapere sino in fondo quali esiti andremmo a produrre".

¹⁹⁵ Si tratta degli appositi accontamenti di bilancio (riserve IBNR, ovvero *Incurved But Not Reported claims*, di cui all'art. 37, co. 6, Cod. Ass.)

4. L'ancora attuale dibattito in ordine al profilo definitorio del sinistro

Premesso che l'assicurazione di responsabilità civile è istituito, come già precisato, volto a garantire la protezione finanziaria del danno subito dal patrimonio del danneggiante in conseguenza di un sinistro, ancora oggi è dato registrare, in ordine alla definizione dello stesso, un inteso dibattito – non del tutto sopito – foriero di conseguenze applicative di non poco momento. La rilevanza della questione si apprezza facilmente se solo si osserva che la legge riconnette, al verificarsi del medesimo, in capo all'assicurato specifici obblighi, quali quello di darne avviso all'assicuratore entro tre giorni (art. 1913 c.c.) nonché di adoperarsi per evitare o diminuire il danno (art. 1914 c.c.), a pena della perdita o della riduzione dell'indennità (art. 1915 c.c.). Sul medesimo fronte si colloca anche il *dies a quo* di decorrenza annuale del termine prescrizione del diritto all'indennizzo ex art. 2952 c.c., individuato genericamente dalla legge nel “giorno i cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda”, con la precisazione che nelle assicurazioni di responsabilità civile “il termine decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha proposto contro di lui l'azione” (comma 3). Infine non può tacersi del fatto che il sinistro rappresenta il presupposto di operatività della polizza r.c., ex art. 1917, comma 1, c.c.

Da ciò si evince che, in mancanza di una nozione convenzionale di sinistro¹⁹⁶, potrebbe assistersi, in virtù dell'opzione interpretativa avallata, ad una variazione punto rilevante per la decorrenza degli effetti che la legge vi riconnette¹⁹⁷.

E, pertanto, parte della dottrina¹⁹⁸ ha inteso identificare il sinistro nella richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo danneggiato, in quanto il

¹⁹⁶ F. MANCINI, op. cit., pp. 275B ss., il quale evidenzia “la clausola *claims made* rappresenta oggi il sistema prevalente, se non esclusivo, in materia di assicurazione della responsabilità civile professionale. Si assiste, quindi, ad una definizione convenzionale della nozione di sinistro”.

¹⁹⁷ N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di). *Responsabilità e assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 108, rileva che “Il primo evento astrattamente rilevante è sicuramente il fatto dannoso generatore di responsabilità verso il terzo. A questo possono far seguito, nell'ordine, la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, il riconoscimento giudiziale o convenzionale della responsabilità da parte dell'assicurato, il pagamento del risarcimento”.

¹⁹⁸ Si tratta di una tesi peraltro radicata in dottrina. V. FANELLI, *L'assicurazione mutua e norme varie in materia di assicurazione*, Roma, 1943, sub art. 2952, p. 357; ID., *Assicurazione della*

danno al patrimonio dell'assicurato, oggetto di copertura assicurativa, diverrebbe attuale solo allorché il terzo eserciti il suo diritto¹⁹⁹. Si afferma, esattamente, che nell'assicurazione contro i danni, in generale, e nell'assicurazione di responsabilità civile, in particolare, per sinistro deve intendersi non solo il fatto illecito ma altresì l'effettiva lesione dell'interesse patrimoniale garantito²⁰⁰. Di conseguenza, essendo il patrimonio dell'assicurato l'oggetto della prestazione di sicurezza dedotta nel contratto, sembra difficile sostenere che l'evento dannoso sorga già con il compimento dell'illecito o con l'inadempimento dell'assicurato, e non invece con la richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato, vero fattore che espone il danneggiante-assicurato ad un pregiudizio²⁰¹. A valere di tale conclusione si adduce il disposto di cui all'art. 2952 co. 3 c.c.²⁰², a mente del quale, il termine di

responsabilità civile, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1948, p. 931 ss.; T. ASCARELLI, *Sul momento iniziale nella decorrenza della prescrizione della assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 1934, II, p. 194; C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione*, cit., p. 317.

Di recente la tesi è stata peraltro riproposta da G. MIOTTO, *Dalle Sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1390 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 662; G. FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1145; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione di r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 7; ID., *Le assicurazioni, produzione e distribuzione*, cit., pp. 68 e 140, laddove afferma che la nozione di sinistro vada ricercata in concreto, ricostruendo la volontà delle parti; S. FORNI, op. cit., p. 352; I. PARTENZA, op. cit., p. 37; L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Giappichelli, 2006, p. 184; V. ANGELONI, op. cit., p. 563; N. GASPERONI, op. cit., 1958, p. 1213; F. MANCINI, op. cit., p. 296.

¹⁹⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione di r.c.*, cit., p. 6, precisa "mentre il danno alla cosa è insito nell'evento che la colpisce, anche quando non si manifesta immediatamente, il danno al patrimonio dell'assicurato richiede una manifestazione di volontà del terzo".

²⁰⁰ In questi termini, N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 110; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, cit., per il quale "l'identificazione di quest'ultimo con la richiesta del danneggiato è peraltro l'unica soluzione che permette di ricondurre ad unità tale nozione con riferimento alla generalità dei molteplici modelli normativi di assicurazione della responsabilità civile tipizzati dal diritto positivo vigente".

²⁰¹ In questi termini, G. MIOTTO, op. ult. cit., pp. 1390 ss., il quale aggiunge che "al «fatto» rappresentato dall'illecito o dall'inadempimento dell'assicurato potrebbe anche non seguire alcuna richiesta di risarcimento (e quindi nessun danno), con la conseguenza che, in tal caso, nessuna aggressione subirebbe il suo patrimonio. Pertanto, attribuendo al «fatto» anzidetto la valenza di «sinistro», si finirebbe per identificare quest'ultimo con un evento che, in questo caso, rimarrebbe del tutto irrilevante ai fini dell'interesse assicurato, ciò che appare francamente insostenibile sul piano dogmatico".

²⁰² N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 109, al riguardo, ritiene opportuni chiarire che "il disposto dell'art. 2952 c.c., ora ricordato, è intervenuto a sedare la questione dibattuta sotto il vigore del codice di commercio del 1882, il quale, all'art. 924 cod. comm., si limitava a fissare nel termine di un anno la prescrizione delle azioni derivanti dal contratto di assicurazione, senza specificare quale fatto dovesse considerarsi costitutivo del *dies a quo* e senza nulla disporre per le assicurazioni della responsabilità civile. La questione che anzitutto ha agitato dottrina e giurisprudenza post-codicistiche è dunque se il legislatore, fissando il momento della decorrenza della prescrizione all'indennità nelle assicurazioni della responsabilità civile, abbia inteso offrire anche il criterio per

prescrizione per il diritto all'indennizzo decorre dal giorno in cui è richiesto il risarcimento del danno²⁰³.

Avverso tale impostazione è stato rilevato che l'obbligazione da responsabilità origina dal fatto produttivo del danno e non già dal comportamento del creditore, in quanto l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato è coevo all'obbligo per cui l'assicurato è tenuto nei confronti del terzo. Per di più l'inerzia del terzo ad avanzare la richiesta di risarcimento danni è trascurabile ai fini della sussistenza del debito e, quindi, del verificarsi del sinistro²⁰⁴. Da ultimo, si segnala che la disposizione normativa testé richiamata è stata dettata al precipuo fine di stabilire il termine di decorrenza della prescrizione, ponendo fine, in simil modo, alla questione insorta attorno l'art. 924 c. comm., che fissava nel termine di un anno la prescrizione delle azioni in tema di contratti assicurativi²⁰⁵.

la determinazione del momento in cui si verifica il sinistro, rilevante agli altri effetti prescritti dalla legge. La congiunta lettura dell'art. 2952 commi 2° e 3°, c.c., lascerebbe in effetti ritenere che a prescrizione relativa alle assicurazioni della responsabilità civile non faccia che specificare il precetto generale, che indubbiamente fa coincidere, ai fini del diritto all'indennità, la decorrenza della prescrizione con il momento in cui si verifica il sinistro”.

²⁰³ G. MIOTTO, *Dalle Sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, cit.

²⁰⁴ D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, 2004, p. 203.

²⁰⁵ M. GAZZARA, op. cit., p. 33, ad avviso del quale, “del tutto inconferente è il richiamo all'art. 2952 c.c., che ha tutt'altra ratio e diversa funzione e, nel fissare il termine entro il quale l'assicurato ha l'onere di esercitare il proprio diritto nei riguardi della compagnia, giustamente e logicamente fissa il termine iniziale con quello della richiesta risarcitoria proveniente dal terzo, momento in cui concretamente sorge l'interesse (e anche la possibilità) per l'assicurato di far valere il proprio diritto e che può essere anche ampiamente successivo allo stesso termine di efficacia del contratto assicurativo”.

Peraltro, ad ulteriore smentita della interpretazione testé descritta, F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 898, adduce “il secondo periodo del primo comma dell'art. 1917, ove si prevede che “sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi” e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine “fatto” sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il termine “fatto” è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non già alla richiesta di risarcimento”.

Da qui, la dottrina sul punto prevalente²⁰⁶ e la giurisprudenza²⁰⁷ identificano il sinistro nel fatto generatore della responsabilità imputabile all'assicurato²⁰⁸, sussistendo non solo a prescindere dalla richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato ma anche dal manifestarsi delle conseguenze dannose²⁰⁹.

Risolutiva in tal senso è un'interpretazione letterale dell'art. 1917 c.c. che, stabilendo che “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 in contratto”, individua la fonte del diritto al risarcimento non già nella richiesta formulata dal

²⁰⁶ M. GAZZARA, op. cit., pp. 33 ss.; E. BOTTIGLIERI, op. cit., p. 282; A. D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., p. 296; M. FRANZONI, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, cit., p. 400; T. ASCARELLI, op. cit., p. 193; C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Giuffrè, 1936, p. 119; S. SOTGIA, *L'assicurazione della responsabilità civile nel codice e nelle polizze*, in *Ass.*, 1950, I, p. 142; D. DE STROBEL, op. ult. cit., p. 203 ss.; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, p. 269.

²⁰⁷ Cass., 28 febbraio 2008, n. 5300, in *Giust. civ. Mass.*, 2008; Cass., 24 febbraio 1995, n. 2103, in *Giust. civ. Mass.*, 1995; Cass., 18 luglio 1987, n. 6341, in *Giust. civ. Mass.*, 1987; Cass., 25 ottobre 1984, n. 5442, in *Giust. civ. Mass.*, 1984.

Tuttavia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 6 maggio 2016, n. 9140, nell'affrontare *ex professo* la questione del profilo definitorio del “sinistro”, cadono in una profonda ed insanabile contraddizione. Si legge, infatti, al par. 14 della sentenza, che “il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui parla l'art. 1917 c.c., non può essere identificato con la richiesta di risarcimento: non par dubbio infatti che il lemma - inserito all'interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall'area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, comma 1, ultimo periodo); in cui sono imposti all'assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi (art. 1913 cod. civ.); e in cui, infine, è espressamente sancito e disciplinato l'obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.) - si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere”. Senonché tale postulato si pone in contraddizione con quello formulato poche righe dopo, nell'ambito del medesimo paragrafo, laddove sembra invece accogliere la tesi opposta: si legge infatti che “nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo - e specularmente nessun obbligo di manleva insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo”. Per una disamina di tale passaggio motivazionale v. par. 4, cap. II, del presente lavoro, ove ampi riferimenti dottrinali in nota.

²⁰⁸ *Contra*, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1390 ss., ad avviso del quale, “attribuendo al «fatto» anzidetto la valenza di «sinistro», si finirebbe per identificare quest'ultimo con un evento che, in questo caso, rimarrebbe del tutto irrilevante ai fini dell'interesse assicurato, ciò che appare francamente insostenibile sul piano dogmatico”

²⁰⁹ E. BOTTIGLIERI, op. cit., p. 282, ad avviso del quale, “non c'è motivo di considerare sinistro, nell'assicurazione di responsabilità civile, la richiesta del danneggiato: l'evento dannoso è pur sempre il fatto che dà luogo alla responsabilità civile, ma la garanzia assicurativa non copre i danni del terzo bensì il danno dell'assicurato, che è pur sempre conseguenza dell'unico evento dannoso, anche se si considera, ai fini assicurativi, effettivamente verificato e quindi indennizzabile soltanto a seguito della richiesta del danneggiato”.

terzo danneggiato bensì nel fatto illecito perpetrato²¹⁰. Lungo tale direttiva si muovono altresì le disposizioni di cui all'art. 1900 c.c. (ai sensi della quale, è esclusa la copertura assicurativa per i fatti perpetrati con dolo o colpa grave), e agli artt. 1882 e 1905 c.c., il cui tenore letterale induce a distinguere tra danno e sinistro; l'art. 1913 c.c. che prescrive a carico dell'assicurato l'obbligo di dare avviso del sinistro verificatosi, prescindendosi del tutto, pertanto, dalla manifestazione del danno. Ancora, in giurisprudenza indice in tal senso è stato rinvenuto nel disposto di cui all'art. 1914 c.c. in punto di obbligo di salvataggio, ove è stabilito che *“l'assicurato deve fare quanto gli è possibile per evitare il danno”* chiarendo che nell'assicurazione danni il sinistro, da intendersi quale fatto generatore di responsabilità, assume autonoma rilevanza giuridica rispetto al danno.

Tuttavia, la dottrina più recente²¹¹ rifiuta una nozione unitaria di sinistro in materia di responsabilità civile, ritenendo che rileverà, agli effetti dell'insorgenza della garanzia e degli obblighi di avviso e salvataggio, il fatto dannoso fonte di responsabilità²¹² laddove, agli effetti della prescrizione, la domanda di risarcimento del danno.

Si osserva, a tal uopo, che l'indagine circa l'individuazione di un evento unico al quale riconnettere il perfezionamento del sinistro assume pregio allorché da tale momento possano farsi discendere tutti gli eventi dallo stesso scaturenti²¹³. ù

²¹⁰ In termini, di recente, F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, cit., p. 898, il quale ha cura di precisare *“Che la clausola claims made costituisca deroga all'art. 1917 comma 1 è stato talvolta contestato, ma ciò è smentito dal secondo periodo del medesimo primo comma dell'art. 1917, ove si prevede che “sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi” e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine “fatto” sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il termine “fatto” è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non già alla richiesta di risarcimento”*.

²¹¹ N. DE LUCA, op. ult. cit., pp. 113 ss.; D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, cit., p. 302; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, cit., p. 358.

²¹² N. DE LUCA, op. cit., p. 116, per il quale, *“non vi è dubbio [...] che gli obblighi di cui agli artt. 1913 e 1914 c.c., perché possano spiegare l'effetto per il quale la legge li prescrive, vadano osservati nelle immediate adiacenze temporali del fatto generatore dell'obbligazione da illecito, quando cioè è ancora possibile che lo stesso possa essere accertato nella sua effettiva consistenza e, possibilmente, possano essere delimitate le sue conseguenze”*;

²¹³ N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 113.

Il che non accade nel campo dell'assicurazione della responsabilità civile²¹⁴: infatti, con riguardo alla decorrenza della prescrizione del diritto all'indennità, si afferma che il legislatore abbia seguito le indicazioni di dottrina e giurisprudenza sotto il vigore dell'art. 924 cod. comm. fissando il relativo termine alla richiesta di risarcimento del danno, al fine di giustificare l'intervento dell'assicuratore in un'assicurazione patrimoniale del debitore, quale è, per l'appunto, quella oggetto di trattazione²¹⁵. Con riguardo, invece, all'evento rilevante ai fini della garanzia, il tenore letterale dell'art. 1917 c.c. depone nel senso del fatto generatore di responsabilità prescindendosi dalla richiesta di risarcimento del danno, senza considerare i casi di non contestualità del danno ovvero di pluralità di danni rispetto ai quali si pone l'accennata alternativa²¹⁶.

L'accoglimento di una simile impostazione importa che l'assicurato sarà tenuto agli obblighi di avviso e salvataggio *ex* artt. 1913 - 1914 c.c. dall'accadimento del fatto generatore di responsabilità ovvero dalla relativa conoscenza da parte del medesimo²¹⁷, laddove con la formulazione della richiesta di risarcimento del danno avanzata dal danneggiato sorgerà in capo all'assicuratore

²¹⁴ *Contra*, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, cit., secondo il quale, non si comprende il motivo per cui "la nozione di «sinistro» (inteso quale evento causativo del danno subito dall'assicurato) che si ricava agevolmente dal disposto degli artt. 1892 e 1905 c.c., con riguardo all'assicurazione della responsabilità civile dovrebbe sdoppiarsi, divenendo una sorta di fata Morgana, capace di mutar sostanza in ragione dei diversi precetti normativi ai fini dei quali viene impiegata. Ciò che è sinistro ad un fine non lo sarebbe per un altro". Perplesità, aggiunge l'Autore, rese ancora più evidenti dalla stessa natura giuridica dell'assicurazione di responsabilità civile quale assicurazione del patrimonio.

²¹⁵ N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 114.

²¹⁶ N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 114, il quale osserva "qui in effetti, anche volendo seguire l'impostazione maggioritaria, che fa retroagire il momento del perfezionamento del sinistro al momento della commissione del fatto illecito, si pone però quanto meno l'alternativa se riconoscere tal momento nel fatto che è causa del danno, oppure nella manifestazione dello stesso. E qualora la causa dia luogo a più eventi dannosi, se riconoscere l'avvenimento del sinistro già alla manifestazione del primo evento dannoso ovvero se non ipotizzare un sinistro per ciascun componente della serie causale".

²¹⁷ In giurisprudenza, Cass., 8 aprile 1997, n. 3044, in *Mass.*, 1997; App. Genova, 27 ottobre 1994, in *Ass.*, 1995, p. 34.

In dottrina, A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 179; E. BOTTIGLIERI, op. cit., pp. 283 ss.

l'obbligo di tenere indenne l'assicurato e inizierà a decorrere il relativo termine di prescrizione²¹⁸.

4.1 (Segue) *L'elemento soggettivo del sinistro*

La disposizione di cui all'art. 1917 c.c. esclude dalla copertura assicurativa i fatti commessi con dolo. Sebbene da alcuni sia stata tacciata di pleonasmio, si ritiene quasi unanimemente²¹⁹ che con essa si apporti una significativa deroga alla regola di cui all'art. 1900 c.c., dal momento che, escludendo dalla garanzia assicurativa i soli sinistri dolosi, implicitamente vi farebbe rientrare quelli posti in essere con colpa grave.

In particolare, poiché è dettata a tutela dell'ordine pubblico, ossia al precipuo fine di scongiurare che la copertura assicurativa possa fungere da espediente per la commissione di fatti illeciti²²⁰, ne deriva la sua inderogabilità con riguardo agli illeciti intenzionali²²¹, fatta comunque salva la facoltà per le parti di escludere dalla garanzia i fatti posti in essere con colpa grave ovvero delimitare altrimenti la latitudine del rischio assicurato²²².

²¹⁸ A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 116; N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, p. 116.

In critica a questa impostazione, tale per cui produrrebbe uno “sdoppiamento” della nozione di sinistro, G. MIOTTO, op. ult. cit., pp. 1390 ss., il quale osserva che “non si vede per qual motivo la nozione di «sinistro» (inteso quale evento causativo del danno subito dall'assicurato) che si ricava agevolmente dal disposto degli artt. 1882 e 1905 c.c., con riguardo all'assicurazione della responsabilità civile dovrebbe sdoppiarsi, divenendo una sorta di fata Morgana, capace di mutar sostanza in ragione dei diversi precetti normativi ai fini dei quali viene impiegata. Ciò che è sinistro ad un fine, non lo sarebbe per un altro, due eventi diversi sarebbero entrambi «sinistro», uno ad uno scopo, l'altro ad altri fini. Della razionalità intrinseca di una simile soluzione interpretativa però è più che lecito dubitare”.

²¹⁹ M. GAZZARA, op. cit., pp. 28 ss.; R. CALVO, op. cit., pp. 150 ss.; N. DE LUCA, op. ult. cit., pp. 136 ss.; D. DE STROBEL, op. cit., p. 178.

²²⁰ N. DE LUCA, op. cit., p. 157; F. PECCENINI, op. cit., p. 182.

²²¹ M. GAZZARA, op. cit., pp. 35 – 36, ad avviso del quale, “la circostanza che il Legislatore non conferisca alla norma una specifica qualifica di inderogabilità non significa affatto, come sembrerebbe desumersi da alcune un po' affrettate affermazioni della giurisprudenza e della dottrina, che essa sia liberamente derogabile dall'autonomia privata, specie quando nelle concrete circostanze quest'ultima si riduca ad un mero simulacro, essendo il contratto predisposto del tutto unilateralmente dal contraente predisponente”; E. BOTTIGLIERI, op. cit., p. 268.

²²² In tal senso, E. BOTTIGLIERI, op. cit., p. 629; N. DE LUCA, op. cit., p. 158, a mente del quale: “Si coglierebbe così l'intenzione del legislatore di ricomprendere nella garanzia tutti i fatti illeciti cagionati dall'assicurato, qualunque sia il suo grado di colpa, con il limite della intenzionalità della

L'accennata natura speciale della disposizione di cui all'art. 1917 c.c. ha indotto parte degli interpreti a costruire esattamente il rapporto con il disposto di cui all'art. 1900 c.c., nel senso di verificare la sussistenza o meno di un'integrazione reciproca tra le stesse. Invero, i termini della questione interessano l'assicurabilità ex art. 1917 c.c. dei fatti dolosi posti in essere dal dipendente dell'assicurato del cui operato l'assicurato stesso sia chiamato a rispondere.

L'orientamento interpretativo sul punto prevalente²²³ è nel senso di ritenere che l'obbligo della compagnia assicuratrice sia tale da estendersi anche agli illeciti menzionati, risultando l'assicurabilità degli stessi prevista espressamente dall'art. 1900 co. 2 c.c., che è norma generale e, pertanto, applicabile anche nel caso di responsabilità civile²²⁴.

Di contrario avviso è altro indirizzo ermeneutico che esclude l'applicabilità all'assicurazione di responsabilità civile dell'enunciato normativo di cui all'art. 1900 c.c., sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 1917, che esclude dalla copertura assicurativa i fatti illeciti perpetrati con dolo, senza operare alcuna distinzione a seconda che siano posti in essere dall'assicurato ovvero del suo dipendente; nonché un'interpretazione funzionale della medesima, posto che l'assicurabilità del fatto doloso del dipendente potrebbe indurre l'assicurato a una poca accurata selezione e vigilanza del personale.

condotta e degli effetti. Naturalmente impregiudicata resta la facoltà delle parti di pattuire espressamente l'esclusione della copertura dei fatti gravemente colposi o di circoscrivere altrimenti l'ampiezza del rischio assicurato".

²²³ M. GAZZARA, op. cit., p. 28 ss.; R. CALVO, op. cit., p. 150; N. DE LUCA, op. cit., p. 158 ss.; F. PECCENINI, op. cit., pp. 182 ss.

²²⁴ In giurisprudenza, Cass., 12 ottobre 1957, n. 8769, in *Ass.*, 1958, pp. 20 ss., ove si legge "i fatti dolosi esclusi dall'assicurazione contro la responsabilità civile dall'art. 1917 c.c., analogamente a quanto dispone l'art. 1900 c.c., sono soltanto quelli imputabili allo stipulante, all'assicurato o al beneficiario, e non quelli, eventualmente (nonostante la mancata distinzione della norma) di coloro dei cui fatti l'assicurato deve rispondere, onde anche questi ultimi sono coperti dall'assicurazione. Né in tal modo l'art. 1917 c.c. costituisce un'inutile ripetizione del principio espresso dall'art. 1900, in quanto lo scopo della prima norma, che escludendo i fatti dolosi non ha ripetuto le limitazioni contenute nell'art. 1900, in ordine ai fatti colposi, è quello (derogativo), su questo punto, della disciplina generale, di riportare nel limite legale del rischio dell'assicurazione sulla responsabilità anche i danni da colpa grave dell'assicurato senza che occorra alcun patto speciale, ferma restando per l'assicuratore la possibilità di fissare contrattualmente i limiti del rischio assunto". Vi aderiscono Cass., 21 novembre 1966, n. 2779, in *Ass.*, 1967, p. 303; App. Milano, 9 marzo 1965, in *Dir. prat. Ass.*, 1966, p. 130; App. Bologna, 26 maggio 64, in *Giur. it.*, 1965, p. 79; Trib. Belluno, 26 marzo 1958.

Da qui, si è posto l'interrogativo del se la copertura assicurativa possa estendersi ai danni conseguenza di fatti accidentali, reso ancora più arduo dalla definizione della stessa espressione. I termini della questione traggono spunto dalla formulazione letterale di talune polizze di assicurazione della responsabilità civile che limitano l'operatività delle medesime ai soli danni involontariamente causati a terzi in conseguenza di fatti accidentali²²⁵.

Minoritario²²⁶ appare essere l'indirizzo di segno positivo che sostiene la non corrispondenza del fatto accidentale con il fatto colposo, costituendo il primo una categoria assai ben più ristretta caratterizzata da una ripetitività o prevedibilità dell'evento che farebbe venir meno il presupposto dell'operatività della polizza ovverosia del rischio. Invero, l'accidentalità postulerebbe, ad avviso di simile impostazione, l'incertezza circa la specificità e non già l'imprevedibilità dell'evento pregiudizievole e, pertanto, si verificherebbe allorché, pur nell'astratta previsione dell'accadimento, risulti incerto l'insieme dei fattori destinati a produrlo. Di converso, per fatto accidentale s'intenderebbe il comportamento, anche inconsapevolmente, fraudolento dell'assicurato o, comunque, caratterizzato da una minore attenzione da parte del medesimo.

L'orientamento interpretativo sul punto prevalente²²⁷ propende per una soluzione di segno negativo, sulla premessa dell'equivalenza del fatto accidentale

²²⁵ Cfr. R. DIES, *Il fatto accidentale nella assicurazione della responsabilità civile: un dilemma irrisolto (o irresolubile?)*, in *Resp. civ.*, 1993, p. 605, laddove si mette in evidenza che la *ratio* della clausola in parola sta nel fatto di evitare che l'assicurato, confidando nella copertura offerta all'assicuratore, tenga comportamenti opportunistici o negligenti, prestando scarsa attenzione alla prevenzione degli eventi dannosi (c.d. *moral hazard*).

²²⁶ In giurisprudenza, Cass., 4 febbraio 1992, n. 1241, in *Dir. econ. ass.*, 1992, pp. 623, con nota di D. DE STROBEL, *Accidentalità: una sentenza confortante*; Cass., 30 aprile 1981, n. 2652, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1981, pp. 1043 ss.; App. Genova, 25 novembre 2004, in *Ass.*, 2005, pp. 143 ss., con nota di G. TRICOLI, *L'accidentalità nell'assicurazione della responsabilità civile*; Trib. Pordenone, 12 gennaio 2000, in *Dir. econ. ass.*, 2000, pp. 911 ss., con nota di V. SCIBETTA, *Il fatto accidentale nell'assicurazione della responsabilità civile*.

In dottrina, E. BOTTIGLIERI, op. cit., pp. 269 ss.; D. DE STROBEL – V. OGLIARI, op. cit., pp. 32 ss.; A. M. STEIN, *L'accidentalità*, in *Dir. econ. ass.*, 1993, pp. 135 ss.

²²⁷ In giurisprudenza, Cass., 26 giugno 2013, n. 16108, in *Diritto e giustizia on line* 2013, 27 giugno; Cass., 23 febbraio 2013, n. 4799, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, pp. 995 ss.; Cass., 30 marzo 2010, n. 7766, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 2176 ss.; Cass., 28 febbraio 2008, n. 5273, in *Ass.*, 2008, pp. 273 ss.; Cass., 24 gennaio 2000, n. 752, in www.iusexplorer.it; Cass., 10 aprile 1995, n. 4118, in *Resp. civ. e prev.*, 1995, pp. 528 ss. con nota di R. DIES, *In margine ad una conferma della Cassazione sul «fatto accidentale» e sulla «mala gestio» nell'assicurazione della responsabilità civile*; Cass., 5 aprile 1990, n. 2863, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1990, pp. 299 ss.; App. Firenze, 16 agosto 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, pp. 448 ss.; App. Napoli, 9 aprile 2009, in www.iusexplorer.it; App.

al caso fortuito ovvero alla forza maggiore tale, pertanto, da palesare l'incompatibilità con il risarcimento del danno dovuto dall'assicurato, quale civilmente responsabile per danni cagionati a terzi in conseguenza di un fatto accidentale. In altre parole, sul rilievo che funzione della fattispecie al vaglio si traduce nel tenere indenne l'assicurato della responsabilità di fatti colposi, si esclude, in mancanza di espresse clausole limitative del rischio, la copertura assicurativa in assenza di colpa²²⁸, posto che dal caso fortuito ovvero dalla forza maggiore non possa sorgere alcuna forma di responsabilità. Di converso, la previsione *ex contractu* della indennizzabilità di danni conseguenti a fatti accidentali è da interpretarsi nel senso di condotta colposa, ancorché volontaria, in contrapposizione ai fatti dolosi²²⁹.

Genova, 11 gennaio 2008, n. 48, in *Il merito*, 2008, p. 35; App. Milano, 16 ottobre 2001, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pp. 1136 ss., con nota di E. DEL CONTE, *Ancora qualche riflessione sull'accidentalità, quale requisito per la responsabilità civile*; Trib. Monza, 17 settembre 2012, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 288 ss.; Trib. Piacenza, 14 febbraio 2012, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 988 ss.; Trib. Bari, 27 marzo 2008, in www.iusexplorer.it; Trib. Nocera Inferiore, 25 febbraio 1999, in *Arch. locazioni*, 1999, pp. 641 ss.; Trib. Milano, 18 maggio 1995, in *Gius.*, 1995, p. 2481. In dottrina, M. ROSSETTI, in *Il diritto delle assicurazioni*, cit., p. 24; I. PARTENZA, op. cit., pp. 45 ss.; F. PECCENINI, op. cit., p. 181.

²²⁸ Principio già espresso Cass., 5 aprile 1990, n. 2863, cit., ove si legge “l'assicurazione della responsabilità civile non può riguardare i fatti meramente accidentali, dovuti cioè a caso fortuito ovvero a forza maggiore, dai quali non sorge responsabilità, ma, per la sua stessa denominazione, importa necessariamente che il fatto dannoso per il quale l'assicurazione è stipulata deve essere colposo, coprendo, con la sola eccezione dei fatti dolosi, ogni rischio derivante da quella responsabilità, anche se dipendente da colpa grave o gravissima, e dovendosi escludere, in mancanza di espresse clausole delimitative del rischio, che alcune colpe siano escluse dalla garanzia assicurativa”.

²²⁹ In senso critico, E. DEL CONTE, op. cit., ad avviso del quale, “questo modo di interpretare la clausola contraddice uno dei canoni ermeneutici dettati dal codice civile, secondo cui le clausole del contratto devono interpretarsi nel senso in cui possono avere un qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (art. 1367 c.c.)”.

CAPITOLO II

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PROFESSIONALE CON CLAUSOLA *CLAIMS MADE*

1. Inquadramento del modello on claims made basis all'interno dell'archetipo del contratto di assicurazione per responsabilità civile

In tempi recenti, l'inadeguatezza del tradizionale modello assicurativo fondato sullo schema *loss occurrence*²³⁰ di cui all'art. 1917 c.c. ha dato linfa al graduale, seppur impervio, riconoscimento, nell'ordinamento nazionale²³¹, della prassi negoziale dei contratti di assicurazione per la responsabilità civile su base

²³⁰ Si consideri che alla stregua di tale sistema, l'obbligo di garanzia dell'assicuratore persiste anche dopo la cessazione degli effetti del contratto, per un periodo di tempo elevato, se non indeterminato in relazione ai c.d. danni lungo latenti, particolarmente diffusi nell'ambito della responsabilità professionale. Per tale motivo tale modello di responsabilità viene definito "open ended".

²³¹ Nell'ordinamento nazionale, la polizza assicurativa con formula *claims made* è stata per la prima volta introdotta dai gruppi assicurativi multinazionali, tra cui il *Bermuda insurance market* e alcuni sindacati di *Lloyd's*. In punto, F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, pp.832 ss.

*claims made*²³² (“a richiesta fatta”)²³³, per mezzo della quale, la copertura assicurativa è limitata alle sole istanze di risarcimento danni proposte nel periodo

²³² In letteratura, V. AMENDOLAGINE, *Clausola claims made, alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile*, in *I contratti*, 2014, pp. 530 ss.; A. ANTONUCCI, *Prassi e norme nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 145 ss.; S. BOSA, *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 256 ss.; L. BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2012, pp. 922 ss.; R. CALVO, *Clausole claims made tra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 927 ss.; I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 103 ss.; U. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e resp.*, 2006, pp. 595 ss.; U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2016, pp. 753 ss.; F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., pp. 799 ss.; ID., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle “coverage trigger disputes”*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2010, pp. 3 ss.; ID., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2011, pp. 501 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un’analisi a tutto campo*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2016, pp. 655 ss.; M. COSTANZA, *L’assicurazione r.c. professionale in caso di insolvenza di società*, in *Il fallimento*, 2006, pp. 442 ss.; F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell’oggetto nel B2B: l’equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, pp. 545 ss.; N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2015, pp. 721 ss.; D. DE STROBEL, *La vicenda del “claims made”*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, pp. 531 ss.; D. DI VICO, *Contratto di assicurazione di responsabilità civile professionale e clausola “claims made”*, in *I contratti*, 2011, pp. 70 ss.; G. FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 1136; M. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione*, *Nuova giur. civ. comm.*, pp. 365 ss.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell’assicurazione di responsabilità civile claims made*, in *Contr. e imp.*, 2013, pp. 401 ss.; M. GAZZARA, *Annulamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *I contratti*, 2013, pp. 887 ss.; ID., *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 935 ss.; S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 744 ss.; C. LANZANI, *La travagliata storia della clausola claims made: le incertezze continuano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 864 ss.; ID., *Clausole claims made: legittime ma vessatorie*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1083 ss.; G. LOCASCIULLI, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*, in *Dir. e fisc. Ass.*, 2010, pp. 784 ss.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 829 ss.; ID., *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 529 ss.; F. A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 804 ss.; ID., *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, in *Il corriere giuridico*, 2015, pp. 1066 ss.; ID., *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Ragiusan*, 2011, pp. 54 ss.; F. MANCINI, *L’assicurazione di responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 275 ss.; S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 701 ss.; M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 837 ss.; M. ROSSETTI, *La clausola claims made è vessatoria? No, è nulla*, in *Dir. e giust.*, 2005, pp. 20 ss.; R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1079 ss.; B. TASSONE, *Clausole “claims made”, professionisti e “terzo contratto”*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 717 ss.; ID., *Uno sguardo di sintesi e nuove prospettive sulle clausole claims made*, in *La responsabilità civile*, 2012, pp. 774 ss.; ID., *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *La responsabilità civile*, 2012, pp. 689 ss.; ID., *La*

di vigenza della polizza²³⁴. Con una simile pattuizione, l'assicuratore si obbliga, in altre parole, a tenere indenne l'assicurato delle conseguenze dannose di fatti illeciti

clausola claims made secondo la Cassazione: atto terzo ma non ultimo, in *Foro it.*, 2014, pp. 2173 ss.; B. TASSONE – D. NARDO, *Le clausole claims made di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis. Commento Cass.*, 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 187 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, pp. 4 ss.; G. SCUOTTO, *Sulla validità della clausola claims made relativa al contratto di assicurazione*, in *Gazzetta forense*, 2016, pag. 653 ss.; F. A. MAGNI, *Le Sezioni Unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")*, in *Giurispr. It.*, 2016, p. 2607 ss.; G. M. D'AIELLO, *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2016, p. 477; V. MARCIA, *Clausole claims made: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Assicurazioni*, 2016, p. 484; M. C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, p. 746.

²³³ Siffatta clausola affonda le proprie radici nella crisi del mercato assicurativo statunitense della responsabilità civile da prodotti difettosi e danni da inquinamento, intervenuta negli anni ottanta dello scorso secolo, a seguito, in special modo, di una più diffusa consapevolezza in ordine alla tutela dei diritti della persona, quali la salute, il benessere e l'ambiente. Esattamente, il settore assicurativo ha dimostrato la sua impotenza a reagire allo *choc* finanziario generatosi dal diffondersi dei costi della tutela risarcitoria e dall'incapacità di far fronte ad essi con il gettito dei premi e il tradizionale modello di responsabilità civile fondato sull'assicurazione *on loss occurrence basis* (che, pur coprendo il danno materiale prodottosi nella vigenza della polizza, non specifica l'esatto momento temporale di manifestazione del medesimo, assumendo tale ultimo aspetto, particolare rilievo nei sinistri a manifestazione graduale). A ciò ha contribuito un consolidato orientamento giurisprudenziale, particolarmente sfavorevole per l'assicuratore, che ha enucleato diversi meccanismi della citata formula *loss occurrence*, ovvero il meccanismo dell'esposizione (*exposure trigger*), il meccanismo della manifestazione (*manifestation trigger*), il meccanismo del consolidamento della lesione (*injury in fact trigger*), il meccanismo continuo di attivazione (*continuous trigger*), in virtù dei quali si attiva la polizza vigente, rispettivamente, al momento dell'esposizione all'agente nocivo, della produzione degli effetti dannosi, della consolidazione definitiva della lesione e, infine, dal momento dell'esposizione alla consolidazione. Ancora, con riguardo all'allocatione dei danni e delle spese di lite tra diverse polizze attivabili sulla base dei citati meccanismi, sono stati formulati dalla giurisprudenza americana due distinti sistemi, ovvero il *joint and several liability approach* e il *pro rata allocation or time on risk method*, sancendo, rispettivamente, la solidarietà ovvero la proporzionalità tra tutti gli assicurati prestanti le garanzie. Da ultimo, viene in esponente la massiccia diffusione della teoria dello *stacking of limits*, in virtù della quale si realizza un'estensione della solidarietà passiva con riguardo a tutti gli assicuratori che, anteriormente al sinistro, avevano prestato copertura assicurativa. Dal canto suo, l'industria assicurativa americana ha reagito a tale ondata di *litigation* legata ai sinistri lungolatenti, mediante l'adozione di una serie di contromisure, tra le quali, uno storno delle polizze in corso, un aumento dei tassi dei premi nonché una restrizione alla concessione di garanzie. Più specificamente, F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., pp. 804 ss.

²³⁴ In tal senso cfr. Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1071 ss., con nota di R. SIMONE – C. LANZANI; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, pp. 886 ss., con nota di M. GAZZARA; Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, pp. 361 ss., con nota di M. FERMEGLIA.

da questi posti in essere, anche prima della stipula del contratto, purché la richiesta risarcitoria sia dal terzo danneggiato²³⁵ formulata vigente l'assicurazione²³⁶.

²³⁵ Mette conto rilevare che l'elemento tipizzante della clausola *claims made*, nella sua articolazione essenziale, si ravvisa solo ed esclusivamente nel fatto che la richiesta di risarcimento del terzo danneggiato al soggetto assicurato debba intervenire nel periodo di vigenza della polizza. La successiva comunicazione da parte dell'assicurato all'assicuratore, invece, non si apprezza in termini di *condicio sine qua non* della clausola, ma piuttosto integra una versione della medesima, diversa e più stringente, conosciuta nella prassi come clausola "*claims made and reported*", su cui v. *infra*.

La precisazione appare importante, soprattutto se si pone mente al fatto che le stesse Sezioni Unite del 6 maggio 2016, n. 9140, a rigore errano nel fornire la definizione delle clausole *claims made*, includendovi anche la necessità che nel periodo temporale di vigenza della polizza intervenga la comunicazione della richiesta risarcitoria all'assicuratore. Dà conto di tale discrasia B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prologo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, p. 2037.

²³⁶ Con riguardo all'esperienza *claims made*, nella prassi internazionale, il capitolato *Bermuda Form* contempla, nella sua versione iniziale, un particolare meccanismo di *claims made (occurrence first reported trigger)* che si attiva lungo tutta la durata della copertura assicurativa e si rinnova tacitamente ogni anno, per un numero prestabilito di annualità. Si prevede in capo all'assicurato un obbligo di denuncia per ogni fatto dal quale possa scaturire il *claim*, al precipuo fine di stabilire l'annualità di polizza e l'ammontare di massimale disponibile. Si prevede, inoltre, la possibilità di aggiungere nel contratto una clausola (*batching provision* o *batch occurrence clause*) volta a ricomprendere, nel limite di massimale fissato, tutti i danni derivanti dal fatto denunciato. Tale clausola presenta il vantaggio per l'assicurato di poter confidare nel massimale di polizza, pur in assenza di un contestuale *claim*, purché annualmente sia rinnovata la polizza assicurativa; e per l'assicuratore di scongiurare il rischio del cd. massimale aggregato. Tuttavia, a seguito di numerosi casi in cui l'assicurato si è visto eccepire la non accidentalità dei sinistri generatisi dallo stesso accadimento, è stata introdotta la possibilità di inserire nella polizza un cd. *maintenance deductible*, con lo scopo di ricomprendere in essa tutte le ulteriori richieste successive alla comunicazione dell'accadimento. Allo stato, sono disponibili nel mercato internazionale due tipi di copertura *on claims made basis*, ovvero sia la forma *claims made* cd. semplice e la forma *claims made notified* (detta anche *deeming clause*). In quest'ultima l'obbligo di comunicazione a carico dell'assicurato interessa altresì tutte le circostanze di fatto di cui viene a conoscenza durante la vigenza del contratto e dalle quali può originarsi in futuro una richiesta di risarcimento danni. Il vantaggio di una simile clausola è duplice in quanto consente all'assicurato di ottenere la prestazione indennitaria anche nell'ipotesi di significativo ritardo della richiesta di risarcimento da parte del terzo e di limitare quest'ultima alle condizioni e al massimale di polizza relativi all'annualità in cui è intervenuta la notificazione delle circostanze di fatto.

Nei sistemi di *civil law*, l'ammissibilità della clausola *claims made* non è stata pacifica. In Francia, in un primo momento ne è stata dichiarata l'illegittimità sulla base del rilievo che una simile clausola avrebbe privato ingiustamente l'assicurato dell'aspettativa di essere tenuto indenne dei fatti illeciti dal medesimo perpetrati vigente la copertura assicurativa, ove la richiesta del danneggiato non fosse stata tempestivamente proposta all'assicuratore. Tuttavia, con la l. 706/2003, è stata completata la disciplina generale del *Code d'assurance* e, di conseguenza, allo stato sono due i principi in materia di *garantie dans le temps* ovvero sia il *fait dommageable* o la *rèclamation* (quest'ultima limitata ai danni industriali e professionali e alla responsabilità sanitaria). Con il nuovo art. L. 124-5 il legislatore d'oltralpe ha disciplinato le clausole *claims made*, prevedendo (oltre al divieto di inserire tali clausole nelle polizze con i consumatori) la possibilità che la polizza assicurativa produca i suoi effetti anche per le richieste risarcitorie pervenute oltre la sua scadenza. Esattamente, la garanzia assicurativa, secondo il primo principio menzionato, copre gli eventi dannosi intervenuti nel periodo di efficacia della polizza, a prescindere dalla data di verifica degli altri elementi costitutivi, mentre con il sistema della *rèclamation*, quelli anteriori alla scadenza ovvero alla risoluzione del contratto, purché la richiesta di risarcimento danni sia per la prima volta formulata entro un termine stabilito nella polizza e comunque non inferiore a cinque anni, decorrente dalla scadenza del

L'emersione di nuove forme di danno, del tutto peculiari, definito "tardivi" o "lungo – latenti" (*long tail claims*)²³⁷, in cui risulta difficile individuare il fatto generatore (spesso frutto della combinazione di più fattori)²³⁸ ovvero il momento di verifica del medesimo, ha messo a dura prova il funzionamento del tradizionale modello assicurativo²³⁹, evidenziandosi seri inconvenienti per

contratto o dal recesso dell'assicuratore. Il che importa l'estensione dell'oggetto della prestazione di garanzia agli eventi anteriori alla stipula della polizza, purché la richiesta di risarcimento sia avanzata vigente quest'ultima. Situazione non dissimile a quella appena citata si registra nell'ordinamento belga. Infatti, l'assicurazione di responsabilità civile, originariamente, era retta dal principio di *occurrence basis*, in virtù del quale, la protezione assicurativa è accordata solo per quegli eventi dannosi prodottisi durante il periodo di efficacia della copertura. Si trattava di norma imperativa che non ammetteva, pertanto, il ricorso al sistema del *claims made*. Tuttavia, un intervento legislativo del 1994 ha introdotto la possibilità di deroga al principio enunciato, privandolo, pertanto, della sua natura imperativa, escludendo dall'ambito di operatività della stessa le assicurazioni di massa (come le assicurazioni di responsabilità civile legate alla vita privata). Inoltre, nell'ottica di una maggiore tutela dell'assicurato, è stata introdotta una norma, che prevede l'obbligo per l'assicurato di concedere una *garantie de posterité* ovvero un periodo di tempo non inferiore a trentasei mesi dalla scadenza del contratto, durante il quale si considerano efficaci le richieste di risarcimento danni per i fatti accaduti vigente l'assicurazione. Anche in Spagna, all'originario atteggiamento di chiusura ha fatto seguito una riforma della legge del contratto di assicurazione. L'art. 73 della *Ley de Contrato de Seguro* prevede la possibilità di limitare la copertura assicurativa alle richieste di risarcimento proposte nel periodo di vigenza della polizza, mitigando la clausola con la concessione di un periodo di retroattività o ultrattività non inferiore a un anno. In materia, D. DE STROBEL, op. cit., pp. 531 ss.; F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., pp. 814 ss.

²³⁷ F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, cit., p. 14, il quale precisa che per esso s'intende quella fattispecie in cui sussiste "un notevole scarto temporale tra condotta lesiva ed evento di danno, senza che vi sia stato *medio tempore* alcun mutamento dei fattori determinativi del rischio". Rientrano, tra l'altro, in tale categoria le responsabilità collegabili a: patologie asbesto-correlate, derivanti da esposizioni a fibre di amianto; contaminazione di alimenti da parte di GMO o utilizzo nella catena dell'industria alimentare di prodotti derivati da animali infetti; produzione di farmaci con effetti collaterali nocivi alla salute o da derivati di plasma infetto; esposizione a campo elettromagnetici; attività professionali e di consulenza in ambito finanziario.

²³⁸ P. CORRIAS, op. ult. cit., p. 659, il quale "si pensi, in proposito ai danni da inquinamento e alle difficoltà di individuare il fatto preciso al quale ricondurre l'inquinamento medesimo (inquinamento graduale) o al danno da prodotti difettosi nel cui ambito il pregiudizio ai terzi si manifesta solamente a seguito della vendita al dettaglio del prodotto; vendita che può avvenire anche dopo un periodo assai lungo rispetto all'immissione del prodotto nel mercato. Queste difficoltà emergono in maniera particolarmente evidente nelle assicurazioni di responsabilità professionale, nel cui ambito per un verso il danno può manifestarsi dopo un tempo assai lungo rispetto al fatto che ne è la causa, per altro verso talvolta non è neppure possibile individuare esattamente il fatto causativo del danno e il momento nel quale è accaduto".

²³⁹ F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, cit., p. 14, il quale evidenzia, "la garanzia di responsabilità civile così strutturata ha retto e continua a reggere per quelle fattispecie di responsabilità civile che si realizzano in modo concentrato nel tempo mentre non ha resistito all'impatto di quegli addebiti di responsabilità che vengono a perfezionarsi secondo uno svolgimento progressivo e talvolta occulto e per i quali la dimensione diacronica di accadimento, non più concentrata ma diluita, non si realizza con piena sovrapposizione rispetto alla vigenza temporale del contratto di assicurazione". L'Autore prosegue, precisando, che nei danni lungo-latenti, infatti, "la nozione di accadimento dell'evento di danno risulta ambigua, suscettibile di riferirsi ad una serie di distinte circostanze, collocabili oltretutto in diversi segmenti temporali".

entrambe le parti per il caso in cui l'efficacia della garanzia si appunti nel momento di verifica del fatto dannoso. Potrebbe, difatti, palesarsi per l'assicuratore il rischio di essere esposto ad obblighi di indennizzo da parte del terzo anche a distanza di anni dalla cessazione del contratto di assicurazione²⁴⁰ e per l'assicurato il difficile onere di dimostrazione che il fatto azionato dal terzo sia occorso nella vigenza della polizza. Pertanto, in un'ottica di miglior funzionamento del contratto di assicurazione per responsabilità civile, con la formula *claims made* si intende realizzare, in presenza di un sinistro tardivo, un virtuoso temperamento tra gli opposti interessi delle parti coinvolte²⁴¹, consentendo di far conoscere all'assicuratore sin da subito il termine finale della propria esposizione debitoria (coincidente peraltro con il periodo di efficacia del contratto)²⁴² e all'assicurato la prestazione dell'indennizzo, senza alcun onere probatorio²⁴³.

Nella prassi, si tende, in relazione al limite temporale della richiesta di risarcimento e del verificarsi dell'evento²⁴⁴, ad operare la seguente

²⁴⁰ P. CORRIAS, op. ult. cit., p. 659, il quale evidenzia, "l'eccessivo prolungamento dell'impegno assunto dall'impresa in ragione dell'incertezza dell'intervallo temporale tra il fatto causativo del danno e il danno medesimo o, comunque, della lunghezza di questo determinano l'impossibilità o la grave difficoltà per la stessa impresa di effettuare una adeguata e efficiente valutazione del rischio. In tali condizioni, invero, l'assicuratore potrebbe non essere in grado di calcolare la durata dei requisiti patrimoniali necessari per far fronte agli impegni assunti e, quindi, dovrebbe compiere una valutazione per eccesso, aumentando gli oneri a suo carico, oppure azzardarne uno per difetto mettendo così a rischio la propria solidità patrimoniale".

²⁴¹ F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 536; G. FACCI, op. cit., pp. 1136B ss.; F. MANCINI, op. cit., pp. 275 ss., il quale evidenzia "il sistema *claims made* intende dar risposta all'esigenza di copertura di responsabilità dell'assicurato in cui si assista al trascorrere di un periodo, più o meno lungo, da quando si verifica il fatto idoneo a produrre il danno al momento in cui il danno si produce o si manifesta (cd. danni tardivi o lungo-latenti). In tale prospettiva viene assunta una nozione di "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" che limita temporalmente la possibile distanza tra il momento dell'attivazione della copertura assicurativa e il realizzarsi dell'evento pregiudizievole".

²⁴² F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 2, p. 512 e pp. 536-537.

²⁴³ C. LANZANI, *La travagliata storia della clausola claims made: le incertezze continuano*, cit., pp. 864-865, la quale evidenzia che con questo nuovo modello si rischia tra l'altro "di esporre l'assicurato a significativi squilibri a favore dell'impresa assicuratrice".

²⁴⁴ In giurisprudenza, Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Corr. merito*, 2010, p. 1054. In tal senso, App. Roma, 30 settembre 2014, in *Corr. giuridico*, 2015, pp. 1508 ss.

classificazione²⁴⁵ e precisamente, clausola *claims made pura* e clausola *claims made impura* (o *spuria*)²⁴⁶.

²⁴⁵ P. CORRIAS, op. cit., p. 658, ad avviso del quale “è bene, peraltro, rilevare che tale classificazione, qualunque utile a livello schematico, non va enfatizzata potendosi riscontrare nella prassi numerose varianti che articolano in diversi modi l’oggetto della copertura”. A tal uopo, l’Autore ha cura di individuare alcune fattispecie quali una clausola pura con patto di ultrattività, con cui si ritengono comprese in copertura anche le richieste di risarcimento pervenute successivamente alla durata del contratto, ovvero una clausola impura con retroattività limitata a determinati fatti pregressi. In tal senso, L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., pp. 829 ss., il quale precisa che “se questa è la classificazione in relazione alla limitazione temporale della richiesta di risarcimento e del verificarsi dell’evento, vi sono poi diversi tipi di clausola *claims made*, le quali si differenziano anche in relazione al dato oggettivo di cosa si intenda per richiesta di risarcimento”. L’autore ha cura di precisare, infatti, che quest’ultima, in omaggio al principio di libertà negoziale, non sempre è individuata nella sua accezione tradizionale di richiesta risarcitoria nei confronti dell’assicurato vigente la polizza, ben potendosi intendere anche in termini, tra l’altro, di qualsiasi comunicazione a mezzo della quale il terzo danneggiato ritiene l’assicurato responsabile del danno prodottosi “e ciò al fine di permettere l’apertura della posizione di sinistro in tutti quei casi in cui – pur mancando un’espressa richiesta di risarcimento – il danneggiato abbia comunque dato comunicazione all’assicurato di un evento fonte di danno con riguardo alla condotta da egli tenuta”; ovvero di comunicazione da parte delle competenti autorità di avvio di un procedimento penale o amministrativo o di un qualsivoglia atto a mezzo del quale si rende edotto l’assicurato dell’esistenza di un procedimento civile (seppur privo di richiesta risarcitoria), penale o amministrativo nei suoi confronti; ovvero ancora, di comunicazione formulata dal medesimo assicurato volta a dare atto all’assicuratore della sussistenza di una circostanza che potrebbe essere fonte di danno o di richiesta risarcitoria; M. GAZZARA, *Annulamento del contratto di assicurazione per reticenza*, cit., p. 888; S. MONTICELLI, op. cit., p. 703.

²⁴⁶ Per completezza espositiva, risulta doveroso segnalare che tali nozioni di *claims made pura* e *spuria* sono quelle prevalentemente usate nella dottrina e nella giurisprudenza nazionale ma, secondo l’originaria accezione statunitense, per *claims made pura* dovrebbe intendersi la versione più rigorosa della clausola che prevede che durante il periodo di vigenza dell’assicurazione debbano verificarsi tanto il *claim* quanto il fatto dannoso di responsabilità civile. Tale precisazione è stata a più riprese svolta da F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., pp. 804 ss.; ID., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle “coverage trigger disputes”* cit., pp. 17 ss.; ID., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 508 ss. Di recente, negli stessi termini, M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 936; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., pp. 829 ss. nota 8; P. GAGGERO, op. cit., p. 401.

In giurisprudenza, Trib. Milano, 18 marzo 2010 cit.

Quanto poi, in particolare, alla definizione delle clausole *claims made pure*, la dottrina e la giurisprudenza nazionale sono solite rinvenirla in quelle clausole che consentono la manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all’assicurato e da questo all’assicuratore nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto fonte di responsabilità. Tuttavia, dalla terminologia invalsa nella prassi statunitense, per “*pure claims made*” si intendono le situazioni nelle quali la garanzia assicurativa copre le pretese risarcitorie avanzate dai terzi all’assicurato nel periodo di vigenza della polizza, a nulla rilevando la necessità che nel medesimo arco temporale debba intervenire anche la richiesta dell’assicurato all’assicuratore. Cfr. L.S. SILVER-R.E. STEVENS –K.E. CLOW, *Concise Encyclopedia of Insurance Terms*, New York, NY-Abingdon, UK, 2010, 34. A tali clausole poi si affiancano quelle “*claims made and reported*”, per le quali soltanto rileva anche l’inoltro della richiesta all’assicuratore nel periodo suddetto.

Nella prima, la garanzia è prestata per le richieste di risarcimento danni formulate per la prima volta dal terzo all'assicurato durante la vigenza del contratto, indipendentemente dal momento temporale di manifestazione della condotta o dell'evento²⁴⁷. Il pregio di siffatta clausola si rinviene da un lato, nella possibilità per l'assicuratore di conoscere, al momento della cessazione del contratto, i fatti illeciti di cui in futuro potrebbe essere chiamato a rispondere e il termine finale per la valida richiesta di risarcimento danni coincidente, per l'appunto, con la data di cessazione della polizza; su altro versante essa consente all'assicurato di stipulare un contratto di assicurazione in riferimento ad un'attività svolta da tempo, coprendo, in simil modo, sinistri precedenti e non denunciati sino a quel momento, con un massimale più congruo in quanto determinato al momento di conclusione del contratto²⁴⁸.

Con la seconda tipologia di clausola, invece, la garanzia è prestata per le richieste di risarcimento danni avanzate corrente il contratto, purché il fatto ad origine delle stesse sia posto in essere in un preciso arco temporale (di solito non superiore ai due/tre anni) antecedente alla stipula della polizza²⁴⁹. Differentemente dalla precedente, essa delimita, dal punto di vista temporale, la copertura assicurativa in una duplice direzione, in quanto quest'ultima è prestata non solo per le richieste di risarcimento del danno avanzate per la prima volta vigente il contratto ma anche per quegli illeciti perpetrati in un preciso spazio temporale precedente la stipula della polizza. All'interno di quest'ultima categoria, preminente rilievo

²⁴⁷ F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., p. 55, il quale osserva “vi è, in tale pattuizione, un'evidente deviazione o scostamento dallo schema dell'art. 1917 c.c. (e dal sistema del *loss occurrence*) perché l'assicuratore garantisce l'assicurato (anche) per i sinistri “durante il tempo dell'assicurazione” solo fino a quando è in vigore il contratto; mentre, una volta cessato il contratto, il sinistro verificatosi durante la sua vigenza ma che ancora non si sia tradotto in una richiesta di risarcimento, non è garantito”. In tal senso anche P. CORRIAS, op. cit., p. 658.

²⁴⁸ F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., p. 55; ID., *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per responsabilità civile*, cit., p. 1068, nota 7; P. CORRIAS, op. cit., p. 658, che discorre della stessa in termini di “deroga tutt'altro che irrilevante alla sequenza di cui all'art. 1917 c.c.”, posto che limita la proposizione della richiesta di risarcimento danni al periodo di validità della polizza laddove ciò risulta irrilevante nella fattispecie *ex art. 1917 c.c.*

²⁴⁹ U. CARNEVALI, op. cit., p. 759, il quale precisa “vi è una sorta di parziale contaminazione tra il *loss occurrence* (il fatto dannoso deve essere accaduto in un determinato periodo anteriore alla decorrenza della polizza) e il *claims made* (la richiesta di risarcimento deve essere pervenuta per la prima volta all'assicurato entro la vigenza della polizza)”; P. GAGGERO, op. cit., p. 414.

assume la clausola *claims made and reported form*: essa importa che la richiesta di risarcimento non solo debba essere avanzata durante la vigenza della polizza ma che nel medesimo periodo sia comunicata all'assicuratore²⁵⁰. Ciò che connota un simile modello è la previsione di un preciso obbligo di comunicazione (*reporting requirement*) a carico dell'assicurato relativo a qualsivoglia circostanza che possa costituire, sulla base di indici oggettivi, fonte di una futura richiesta risarcitoria²⁵¹. Da ciò ne consegue che, ove l'assicurato adempia scrupolosamente al suindicato obbligo, il successivo *claim* scaturente dopo la scadenza della polizza, si considera notificato, in virtù di un'espressa clausola contrattuale in tal senso (*deeming provision*), nel periodo di vigenza della stessa, con l'indubbio vantaggio per l'assicurato di beneficiare del massimale di polizza sussistente alla data della notificazione²⁵².

2. Comparazione dei modelli *loss occurrence* e *claims made* nella duplice prospettiva dell'assicurato e della compagnia assicuratrice

Dalle considerazioni sin qui svolte, può senz'altro affermarsi che, in ordine alla tipologia di evento dal quale scaturisce il diritto per l'assicurato al pagamento dell'indennità e il corrispondente obbligo per l'assicuratore, si contendono il campo due sistemi: da un lato quello codicistico fondato sul modello c.d. *loss occurrence* (insorgenza del danno), dall'altro quello nata dalla prassi, dell'assicurazione c.d. *claims made*. Il *discrimen* risiede nel diverso fatto generatore dell'obbligazione assicurativa, vale a dire la condotta illecita perpetrata dall'assicurato, nel primo, e la pretesa risarcitoria avanzata dal danneggiato, nel secondo²⁵³. Precisamente,

²⁵⁰ U. CARNEVALI, op. cit., p. 759, il quale precisa che un tal tipo di clausola rappresenta, differentemente dalla precedente, la contaminazione massima tra *claims made* e *loss occurrence*; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, cit., p. 888, che discorre di essa in termini di "sottotipo di clausola impura particolarmente odiosa nei confronti dell'assicurato"; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 514 ss., che discorre della medesima in termini di versione più sofisticata e innovativa, largamente diffusa nella prassi internazionale.

²⁵¹ F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 515.

²⁵² F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 515.

²⁵³ Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 103.

l'operatività della garanzia è circoscritta, nel modello *loss occurrence*, ai soli atti o fatti che si verificano durante la vigenza della polizza, prescindendosi completamente dalla data della richiesta di risarcimento danni ovvero della denuncia del sinistro, mentre nel modello *on claims made basis*, a quei sinistri la cui richiesta di risarcimento sia formulata pendente la polizza, indipendentemente dal momento di verifica dell'evento dannoso²⁵⁴. Ne deriva quindi che il modello *loss occurrence* esalta l'evento prodottosi e al danno patito dal terzo, laddove il *claims made* privilegia la manifestazione di volontà del danneggiato al risarcimento del danno²⁵⁵.

A tal uopo, nel panorama dottrinale, ci si è preoccupati di evidenziare come l'adozione di un modello piuttosto che l'altro possa generare, nella duplice prospettiva degli assicuratori e degli assicurati, una serie di vantaggi e di svantaggi.

Con riguardo alla posizione dei primi, sovente si rimarca che l'assicurazione dei *long tail claims* in regime *loss occurrence* si esponga all'eventualità di un tendenziale disallineamento tra la stima del rischio al momento della sottoscrizione della polizza e il suo effettivo ammontare al momento della liquidazione del danno²⁵⁶. Il che importa, a sua volta, che eventuali errori nella proiezione statistica siano tali da riverberarsi sui bilanci futuri rispetto a quello della polizza *loss occurrence*²⁵⁷. In secondo luogo, gli assicuratori risultano svantaggiati anche dal fatto che, attecchendosi le polizze *loss occurrence* alla stregua di «garanzie aperte»²⁵⁸, essi sono costretti ad imputare all'annualità di bilancio in cui si provvede

²⁵⁴ Esattamente, Cass. SS. UU., 6 maggio 2016, n. 940, in *Contratti*, 2016, pp. 753 ss.; Trib. Napoli, 20 ottobre 2014 e Trib. Palermo, 26 novembre 2014, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di F.A. MAGNI, pp. 1061 ss. A tal uopo, Trib. Palermo, 26 novembre 2014, cit., ha cura di rilevare una “sostanziale equivalenza” tra il contratto cd. *loss occurrence* e la clausola *claims made* “sotto il triplice profilo dell'alea contrattuale, della valutazione del rischio assicurato e dell'equilibrio nel rapporto sinallagmatico tra le parti, operando sostanzialmente la garanzia per qualunque tipologia di evento riconducibile alle fattispecie descritte nel contratto e per un analogo ambito temporale (corrispondente al periodo in relazione al quale il danneggiato può far valere il proprio diritto al risarcimento del danno), alla sola condizione (non dipendente dall'assicurato né dall'assicuratore, bensì dall'iniziativa dello stesso terzo danneggiato) che la richiesta risarcitoria pervenga all'assicurato nel periodo di validità della polizza”.

²⁵⁵ F. MANCINI, op. cit., pp. 275B.

²⁵⁶ U. CARNEVALI, op. cit. 761.

²⁵⁷ U. CARNEVALI, op. cit. 761.

²⁵⁸ F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 530 “e cioè attivabile senza limiti temporali, se non derivanti dalla prescrizione del diritto risarcitorio del danneggiato”.

a liquidare il danno (*accident year*), delle somme che tecnicamente avrebbero dovuto ricevere un appostamento nel bilancio riferito all'annualità di sottoscrizione della polizza (*underwriting year*)²⁵⁹. Le incombenze economiche di cui è, in tal modo, onerato il bilancio dell'assicuratore quando monetizza al danneggiato il sinistro rendono doverosa la preventiva costituzione di una riserva tecnica vincolata a tale scopo, senza peraltro ottenere la garanzia che essa risulti *ex post* stabile e capiente²⁶⁰. Non vanno altresì sottovalutate le conseguenze di eventuali (e non troppo infrequenti) mutamenti sfavorevoli delle condizioni giuridiche (mutamenti legislativi o giurisprudenziali, tasso di interesse legale) ma soprattutto economiche (prima fra tutte l'inflazione) che si ripercuotono in danno della compagnia assicurativa nello *spatium temporis* che va dalla sottoscrizione della polizza fino al (tardivo) manifestarsi del danno²⁶¹. A porre l'assicuratore di una polizza *loss occurrence* in una posizione oltremodo deteriore si aggiunge la (non proprio) scontata considerazione che, se è vero che la sua esposizione alla copertura dei rischi assicurati incontra la barriera (oltre che monetaria, costituita dal massimale) temporale del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno vantato dal soggetto danneggiato, è altrettanto vero che tale termine può nei fatti spirare anche a distanza di tempo considerevole²⁶². Giova, infatti, tenere presente che secondo l'orientamento allo stato prevalente l'*exordium praescriptionis* si appunta nel preciso momento in cui il danneggiato si trova nella possibilità giuridica di far valere il suo diritto (art. 2935 c.c.) al risarcimento del danno con la piena consapevolezza di tutti i suoi presupposti (individuazione del soggetto responsabile, consapevolezza della illiceità della condotta e del nesso di causalità con il danno)²⁶³.

²⁵⁹ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 802.

²⁶⁰ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 802; U. CARNEVALI, op. cit. 761.

²⁶¹ U. CARNEVALI, op. cit. 761.

²⁶² F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, cit., pp. 3 ss.

²⁶³ In merito al *dies a quo* di decorrenza della prescrizione si confrontano in dottrina e giurisprudenza due tesi contrapposte. Secondo un primo indirizzo interpretativo, più rigorista e incline a leggere l'istituto della prescrizione in linea con l'esclusiva esigenza di certezza del diritto, l'art. 2947 c.c. viene inteso in modo letterale identificando l'*exordium praescriptionis* con il momento in cui si verifica il fatto, *id est* l'evento naturalistico da cui discende il danno. In tal senso, si è espresso di recente in dottrina, *ex multis*, P. G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 389. Sul versante giurisprudenziale, Cass., 28

Senza contare l'incidenza negativa che ha sortito, almeno nel diritto anglo-americano, che per primo si è confrontato con i nuovi rischi emergenti, l'orientamento giurisprudenziale diffusosi negli anni ottanta che propugnava la c.d. dottrina dello «*stacking of limits*» (cumulo dei massimali): per ovviare alle difficoltà di individuazione della garanzia operante tra tutte quelle prestate nelle diverse polizze in vigore durante il periodo di sviluppo del rischio da danno potenziale a danno effettivo e manifesto, la giurisprudenza ha configurato un vincolo di solidarietà passiva tra tutti gli assicuratori che negli anni precedenti avevano prestato copertura per il rischio poi tradottosi in danno.

È di palmare evidenza come tutti questi inconvenienti per gli assicuratori vengano *bypassati* sottoscrivendo una copertura «*on claims made basis*» che, prevedendo un meccanismo di attivazione facilmente determinabile nel tempo (*id est il claim*), esclude la innanzi illustrata possibilità di attivare più di una garanzia per ogni sinistro²⁶⁴. V'è poi un ulteriore (e fondamentale) vantaggio riveniente dalla struttura chiusa della polizza *claims made*: a differenza del negozio modellato sul tipo di cui all'art. 1917 c.c., è dato individuare con estremo rigore una delimitazione temporale degli obblighi contrattuali e finanziari dell'assicuratore coincidente con l'annualità di vigenza della polizza²⁶⁵, con buona pace dei potenziali effetti

gennaio 2004, n. 1547, in *Danno e resp.*, 2004, pp. 389 ss.; Cass., 19 novembre 1999, n. 12825, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999; Cass. civ. 10 ottobre 1992, n. 11094.

Prevale, tuttavia, la tesi più garantista per il danneggiato, che ancora la decorrenza del *dies a quo* della prescrizione nel momento in cui egli acquisisce la piena consapevolezza dell'illiceità del danno subito in ragione di un'interpretazione combinata delle disposizioni degli artt. 2947 co. 1 e 1935 c.c. Tale orientamento è stato a più riprese autorevolmente ribadito dalla Suprema Corte: si vedano Cass., 3 maggio 2016, n. 8644, in *Foro it.*, 2016, annotata da AGOSTINONE; Cass. SS. UU., 11 gennaio 2008, con dieci sentenze coeve (dalla n. 576 alla n. 585) relative alla responsabilità derivante da contagio da sangue infetto; Cass., 15 luglio 2009 n. 16463, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, pp. 1531 ss.; Cass., 27 luglio 2007, n. 16658, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007; Cass., 8 maggio 2006, n. 10493, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2004, pp. 285; Cass., 28 luglio 2000, n. 9927, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000; Cass., 5 luglio 1989, n. 3206, *ivi*, pp. 1989; Cass., 24 marzo 1979 n. 1716, in *Resp. civ. e prev.*, 1980, pp. 90 ss.

²⁶⁴ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 811.

²⁶⁵ In altri termini la compagnia assicuratrice conosce già in partenza quale sarà lo *spatium temporis* decorso il quale un'eventuale chiamata in causa, da parte del cliente assicurato, per la manleva risulti priva di fondamento: ogni denuncia di sinistro pervenuta all'assicuratore decorso il termine di durata del contratto non comporterà la nascita di nessun obbligo indennitario, ricadendo la responsabilità esclusivamente in capo all'assicuratore-danneggiante. F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 811.

paradossali della decorrenza del termine prescrizione²⁶⁶. Va da sé come anche le criticità rilevate in merito ai criteri di valutazione del rischio e alla stabilità della riserva tecnica risultino oltremodo stemperate²⁶⁷: la clausola *claims made* infatti rende possibile una stima dei costi della polizza in base a criteri in uso al momento della tariffazione nonché un definitivo ed immediato consolidamento del bilancio di polizza al momento della scadenza²⁶⁸ con tutte le ricadute positive in termini statistico-attuariali che ne conseguono²⁶⁹.

Lo scenario non si presenta altrettanto favorevole se si volge lo sguardo alla situazione in cui versano gli assicurati - clienti delle compagnie assicuratrici. Essi, infatti, ricevono una tutela senz'altro soddisfacente alla stregua del modello contrattuale su base «*loss occurrence*» ex art. 1917 c.c., potendo contare sulla solvibilità delle compagnie per tutti i sinistri occorsi durante il periodo di vigenza della polizza (nel limite del massimale pattuito e della decorrenza del termine di prescrizione del diritto risarcitorio vantato dal terzo danneggiato), a fronte dell'unico onere, di natura probatoria, di dimostrare la ricorrenza di tale circostanza. Di guisa che il passaggio ad una polizza «*on claims made basis*» non sempre si apprezza come la soluzione più conveniente in termini di costi-benefici, in quanto se è indubitabile che gli assicurati potranno disporre di un massimale di garanzia più adeguato all'attuale costo del danno al momento della richiesta di risarcimento,

²⁶⁶ U. CARNEVALI, op. cit., p. 761, il quale osserva “tuttavia - dobbiamo precisare – gli assicuratori omettono di rilevare, nel quadro che dipingono, alcune circostanze a loro favore e cioè che a) nei *long tail claims* il massimale rimane quello a suo tempo stabilito molti anni addietro nella polizza *loss occurrence*; b) l'assicurato incontra l'onere di dimostrare che il fatto dannoso era accaduto nel periodo di vigenza della polizza *loss occurrence*, il che a grande distanza di tempo potrebbe essergli non agevole”.

²⁶⁷ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 811.

²⁶⁸ S. MONTICELLI, op. cit., p. 706, il quale osserva che il vantaggio citato in realtà ne sottende altro, la cui ammissibilità giuridica, peraltro, potrebbe essere dubbia. In altre parole, l'adozione di una clausola *claims made* potrebbe importare, ad avviso dell'autore, la fidelizzazione del cliente, il quale si troverebbe costretto a rinnovare di anno in anno la polizza, al fine di scongiurare “buchi di copertura” a seguito di passaggio da una polizza ad altra. Il che contrasterebbe con la disciplina a tutela della concorrenza e del mercato.

²⁶⁹ Senza dimenticare gli obblighi di legge in tal senso (art. 37, comma 6, cod. ass.) nonché quelli di contabilità sanciti dal nuovo regime di Solvency II. Così M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 5, p. 624.

è pur vero che gli altri vantaggi, enfatizzati soprattutto dalle compagnie assicuratrici, si rivelano più apparenti che reali²⁷⁰.

Quanto al meccanismo di innesco della garanzia, si è rilevato come esso risulti molto meno gravoso per l'assicurato che, a fronte di un danno che è il risultato di una serie combinata di fattori difficilmente collocabili nella dimensione temporale, non dovrà ottemperare a nessuno sforzo probatorio, facendo invece perno su un dato facilmente individuabile e determinabile²⁷¹: la denuncia da parte dell'assicurato all'assicuratore della pretesa risarcitoria del terzo danneggiato. Giova, tuttavia, sottolineare come tale atto esorbita dalla sfera di dominio dell'assicurato, essendo rimesso alla primaria iniziativa del presunto danneggiato, che ben potrebbe peccare di negligenza²⁷² ed intraprendere un'iniziativa tardiva²⁷³. Ancora più a monte, poi, non v'è chi non veda come nell'assicurazione della r.c. professionale (sede elettiva della stipula di contratti *claims made*) appaiano del tutto insussistenti le difficoltà da parte dell'assicurato in ordine alla individuazione della data di accadimento del fatto dannoso²⁷⁴, essendo inverosimile che un avvocato o un commercialista non riescano ad accertare il momento in cui abbiano posto in essere la condotta causativa del danno²⁷⁵. In merito al vantaggio di cui gode l'assicurato circa la copertura dei sinistri accaduti anteriormente alla stipula della

²⁷⁰ Anche Cass., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., con nota di U. CARNEVALI, dà atto di questa circostanza, laddove incidentalmente si legge della «manifesta insofferenza per una condizione contrattuale pensata a tutto vantaggio del contraente forte». Rileva *expressis verbis* tale pregiudizio di fondo di cui è pervasa la pronuncia della Corte di Cassazione, M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* (“piacer figlio d'affanno; Gioia vana), cit., p. 967. Critica verso l'esegesi della clausola *claims made* in senso sfavorevole per l'assicurato, M. COSTANZA, op. cit., p. 443.

²⁷¹ U. CARNEVALI, op. cit., p. 761.

²⁷² U. CARNEVALI, op. cit., p. 762.

²⁷³ Tale eventualità è tutt'altro che infrequente, in quanto trattandosi nella maggior parte dei casi di fattispecie di responsabilità la cui prospettazione giuridica appare particolarmente complessa, è necessario un lasso di tempo per valutare la fondatezza dei presupposti dell'addebito di responsabilità e formalizzare la denuncia. Per non parlare del fatto che la tardività della richiesta di risarcimento da parte del terzo può derivare anche dalla mancata consapevolezza circa l'antigiuridicità della condotta del responsabile ovvero dalla manifestazione del danno dopo un considerevole lasso di tempo rispetto alla condotta colposa del danneggiante. Così F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile*, cit., p. 89.

²⁷⁴ In questi termini S. MONTICELLI, op. cit., p. 705; U. CARASSALE, op. cit., pp. 600 ss.; F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., p. 842; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 944.

²⁷⁵ U. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, cit., p. 600 ss.; F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., p. 842; S. MONTICELLI, op. cit., p. 705;

polizza, si tratta di un effetto naturale derivante solo da alcune tipologie di clausole *claims made* (ossia dalle clausole *claims made* pure - invero assai rare nella prassi - ovvero impure con parziale retroattività) e nel solo limitato caso in cui per lungo tempo il professionista abbia operato non assistito da alcuna polizza r.c. professionale²⁷⁶. Tali considerazioni inducono, se non a dubitare *in toto* dell'utilità delle clausole *claims made*, perlomeno a rimeditarne la pubblicizzazione della copertura retroattiva come effetto favorevole di portata generale.

Ripercussioni negative di non scarsa importanza si apprezzano anche sotto il profilo della sottoposizione dell'assicurato al rischio di "buchi di copertura"²⁷⁷, pur avendo egli stipulato contratti di assicurazione per la responsabilità civile derivante dall'esercizio della propria attività lavorativa senza soluzione di continuità. Rischio che si concretizza tanto nell'ipotesi di successione di polizze con lo stesso assicuratore (sia nel caso di passaggio da una copertura *claims made* ad un'altra, sia nel caso di passaggio da una polizza *claims* ad una *loss*) senza clausole di garanzia postuma, e in misura ancora maggiore quando alla sequenza di polizze corrisponde la successione di più compagnie assicuratrici.

Nel primo caso infatti, soprattutto se viene in considerazione una *claims made* impura, il cliente rimarrà sprovvisto di copertura per tutti i sinistri occorsi durante il periodo di vigenza della polizza (o anteriormente) ma denunciati dal terzo all'assicurato solo successivamente alla scadenza, e nel corso di validità dell'annualità di polizza successiva²⁷⁸. Tale situazione porta a conseguenze a dir poco paradossali, giusta l'inapplicabilità di entrambe le polizze coinvolte: la prima perché il *claim* non si è verificato durante l'arco di validità temporale della stessa, la seconda perché il *claim* presentato dal terzo danneggiato (pur essendo

²⁷⁶ S. MONTICELLI, op. cit., p. 705, il quale evidenzia "una polizza di tal genere, laddove non rinnovata per un certo numero di anni, equivarrebbe, per talune professioni (avvocato, commercialista, ingegnere, architetto), salvo casi limite, a non assicurare alcuna copertura all'assicurato".

²⁷⁷ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 816; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., pp. 829 ss.

²⁷⁸ S. MONTICELLI, op. cit., p. 709.

relativamente ad essa tempestivo) si riferisce ad un sinistro occorso in un periodo anteriore alla stipula della copertura assicurativa, e quindi da essa non garantito²⁷⁹.

Nella seconda eventualità, invece, potrebbe darsi il caso che il professionista, acquisita la consapevolezza di aver commesso un errore professionale, eventualmente fonte di danno durante l'arco di validità temporale della polizza con la prima compagnia assicuratrice, e denunciato il fatto a quest'ultima *ex bona fide*, sia tenuto a dichiarare il medesimo fatto in sede di stipula della nuova polizza con il successivo assicuratore: con ciò esponendosi al duplice rischio di ottenere un rifiuto o un premio di polizza esorbitante nel caso in cui adempia a tale obbligo, ovvero qualora ciò non facesse di vedersi opporre l'eccezione di annullabilità del contratto per reticenza ai sensi dell'art. 1892 c.c.²⁸⁰. Un ulteriore rischio di assenza di copertura per l'assicurato si verifica allorché la Compagnia eserciti il diritto di recesso a seguito della denuncia di un sinistro (anche cautelativa) da parte dell'assicurato²⁸¹: in tale eventualità il professionista si troverà nuovamente esposto al rischio di scopertura per tutte le richieste risarcitorie successive, in origine rientranti nel periodo di efficacia della polizza ormai non più operativa, avendo a disposizione solo la *chance* di stipulare una nuova polizza con un'altra Compagnia, peraltro con clausola *claims made* pura²⁸². Il che, a tutto voler concedere, comporterà quanto meno la corresponsione di un premio elevatissimo, avuto riguardo del fatto che esso si parametra sulla valutazione del rischio, *id est* sulla sinistrosità pregressa²⁸³. Peraltro, il professionista si troverebbe in una situazione simile anche nell'eventualità, del tutto legittima, in cui l'assicuratore decidesse alla scadenza della polizza (di solito annuale) di non rinnovare più il contratto, che sottende un rapporto semmai protrattosi per anni e che non abbia mai

²⁷⁹ In questi termini F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti*, cit., p. 89 ss.; C. LANZANI, op. cit., p. 864; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., pp. 43 ss.; R. SIMONE, op. cit., p. 1082.

²⁸⁰ Così M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., 949; R. SIMONE, op. cit., p. 1082.

²⁸¹ Si badi che, nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile professionale, è costantemente inserita nelle condizioni generali di contratto la previsione della facoltà di recedere da parte dell'assicuratoree

²⁸² S. MONTICELLI, in op cit., p. 708.

²⁸³ S. MONTICELLI, op. cit., p. 708; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 945

dato luogo alla denuncia di un sinistro²⁸⁴. Tale scelta (strategica) della Compagnia darebbe la stura al definitivo consolidamento dei premi già incassati, azzerando al contempo la (altamente probabile) eventualità di una chiamata in giudizio per indennizzare il cliente della somma sborsata al terzo a titolo di risarcimento del danno, successivamente verificatosi²⁸⁵.

Merita attenzione, infine, in questa prospettiva, l'ipotesi in cui il cliente abbia cessato o intenda cessare l'attività lavorativa, dopo aver costantemente provveduto ad assicurare la stessa e a corrispondere il relativo premio. Per evitare effetti sfavorevoli sul suo patrimonio, il professionista si vedrà costretto a stipulare una nuova e apposita polizza assicurativa dotata di una clausola di ultrattività (c.d. postuma²⁸⁶), al fine di dare copertura ai sinistri verificatisi nel tempo in cui vigeva la polizza *claims* ma che verranno denunciati successivamente. Peraltro per rendere effettiva la copertura, tale clausola dovrebbe prevedere un periodo di ultrattività almeno decennale (corrispondente al lasso di tempo necessario per la maturazione della prescrizione del diritto del terzo danneggiato al risarcimento del danno), con un ingente esborso di denaro²⁸⁷.

I numerosi pericoli sin qui esposti non lumeggiano semplicemente la (ovvia) circostanza che l'assicuratore di una polizza *claims made* non si fa carico della medesima posizione dell'assicurato, ma l'inservibilità *in nuce* della polizza per quest'ultimo, che finirà per non potersene giovare proprio nei casi in cui più ne avrebbe bisogno²⁸⁸.

²⁸⁴ S. MONTICELLI, in op cit., p. 708.

²⁸⁵ S. MONTICELLI, op. cit., p. 708.

²⁸⁶ F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., 810, nota 11, opportunamente precisa la distinzione intercorrente tra la clausola di copertura postuma e le <<*sunset clause*>>, non sempre colta dalla giurisprudenza nazionale. Infatti queste ultime sono del tutto estranee alle garanzie <<*on claims made basis*>>, svolgendo una funzione specifica invece nelle polizze *loss occurrence*: senza tali clausole infatti le coperture tradizionalmente stipulate sul modello dell'art. 1917 c.c. "non tramontano mai", fatta salva la prescrizione dei diritti. Al contrario le polizze *claims made* "tramontano sempre" alla loro scadenza contrattuale e per questo non sono necessarie apposite <<clausole di tramonto>>, ma al massimo clausole attraverso le quali far sopravvivere la copertura per un ulteriore lasso temporale.

²⁸⁷ S. MONTICELLI, op. cit., pp. 707-708, il quale rileva come un simile esborso non verrebbe in essere, ove la polizza assicurativa fosse stipulata con la formula *loss occurrence*.

²⁸⁸ G. FACCI, op. cit., al fine di scongiurare le situazioni di criticità evidenziate, propone taluni accorgimenti, quali, l'affinamento delle tecniche di redazione del regolamento contrattuale, l'inserimento in atto di clausole di denuncia preventiva (*deeming clause* ovvero di clausole che consentono all'assicurato di comunicare all'assicuratore altresì tutte le circostanze di fatto

3. La pretesa nullità della clausola *claims made*

Le fortune alterne che ha vissuto, nell'ordinamento nazionale, la clausola *claims made*, vero e proprio fenomeno di *legal transplant*²⁸⁹, se da un lato, testimoniano lo sforzo di adattare la disciplina assicurativa alle mutate esigenze di copertura (anche retroattiva) di rischi derivanti soprattutto dall'esercizio di attività professionali, dall'altro, costituiscono la cartina di tornasole della tenuta di alcuni principi generali del diritto civile e della difficoltà avvertita dagli interpreti di cogliere le potenzialità applicative dell'istituto, molto spesso (soprattutto inizialmente) solo superficialmente analizzato.

È noto, infatti, come sin dai primi pronunciamenti sul tema, dottrina e giurisprudenza abbiano alacremente svolto un'opera di ridimensionamento (se non addirittura di totale annichilimento) degli effetti limitativi del paradigma legale di responsabilità definito dall'art. 1917 c.c., rivenienti dal meccanismo del *claims made*²⁹⁰. Tale clausola è stata sottoposta, tra gli altri, al giudizio di vessatorietà, oltre che di nullità, giusta la latente e innanzi illustrata persuasione circa lo sbilanciamento che ne deriva a favore dell'assicuratore.

Con particolare riguardo al profilo della validità di una simile pattuizione, ancorché le controversie in tema di *claims made* affollino i tribunali domestici da tempi relativamente recenti, si registrano sul punto diversi orientamenti interpretativi.

verificatesi in corso di contratto e da cui può originarsi una richiesta di risarcimento danni), e il ricorso alla buona fede sia in sede di interpretazione ed esecuzione del regolamento contrattuale.

²⁸⁹ Così F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 502. Al riguardo, discorre di "contratto alieno", G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, pp. 47 ss. Nella prospettiva coltivata, G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2016, p. 1527, argomenta che il sistema *claims made* è "ben esemplificativo del c.d. "contratto nel mercato globale". Sul contratto nel mercato globale, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr.*, 2013, p.78.

²⁹⁰ Vale la pena considerare che l'atteggiamento tradizionalmente negazionista della giurisprudenza italiana nei confronti delle clausole *claims made* (che la totalità degli Autori contrappone alla prassi di altri ordinamenti), non denota un'ostilità soltanto peninsulare: già dal 1990 infatti la Cour de cassation transalpina aveva stigmatizzato tali clausole, opponendo il limite invalicabile della causa. Cfr. R. BOFFA, *La cause, une assurance toute risques*, in *Dalloz*, 2016, p. 458.

A tal uopo, si segnala l'opzione ermeneutica secondo cui la clausola *claims made* sarebbe nulla per contrasto con il disposto dell'art. 2965 c.c.²⁹¹, a mente del quale, “è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto”. In altre parole, la medesima integrerebbe una decadenza di tipo convenzionale, avuto riguardo all'effetto limitativo o impeditivo dell'esercizio del diritto di manleva da parte dell'assicurato²⁹².

Altro possibile ed ulteriore profilo di invalidità della clausola *claims made*, molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, interessa la censura relativa al contrasto della pattuizione con l'art. 1895 c.c. per asserita insussistenza dell'alea consustanziale al contratto di assicurazione²⁹³. In altre parole, è stata da più parti sollevata l'eccezione di nullità del contratto di assicurazione stipulato su base *claims made* quante volte questo consenta una retrodatazione della copertura assicurativa (indifferente essendo la qualificazione in termini puri o spuri della clausola) ad eventi già accaduti al momento della stipula, ravvisandosi un'illegittima assicurazione di un rischio già verificatosi, se non addirittura di un rischio putativo. Fermo restando che il rischio dedotto in un contratto di assicurazione sia un evento futuro e incerto, il presupposto teorico di tale orientamento interpretativo si rinviene nella riconduzione alla locuzione “rischi già verificatisi” non soltanto degli eventi dannosi materialmente avvenuti prima della stipula del contratto ma anche di quelli i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula²⁹⁴: in quest'ottica risulta del tutto irrilevante che l'evento si sia verificato in un momento successivo, in quanto l'avveramento del

²⁹¹ In verità, in dottrina e in giurisprudenza, frequente è il richiamo agli artt. 2935, 2936 e 2952, rinvenendosi nel contratto di assicurazione su base *claims made* anche una sensibile alterazione del regime della prescrizione delineato dalle suindicate norme.

²⁹² In giurisprudenza, Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 103 ss.

²⁹³ In dottrina, M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni, Vol. III. Le assicurazioni di responsabilità civile. Le assicurazioni sulla vita. La riassicurazione. Assicurazione e prescrizione. Assicurazione e processo*, 2013, pp. 38 ss.; ID., *La clausola claims made è vessatoria? No, è nulla*, cit., p. 20.

In giurisprudenza, Cass. 13 marzo 2014, n. 5791, in *Banca, Borsa, Tit. cred.*, 2015, pp. 712 ss.; Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 103 ss.; Trib. Roma, 12 settembre 2007, n. 17197, in *De jure*; Trib. Roma, 5 gennaio, 2007, in *Contr.*, 2007, pp. 352 ss.; Trib. Roma, 1 agosto 2006, n. 16975, in *Dir. econ. ass.*, 2007, pp. 171 ss.; Trib. Roma, 1 marzo 2006, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Roma, 12 gennaio 2006, in *De jure*; Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. ed econ. Ass.*, 2005, pp. 711 ss.

²⁹⁴ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., pp. 38 – 39.

sinistro non rappresenta altro che una conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti in epoca anteriore²⁹⁵.

Ad ulteriore conferma del giudizio di nullità, frequente è anche l'allusione all'assicurazione del rischio putativo. Con tale espressione si intende fare riferimento ad un rischio già verificatosi anteriormente alla stipula del contratto ma di cui le parti ignorino l'esistenza, di guisa che esso si attegga in realtà ad un danno certo²⁹⁶. Giova considerare che l'ordinamento, in determinati casi, consente la copertura di tale tipologia di rischio in quanto, pur venendo meno il carattere futuro dell'evento permane il carattere di incertezza (ancorché soggettiva), ritenuto sufficiente ad integrare il concetto di rischio. Le ipotesi nelle quali si rintraccia la possibilità di assicurare il rischio putativo si riducono essenzialmente alle assicurazioni marittime e dell'aviazione, giusta il disposto dell'art. 514 cod. nav.²⁹⁷, ritenuto dai fautori della tesi in commento eccezione alla regola generale secondo la quale il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto (art. 1895 c.c.).

Dirimente ai fini della declaratoria di nullità della polizza con copertura retroattiva risulta anche la preoccupazione di quanti affermano che in tale evenienza

²⁹⁵ Trib. Roma, 1 marzo 2006, cit., ove si legge “così ad es., sarebbe nullo il contratto di assicurazione del credito se il fallimento del debitore dell'assicurato, dichiarato dopo la conclusione del contratto, sia stato reso inevitabile dal compimento di atti pregiudizievoli in epoca anteriore alla stipula, così come sarebbe del pari nullo il contratto di assicurazione contro il rischio di crollo di un immobile, se al momento della conclusione del contratto si era già verificato il cedimento del terreno su cui poggiava l'edificio, e che ha prodotto quale conseguenza inevitabile il crollo della costruzione. Or bene, nell'assicurazione della r.c. il «rischio» dedotto in contratto è l'impoverimento dell'assicurato conseguente ad esborsi risarcitori a loro volta derivanti da fatti illeciti commessi dall'assicurato medesimo. Pertanto, sebbene l'assicurato patisca materialmente il pregiudizio quando il terzo danneggiato esiga il risarcimento, non vi è dubbio che il «rischio» dedotto nel contratto è rappresentato non dalla richiesta di risarcimento proveniente dal terzo, ma dalla commissione di illeciti colposi da parte dell'assicurato. Ne consegue che la clausola *claims made*, consentendo l'indennizzabilità di rischi già verificatisi al momento della stipula del contratto, è nulla ex art. 1895, in quanto rappresenta l'assicurazione di un rischio putativo”

²⁹⁶ In argomento, S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010. In particolare a p. 89 nota 35 l'Autore evidenzia, tra l'altro, che il termine «rischio» di cui all'art. 1895 c.c. non può che presupporre (ed acquisire significato in relazione a) il rischio putativo. Diversamente, potendosi in generale concepire il rimedio anche in relazione all'incertezza che consegue alla semplice ignoranza sfuggirebbe la portata precettiva della norma (che risulterebbe, in un certo qual senso, «muta»): il rischio potrebbe essere, infatti, «inesistente», poiché da un dato evento non è mai stato ignorato; potrebbe essere «cessato», poiché di un evento passato, prima ignorato, si è acquisita conoscenza. Ciò che, dal punto di vista sistematico, non appare punto coerente”.

²⁹⁷ A mente del quale, “l'assicurazione è nulla quando la notizia dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro è pervenuta prima della conclusione del contratto”.

si anniderebbe il pericolo di frodi in danno dell'assicuratore, con conseguente illiceità della causa per contrasto con un principio di ordine pubblico²⁹⁸.

Lo spettro delle invalidità che aleggia sul contratto di assicurazione con clausola *claims made* si chiude in relazione alla capacità di resistenza della polizza assicurativa in parola contro l'archetipo negoziale scolpito, tipicamente e causalmente, dall'art. 1917 c.c. Non manca, invero, chi²⁹⁹ ritiene il contratto di assicurazione con clausola *claims made* affetto da nullità insanabile in quanto contrastante col modello legale tipico di cui all'art. 1917 c.c. Si evidenzia, in particolare, che, a differenza di quanto sancito dalla disposizione normativa da ultimo richiamata, nel modello *claims made* è ben possibile che il fatto generatore della richiesta di risarcimento si realizzi anche precedentemente alla sottoscrizione della polizza. Il che contrasterebbe con la citata disposizione, considerata norma primaria e imperativa³⁰⁰ e, pertanto, sarebbe nullo ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418 co. 1 c.c. Vieppiù se si considera che la Relazione del Guardasigilli al codice civile (n. 748) ove si legge dell'esigenza di porre «una rigorosa tutela alla posizione dell'assicurato, spesso costretto ad accettare senza potere discutere le condizioni generali di polizza predisposte dall'assicuratore a difesa esclusiva del proprio interesse». Tanto varrebbe, secondo i fautori di questa tesi, a sottrarre la materia dell'assicurazione della responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c. alla regola

²⁹⁸ In argomento v. A. GAMBINO, voce *Assicurazione, I) Contratto di assicurazione: Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, in part. p. 9, per il quale «il limite posto dall'art. 1895 c.c., rispetto alla teorica assicurabilità tecnica, e consistente nel requisito della obiettiva incertezza dell'evento al momento della conclusione del contratto, si pone in ausilio alle esigenze della tecnica assicurativa, in previsione del pericolo di frodi, non facilmente accertabili, a danno dell'assicuratore. Viene così esclusa l'assicurabilità del rischio putativo, diversamente da quanto consentito, sia pure con limiti precisi, nelle assicurazioni marittime ed aeronautiche». Sia inoltre consentito rinviare a S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, cit., spec. Cap. III.; ID., *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative <<retroattive>>*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2016, p. 867.

²⁹⁹ In punto, Trib. Roma, 12 gennaio 2006, in *De Jure*; Trib. Roma, 1 marzo 2006, cit.; Trib. Roma 1 agosto 2006, n. 16975, in *Dir. ed economia ass.*, 2007, 171, con nota di D. DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo*; Trib. Roma, 5 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, pp. 352 ss; Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Giur. di merito*, 1997, 700; Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, cit., p. 711; Trib. Genova, 8 aprile 2008, cit., pp. 103 ss.; Trib. Roma, 10 aprile 2013, in *Corr. merito*, 2013, 12, 1162; App. Napoli, 28 febbraio 2001, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 711, con nota di MONTI, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*; Trib. Bologna 2 ottobre 1998.

³⁰⁰ Esattamente, Trib. Bologna 2 ottobre 2002, n. 3318, cit., p. 711 ss.

convenzionale e sottoporla a quella legale, al fine di escludere ogni margine di derogabilità sul tema³⁰¹.

Inoltre, quand'anche si affermasse la natura derogabile dell'enunciato normativo in parola - si osserva - è da escludersi che il contratto con clausola *claims made* possa sottrarsi alla scure del giudizio di invalidità, posto che risulterebbe privo di giustificazione causale³⁰². Invero, l'obbligo dell'assicuratore “*di 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*” costituisce un elemento strutturale essenziale del contratto *de quo*, senza il quale non sarebbe possibile procedere alla sussunzione nel modello legale tipico. In altre parole, ancorare la copertura assicurativa alla manifestazione di volontà del terzo di esser risarcito dei danni subiti significherebbe escludere, ad avviso di tale indirizzo interpretativo, dalla medesima tutti quegli illeciti perpetrati vigente il contratto ma rispetto ai quali la richiesta di risarcimento sia legittimamente formulata in un momento successivo alla sua efficacia. Il che significherebbe condizionare l'operatività del contratto di assicurazione non già al momento oggettivo dell'accadimento del fatto bensì al momento discrezionale della richiesta di risarcimento danni, così venendo meno l'aleatorietà dello stesso. Di guisa che esso sarebbe da considerarsi nullo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1418 co. 2 c.c.

Orbene, l'affermata illegittimità della clausola *claims made* porta con sé l'ulteriore interrogativo relativo agli effetti ad essa conseguenti e, a tal uopo, all'opzione interpretativa, secondo cui, in omaggio al principio di conservazione, si renderebbe opportuno procedere alla sua sostituzione con la clausola *loss occurrence* ex art. 1339 e 1419 c.c.³⁰³, si contrappone l'orientamento che propugna

³⁰¹ In questi termini F. MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1, 2017, pp. 275 ss.

³⁰² In tal senso, Trib. Genova, 8 aprile 2008, cit., pp. 103 ss., secondo cui, “tale norma non ha per sua natura necessità di essere dichiarata inderogabile. Essa, infatti, rappresenta l'essenza stessa, la funzione, del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di un'attività, nella specie professionale dall'agente all'assicuratore. Ciò che viene assicurato è l'attività fonte di responsabilità, non la richiesta risarcitoria. Pertanto, una clausola contraria al disposto dell'art. 1917 comma 1 c.c. non può che essere nulla, per mancanza di causa”.

³⁰³ In tal senso, in dottrina, I. CARASSALE, op. cit., p. 109. In giurisprudenza, Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, cit.

la tesi della nullità dell'intero contratto³⁰⁴. Quale che sia l'impostazione che si ritiene di dover accogliere, giova notare che essa importa in ogni caso la restituzione del premio, da un lato, e il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, dall'altro, a carico dell'assicuratore³⁰⁵.

4. La riconosciuta validità della clausola claims made. Le puntuali obiezioni mosse alle principali ricostruzioni di segno negativo

Un consistente filone interpretativo ha puntualmente sconfessato le diverse argomentazioni a sostegno della nullità della clausola in parola.

In relazione all'argomento che fa discendere la nullità della clausola *claims made* per contrasto con la disposizione di cui all'art. 2965 c.c.³⁰⁶ si è fatto leva sui requisiti strutturali dell'istituto della decadenza. Ebbene, postulando quest'ultimo la perdita del diritto per mancato esercizio entro un dato periodo di tempo, si appunta su condotte imposte ad uno dei soggetti del rapporto giuridico nel cui ambito la decadenza è stata prevista ed ha ad oggetto situazioni giuridiche soggettive (attive) già sorte. I nuovi *wording* negoziali con pattuizione *claims made* invece - si osserva - sottopongono l'operatività della copertura assicurativa alla "iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto

³⁰⁴ In tali termini, Trib. Genova, 8 aprile 2008, cit.

³⁰⁵ Sul tema, F. GAGGERO, op. cit., pp. 401 ss. In giurisprudenza, App. Roma, 18 gennaio 2012 n. 312, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

³⁰⁶ In dottrina F. MANCINI, op. cit., pp. 275B ss.; G. FACCI, op. cit., pp. 1136B ss.; P. GAGGERO, op. cit., p. 437; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 523 ss., il quale "mi sembra sinceramente inverosimile che l'obbligo di comunicazione tempestiva della richiesta del danneggiato da parte dell'assicurato, prevista nella clausola *claims made*, possa limitare o impedire l'esercizio dei suoi diritti, atteso che tale previsione si limiti a replicare l'obbligo di avviso di sinistro di cui all'art. 1913 c.c. che, qualora non adempiuto dolosamente, comporta appunto, ai sensi dell'art. 1915, la decadenza del diritto all'indennizzo ovvero in caso di inadempimento colposo la contestazione da parte dell'assicuratore del pregiudizio subito"; D. DE STROBEL, *La vicenda del "claims made"*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, p. 534. In giurisprudenza, Cass. SS. UU., 2 dicembre 2016, n. 24645, in www.iusexplorer.it; Cass. SS. UU., 6 maggio, 2016, n. 9140, cit., p. 754.

stesso”, così dissolvendo ogni dubbio circa la compatibilità della clausola con l’art. 2965 c.c.³⁰⁷.

Quanto al contrasto con il disposto di cui all’art. 1895 c.c., è stata affermata la sussistenza del rischio, sia pure nel caso in cui il fatto potenzialmente dannoso sia stato perpetrato e difetti la proposizione della richiesta di risarcimento del danno³⁰⁸. Si perviene ad una simile conclusione sulla base del rilievo che, nell’assicurazione di responsabilità civile, il sinistro³⁰⁹, ovvero sia l’evento dannoso, coincide non già con il fatto illecito perpetrato dall’assicurato – danneggiante bensì con la richiesta di risarcimento del danno formulata dal terzo danneggiato³¹⁰. Invero, in difetto di

³⁰⁷ In punto, Cass. SS. UU., 6 maggio, 2016, n. 9140, cit., p. 754, in cui si legge “e invero l’istituto richiamato implicando la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito va inequivocabilmente riferito a già esistenti situazioni soggettive nonché a condotte imposte, in vista del conseguimento di determinati risultati, a uno dei soggetti del rapporto nell’ambito del quale la decadenza è prevista. Invece, la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l’operatività della garanzia in dipendenza dell’iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non già sulla sorte di un già insorto diritto all’indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso”.

³⁰⁸ In dottrina, F. MANCINI, op. cit., pp. 275B ss.; R. CALVO, op. cit., p. 931; P. CORRIAS, op. cit., pp. 662 ss.; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite*, cit., pp. 939 ss.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit.; ID., *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit.; P. GAGGERO, in op. cit., p. 436; S. MONTICELLI, op. cit., pp. 709-710; N. DE LUCA, op. cit., pp. 726 ss.; L. BUGIOLACCHI, op. cit., p. 922 ss.; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 504 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 11. In giurisprudenza, Cass. SS. UU., 6 maggio, 2016, n. 9140, cit., pp. 755 ss.

³⁰⁹ A tal proposito, si rimanda al capitolo primo del presente lavoro in ordine alla questione interpretativa relativa alla definizione di sinistro.

³¹⁰ In tal senso, in giurisprudenza, Cass. SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., ove si legge “nell’ambito dell’assicurazione della responsabilità civile, il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l’assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell’assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all’indennizzo - e specularmente nessun obbligo di manleva – sorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo”. Giova notare che, tuttavia, la Suprema Corte, nell’affrontare *ex professo* la questione del profilo definitorio del “sinistro”, cade, poche righe prima, in una profonda ed insanabile contraddizione con il postulato testé riportato. Si legge, infatti, in esordio del par. 14 della sentenza, che “il fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione di cui parla l’art. 1917 c.c., non può essere identificato con la richiesta di risarcimento: non par dubbio infatti che il lemma - inserito all’interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall’area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, comma 1, ultimo periodo); in cui sono imposti all’assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi (art. 1913 cod. civ.); e in cui, infine, è espressamente sancito e disciplinato l’obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.) - si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l’assicurato deve rispondere”.

In dottrina, F. MANCINI, op. cit., p. 296.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un’analisi a tutto campo*, cit., pp. 662 ss.; G. FACCI, op. cit. p. 1145; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit.; L. BUGIOLACCHI, op. cit.; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell’assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, p. 6; R. SIMONE, op. cit., p. 1082.

tale richiesta non potrebbe essere considerato sinistro il semplice fatto illecito, in quanto esso non è in grado di determinare alcuna diminuzione patrimoniale, costituendo prima di tale momento un semplice antecedente causale. Di guisa che il rischio che l'assicuratore è obbligato ad evitare altro non è che il depauperamento del patrimonio dell'assicurato a seguito del risarcimento del danno a favore del terzo danneggiato dalla condotta illecita dell'assicurato³¹¹. A valere di tale conclusione si adduce il disposto di cui all'art. 2952 co. 2 c.c., a mente del quale, il termine di prescrizione, nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, inizia a decorrere dal giorno in cui il terzo "ha richiesto il risarcimento del danno all'assicurato o ha promosso contro questi l'azione". Orbene, tanto la richiesta quanto l'azione sono implicitamente qualificati dalla norma in termini di sinistro ovvero sia "il fatto sul quale il diritto si *fonda*": espressione quest'ultima profondamente diversa da quella adoperata dal legislatore all'art. 1917 c.c. ovvero sia "*il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*". Il che ha consentito di sostenere che rientra nell'accezione di sinistro *tout court* la prima delle espressioni impiegate costituendo, invece, la seconda un semplice antecedente causale³¹². Ne consegue che, nell'assicurazione della responsabilità civile, non potrà discorrersi di sinistro fino a quando perdura una situazione di incertezza oggettiva in ordine alla richiesta di risarcimento del danno (ovvero della proposizione dell'azione), mentre dovrà ritenersi sussistente la situazione di rischio³¹³.

Quale premessa di una siffatta riflessione si pongono alcune puntualizzazioni in merito ai concetti di *rischio* e *sinistro*: elementi distinti ed entrambi presenti nella

Contra, in giurisprudenza, Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Dir. econ. ass.*, 2005, pp. 711 ss.; Trib. Roma, 1 marzo 2006, cit. In dottrina, F. DELFINI, op. cit., pp. 547 – 548; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 520 – 521, ad avviso del quale, "la richiesta risarcitoria non potrebbe giammai concretare l'ipotesi di sinistro, quale fatto generatore del debito di responsabilità per la semplice considerazione che sarebbe di per sé irrilevante, ai fini della sussistenza dell'illecito; quest'ultimo si sarebbe comunque verificato anche nell'ipotesi in cui il danneggiato rinunciasse a far valere il suo diritto risarcitorio o rimanesse inerte, lasciando decorrere il termine di prescrizione".

³¹¹ G. FACCI, op. cit.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit.; G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 11.

³¹² In tal senso, in giurisprudenza, Cass. SS. UU., 6 maggio, 2016, n. 9140, cit.

In dottrina G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., pp. 6 ss. Vi aderiscono F. MANCINI, op. cit.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, cit., p. 662; N. DE LUCA, op. cit., pp. 726 – 727.

³¹³ L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit.

definizione del contratto di assicurazione di cui all'art. 1882 c.c. Propriamente, è da intendersi in termini di sinistro l'evento da cui scaturisce un danno, identificandosi invece il rischio nella situazione di incertezza in ordine alle conseguenze negative dell'evento. Pertanto, posto che il rischio altro non è che la combinazione di due momenti, ovverosia del sinistro e del danno arrecato, non potrà discorrersi di situazione di incertezza allorché entrambi si siano concretizzati³¹⁴. Si tratta di concetti ricavabili nel tessuto codicistico agli artt. 1882 (che individua non già nel sinistro tout court bensì nel *danno prodotto da un sinistro* il presupposto dell'obbligo di rivalsa dell'assicuratore verso l'assicurato) e 1913 c.c. – 1914 co. 3 c.c. (che prescrivono il comportamento da tenersi da parte dell'assicurato al fine di evitare o ridurre il danno prodotto) che consentono di poter sostenere che, nell'arco temporale che corre tra il prodursi dell'evento e la manifestazione del danno, dubbi non vi siano in merito alla sussistenza della situazione di incertezza. Corollario di tale differenza concettuale è la possibilità di poter validamente concludere un contratto di assicurazione anche nel caso di verifica dell'evento e di mancata manifestazione del danno: e ciò in quanto nell'assicurazione della responsabilità civile avente ad oggetto fatti pregressi è dato riscontrare la situazione di incertezza sia con riguardo al danno, posto il mancato accertamento dell'obbligo in capo al responsabile, sia con riguardo al sinistro, visto il difetto di richiesta di risarcimento³¹⁵. A ciò aggiungasi la considerazione, riveniente dalla prassi contrattuale, che l'attrazione nell'orbita del “rischio già verificatosi” degli “eventi i cui presupposti causali si siano già verificati” si espone alla critica del regresso all'infinito: potendosi ripercorrere a ritroso senza alcun limite gli anelli della catena eziologica si arriverebbe al paradosso di escludere la copertura assicurativa *on*

³¹⁴ In tal senso, in giurisprudenza, Cass. SS. UU., 6 maggio, 2016, n. 9140, cit., “il rischio[...]si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pure è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento: ne deriva che la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato”.

In dottrina, P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, cit., pp. 662 - 663; G. FACCI, op. cit., p. 1145 nota 10; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit.; G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., pp. 6 ss.;

³¹⁵ P. CORRIAS, op. cit., p. 663.

claims made basis proprio in quei casi in cui essa si appalesa quanto mai utile, *id est* per i danni lungo – latenti³¹⁶.

A voler proseguire, del pari inconferente, del resto, risulta l'argomento che fa discendere la nullità della clausola *claims made* con garanzia pregressa dalla non consentita assicurabilità del c.d. rischio putativo, divieto desunto a contrario dal fatto che essa è espressamente consentita dall'art. 514 cod. nav. solo per le assicurazioni marittime³¹⁷. Si tratta di orientamento già espresso dalla giurisprudenza di legittimità³¹⁸ incline a ritenere sussistente l'alea anche se la garanzia assicurativa si estende a fatti commessi prima della stipula del contratto³¹⁹, a condizione che “al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza”. A conferma di tale assunto il rilievo, secondo cui, “il rischio putativo è espressamente riconosciuto dal nostro ordinamento dall'art. 514 del codice della navigazione, con disposizione che non v'è motivo di ritenere eccezionale”³²⁰. *Ad abundantiam*, può peraltro osservarsi che l'argomento sistematico basato sull'art. 514 cod. nav. non appare decisivo nemmeno nella prospettiva di un confronto strutturale con l'art. 1895 c.c.³²¹. Infatti, la norma del codice della navigazione contempla *expressis verbis*, oltre all'ipotesi del rischio mai esistito e del rischio che ha cessato di esistere, anche quella del sinistro già verificatosi come fattispecie autonoma e distinta dalle prime due. Ebbene, anche a voler considerare l'art. 514 cod. nav. norma eccezionale, che deroga all'art. 1895 c.c., tale deroga può al più riferirsi ai casi di inesistenza o

³¹⁶ F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 526 ss.

³¹⁷ In tal senso, N. DE LUCA, op. cit., pp. 729 – 730; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 527.

³¹⁸ In tal senso, Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, pp. 1668 ss.; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit., con nota di F. MARTINI, Una precisa scelta operata dalla compagnia basata sulla valutazione consapevole dei rischi, in *Guida al diritto*, 2014, pp. 73 ss. *Contra*, Cass., 13 marzo 2014, n. 5791, cit.

³¹⁹ In dottrina, R. CALVO, op. cit., p. 930, ad avviso del quale “un punto è certo: l'alea assicurativa – giova tenere sempre a mente – non sfuma assodato che l'assicurato al momento dell'accordo ignora tanto la preesistenza dell'evento fonte del danno alla persona o al patrimonio del terzo, quanto la determinazione del danneggiato (o, in caso di decesso, dei suoi successori) a domandare il ristoro dei pregiudizi consequenziali, posto che tale determinazione – in questo campo – concorre a definire il “caso d'assicurazione”, ossia l'accadimento che, esponendo l'assicurato a responsabilità patrimoniale, giustifica la sua pretesa alla manleva assicurativa”.

³²⁰ Cass. SS. UU., 6 maggio, 2016, n. 9140, cit.

³²¹ In tal senso, F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 527.

cessazione del rischio prima della conclusione del contratto, non contemplando la disposizione del codice civile il caso dell'assicurazione retroattiva. E tanto vale, *illico et immediato*, sulla scorta della innanzi illustrata distinzione tra il concetto di "rischio" e quello di "sinistro", a tracciare una linea di demarcazione tra le fattispecie di inesistenza o cessazione del rischio vietate ai sensi dell'art. 1895 c.c., e la diversa ipotesi di assicurazione retroattiva consentita a determinate condizioni dall'art. 514 cod. nav., norma non eccezionale almeno *in parte qua*³²².

Del resto, l'eventualità di utilizzazioni fraudolente dell'istituto da parte dell'assicurato in danno dell'assicuratore è scongiurata in radice dalla responsabilità cui il primo va incontro per le dichiarazioni inesatte o reticenti ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c.³²³.

È stato, da ultimo, altresì contestato il rilievo secondo cui l'enunciato normativo di cui all'art. 1917 co. 1 c.c. avrebbe natura inderogabile, posto che la disposizione *ex art.* 1932 c.c. sancisce l'inderogabilità solo con riguardo ai commi 3 e 4 del suindicato art. 1917 c.c.³²⁴. Tanto basterebbe quindi a decretare la non

³²² In tal senso, F. A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, cit., p. 808; G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 12.

³²³ G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 13. Vi aderisce F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 526.

Contra, S. VERNIZZI, in op. cit., p. 253 nota 12, ad avviso del quale, "non si tratta infatti soltanto di evitare che la copertura così congegnata costituisca uno strumento di frode in danno del singolo assicuratore – contraente, poiché, come detto, sussiste, in materia, un limite di tipo ordinamentale all'autonomia privata, a tutela dell'ordine pubblico, rappresentato dall'art. 1895 c.c., il cui disposto, come più volte sottolineato, sanziona con la nullità i contratti stipulati per un rischio (extra assicurativo) inesistente o già cessato, eventualità, queste che ricorrono senz'altro nel contratto in cui si voglia assicurare un rischio già verificatosi, così come allorché si voglia indennizzare un sinistro che appaia come la conseguenza *inevitabile* di presupposti causali verificatisi anteriormente alla stipula del contratto". N. DE LUCA, op. cit., pp. 728 – 729 nota 16, il quale contesta siffatta critica, ritenendo che trattasi di una petizione di principio in quanto "da una parte è affermato ma non dimostrato che l'art. 1895 c.c. ponga una norma di ordine pubblico, se è vero che tale esigenza di ordine pubblico non sussiste nelle assicurazioni marittime o aereonautiche, dall'altra parte, come si afferma nel testo, una cosa è il tentativo di traslazione del danno in base ad un sinistro già verificatosi e conosciuto al contraente, altro è l'assicurazione di un rischio dipendente da un evento rispetto al quale possa effettivamente predicarsi incertezza e futurità, anche se solo sotto il profilo soggettivo".

³²⁴ In tal senso, in dottrina F. MANCINI, op. cit., pp. 275 ss.; R. CALVO, op. cit., p. 928; S. BOSA, *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative*, cit., p. 268; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione di responsabilità civile claims made*, cit., pp. 430 ss.; L. BUGIOLACCHI, in op. cit., pp. 922 ss.; G. LOCASCIULLI, op. cit., pp. 784 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, op. ult. cit., p. 11, la quale osserva "la tesi, secondo la quale, la clausola sarebbe nulla, perché in contrasto con la definizione dell'assicurazione di responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c., si traduce nella sostanziale equiparazione tra obbligo dell'assicuratore di risarcire

decisività in parte qua del contenuto della Relazione del Guardasigilli al codice civile, sopra riportato.

Il rilievo, secondo cui, una simile pattuizione sarebbe nulla per difetto di causa, si lega a filo doppio con la questione concernente la tipicità della pattuizione *on claims made basis*, mercé il consustanziale rapporto che lega causa e tipo³²⁵, di cui in seguito.

l'assicurato e responsabilità di quest'ultimo ai sensi dell'art. 2043 c.c. Senonché si tratta di posizioni distinte. La responsabilità dell'assicurato sorge *ex lege*, nel momento in cui l'atto illecito causa un danno al terzo (art. 2043 c.c.) mentre l'obbligo dell'assicuratore nasce *ex contractu* nel momento in cui il terzo fa valere il suo diritto al risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore, come si desume chiaramente dall'art. 1917 c.c.”; F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., pp. 824 ss.; A. ANTONUCCI, *Prassi e norme nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, cit., pp. 1032 ss.; U. CARASSALE, op. cit., p. 605; R. SIMONE, op. cit., p. 1086, ad avviso del quale, “la possibilità di prevedere e inserire deroghe è consentita, invece, dalle larghe maglie della disciplina del contratto in generale e di principio della libera autonomia contrattuale, se nel pieno rispetto delle norme imperative”; C. LANZANI, *La travagliata storia della clausola claims made: le incertezze continuano*, cit., pp. 1084 ss. In senso critico, S. MONTICELLI, op. cit., il quale evidenzia “la conclusione è semplicistica e insoddisfacente: ed infatti, [...] accreditare la sequenza secondo cui ogni deroga a una norma dispositiva è sempre e in ogni caso lecita e meritevole, significa svilire il ruolo che le norme dispositive assolvono nell'ordinamento. Ed infatti, a tale proposito va considerato che le norme dispositive non assolvono una funzione meramente suppletiva dell'autonomia privata ma rappresentano fondamentalmente il regime ottimale di un certo rapporto negoziale. Il punto di equilibrio, indicato dal legislatore, nella contrapposizione degli interessi in gioco”. Continua l'Autore sostenendo che la deroga a una norma dispositiva, realizzata al solo fine di alterare ingiustamente l'equilibrio contrattuale a favore di uno dei contraenti (nella specie, il predisponente) altro non sarebbe, al contempo, che lesione dell'altrui autonomia contrattuale e abuso dell'autonomia privata. Da ciò ne consegue, il vizio invalidante della nullità per iniquità.

In giurisprudenza, Cass. SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., p. 754; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Danno e resp.*, 2016, con nota di B. TASSONE – N. NARDO, pp. 187 ss.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit., pp. 711 ss., ove si legge “occorre premettere che certamente la clausola *claims made*, pur non corrispondendo alla previsione legislativa (art. 1917 c.c.) è lecita (si consideri tra l'altro che, come giustamente osservato dalla parte ricorrente, l'art. 1932 prevede la non derogabilità, se non in senso più favorevole all'assicurato, del terzo e del quarto comma dell'art. 1917; ma non del primo comma)”; App. Roma, 22 marzo 2011, in *Mass. redaz. UTET*, 2011; Trib. Benevento, 11 maggio 2017, n. 895, in www.iusexplorer.it; Trib. Bologna, 12 agosto 2016, in *Ridare.it* 2016, 7 ottobre; Trib. Palermo, 26 novembre 2014, cit.; Trib. Bologna, 20 novembre 2014, n. 3331, in www.iusexplorer.it; Trib. Napoli, 11 febbraio, 2010, in *Ass.*, 2011, pp. 131 ss.; Trib. Crotone, 28 novembre 2004, in *Ass.*, 2004, pp. 260 ss.; Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, pp. 438 ss.

³²⁵ Quanto al rapporto tra causa e tipo, esso coinvolge a monte l'interrogativo inerente al senso e alla portata del concetto di causa: elemento essenziale del contratto, la cui mancanza ne determina la nullità, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1325 e 1418 co. 2 c.c. In particolare, i termini della questione risalgono al codice del 1865 il quale, ponendosi nel solco della codificazione napoleonica, riferiva la causa all'obbligazione, intesa quale nesso che giustifica il sorgere di un obbligo. E ciò in quanto il contratto veniva inteso solo quale fonte di rapporti obbligatori, escludendosi effetti traslativi in assenza di un qualsivoglia tipo di obbligazione. In simile contesto, prevalente era la tesi che faceva coincidere la causa con lo scopo in vista del quale la parte assumeva un'obbligazione (tesi soggettiva). A tale ricostruzione, tacciata di aver sovrapposto la causa (elemento oggettivo) con la volontà (elemento soggettivo), si contrapponeva la tesi di quanti

5. Qualificazione giuridica del contratto di assicurazione claims made: tra atipicità del negozio e pattuizione extratipica

ravvisavano nella causa l'essenza oggettiva del contratto intesa quale motivo in virtù del quale l'ordinamento riconosce e sanziona il rapporto posto in essere dalle parti: motivo da concepirsi in termini di funzione del negozio. Tuttavia, solo con l'entrata in vigore del codice del 1942 si assiste al definitivo abbandono della teoria soggettiva a tutto vantaggio del riconoscimento della concezione oggettiva della causa. In particolare, nella Relazione del Guardasigilli si legge il rifiuto di una concezione individualistica dell'autonomia privata che intanto trova riconoscimento in quanto la medesima sia funzionale al perseguimento di un interesse sociale. Di converso, la Relazione recepisce una concezione della causa in termini di funzione economico - sociale, sulla base della premessa che il riconoscimento dell'autonomia privata è ancorato non già allo scopo soggettivo del contraente bensì al suo contenuto socialmente utile su cui l'ordinamento effettua un controllo di conformazione al fine di far discendere dall'atto di autonomia determinati effetti giuridici. Sebbene tale impostazione sia stata accolta quasi unanimemente dalla dottrina (*ex multis*, E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1957, pp. 32 ss.; G. SICCHIERO, *Appunti sulla causa del contratto*, nota a Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, pp. 553 ss.) e dalla giurisprudenza di legittimità anche più recente (in tal senso, *ex multis* Cass., 4 aprile, 2003 n. 5324, in *Foro it.*, voce *Contratto in genere*, p. 375; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, cit.; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, col. 1056), è stata, tuttavia, ampiamente contestata sulla base di diversi rilievi. Invero, intendere la causa nei termini anzidetti significa, in primo luogo, piegare l'atto di autonomia privata alle istanze dello Stato e, di conseguenza, non essere espressione della "signoria del volere" delle parti (in tal senso, in dottrina G. B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di Angelici-Ferri, Torino, 1997, pp. 97 ss.); attribuire, inoltre, alla medesima mezzo di attuazione della politica dirigistica dell'economia nazionale e, quindi, relegare l'autonomia privata tra gli strumenti per soddisfare fini propri dell'ordinamento corporativo (in dottrina, A. CATAUDELLA, *La struttura del contratto*, in *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, pp. 187 ss.; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp. 1 ss.); da ultimo, sostenere che nessun contratto tipico può essere dichiarato nullo per mancanza o illiceità della causa, in quanto essa coincide con quella individuata dal legislatore per ogni fattispecie negoziale e, di converso, che l'illiceità della causa riguarda esclusivamente i contratti innominati (A. CATAUDELLA, op. cit., p. 188). Sulla base di tali obiezioni, è stata prospettata la teoria della causa quale funzione economica – individuale (ovvero della causa in concreto), secondo cui, essa altro non sarebbe che la sintesi degli interessi in concreto perseguiti dalle parti con il contratto. Ne consegue, pertanto, che non è possibile individuare in astratto la causa di un determinato negozio giuridico sulla base del modello predisposto dal legislatore ma occorre procedere all'esame di tutti gli elementi del negozio sia quelli primari, individuati dal legislatore, sia di quelli secondari, voluti dalle parti. Logico corollario di tale impostazione è che il controllo di liceità interessa non esclusivamente i contratti innominati ma altresì quelli tipizzati dal legislatore. In tal senso, in dottrina, A. CATAUDELLA, op. cit.; G. B. FERRI, op. cit.; G. ALPA, op. cit. In giurisprudenza *ex multis*, Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, pp. 2063 ss.; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida al diritto*, 2009, pp. 5 ss.; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 5. Orbene, con riguardo al rapporto tra causa e tipo, va da sé che l'accoglimento della tesi che discorre della causa in termini di funzione economico - sociale importa la sovrapposizione tra i due termini del rapporto laddove diversamente è a dirsi in ragione dell'avallo della tesi della causa quale funzione economico – individuale. Invero, da tale prospettiva, la differenza risulta essere netta, posto che la causa altro non è che la sintesi dei contrapposti interessi che per il tramite del negozio – tipo vengono soddisfatti.

Secondo una certa impostazione³²⁶, la garanzia in regime *claims made* darebbe la stura ad un negozio assicurativo atipico³²⁷ rispetto allo schema legale, valendo la derogabilità del tipo a conferire al negozio risultante dall'autonomia privata il crisma dell'atipicità³²⁸.

A sostegno dell'assunto si perviene, in primo luogo, attraverso una diversa definizione di sinistro rispetto a quella di “*fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*” riveniente dall'art. 1917 co.1 c.c.: se, come ricordato, di regola il sinistro si identifica nella complessa vicenda comprendente la condotta illecita e la manifestazione del danno ad essa causalmente collegata, con la clausola *claims made* le parti inseriscono nella polizza una definizione convenzionale di sinistro coincidente con la richiesta di risarcimento del terzo danneggiato nel corso del contratto³²⁹. Tale argomento poggia, peraltro, sul riferimento che l'art. 2952 co. 2

³²⁶ Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, cit.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; App. Milano, 13 gennaio 2015, consultabile su www.plusplus24diritto.ilsole24ore.com; Trib. Roma, 7 gennaio 2015, cit.; Trib. Bari, 12 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2558; Trib. Genova, 23 gennaio 2012, cit.; Trib. Catanzaro, 1 aprile 2011, cit.; Trib. Catania, 12 ottobre 2009, in *Ass.*, 2011, pp. 309 ss.

In dottrina, D. DE STROBEL, op. cit., pp. 531 ss. Sulla progressiva limitazione dell'area nella quale ad un contratto può essere attribuita la qualifica di atipico, con conseguente superfluità del giudizio di meritevolezza, cfr. R. SACCO, in R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, Utet, 1993, p. 422. Più di recente si segnalano le osservazioni di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Società*, 2016, p. 731; N. CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, p. 1515, per il quale “la clausola *claims made* non consente di inquadrare il contratto, al quale è apposta, nel sottotipo “assicurazione della responsabilità civile”, perché delimita temporalmente il rischio assicurato solo alle richieste pervenute durante la sua vigenza, in tal modo derogando all'art. 1917 c.c., che garantisce invece il sinistro verificatosi durante il periodo di vigenza della polizza, sebbene esso sia stato denunciato successivamente”.

Sulla tendenza alla tipizzazione da parte del diritto contrattuale vivente, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 409.

³²⁷ Vale la pena considerare come N. CIOFFI, op. cit., metta in evidenza che lo scrutinio in punto di tipicità “è, infatti, essenziale per decidere della validità della clausola, in quanto, in passato, se ne affermava, talvolta, l'invalidità proprio in ragione della permanenza del carattere tipico del contratto, al quale era apposta, argomentando con la putatività del rischio, che mediante tale clausola sarebbe stato assicurato, e con l'alterazione del regime della prescrizione, stabilito dall'art. 2965 c.c., che la clausola avrebbe determinato”.

³²⁸ *Contra*, U. CARNEVALI, op. cit., p. 764, nota 17, per il quale, trattasi di “qualificazione in realtà priva di fondamento e fortemente criticata con ragione dalla dottrina, anche perché le imprese assicurative non possono stipulare contratti atipici”.

³²⁹ Per una recente applicazione di questa teoria, cfr. Trib. Bari, 3 febbraio 2017, n. 640, in www.dejure.it, dove si legge “Si tratta all'evidenza di un contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola cd. “a richiesta fatta” (*claims made*) con la quale assicuratore e assicurato pervengono ad una definizione convenzionale della nozione di sinistro rilevante ai fini dell'art. 1917 co. I cc, che viene fatta coincidere esclusivamente con le richieste risarcitorie per danni avanzata dal terzo e dunque non più, a differenza della fattispecie tipica prevista dalla citata disposizione, con il comportamento del danneggiare-assicurato generativo della responsabilità”;

c.c. contiene alla richiesta di risarcimento da parte del terzo all'assicurato³³⁰. In secondo luogo, si fa leva anche su un'interpretazione rigorosamente letterale del concetto di “*tempo dell'assicurazione*”, nel senso della copertura di tutti (e solo) i sinistri che si verificano durante la durata formale del contratto, che va dalla stipula fino alla scadenza. Di guisa che la clausola *claims made* che contenga una retrodatazione della garanzia, ovvero una clausola di copertura postuma, finirebbe per far trascinare il contratto fuori dalla fattispecie ipotetica prevista dall'art. 1917 c.c.

Prevalente, tuttavia, è l'orientamento³³¹ che considera la deroga all'art. 1917 c.c. incapace di provocare un sensibile scostamento dal tipo legale, laddove riferisce

Trib. Bologna, Sez. II, 12 agosto 2016, in www.dejure.it, del pari, evidenzia che nella polizza assicurativa al suo vaglio vi erano “definizioni preliminari, tra le quali in particolare spicca quella di “sinistro: la richiesta risarcimento di perdite o danni per i quali è prestata l'assicurazione” (definizione che già di per sé evidenzia la non riconducibilità del contratto in esame allo schema incentrato sulla c.d. *loss occurrence* o insorgenza del danno, recepito dal 1 comma dell'art. 1917, c.c., che è disposizione derogabile, come già si ricava dalla lettura dell'art. 1932 c.c. e come affermato anche dalla Suprema Corte”.

³³⁰ *Contra*, F. MANCINI, op. cit., ad avviso del quale, la disposizione in parola “rappresenta la naturale evoluzione del concetto, acquisito alla coscienza del legislatore, che il rischio diventa attuale solo a seguito dell'iniziativa risarcitoria del danneggiato”.

³³¹ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506 e n. 10509, in www.iusexplorer.it; Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.; Trib. Milano 10 gennaio 2012; Trib. Benevento, 11 maggio 2017 cit.; Trib. Milano, 18 marzo 2010, cit.

Con specifico riguardo al pronunciamento delle Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 vale la pena considerare che, come opportunamente segnalato da M. MAZZOLA, op. cit., p. 1012 ss., “si rileva una palese contraddizione nel corpo della motivazione: l'atipicità della clausola *claims made* viene (parzialmente) smentita, e dappoi, senza motivazione alcuna, affermata. In prima battuta, a parere del giudicante, ad essere atipica sarebbe, invero, soltanto la clausola *claims cd. pura*, la quale, offrendo una definizione convenzionale di sinistro, coincidente con la richiesta risarcitoria, verrebbe ad emanciparsi *ictu oculi* dal modello ex art. 1917 c.c. D'altra parte, nei contratti con clausola *claims made cd. mista*, il meccanismo di attivazione della garanzia viene collegato alla condotta dell'assicurato, e alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, sicché ci si manterrebbe nell'alveo della fattispecie delineata dal legislatore: sarebbe dato osservarsi, anche nell'ambito delle polizze strutturate su base *act committed*, ovvero *loss occurrence*, che «il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante» è pur sempre «collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria del danneggiato». In un secondo momento, tuttavia, la Corte rileva che sarebbe proprio quest'ultimo modulo di garanzia, dalla [dunque, contraddittoriamente, postulata] natura atipica, che — circoscrivendo irrimediabilmente il periodo di copertura — dovrebbe essere sottoposto, con particolare rigore, al vaglio di cui all'art. 1322, co. 2, c.c.”. Sul tema sia consentito il rinvio a R. MUGAVERO, *Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*, in *Giur. comm.*, 2017, 6, pp. 992 ss., laddove si legge che “A onor del vero, vale comunque la pena di rilevare con riguardo a Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., una certa contraddittorietà nell'argomentare laddove sembra che riferisca il carattere della tipicità soltanto alla polizza assicurativa con clausola *claims made impura*...”. Dubbioso R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto della tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, p. 2030, che nel dare atto della presa di posizione delle Sezioni Unite sul punto, afferma che “si tratta, nondimeno, di una parcellizzazione insolita”.

lo scrutinio di meritevolezza “al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico”³³². In altri termini, la polizza assicurativa *claims made* non dismette la sua natura di contratto tipico³³³ ma, ferma la tipicità del modello, recepisce una

In dottrina, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella categoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, p. 252; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 431, che rileva “il fenomeno dell’atipicità può sfumare, allargandosi a tutte le ipotesi in cui il regolamento contrattuale non ricalchi fedelmente la disciplina positiva, norme dispositive comprese. Inoltre se si considera che le norme dispositive...rappresentano fundamentalmente il regime ottimale di un certo rapporto negoziale, un controllo diverso da quello di mera legittimità e liceità della regola pattizia non stride con la logica del sistema”; F. MANCINI, op. cit.; F. DELFINI, op. cit., p. 548; U. CARNEVALI, op. cit.; P. CORRIAS, op. cit., pp. 667-668, il quale in particolare ritiene che le Sezioni Unite 6 maggio 2016, n. 9140 non abbiano preso espressamente posizione sulla “rilevanza qualificatoria della clausola, precisando se essa incida sullo schema tipico di assicurazione della responsabilità civile o financo su quello di assicurazione contro i danni, determinando (o meno) l’atipicità del regolamento negoziale che la contiene”; N. DE LUCA, op. cit.; G. FACCI, op. cit.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit.; P. GAGGERO, op. cit., pp. 437 ss.; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, cit., p. 890; F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., p. 60; L. BUGIOLACCHI, op. cit., pp. 1068 ss.; G. LOCASCIULLI, op. cit., pp. 784 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, op. cit., p. 11 nota 20; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 521; ID., *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 836; E. BOTTIGLIERI, *Dell’assicurazione contro i danni*, in *Il codice civile, Commentario*, artt. 1904-1918, Giuffrè, 2010, p. 274; A. ANTONUCCI, op. cit., pp. 151 ss; P.M. SANFILIPPO, *Controlli di meritevolezza e statuti di Società. Una tecnica in cerca di autonomia*, consultabile sulla rivista on line Orizzonti del diritto commerciale; in senso critico G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la claims made dall’atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civile e previdenza*, 4, p. 1390, “Che l’esame di «meritevolezza» possa concentrarsi su una singola clausola non rappresenta affatto un «*approdo pacifico della teoria generale del contratto*». Si tratta di una tesi, peraltro proposta con riferimento a fattispecie assai particolari, fra cui quella in esame ma per nulla condivisa in dottrina e facilmente confutabile”. L’A. inoltre precisa che “Più precisamente, se deroga ad una norma imperativa, la singola clausola di un contratto è illecita e quindi nulla, benché insuscettibile di contagiare l’intero contratto, perché destinata ad essere sostituita *ope juris* dalla norma violata, per effetto del disposto del comma 2 dell’art. 1419 c.c. Se invece modifica un aspetto della fattispecie legale disciplinato da una norma derogabile, essa è perfettamente lecita per effetto di quanto prevede il comma 1 dell’art. 1322 c.c. Né essa potrebbe dirsi «atipica» ai fini di sottoporla alla valutazione di meritevolezza che il comma 2 riserva ai soli contratti che possano dirsi tali”.

³³² Dubbioso sulla natura atipica della clausola *claims made* in qualunque sua possibile variante, M. MAZZOLA, op. cit., il quale rileva: “La clausola — lo si è visto — incide esclusivamente sul *criterio di determinazione temporale del rischio*, e non sulla *natura del rischio*, attinente pur sempre all’eventualità che, dall’accadimento di un fatto dannoso per il terzo, fonte di responsabilità per l’assicurato, possano derivare conseguenze pregiudizievoli per il patrimonio di quest’ultimo”.

³³³ In punto, notabili tra gli altri i rilievi svolti da F. MANCINI, op. cit., il quale “premessi il carattere costante dell’alea all’interno dell’intera categoria contrattuale dei contratti assicurativi, il tipo in osservazione si distingue per la sua causa rappresentata dalla copertura, rivolta a tenere indenne l’assicurato, del rischio di responsabilità patrimoniale per danni cagionati a terzi. Tale causa non appare alterata dalla clausola in oggetto. Non esistono diversi elementi caratteristici che, soppressi, condizionano l’inquadramento all’interno dello schema di cui all’art. 1917 c.c. Non certo la natura della prestazione, ossia l’assunzione del rischio verso il pagamento di un premio né la durata del bene oggetto del contratto o il modo di perfezionamento del contratto. Solo la qualità delle parti, o meglio della parte che assume su di sé il rischio in oggetto, la compagnia assicurativa, qualifica il contratto, ma non adeguatamente per giustificare un tipo autonomo rispetto alla più ampia categoria contrattuale dei contratti assicurativi”.

pattuizione extratipica che vale a conformare il suo contenuto (anche se in via unilaterale) in difformità alla disciplina del tipo³³⁴: tanto in applicazione della regola contenuta nell'art. 1322 co. 1 c.c. che facoltizza le parti a determinare liberamente il contenuto del contratto (salvi i limiti legali imposti dall'ordinamento), valorizzando la non sempre nitida (ma fondamentale *in parte qua*) distinzione tra contratto tipico con contenuto liberamente determinato e contratto atipico *ex art. 1322 co. 2 c.c.*³³⁵.

Per una trattazione generale del tema, in dottrina v. E. NAVARRETTA, *Art. 1343 – Causa illecita*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 2011, pp. 614 ss., “non è la causa, in passato identificata con il tipo, il prius che guida l'interpretazione e la qualificazione del contratto, ma è l'interpretazione del contratto che conduce alla ricostruzione della causa concreta, che a sua volta contribuisce a qualificare l'atto. Simile inversione logica consente di valorizzare non solo la costruzione di figure atipiche o miste o l'inserimento di clausole che innovano modelli tipizzati, ma anche di apprezzare l'eventuale incidenza causale di un collegamento contrattuale”. In arg. vedi anche D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*, I, 1, II, ed. Torino, 2006, p. 532.

³³⁴ A tal uopo, *ex multis* P. GAGGERO, op. cit., p. 432, ad avviso del quale, “ciò che muta è unicamente l'elemento contingente del tempo (della richiesta di risarcimento del pregiudizio che costituisca il portato) dell'accadimento dannoso da cui dipende la copertura assicurativa legal-tipica dell'assicurazione di responsabilità civile; che l'art. 1917 c.c. prefigura identificandolo in fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione; ma che non è sufficiente a mutare la natura dell'operazione economica - giuridica”; N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di). *Responsabilità e assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 169; D. DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Giuffrè, 2008, p. 641; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 326; G. LOCASCIULLI, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*, cit., pp. 748 ss; L. BUGIOLACCHI, *Clausola di regolazione del premio, condotta delle parti e ruolo della buona fede*, in *Resp. civ., e prev.*, 2007, pp. 1068 ss.; F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 898, ha cura di precisare la circostanza “Che la clausola *claims made* costituisca deroga all'art. 1917 comma 1 è stato talvolta contestato, ma ciò è smentito dal secondo periodo del medesimo primo comma dell'art. 1917, ove si prevede che “sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi” e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine “fatto” sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il termine “fatto” è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non già alla richiesta di risarcimento”.

³³⁵ F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, cit., pp. 567 ss.; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 521 ss.; P. GAGGERO, op. cit., pp. 433 ss., che eloquentemente afferma che “l'atipicità non riguarda il contratto di assicurazione della responsabilità civile *claims made*, ma la clausola caratteristica che in tal senso configura l'operazione assicurativa”; A. GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 276; G. GORLA, *Quid dei pacta adiecta ex intervallo? Spunti per una ricerca comparatistica*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 262 ss.; più in generale, sugli elementi caratterizzanti e individuativi del contratto tipico, cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 59 ss.; in giurisprudenza, cfr. *ex multis*, Cass. 6 marzo 1951, n. 522, in *Foro it., Mass.*, 1951, 131, per cui “non è dato all'interprete, sempre che ravvisi la presenza della causa tipica di un contratto, riconoscere l'esistenza di una figura innominata soltanto per la divergenza che alcune clausole della convenzione presentano con la normativa fissata dal

In altre parole la clausola non sembra incidere sulla causa del contratto, in quanto il suo inserimento all'interno dei *wording* negoziali consente pur sempre all'assicurato di attuare l'operazione di protezione del rischio di danno al proprio patrimonio, in relazione all'insorgenza di obblighi risarcitori derivanti da fatti allo stesso imputabili³³⁶.

I fautori di questo secondo filone interpretativo rimarcano la non incisività degli argomenti addotti dalla tesi contraria, non potendosi seriamente revocare in dubbio che la garanzia stipulata in regime *claims made* condivida con quella prestata su base *loss occurrence* la medesima definizione di sinistro, coincidente con il più volte ricordato fatto illecito generatore di un evento di danno³³⁷. Né funge da ostacolo l'inciso relativo al "*tempo dell'assicurazione*" di cui al co. 1 dell'art. 1917 c.c., che va correttamente interpretato come "durata materiale" del contratto, cioè riferito al complessivo periodo di efficacia della copertura assicurativa suscettibile di essere convenzionalmente determinato³³⁸.

È in questa prospettiva che emerge una tendenziale "elasticità" del tipo assicurativo, che si presta ad essere adeguato agli sviluppi del diritto della responsabilità civile³³⁹. Tanto vale, a maggior ragione, nella prospettiva di recente

legislatore"; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Id.* (a cura di), *Trattato del contratto*, I, Torino, 1999, 37 ss.

Per le dissertazioni relative alla distinzione tra <<tipo>> e <<sottotipo>> contrattuale si veda E. GABRIELLI, op. cit., 40 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1952, p. 184; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 173; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, 1977, p. 125; A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, Studi in onore di F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, p. 626; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 455; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, I, p. 232.

³³⁶ In questi termini G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., p. 1524; ID., *Le clausole claims made e i cd <<fatti noti>> nella successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, p. 760.

³³⁷ Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., riferisce, infatti, che "il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui parla l'art. 1917 c.c. non può essere identificato con la richiesta di risarcimento del danno: non par dubbio infatti che il lemma [...] si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere." In dottrina, in tal senso, tra gli altri, F. MANCINI, op. cit., il quale precisa "il riferimento ai fatti dolosi rende evidente come il legislatore intenda, per fatto pregiudizievole accaduto durante il tempo dell'assicurazione, la condotta dell'assicurato per cui il dolo sia un criterio possibile di imputazione psicologica".

³³⁸ F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 518 ss.

³³⁹ In questi termini, L. BUGIOLACCHI, op. cit., p. 935. Evidenza tale caratteristica del tipo anche V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2001, p. 425. Per una diffusa analisi della prospettiva in parola, v. cap. 1, par. 1 della presente trattazione.

emersione giurisprudenziale, che iscrive il concetto di causa nell'orbita della concreta funzione perseguita dai contraenti³⁴⁰, di guisa che l'utilizzo di una clausola *claims made*, seppur derogatoria del modello legale dell'art. 1917 c.c., consente pur sempre all'assicurato di realizzare un'operazione di protezione finanziaria del rischio di responsabilità civile derivante dall'esercizio della propria attività³⁴¹.

Da ultimo vale la pena considerare che la teoria del contratto tipico che ospita una pattuizione atipica aggira anche l'ostacolo rappresentato dal divieto per le imprese assicurative di stipulare contratti non assicurativi, contenuto (per le assicurazioni contro i danni) negli artt. 7 comma 2 e 10 comma 1 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 175 (Attuazione della direttiva 92/49/CEE in materia di assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita)³⁴².

Dalle osservazioni sin qui svolte appare quanto mai nitida la strada che è stata percorsa rispetto al primo pronunciamento della Cassazione, che si è occupata del tema poco più di un decennio fa. Si è, infatti, ben lontani da quell'atteggiamento negazionista ed incline a rinvenire la nullità della clausola *claims made* ad ogni costo, probabilmente in virtù della presa d'atto della capacità di queste nuove polizze di fornire una risposta alle nuove esigenze del mercato. Ciò, tuttavia, non sottende una supina condiscendenza al meccanismo assicurativo in parola, cercandosi altrove i rimedi idonei a tutelare la posizione dell'assicurato. Il problema si sposta, quindi, dalla liceità del contratto al vaglio di vessatorietà e meritevolezza della clausola atipica.

6. Clausola *claims made* e sindacato di vessatorietà

³⁴⁰ *Ex multis*, Cass. Sezioni Unite, 17 febbraio 2017, n. 4224; Cass., Sezioni Unite 6 marzo 2015, n. 4628; Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625; Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521; Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, cit.; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, cit.; Cass. 24 aprile 2008, n. 10651; Cass. 24 luglio 2007, n. 16315; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, cit.; seppur implicitamente, Cass. civ., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

³⁴¹ L'atipicità della clausola *claims made* invero non sembra ad oggi peraltro più sostenibile alla luce dei recenti interventi legislativi in tema di responsabilità professionale degli avvocati e dei sanitari, su cui v. *infra*.

³⁴² Tale divieto è stato ribadito da Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

In dottrina, I. CARASSALE, *op. cit.*, pp. 108 ss.; A. ANTONUCCI, *op. cit.*, p. 153.

Particolarmente dibattuta, specie nel panorama giurisprudenziale, è la valutazione della clausola *claims made* in ordine allo scrutinio di vessatorietà, alla luce (del controllo formale) dell'art. 1341 c.c.³⁴³: l'apposizione di tale pattuizione al contratto di assicurazione infatti, limitando la copertura assicurativa ai soli sinistri denunciati in costanza di polizza, ridurrebbe l'ambito di responsabilità dell'assicuratore delineato dall'art. 1917 c.c. e, di converso, rientrerebbe nel novero delle clausole di limitazione della responsabilità³⁴⁴.

³⁴³ P. GAGGERO, op. cit., p. 421, il quale evidenzia “si tratta, invero, di un modello di controllo sulle manifestazioni dell'autonomia privata – e dell'autonomia contrattuale in particolare – che si giova di un'elencazione di clausole selezionate in base agli effetti negoziali che producono, ossia al loro contenuto; che riguarda quelle soltanto e solo se abbiano natura di condizioni generali di contratto; a cui si associa la sanzione dell'inefficacia della (sola) clausola vessatoria per aprioristica valutazione legislativa ove non sia stata specificamente approvata per iscritto dall'aderente”.

³⁴⁴ In tema di clausole abusive nei contratti di assicurazione, non è dato rinvenire disposizioni specifiche. A tal uopo, si offre, senza alcuna pretesa di esaustività, una rassegna del tema in una prospettiva di ordine generale che interessa la contrattazione di massa ovvero per adesione, in cui il contenuto contrattuale è frutto della predisposizione di una delle parti, quale è il contratto di assicurazione in cui la relativa disciplina si realizza mediante la predisposizione unilaterale da parte della compagnia assicuratrice del contenuto contrattuale. Da qui, il pericolo di redazione di clausole inique o svantaggiose per l'assicurato o comportamenti degli assicuratori non corretti in merito alla trasparenza del contenuto contrattuale.

In relazione a quest'ultimo, si suole distinguere tra condizioni generali di polizza, la cui predisposizione risponde a una precisa esigenza di compensazione e neutralizzazione dei rischi di massa, e condizioni speciali di polizza volte a disciplinare in modo uniforme determinate tipologie di rischi. Il *discrimen* tra le due tipologie contrattuali si coglie sotto un duplice aspetto, ovverosia del contenuto e dell'origine. Quanto al primo, le condizioni generali di polizza interessano il rapporto contrattuale sia nel suo profilo fisiologico (ovverosia regolazione del premio, proroga, termine, denuncia dei casi assicurati) sia in quello patologico (risoluzione o recesso, contenzioso, variazione del rischio o decadenze dai diritti derivanti dal contratto assicurativo), laddove le condizioni particolari riguardano l'identificazione del rischio e i fenomeni assunti in polizza. Quanto al secondo, mentre fonte delle condizioni particolari sono l'autonomia e la consuetudine assicurativa, diversamente è a dirsi per le condizioni generali, che scaturiscono, oltre che dalla singola prassi, altresì da disposizioni di legge inderogabili in quanto volte a una corretta gestione del rapporto contrattuale.

Tanto premesso in ordine al contratto di assicurazione e spostando l'attenzione sulla tematica di ordine generale *supra* individuata, al precipuo fine di evitare che la diversa posizione assunta dai contraenti, nella contrattazione di massa, possa tradursi in una situazione di vero e proprio squilibrio a tutto vantaggio della parte più forte, interviene la normativa dettata in tema di condizioni generali di contratto, contratti conclusi mediante moduli o formulari nonché contratti col consumatore.

Ai sensi dell'art. 1341 co. 1 c.c., le condizioni generali di contratto (intendendosi per esse le clausole predisposte unilateralmente da una delle parti al fine di uniformare il contenuto di tutti i rapporti aventi identica natura) sono efficaci nei confronti del contraente non predisponente, se questi, al momento della conclusione del contratto, le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza. Su altro versante, l'art. 1342 c.c. precetta che nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in modo uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario, qualora siano incompatibili con esse. Si tratta di fattispecie che si distacca da quella di cui al precedente art. 1341 c.c., posta la non essenzialità dell'iniziativa del predisponente. Invero, le parti ben potrebbero avvalersi, per uno o più contratti, di moduli o formulari predisposti da persone

particolarmente competenti o messi in vendita per il pubblico (a titolo esemplificativo, si ricordano i bancali).

Quanto alle clausole vessatorie, intendendosi per esse quelle che rendono eccessivamente gravosa la posizione del contraente che aderisce alle condizioni predisposte dall'altra parte, la relativa disciplina è contenuta agli artt. 1341 co. 2 c.c. e 33 ss. cod. cons.

L'art. 1341 co. 2 c.c., pur non offrendo una definizione delle stesse, prevede una serie di clausole da considerarsi vessatorie: elenco, considerato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tassativo, in ragione del carattere eccezionale della disciplina, ponendosi quale limite al principio di autonomia privata. Di conseguenza, è vietato, per ciascun tipo di clausola, il ricorso all'analogia mentre è consentita un'interpretazione estensiva.

Orbene, un tal tipo di clausola richiede, ai fini della validità ed efficacia, che sia specificamente approvata per iscritto da parte dell'aderente. In mancanza, sarebbe, per espressa disposizione di legge, priva di effetti, ancorché dottrina e giurisprudenza prevalenti propendano per la nullità, posto che per l'ipotesi di mancato rispetto della forma *ad substantiam* l'ordinamento commina una simile sanzione.

Con la direttiva 93/13/CEE (recepita in Italia con l. 52/1996 con cui sono stati inseriti, nel tessuto del codice civile, gli artt. 1469 *bis* ss., successivamente riprodotti nel codice del consumo con D.lgs. 206/2005) è stata introdotta, nell'ordinamento nazionale, la disciplina in materia di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori, al precipuo fine di scongiurare eventuali squilibri normativi tra le parti del rapporto contrattuale. Tale intervento riformatore è espressione di un'esigenza di uniformità e armonizzazione tra gli Stati membri della normativa in tema di clausole abusive contenute nei contratti con il consumatore. In tema di tutela apprestata ai consumatori, occorre, a tal uopo rilevare, che, differentemente dalla disciplina del codice civile che prevede, come già delineato, un controllo di tipo formale, il recepimento della direttiva in parola ha introdotto una vera e propria tutela sostanziale estrinsecantesi nel riconoscimento di un'azione individuale esperibile dinanzi l'autorità giudiziaria dallo stesso consumatore, per il tramite della quale viene inibito l'uso delle clausole contrattuali riconosciute abusive. Con essa, oltre ad essere tratteggiata una definizione di clausole vessatorie (nei termini di *clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, ex art. 33 cod. cons.), è sancito un divieto generale di utilizzo di clausole vessatorie, pena la nullità delle stesse. La nuova disciplina è estesa oggettivamente a tutte le clausole del contratto (e non solo alle condizioni generali) mentre soggettivamente, affinché essa trovi applicazione, è necessario che le parti rivestano una specifica qualifica, ovverosia consumatore (persona fisica che agisce al di fuori della propria attività imprenditoriale o professionale) da una parte, e professionista, dall'altro. A tal uopo, è stato rilevato che simile contrapposizione, in ambito assicurativo, non risulta essere così netta così come in altri campi del diritto privato: si pensi, tra gli altri, a soggetti non persone fisiche (quali, enti, associazioni, fondazioni, società, imprese collettive) e persone fisiche (tra cui artigiani, imprenditori, professionisti) la cui assicurazione è stata stipulata a copertura di rischi inerenti all'attività.

Di particolare importanza risulta l'accertamento della vessatorietà di una clausola e, al riguardo, l'art. 34 cod. cons., indica taluni criteri in positivo e in negativo. E, precisamente, con riguardo a questi ultimi, il citato art. 34 stabilisce che *“la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto”*, conservando in simil modo la sovranità dell'autonomia privata, e che non può riguardare *“l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi”*, di guisa che lo squilibrio rilevante, ai fini della vessatorietà, non è di tipo economico bensì giuridico. Tuttavia, l'operatività di tali criteri è esclusa allorché gli elementi cui si riferiscono (ovverosia prezzo e oggetto) *“non siano individuati in modo chiaro e comprensibile”*. Quanto ai criteri positivi, il legislatore prescrive che occorre prendere in esame non già la singola clausola bensì l'intero negozio in concreto posto in essere, avendo riguardo alla natura del bene o del servizio nonché alle circostanze di fatto e di diritto esistenti al momento della conclusione del contratto. Il legislatore, al fine di agevolare l'attività ermeneutica dei contratti, distingue due categorie di clausole vessatorie ovverosia all'art. 33 co. 2 (clausole il cui contenuto si presume vessatorio fino a prova contraria: la c.d. lista grigia) e all'art. 36 (clausole considerate nulle *iuris et de iure*, in ragione del loro carattere particolarmente afflittivo: la c.d. lista nera).

Orbene, come già precisato, non sussiste disposizione alcuna in punto di clausole vessatorie nel contratto di assicurazione, ad eccezione del *Considerando n. 19* della citata direttiva 93/13, a mente del quale, nei contratti assicurativi, le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio

Si tratta, invero, di un profilo da sempre indagato dalla giurisprudenza di legittimità³⁴⁵, soprattutto nell’ottica di fornire un avamposto alle esigenze del cliente assicurato, diverso dalla (ricusata) tutela demolitoria, ed il cui *ubi consistam* risultava ineluttabilmente caratterizzato da una certa vaghezza: situazione quest’ultima da imputare dapprima all’assenza di linee guida nella conformazione del relativo giudizio³⁴⁶ e, successivamente, alla irrisolutezza delle statuizioni della Corte di Cassazione nel tempo succedutesi, che hanno dato la stura a diverse ricostruzioni da parte della giurisprudenza di merito, di cui in seguito³⁴⁷.

assicurato e l’impegno dell’assicuratore non formano oggetto di valutazione di abusività qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato. Tuttavia, la formulazione di tale principio ha destato taluni problemi interpretativi. È stato, invero, sostenuto che, per sfuggire al giudizio in parola, non sia di per sé sufficiente che la clausola sia chiara e individui l’oggetto principale del contratto ma occorre altresì che l’assicuratore ne provi l’incidenza sul calcolo del premio. In realtà, posta l’incidenza di tutte le previsioni contrattuali che circoscrivono l’area del rischio realmente assicurato sul calcolo del premio, ne deriva la difficoltà per la compagnia assicuratrice di dimostrare, con rigorosi criteri tecnico – statistici, l’an e il *quomodo* della medesima, attesa la mancanza, nella prassi assicurativa, di contratti differenziati a condizioni di premio diverse, in ragione della maggiore o minore ampiezza del rischio assicurato rispetto a quello assicurabile. Sulla base di tale rilievo e considerato che, nei contratti assicurativi, le delimitazioni del rischio si rinvengono, oltre che nelle clausole che definiscono i rischi inclusi ed esclusi, altresì in quelle aventi contenuto diverso, è stato affermato da altra parte che, al fine di sottrarre tali clausole alla scure della vessatorietà, è necessario che le medesime siano formulate in modo chiaro e comprensibile.

Sul tema, E. F. CARBONETTI, *La formazione e il perfezionamento del contratto*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, Giuffrè, 2007, pp. 61 ss.; G. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, in *Breviaria iuris*, Cedam; B. DUSI, *Gli effetti della direttiva n. 93/13 sul contratto di assicurazione in Italia*, in *Dir. econ. ass.*, Quaderni, p. 81 ss.; L. FARENGA, *Codice delle assicurazioni*, in *Codici commentati con la giurisprudenza*, a cura di L. Farenga, La Tribuna, 2011; P. MARIOTTI – A. SERPETTI, *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Giuffrè, 2011; DE ROBERTIS A. – GAMBI G., *Le clausole vessatorie e i contratti di assicurazione: profili di tutela del consumatore*, in *Quaderni Isvap*, Roma, 2001; G. VOLPE PUTZOLU, *Clausole vessatorie e rischio assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 1998, pp. 515 ss.; ID., *Contratto di assicurazione e clausole abusive*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, pp. 515 ss.

³⁴⁵ Interessante la ricostruzione del problema fornita da A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Foro it.*, 2016, 2032 ss., il quale sostiene che “Chi intendesse ricapitolare in poche battute come la giurisprudenza di legittimità abbia affrontato, dagli esordi all’odierno responso delle sezioni unite, la questione della particolare onerosità della clausole claims made e volgesse perciò lo sguardo alle massime ufficiali delle scarse pronunce rese nell’arco di un decennio, o poco più, potrebbe descrivere un percorso che dapprima assegnava all’art. 1341 c.c. un ruolo ubiquitario, per poi passare a un’applicazione intermittente e approdare infine alla messa al bando”.

³⁴⁶ A tal uopo, Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, ove si legge “proprio in quanto il contratto di assicurazione per la responsabilità professionale con la clausola *claims made* non rientra nella 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)”

³⁴⁷ L. BUGIOLACCHI, op. cit., ad avviso del quale, la molteplicità di ricostruzioni rappresenta “anche un indice del persistente movimento tra tipicità e atipicità che da alcuni anni a questa parte

La disamina della clausola *claims made* in chiave di vessatorietà non può prescindere da una necessaria premessa di carattere dogmatico relativa alla distinzione tra clausole limitative della responsabilità (dell'assicuratore) e clausole determinative dell'oggetto del contratto³⁴⁸, in quanto foriera di rilevanti ricadute sul piano della disciplina. Invero, le contrastanti posizioni assunte dalla giurisprudenza sul tema *de quo* hanno influenzato anche la riflessione intorno al rimedio della vessatorietà della clausola *claims made*, mercé la possibilità di dichiarare la vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 1341 co. 2 c.c. e degli artt. 33 co. 2 lett. a) — q) e 36 co. 1 lett. a) cod. consumo (ove applicabili), soltanto laddove la si qualifichi come limitativa della responsabilità di uno dei contraenti³⁴⁹.

Ebbene, in simile contesto, non può non darsi atto della risolutiva – seppur risalente – presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁵⁰ (*in primis* nell'ambito dei contratti bancari inerenti il servizio delle cassette di sicurezza), che hanno ravvisato nella clausola limitativa dell'oggetto del contratto “la mancanza *ab origine* di obbligazione di una delle parti, a causa dell'estraneità di determinate prestazioni rispetto al contenuto del contratto” e, invece, nella clausola limitativa della responsabilità una “clausola che limita gli effetti di un inadempimento imputabile”. Di guisa che il criterio discretivo tra le clausole in parola è da ricercarsi nella predeterminazione delle reciproche prestazioni delle parti, ovvero, allorché siano state fissate *ex lege* o *ex contractu*, nell'esclusione o limitazione della responsabilità di uno dei contraenti, in caso di inadempimento.

si registra presso la giurisprudenza e la dottrina impegnate a rivisitare, spesso con valorizzazioni del ruolo centrale della buona fede, consolidate impostazioni in tema di disciplina del contratto di assicurazione e da indagare il rapporto intercorrente tra i nuovi modelli contrattuali, consegnatici dalla prassi o dalla legislazione settoriale, e la funzione causale del contratto racchiusa nell'art. 1882 c.c.”.

³⁴⁸ Qualificano tale distinzione alla stregua di un “*notorious legal puzzle*”, R. BROWNSWORD e G. HOWELLS, *The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts – Some Unresolved Questions*, in *JBL*, 1995, p. 243.

³⁴⁹ V'è tuttavia da precisare che l'affermazione non va intesa in senso assoluto, perché se è vero che la clausola delimitativa della responsabilità di un contraente è sempre vessatoria, non è vero il contrario, ben potendo una clausola essere vessatoria per profili diversi da quelli della limitazione della responsabilità ed elencati tassativamente dall'art. 1341 co.2 c.c. nonché dagli artt. 33 e 34 cod. consumo. Indi per cui anche la clausola determinativa dell'oggetto del contratto può in concreto essere tacciata di vessatorietà *sub specie* del riconoscimento al soggetto predisponente della facoltà di recesso, ovvero della imposizione alla controparte di decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi e così via.

³⁵⁰ Cass. SS. UU., 1 luglio 1994, n. 6225, in *Giust. civ.*, 1994, pp. 2445 ss.

Tali coordinate sono state recepite anche nel settore assicurativo, sede elettiva dell'inclusione da parte delle compagnie assicuratrici di clausole che tendono a circoscrivere l'area del rischio garantito, per evitare di dover indennizzare l'assicurato ogniqualvolta si assista ad un sinistro imputabile³⁵¹.

A tal uopo, l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità³⁵² ha sancito il principio in forza del quale si è in presenza di clausole limitative della responsabilità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1341 c.c., allorquando le clausole "limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o 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"³⁵³.

L'esposta distinzione, nitida e lineare sul piano strettamente dogmatico - ricostruttivo, viene, invece, tratteggiata a tinte fosche dalla giurisprudenza che si è occupata della natura giuridica della clausola *claims made*, mediante la quale si attua proprio una delimitazione temporale del rischio di responsabilità civile coperto dalla garanzia.

Tracciando, senza alcuna pretesa di esaustività, l'*iter* evolutivo della giurisprudenza di legittimità che ha affrontato *ex professo* la spinosa questione, si rileva come all'incertezza sulla natura giuridica e sui criteri direttivi dello scrutinio di vessatorietà della clausola *claims made*, faccia da contraltare un'acquisizione

³⁵¹ F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 529, il quale osserva "l'operazione di delimitazione del rischio è dunque prerogativa della libera e autonoma determinazione delle parti contrattuali, tenendo tuttavia come punti di riferimento i principi di tecnica assicurativa ed il rispetto delle norme di carattere imperativo".

³⁵² *Ex multis*, Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.; Cass., 28 ottobre 2014, n. 22806, in *Guida al diritto*, 2015, pp. 54 ss.; Cass., 7 agosto 2014, n. 17783, in www.iusexplorer.it; Cass., 16 marzo 2012, n. 4254, in www.iusexplorer.it; Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, p. 504; Cass., 10 novembre 2009, n. 23741, in *Dir. econ. Ass.*, 2010, pp. 808 ss.; Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, pp. 1294 ss.; Cass., 29 maggio 2006, n. 12804, in *Mass. Giust. it.*, 2006; Cass., 9 marzo 2005, n. 5158, in *Contr.*, 2005, pp. 921 ss.; Cass., 4 febbraio 2002, n. 1430, in *Giust. civ.*, 2002, pp. 1896 ss.

³⁵³ In dottrina, G. CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 905 ss.; F. FUSCO, *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, in *Dir. econ. Ass.*, 2004, pp. 806 ss.; V. DEL RE, *L'assicurazione della responsabilità civile e ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229 c.c.?* in *Resp. civ. e prev.*, 2010.

comune, sempre ribadita: lo scrutinio di vessatorietà costituisce un tipico giudizio di merito che deve, in quanto tale, essere svolto necessariamente dal giudice di merito (e se adeguatamente motivato è insindacabile in sede di legittimità).

Orbene, un primo indirizzo giurisprudenziale³⁵⁴, non distinguendo tra le diverse tipologie offerte dalla prassi, è incline a ritenere (laddove sussistano i presupposti) la vessatorietà della clausola *claims made*, assoggettando di tal guisa il contratto alla sanzione dell'inefficacia *ex art. 1341 c.c.*: tanto sull'assunto della limitazione di responsabilità (per l'assicuratore) che da esso discende, posta l'esclusione dalla sfera di operatività della polizza di rischi per i quali, di solito, ci si assicura per eventi imputabili all'assicurato³⁵⁵.

Su altro versante³⁵⁶ l'opinione secondo la quale non è da considerarsi vessatoria la clausola in parola, sia nella sua forma pura che impura, posto che l'inserimento in atto della medesima ha come effetto quello di delimitare il rischio assicurato e, quindi, di definire l'oggetto del contratto e non già porre limitazioni di responsabilità per l'assicuratore³⁵⁷. Da ciò ne consegue la piena efficacia della clausola *claims made*, a prescindere dalla specifica approvazione per iscritto.

In ragione della bipartizione offerta in termini di clausola *claims made* pura e impura, un altro filone giurisprudenziale³⁵⁸ reputa infondata la censura di vessatorietà con riguardo alla prima, in quanto non comportante alcuna limitazione di responsabilità, posta l'inclusione nella copertura assicurativa di tutti i sinistri denunciati vigente il contratto, a prescindere dalla data di accadimento del fatto

³⁵⁴ App. Napoli, 28 febbraio 2001, cit.

³⁵⁵ In giurisprudenza, vi aderisce Trib. Crotone, 8 novembre 2004, cit. In dottrina, G. LOCASCIULLI, op. cit.; M. COSTANZA, op. cit., pp. 443 ss.

³⁵⁶ App. Roma, 22 marzo 2011, cit.; Trib. Catania, 12 ottobre 2009, cit., pp. 309 ss.

³⁵⁷ In dottrina, F. MANCINI, op. cit., “la clausola *claims made* conforma il regolamento contrattuale nella definizione dell'*an* e del *quantum* della prestazione indennitaria assicurativa dell'oggetto del contratto, senza incidere, restringendola, sull'estensione della partecipazione patrimoniale dell'assicuratore alle conseguenze pregiudizievoli degli eventi assicurati”; N. DE LUCA, op. cit., p. 731, ad avviso del quale, “la determinazione del rischio assicurato nei contratti di assicurazione è attività di definizione dell'oggetto del contratto, insuscettibile di essere considerata a favore o contro uno dei contraenti: al più ampio rischio assicurato corrisponde un premio più elevato e viceversa. Non va perciò condivisa la tesi secondo cui, se la clausola *claims made* è introdotta per restringere la responsabilità che all'assicuratore deriverebbe dall'applicazione del criterio di legge, allora la clausola è vessatoria. Poiché nessuna norma di legge è idonea a definire il rischio assicurato, ma, semmai, solo il rischio assicurabile, nessuna clausola che definisce il rischio assicurato può restringere la responsabilità dell'assicuratore”; P. GAGGERO, op. cit., p. 442.

³⁵⁸ Trib. Palermo, 26 novembre 2014 cit.; Trib. Milano, 18 marzo 2010, cit.

dannoso³⁵⁹. Di diverso avviso è, invece, riguardo alla seconda, dal momento che essa è in grado di determinare una limitazione di responsabilità in ragione della riduzione del termine entro cui può ritenersi sussistente l'obbligo indennitario³⁶⁰.

³⁵⁹ In tal senso, Trib. Roma, 25 novembre 2014, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 1061 ss.

³⁶⁰ In giurisprudenza, vi aderiscono altresì App. Roma, 18 gennaio 2012, n. 312, in www.diritto24.ilsole24ore.com; Trib. Roma, 16 marzo 2016, in www.iusexplorer.it; Trib. Napoli, 20 ottobre 2014, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1063; Trib. Bari, 12 luglio 2012, cit.; Trib. Rovigo, 17 agosto 2011, consultabile sul sito www.ilcaso.it; Trib. Roma, 10 aprile 2010, in www.iusexplorer.it; Trib. Napoli, 11 febbraio 2010, in *Ass.*, 2010, pp. 131 ss.

In dottrina, emblematica è la posizione di F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., pp. 528 ss., il quale, pur qualificando la clausola al vaglio quale delimitativa del rischio, reputa che la censura in merito alla vessatorietà della medesima debba essere valutata con riguardo alle tutele accordate dalle normative di settore (*id est*, Codice delle assicurazioni e Codice del consumo), coordinate con le disposizioni del codice civile in materia di clausole abusive. Orbene, l'Autore esclude che la clausola *claims made* possa essere qualificata vessatoria sia sotto il profilo meramente formale che sostanziale. Quanto al primo, si giunge a simile conclusione allorché essa sia redatta in modo chiaro e trasparente, posto che la situazione di inferiorità informativa, alla quale intende sopperire la disciplina di ordine generale, è eliminata in radice dalla normativa di settore mediante un'adeguata informativa precontrattuale (nota informativa, *ex art.* 185 C.d.A.) e criteri di redazione delle clausole improntate al principio di trasparenza (*ex art.* 166 C.d.A.). Quanto al secondo, l'Autore, dopo aver premesso che il sindacato di vessatorietà non può in alcun modo attenere alla "determinazione dell'oggetto del contratto" (e ciò in forza dell'art. 34 cod. cons. così come precisato nel Considerando n. 19) e chiarito che con la copertura *on claims made* si assiste a una diversa ripartizione dei diritti e obblighi tra le parti, propende per tale soluzione di segno negativo in ragione della rimodulazione tariffaria al ribasso rispetto al premio, notevolmente più elevato, delle polizze tradizionali aperte. In tal senso, B. TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, cit., pp. 695 ss., il quale chiarisce che l'esclusione dal sindacato di vessatorietà della clausola in parola è rafforzato dal testo del Considerando n. 19. Si vedano altresì P. CORRIAS, *op. cit.*, p. 664; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., pp. 529 ss.; P. GAGGERO, *op. cit.*, pp. 440 ss.; F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., pp. 61 ss.; C. LANZANI, *La travagliata storia della clausola claims made: le incertezze continuano*, cit., pp. 866 ss.; D. DE STROBEL, *op. cit.*, p. 760; R. SIMONE, *op. cit.*, pp. 1079 ss.

A tal uopo, non può non tenersi conto della varietà di opinioni registratesi attorno alle conseguenze che dalla qualificazione come vessatoria della clausola discenderebbero. Invero, secondo una prima impostazione (*ex multis*, Trib. Milano, 18 marzo 2010 cit.), poiché la clausola *claims made* spuria risulta vessatoria nella parte in cui esclude in tutto o in parte la copertura di sinistri verificatisi in un determinato lasso di tempo antecedente la stipula del contratto, l'inefficacia della clausola deve essere invocata al solo fine di garantire la copertura di tali sinistri e non di quelli occorsi nel periodo di vigenza della polizza ma denunciati successivamente. In altri termini, la clausola *claims made* spuria, a seguito della parziale inefficacia, dovrebbe risorgere dalle sue ceneri come una clausola *claims made* pura. Sul versante opposto si collocano quanti (*ex multis*, Trib. Roma, 16 marzo 2016, cit; Trib. Rovigo, 17 agosto 2011, cit.), invece, fanno discendere dalla vessatorietà della clausola la sua automatica sostituzione con la disciplina legale di cui all'art. 1917 c.c.

Contra, F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., p. 62, ad avviso del quale, "la possibilità di ritenere nulla la clausola *claims made* con conseguente applicazione di diritto del loss occurrence presupporrebbe che si qualificasse l'art. 1917 c.c. come norma imperativa, il che ci sembra di dover escludere anche perché, se così fosse, dovrebbe concludersi che la clausola *claims made*, sia essa pura o mista, è comunque nulla, anche se specificamente sottoscritta in quanto sempre in contrasto con l'art. 1917 c.c."

Trattasi di orientamento, a più riprese, avallato dalla stessa giurisprudenza di legittimità che ha avuto cura di precisare che la vessatorietà non costituisce elemento indefettibile della clausola *claims made*, occorrendo a tal uopo un accertamento caso per caso³⁶¹.

Nondimeno, non è passato inosservato, in questo contesto, un recente arresto della Corte di legittimità³⁶² che, andando oltre le tradizionali affermazioni *in subiecta materia*, ha fornito delle coordinate più dettagliate al fine del (potenziale) conferimento del crisma della vessatorietà alle clausole *claims made*, destinate a fungere da “manuale di istruzioni” per i giudici di merito.

Principiando dal postulato per cui la clausola *claims made* non può essere ritenuta vessatoria per il sol fatto di derogare al contratto tipico regolato dall’art. 1917 c.c.³⁶³, la valutazione del giudice deve, invero, investire “il significato della clausola nell’economia complessiva della polizza”, di guisa che il parametro di valutazione della vessatorietà deve essere desunto o da altra norma, ovvero “dal modo in cui la clausola *claims made* è prevista ed eventualmente dal rapporto di essa con altre clausole contrattuali”.

Ne segue che, dovendo il giudice di merito tenere in debita considerazione la struttura del contratto assicurativo, la clausola *claims made* andrà esente dalla censura di vessatorietà solo se contenuta nella parte del contratto (intesa anche in senso grafico) deputata in via esclusiva all’individuazione della copertura assicurativa; la clausola supererà, invece, negativamente il vaglio di vessatorietà

³⁶¹ Il riferimento è a Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, cit.; Cass. 22 marzo 2013, n. 7273, cit. nonché Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; In tutti e tre i casi, si ripete, la Corte ribadisce che “spetta al giudice di merito accertare, caso per caso, se la clausola a richiesta fatta, riducendo l’ambito oggettivo della responsabilità dell’assicuratore, fissato dall’art. 1917 c.c., configuri una clausola vessatoria ai sensi dell’art. 1341 c.c.”. Vi aderisce altresì Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, cit.

³⁶² Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 528 ss.

³⁶³ Gli ermellini pongono l’accento sulla contraddizione in termini che si ingenera nell’affermare la vessatorietà della clausola *claims made* affermandone il carattere limitativo della responsabilità rispetto al modello *loss occurrence* forgiato dall’art. 1917 co.1 c.c., dopo averne a monte predicato la liceità siccome idonea a dare luogo ad un contratto atipico meritevole di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c. In altri termini, non è dogmaticamente corretto salvare dalla nullità il contratto assicurativo *claims made* sul presupposto della derogabilità del 1 comma dell’art. 1917 c.c., e subito dopo condannarlo alla declaratoria di vessatorietà per il fatto di derogare alla medesima norma. Sul punto, *ex mutis*, M. FERMEGLIA, op. cit., 367. La precisazione era già stata fatta, in dottrina, da F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione della responsabilità*, cit., p. 62.

qualora si ponga come “condizione”, in aggiunta e dall’esterno ad altra clausola che definisce la garanzia oggetto della polizza³⁶⁴.

Del tutto isolata rimaneva, quindi la pronuncia della Cassazione³⁶⁵ con la quale, per la prima volta, in maniera risoluta gli ermellini, dopo aver ribadito che la clausola *claims made* non inficia la validità del contratto (che si atteggia come atipico e in linea generale lecito), effettuano una precisa scelta di campo nel senso della natura determinativa dell’oggetto del negozio della clausola in parola, deputata com’è a stabilire quali siano i sinistri indennizzabili. Il passo è breve per ritenere la clausola *claims made* sottratta al sindacato di cui all’art. 1341 c.c. e alla conseguente inefficacia (se priva della doppia sottoscrizione). Senonché la Suprema Corte paventava comunque la possibilità (in linea con le precedenti pronunce) per il giudice di merito di sindacare caso per caso la eventuale vessatorietà della clausola. Tale riferimento deve essere inteso, se non come una formula tralattivamente ripresa dalle precedenti massime, piuttosto come riferita a profili diversi da quello strettamente connesso alla natura limitativa della responsabilità della clausola, anch’essi rilevanti *in parte qua*, mercé il disposto dell’art. 1341 co.2 c.c.

Dirimente sul punto è l’arresto delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 6 maggio 2016, non foss’altro perché per la prima volta si chiudono decisamente le porte al giudizio di vessatorietà³⁶⁶. Inserendosi nel solco del precedente giurisprudenziale da ultimo citato, la Cassazione ritiene che la clausola *claims made* impura³⁶⁷ “mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall’epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo nei modi e nei tempi stabiliti dal contratto, entro i quali a norma dell’art. 1905 c.c. l’assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall’assicurato”, di guisa che essa risulta quindi

³⁶⁴ L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., p. 533.

³⁶⁵ Il riferimento è a Cass. 13 febbraio 2015, n. 2872, cit.

³⁶⁶ Si è condivisibilmente osservato che, tuttavia, dal punto di vista logico-giuridico, la valutazione circa la vessatorietà della clausola è posteriore rispetto al giudizio di meritevolezza del contratto. In questi termini S. MONTICELLI, *op. cit.*, p. 711.

³⁶⁷ Le Sezioni Unite si pronunciano, invero, *expressis verbis* solo con riguardo a questa tipologia di clausola, essendo quella che viene in esponente nel caso concreto sottoposto al vaglio della Corte. Ciò val quanto dire che, a tutto voler concedere, il germe della vessatorietà potrebbe ancora insinuarsi all’interno di una clausola *claims made* pura.

funzionale a “stabilire quali siano, rispetto all’archetipo fissato dall’art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l’oggetto piuttosto che la responsabilità”³⁶⁸.

La Cassazione, tuttavia, compie un passo ulteriore, che rappresenta il vero *quid novi* rispetto al precedente innanzi visto: superando le incertezze interpretative che continuavano a permanere anche qualificando la clausola *claims made* come determinativa dell’oggetto del negozio, gli ermellini non lasciano aperti nemmeno gli ulteriori margini per decretare, in ipotesi, la vessatorietà della clausola. In particolare, il riferimento è alla eventuale imposizione di decadenze derivanti dalla clausola *claims made* nonché alla asserita incisione della libertà contrattuale del contraente non predisponente e alla prospettata limitazione alla facoltà dell’assicurato di opporre eccezioni, evocati dall’art. 1341 co. 2 c.c. e ritenuti inconsistenti dalla Corte: si sgombera così definitivamente il campo, con adesione alla soluzione negativa, dai dubbi di una residua vessatorietà della clausola *claims made*³⁶⁹.

Sullo sfondo, relegata a casi del tutto marginali³⁷⁰, la paventata possibilità di addivenire ad un giudizio di vessatorietà (*id est* di abusività) della clausola laddove essa sia idonea a determinare un significativo squilibrio, a carico del consumatore,

³⁶⁸ Vi aderiscono, Cass. 15 febbraio 2018, n. 3694, in *Diritto & Giustizia*, 30, 2018, p. 11, con nota di A. PAPANICE, *Condizioni generali claims made ed estensione territoriale...con delimitazione dell’oggetto*; Cass. 23 novembre 2017, n. 27867; Cass., 28 aprile 2017, n. 10506 e 10509, cit.; Cass., 11 gennaio 2017, n. 417, in www.iusexplorer.it; Cass. SS. UU., 2 dicembre 2016, n. 24645 e 24646, in www.iusexplorer.it; Trib. Benevento, 11 maggio 2017, cit.

³⁶⁹ Peraltro, come acutamente osserva M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa e Diritto Privato*, 3, 2017, p. 1012 ss., “Il richiamo alla vessatorietà si fa, d'altronde, ancor più inconferente, nei casi di fattispecie che vedono la compagnia assicurativa nella posizione dell'aderente, ovvero il soggetto nel cui interesse la disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. è predisposta: ci si riferisce, in particolare, ai contratti di assicurazione r.c. stipulati da strutture sanitarie pubbliche. In tali ipotesi, è l'azienda pubblica che sottopone, nell'ambito di un pubblico appalto, un testo di polizza — elaborato mediante l'ausilio di *brokers* — rispetto al quale l'adesione è data dall'impresa di assicurazione aggiudicataria, sicché, paradossalmente, sarebbe giustappunto quest'ultima a dover approvare specificamente una clausola ad essa favorevole”. Negli stessi termini v. anche I. PARTENZA, *Assicurazione di r.c. delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Ass.*, 2010, pp. 686 s.

³⁷⁰ Tuttavia v. A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, cit., p. 2032, nota 3. L’Autore rileva al riguardo che invero lo schema in esame viene usato talvolta per coprire la responsabilità risarcitoria assunta in proprio verso terzi da persone alle dipendenze di datori di lavoro pubblici o privati.

di diritti ed obblighi derivanti dal contratto³⁷¹, ricorrendo le condizioni di applicabilità della disciplina del d.lgs. n. 206 del 2005 (Codice del Consumo).

La Suprema Corte quindi abbandona l'utilizzo del metodo casistico in relazione alla valutazione del carattere vessatorio della clausola *claims made*, per riproporlo però riguardo alla valutazione della meritevolezza dell'interesse perseguito dalla clausola medesima, su cui ci si soffermerà ampiamente nel capitolo successivo³⁷².

³⁷¹ A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, cit., p. 2035, il quale acutamente osserva che, partendo dalla premessa (fatta propria dalle Sezioni Unite 9140 del 2016) della natura delimitativa dell'oggetto del contratto della clausola *claims made*, <<anche spostandoci nella disciplina settoriale riesce arduo concepire un aggiramento della preclusione sancita dall'art. 34, 2° comma, cod. consumo, secondo cui “la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi” (e prima ancora dall'analogia formula rinvenibile nell'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13/Cee). Sempre che – ma l'aspetto non è nemmeno sfiorato dalle sezioni unite – non ci si avvalga del pertugio ritagliato dal medesimo art. 34, puntando sulla scarsa trasparenza nella presentazione grafica e/o nella formulazione linguistica della clausola>>.

Rileva un certo sconcerto e sgomento in tale affermazione delle Sezioni Unite anche R. PARDOLESI, *Le Sezioni Unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, p. 2029, laddove afferma che “la clausola *claims made*, insomma, non è vessatoria (ex art. 1341 c.c.) ma può essere vessatoria (ex art. 33 cod. consumo, i.e. abusiva). Si dirà, a ragione, che lo scrutinio formale dell'una disposizione differisce da quello contenutistico dell'altra. Ma resta una sensazione di profondo disagio, perché l'esclusione della vessatorietà si fonda su una valutazione di “non ontologica incompatibilità” con la norma di riferimento che, a rigore, dovrebbe rendere problematica una valutazione in chiave di significativo squilibrio di diritti e di obblighi. Poco importa, si obietterà, perché la possibilità di utilizzare la disposizione consumeristica in un ambito a prevalente vocazione professionale è, a tutto concedere, residuale”.

³⁷² In questi termini M. C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, cit., p. 746.

CAPITOLO III

IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA DELLE CLAUSOLE *CLAIMS* *MADE*

1. Il giudizio di meritevolezza del contratto: tracce di un'evoluzione

Evitata – nei termini di cui si è parlato nel precedente capitolo – la scure del giudizio di nullità e, nello stesso tempo, eliminato ogni residuo dubbio circa la loro presunta vessatorietà, le clausole *claims made* ben si prestano ad un ulteriore scrutinio di legittimità, diverso da quello sinora condotto alla stregua della contrarietà a norme imperative o della mancanza dei requisiti strutturali del contratto, rappresentato dal giudizio di meritevolezza del patto extratipico, contenuto in un contratto tipico, sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dalla più avveduta dottrina.

Emblematica, al riguardo, la posizione di recente assunta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione³⁷³, le quali, animate da uno spirito fortemente garantista in riguardo del cliente assicurato, se per un verso, esaltano la validità della deroga al modello tipico enucleato dall'art. 1917 co.1 c.c. andando realisticamente incontro alle esigenze del mercato assicurativo, dall'altro lato, spingono il pedale sull'acceleratore della tutela dell'assicurato, non più attraverso lo strumento del sindacato di vessatorietà (guarentigia esclusivamente formale e tale da non arrivare alla possibilità di applicazione della tutela consumeristica, mercé la qualifica di professionista del cliente assicurato), ma facendo un consapevole uso del filtro di meritevolezza in concreto della singola clausola atipica³⁷⁴.

Si tratta dunque di scandagliare, in concreto e caso per caso, se la deroga alle norme dispositive realizzata dalle clausole *claims* si giustifichi nell'esigenza di razionalizzazione dell'attività contrattuale e risponda a ragioni obiettive delle parti,

³⁷³ Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 921 ss.

³⁷⁴ L'efficacia di una tale soluzione si apprezza se solo si pone mente al fatto che la tutela del cliente assicurato a fronte di eventuali rischi di scopertura, ben si sarebbe potuta arrestare sui tradizionali ranghi della responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede, trasparenza e correttezza *ex art.* 1337 c.c.

ovvero sia dettata dall'intento esclusivo di alterare ingiustificatamente l'equilibrio del contratto a vantaggio di uno dei contraenti. Eventualità quest'ultima di tutt'altro che rara verifica nella prassi, avuto riguardo del fatto che le *claims made* sono clausole unilateralmente predisposte dal contraente forte, e che la sudditanza giuridica dell'aderente-professionista si acuisce in ragione dell'obbligo legale di contrarre e della difficoltà di reperire *aliunde* sul mercato il servizio alle medesime condizioni.

Risulta dirimente, quindi, allo stato della presente trattazione, offrire un breve *excursus* dei diversi orientamenti registratisi nel tempo in punto di giudizio di meritevolezza, poiché non passa affatto inosservato, al riguardo, che le citate Sezioni Unite si pongono solo all'esito di un percorso interpretativo che inizia circa un secolo fa³⁷⁵.

L'obiettivo avuto di mira è quello di comprendere se ci si imbatte in un giudizio di valore, ideologicamente orientato, che riflette i valori fondamentali che si ritengono di dover far prevalere in un determinato momento storico e che devono presiedere all'estrinsecazione dell'autonomia contrattuale³⁷⁶. È in questa prospettiva che, del resto, viene in esponente il rapporto intercorrente tra autonomia privata e ordinamento giuridico³⁷⁷, che si atteggia a mò di variabile dipendente dell'epoca di riferimento.

In particolare, nello Stato liberale classico, inteso a realizzare un'eguaglianza formale tra tutti i cittadini, si assiste ad un più tenue asservimento

³⁷⁵ Il primo teorizzatore del giudizio di meritevolezza, introdotto con il codice del 1942, è E. Betti. In punto, A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. Disc. priv.*, 1994, pp. 324 ss.

³⁷⁶ F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, in *Quaderni della Rass. dir. civ.*, a cura dello stesso, Napoli, 2004, p. 121, il quale ha cura di precisare in apertura che "In questioni di diritto contrattuale è facile leggere in trasparenza le spinte ideali, le ragioni politiche e le innovazioni ideologiche che condizionano gli interpreti alle prese con le regole giuridiche. Nel caso della nozione di contratto immeritevole posta dall'art. 1322, comma 2, c.c. si presenta un nutrito campionario". Sulla storicità del principio di autonomia negoziale, cfr. P. RESCIGNO, *I contratti in generale*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, Vol. III, tomo 2, Milano, 2009, pp. 15 ss.

³⁷⁷ S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, pp. 365 ss., il quale rileva che "il connubio tradizionale tra autonomia privata e utilità sociale, quindi, si è per lo più incentrato sul condizionamento del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti *ex art. 1322 c.c.* anche alla luce di istanze di ordine generale saldamente ancorate alle politiche socio-economiche del momento o nell'arricchimento della componente causale di taluni contratti attuata tramite la funzionalizzazione dei medesimi al perseguimento anche di obiettivi di carattere generale o *lato sensu pubblico*".

dell'autonomia privata all'ordine pubblico, al precipuo fine di non comprimere eccessivamente la libertà dei cittadini, considerata, in simile contesto, sovrana³⁷⁸. Situazione destinata, invero, a mutare con il progresso economico, la rivoluzione industriale, l'affermarsi dei regimi totalitari e dello Stato sociale, ponendosi al centro della scena lo Stato imprenditore e coordinatore della vita economica, dacché l'individuo degrada a mero partecipante del benessere della collettività³⁷⁹. In tal modo, si registra un appiattimento dell'interesse privato all'interesse pubblico, posto che molte attività spettanti all'individuo *uti singulo* vengono assorbite dallo Stato in un'ottica di sviluppo dell'economia nazionale³⁸⁰. Alla base del codice del 1942 c.c., pertanto, si registra una matrice ideologica di fondo che considera il contratto quale strumento destinato al soddisfacimento di interessi privati solo se finalizzato a realizzare anche un interesse di ordine generale. La funzionalizzazione dell'atto di autonomia privata all'utilità sociale si traduce nell'esigenza di tutela di interessi di alcune categorie di soggetti, attraverso un intervento dello Stato sulla libertà contrattuale della parte che si trova in una posizione più vantaggiosa. Emblematiche, al riguardo, le disposizioni di cui all'art. 2597 c.c., che mira a garantire la disponibilità di determinati servizi da parte di soggetti sprovvisti di potere economico, e all'art. 1339 c.c., che predispone norme il cui carattere imperativo non determina, in caso di violazione, la nullità dell'atto di autonomia privata bensì la sostituzione della clausola invalida con quella legale³⁸¹.

³⁷⁸ S. MAZZAMUTO, op. cit., p. 366, il quale rileva “nell'economia dell'epoca, ove gli schemi giuridici fondamentali si individuano nella proprietà e nel contratto, appare facile assicurare ai privati il libero sviluppo dei loro interessi e ciò in quanto tali interessi risultano al contempo subordinati agli interessi generali e funzionalmente differenziati da essi”.

³⁷⁹ S. MAZZAMUTO, op. cit., p. 366.

³⁸⁰ S. MAZZAMUTO, op. cit., p. 366.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Giappichelli, 1943, pp. 84-86, il quale osserva “il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di recezione per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico [...]. È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti fra loro, gli scopi pratici da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua di finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli solgono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità ed efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue, tali cioè da tradurre in atto con la massima approssimazione le funzioni sociali cui quegli scopi corrispondono”.

³⁸¹ S. MAZZAMUTO, op. cit., pp. 370 ss.

A livello costituzionale, la citata relazione tra autonomia privata e ordinamento giuridico rinviene un fondamento soltanto implicito, da rintracciarsi nelle enunciazioni di principio circa la libertà di iniziativa economica privata *ex art.1* e la tutela della proprietà pubblica e privata *ex art. 42*³⁸², oltre che nella tutela

³⁸² Si rende opportuno, senza alcuna pretesa di esaustività, dare atto delle diverse ricostruzioni sviluppatesi in punto. Parte degli interpreti, in ossequio alla concezione ottocentesca della signoria del volere come manifestazione di libertà dell'individuo, ha ritenuto poter scorgere il fondamento costituzionale dell'autonomia privata nell'art. 2. Sul punto, C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 3; A. PACE, *Libertà «del» mercato o «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 327 ss.; P. RESCIGNO, *Contratto in genere*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, pp. 14 ss. Si tratta, tuttavia, di opzione che non ha avuto ampio seguito nel panorama interpretativo, in ragione del tenore letterale della stessa disposizione citata: invero, oggetto di tutela non sarebbe la libertà contrattuale in sé quanto piuttosto le concrete manifestazioni della personalità dell'individuo. Da qui, ad avviso di altra parte degli interpreti, l'autonomia privata troverebbe fondamento solo indiretto nella Carta costituzionale e segnatamente agli artt. 41 e 42 costituendo strumento di esercizio e di manifestazione della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà. In tal senso, S. MAZZAMUTO, op. cit., p. 371; U. SALVESTRONI, *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, pp. 337 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 201. Anche una simile impostazione ha prestato il fianco a diversi rilievi critici, primo tra tutti quello relativo alla difficoltà di accumulare i due concetti di autonomia e iniziativa economica privata. Invero, è stato osservato che l'iniziativa economica privata è concetto, da un lato, più ampio, in quanto comprende anche atti esecutivi o attività materiali che non sono esplicazione dell'autonomia privata, e, dall'altro, più ristretto, posta la sussistenza di negozi giuridici che non rientrano nell'ambito dell'iniziativa economica privata. Ciò non osta alla considerazione, secondo cui, l'autonomia privata sia strumento necessario dell'iniziativa economica, con la conseguenza che ogni limite posto dal legislatore alla prima si riflette anche sulla seconda e come tale è legittimo solo se in conformità all'art. 41 co. 2 e 3. Si osserva pertanto che iniziativa economica privata e proprietà non ricevono tutela incondizionata: la prima è garantita nella misura in cui è compatibile con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana nonché con l'esigenza che l'attività economica sia indirizzata e coordinata con fini sociali; la seconda, invece, è riconosciuta e garantita dall'ordinamento in quanto assolva una funzione sociale e sia accessibile a tutti. In punto, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2006, p. 787; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, 2006, pp. 326-327, per il quale, "il tentativo d'individuare il fondamento dell'autonomia nella garanzia costituzionale dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), è parziale: l'autonomia negoziale non si identifica e non si esaurisce con gli atti di impresa"; ID., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Esi, 2000, p. 332, il quale rileva che, identificata l'autonomia contrattuale con l'iniziativa economica individuale, la prima finirebbe per essere prerogativa esclusiva degli operatori economici, atteso che soltanto questi ultimi (e non tutti i consociati) pongono in essere atti di iniziativa economica; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Giuffrè, 1959, p. 314. Simili rilievi critici hanno indotto parte degli interpreti a ritenere che gli atti di autonomia rinvengono fondamenti diversificati in ragione dei valori e degli interessi da realizzare, P. PERLINGIERI, op. ult. cit., p. 327. Non meno significativo, in siffatto contesto, la tesi che nega radicalmente la possibilità di ravvisare nella Costituzione un fondamento, sia esso diretto che indiretto, all'autonomia privata. In tal senso, L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, pp. 1 ss., ad avviso del quale, il principio della libertà di contratto codificata dall'art. 1322 c.c. non è specificamente garantito per se stesso dalla Costituzione, né con disposizione espressa come nella Costituzione di Weimer (art. 152) né con una norma implicita come nella Costituzione di Bonn (art. 2, Abs, 1); M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 29.

dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ex art. 2³⁸³.

E' in questo *humus* ideologico che si colloca la clausola che legittima il sindacato di meritevolezza³⁸⁴ del contratto – una delle novità più significative del codice del 1942³⁸⁵ – di cui all'art. 1322 co. 2 c.c., che consente alle parti di “*concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina*

³⁸³ Quanto al principio costituzionale di solidarietà, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, D. FLORENZANO, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Giappichelli, 2015, pp. 64 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, pp. 1 ss.; B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Giappichelli, 2009, pp. 230 ss.; P. FAVA, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 2008, p. 405; N. LIPARI, *La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana*, in *Parlamento*, 12/1989, p. 17; G. NICOLETTI, voce *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. Dig. it.*, 1970, pp. 836 ss.

³⁸⁴ In via del tutto preliminare, volendo disimpegnare ogni dubbio circa la natura del sindacato di meritevolezza, sovente si riscontra in giurisprudenza l'affermazione in ossequio alla quale si tratta di un tipico giudizio di merito che, se congruamente motivato, risulta insindacabile in Cassazione. Tuttavia, si tratta di una conclusione che pare debba essere privata dell'assolutezza di cui, *prima facie*, sembra essere portatrice. Invero, come chiarito da una parte della giurisprudenza, ferma la ricostruzione del contenuto del giudizio di meritevolezza medesimo ad opera insindacabile del giudice di merito, la sussunzione del negozio nell'ambito dei contratti meritevoli di tutela secondo i valori dell'ordinamento, è giudizio di diritto, controllabile ai sensi dell'art. 360 co. 1 n. 3 c.p.c. In altre parole, il giudizio di meritevolezza può essere rimesso all'esclusivo sindacato del giudice di merito solo ove esso appartenga all'esclusiva e specifica singolarità del caso concreto, come tale, destinato a rimanere confinato nell'ambito di tale giudizio; laddove invece la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi, vi si ravvisa un giudizio di diritto, nonché la possibilità dell'intervento nomofilattico della Cassazione, al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni (posto che si tratta di integrare il contenuto della norma indeterminata o della clausola generale). L'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicazione delle clausole generali, come per l'appunto quella di cui è data parola nelle pagini correnti, non può sfuggire ad una verifica in sede di legittimità, poiché, trattandosi di norme elastiche, si caratterizzano per il fatto che il loro precetto si completa con riferimento alla specifica realtà economico-sociale e, di converso, necessitano di un'attività di integrazione da parte del giudice: attività di integrazione censurabile in sede di legittimità, al pari di ogni giudizio fondato su norme giuridiche, atteso che il giudice, nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, compie un'attività di interpretazione e non meramente fattuale. In termini Cass., SS. UU., 22 febbraio 2012, n. 2572, in www.iusexplorer.it; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in www.iusexplorer.it; Cass., 13 agosto 2008, n. 21575, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, p. 1262; Cass., 3 agosto 2001, n. 10750, in *Dir. lav.*, 2002, p. 491; Cass., 21 novembre 2000, n. 15004, in *Foro it.*, 2003, c. 1845. In dottrina, in senso adesivo a tale orientamento giurisprudenziale, A. PALMIERI-R. PARDOLESI, Claims made, “*code lunghe*” e ostracismi giudiziari, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 449.

³⁸⁵ A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 325, il quale precisa “prima di allora simile clausola era del tutto sconosciuta al sistema delle fonti, al pari di altre clausole generali, di nuovo conio, anch'esse introdotte con il codice del 1942 [...] Un simile fenomeno attesta il prevalere nella redazione finale del codice di una scuola di pensiero, fino ad allora minoritaria, che sull'onda del modello germanico nazionalsocialista propugna la sempre più larga utilizzazione della clausole generali al fine di trasferire all'interno del sistema di diritto civile principi politici metalegali, elaborati dai rappresentanti del regime fascista”; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 3, rileva la novità e l'oscurità del termine meritevolezza.

particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico^{386 387}.

Tanto premesso, il giudizio di meritevolezza ha storicamente posto due ordini di problemi³⁸⁸: il primo, consistente nell'interrogativo relativo ai rapporti di vicinato con il giudizio di liceità³⁸⁹, cui pure soggiace qualsivoglia fattispecie contrattuale, ritenendosi da più parti – soprattutto nella prima elaborazione

³⁸⁶ M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 57, ove evidenzia “sono ben note le motivazioni storiche, del resto ampiamente documentate nella Relazione al codice (n. 603) che sono alla base della formulazione dell'art. 1322 cod. civ.: da un lato garantire, tramite il controllo sullo strumento contrattuale, il controllo dello Stato sull'iniziativa economica privata, dall'altro affidare al giudice la verifica della compatibilità degli interessi privati con il valore supremo dell'utilità sociale, cioè del bene collettivo”.

³⁸⁷ La disposizione in parola, nel fare utilizzo il termine “interesse”, ricalca una scelta alquanto ricorrente nella terminologia del legislatore, sia pure con diverse valenze: basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alla formula dell'interesse apprezzabile del contraente, di cui è data menzione negli artt. 648, 1255, 1256, 1379, 1411, 1464, 2645 ter c.c.; all'art. 277 co. 2 c.p.c.; in tema di diritti personalissimi, all'art. 5 della l. 1 dicembre 1970, n. 898, sullo scioglimento del matrimonio e all'art. 90 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 39+6, sull'ordinamento dello stato civile; nonché alla previsione generale di cui all'art. 1174 c.c. così M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Le società*, 2016, pp. 721 ss.

³⁸⁸ M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, cit., p. 56, il quale evidenzia “la ragione di tanta attenzione per la disposizione di cui all'art. 1322 c.c. va rinvenuta nel fatto che essa ha costituito il crocevia di tematiche complesse e assolutamente centrali nell'ambito della teoria generale del contratto che vanno dall'individuazione dei limiti operativi dell'autonomia privata, così come essi sono andati specificandosi dal tempo della codificazione ai giorni nostri, all'elaborazione del concetto stesso di causa del contratto che costituisce, come è noto, uno dei problemi più dibattuti e di più incerta soluzione nell'ambito della scienza giuridica, il quale influenza a sua volta in maniera decisiva l'interpretazione della norma in esame”.

³⁸⁹ Intimamente connessa all'esatta delimitazione del giudizio di meritevolezza è la problematica relativa al referente oggettivo di tale sindacato. I termini della questione risentono delle diverse ricostruzioni offerte in punto di causa del contratto. In via del tutto esemplificativa, l'avallo della tesi della causa quale funzione economico-sociale induce a concentrare il sindacato in parola sul tipo e, in particolare, sulla contrattazione atipica, posto che per i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati il controllo di corrispondenza alle finalità che l'ordinamento intende perseguire è stato apprezzato e riconosciuto dal legislatore a monte. In tal senso, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 171.

Diversamente a dirsi ove si opti per la tesi della causa in concreto, importando quale logico corollario l'ascrizione del giudizio di meritevolezza alla causa del concreto contratto posto in essere: giudizio che dovrà essere condotto, senza distinzioni di sorta, per i contratti tipici e atipici. In tal senso, specificamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 328.

In posizione intermedia si colloca F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 816 ss., che pur discorrendo della causa nei termini anzidetti, colloca la norma dell'art. 1322 co. 2 c.c. non già sul piano della causa quanto del tipo, osservando che il controllo di meritevolezza consiste nel valutare nei contratti atipici “se lo schema astratto è accettabile o inaccettabile sul piano giuridico. [...] Il giudice deve dunque osservare lo schema astratto ideato dai contraenti e verificare se esso abbia un significato economico sociale”. Vi aderiscono, M. COSTANZA, *For you for nothing*, cit., p. 732; L. BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*, in *Contratti*, 2016, p. 906.

dottrinale e giurisprudenziale – che i due sindacati in parola coincidano³⁹⁰; da qui l'ulteriore quesito – che presuppone necessariamente una soluzione in senso negativo del primo – che, sulla scorta dell'acquisita consapevolezza della necessità per il vaglio di meritevolezza di un *quid* ulteriore e diverso rispetto al giudizio di liceità, concerne l'esatta definizione dei contorni³⁹¹ del primo³⁹².

³⁹⁰ Occorre rilevare che il riconoscimento dell'autonomia del sindacato di meritevolezza rispetto a quello di liceità importa quale logica conseguenza l'interrogativo circa la sanzione applicabile per il caso di mancato superamento del vaglio in parola. Senza pretesa alcuna di esaustività, si segnala l'indirizzo interpretativo che preferisce dare al problema una soluzione in termini di nullità per mancanza di causa giuridicamente rilevante *ex art.* 1418 co. 2 c.c. In tal senso, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, poi da Schlesinger, Giuffrè, 2002, pp. 145 ss. Su altro versante si colloca la tesi di chi preferisce discorrere di “esclusione del ricollegamento di ogni concreto effetto giuridico alla specifica autoregolamentazione negoziale intercorsa tra le parti, alla quale l'ordinamento resta appunto indifferente”. In punto, in giurisprudenza, Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016. In dottrina, A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 147; L. BUONANNO, *op. cit.*, 905.

³⁹¹ G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 87, rileva che “Il problema dell'individuazione dei criteri di meritevolezza dell'interesse che i contraenti intendono realizzare mediante il contratto è indubbiamente il problema centrale del concetto di autonomia privata”; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, *cit.*, p. 122, il quale “Nel significato essenziale l'interesse è meritevole quando non travalica i limiti fissati dalla legge (art. 1322, comma 1, c.c.); in tale significato, contratto immeritevole equivale a contratto illecito. Molto si è discusso sulla esistenza di un significato più ampio di contratto immeritevole, tale da riguardare contratti non illeciti”.

³⁹² Per la vastissima letteratura sull'art. 1322 c.c., v. *ex multis*, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2006; ID., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015; E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1957, pp. 38 ss.; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, pp. 789 ss.; L. BUONANNO, *op. cit.*, pp. 897 ss.; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti sui contratti*, Cedam, 1998, pp. 63 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, *cit.*; ID., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 423 ss.; ID., *For you for nothing o immeritevolezza*, *cit.*, pp. 721 ss.; G. COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?*, in *Giur. it.*, 1996, pp. 164 ss.; V. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. Perlingieri*, Esi, 2008; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, *cit.*, pp. 121 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 249; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, *cit.*, pp. 88 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, pp. 8 ss.; F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1993, pp. 149 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, *cit.*, p. 145 ss.; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 573 ss.; ID., *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1205 ss.; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, pp. 439 ss.; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, *cit.*, pp. 55 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 1978, pp. 52 ss.; ID., *Manuale di diritto privato*, *cit.*; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e statistico, I, Lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954; S. GUADAGNO,

È dato registrare, in un'ottica liberale classica, la tendenza ad uniformare il giudizio di meritevolezza al giudizio di liceità³⁹³, rilevandosi, a tal proposito, che il parametro cui tragguardare la meritevolezza dell'interesse perseguito è rappresentato dall'illiceità³⁹⁴, ovvero sia nel contrasto con norme imperative, ordine, pubblico e buon costume³⁹⁵. In tal modo, si offre una lettura abrogativa della disposizione di

Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 744 ss.; A. GUARNIERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 1, pp. 1 ss.; ID., *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, pp. 263 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse*, cit., pp. 324 ss.; M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giur.*, 2016, pp. 211 ss.; R. LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio*, in *Contratto e impr.*, 1985, pp. 309 ss.; ID., *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Cedam, 2003; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., pp. 87 ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, 1970; M. C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, pp. 746 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, 2005; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 334 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.; ID., «Controllo» e «Conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 204 ss.; F. PERNAZZA, *Validità delle convenzioni di voto: un anticipatory overruling?*, in *Società*, 1996, pp. 37 ss.; M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Jovene, 2006; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, pp. 233 ss.; M. QUAGLIERI, *Causa concreta ed equo contemperamento degli interessi*, in *Foro pad.*, 2012, pp. 370 ss.

³⁹³ G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, pp. 88 ss.; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, p. 249; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1992, p. 127.

³⁹⁴ A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 805, mette in evidenza con una breve rassegna come del resto i sostenitori della operatività della clausola nemmeno abbiano saputo fornirne di nuovi.

³⁹⁵ Aderiscono a tale ricostruzione, M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, cit., pp. 64 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2001, pp. 424 ss.; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit., pp. 63 ss.; A. GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, pp. 263 ss., il quale rileva "in particolare, la clausola di utilità sociale (o di meritevolezza dell'interesse) permetterebbe all'interprete di subordinare l'azionabilità della promessa contrattuale al preventivo accertamento della positiva rispondenza della stessa a finalità di carattere superindividuale: quali «l'impegno responsabile alla creazione di valori produttivi», la realizzazione delle linee di politica economica generale, delle direttive di programmazione economica"; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e statistico*, cit., p. 210; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 447; U. BRECCIA, *Causa*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 97. *Contra*, V. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 197, il quale rileva "l'idea della coincidenza tra liceità e meritevolezza reca con sé il rischio di allargare a dismisura il ruolo della causa fino a assorbire tutti gli altri elementi del contratto".

cui all'art. 1322, che si riduce, per tale via, ad un inutile doppione dell'art. 1343 c.c.³⁹⁶.

Da altra prospettiva, la meritevolezza è concepita autonomamente dal suindicato giudizio di liceità³⁹⁷: questa infatti, a tutta evidenza, costituisce requisito necessario, ma non sufficiente³⁹⁸ per legittimare il contratto all'interno dell'ordinamento giuridico.

Tale impostazione non manca, tuttavia, di registrare una diversità di opinioni. In particolare, si discorre, secondo una prima ricostruzione vigente il regime fascista, della clausola in parola quale limite positivo all'autonomia privata³⁹⁹. In altre parole, accanto ai cc.dd. limiti negativi rappresentati dalla non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, che comportano l'illiceità del negozio, si pone la clausola generale di meritevolezza volta a delimitare lo spazio entro cui l'autonomia privata può manifestarsi al di là della

³⁹⁶ M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, cit., p. 66; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, cit., p. 814. *Contra*, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 425, ad avviso del quale, "se anche fosse, una norma inutile perché ripetitiva, sarebbe pur sempre preferibile a una norma con significati ripugnanti al sistema. Ma non è impossibile attribuire all'art. 1322 co. 2 un autonomo senso. Muovendo dal presupposto che le norme imperative e le regole di ordine pubblico e buon costume di solito sono riferite in prima battuta ai contratti tipici, la norma ha il senso di avvertire che la loro osservanza non può essere elusa solo perché le parti, anziché concludere il contratto tipico di riferimento, concludono un contratto atipico produttivo di analoghi risultati giuridico-economici"; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 58, ove a tal riguardo provocatoriamente si chiede "che senso ha l'art. 1322 c.c., se già esiste l'art. 1343 c.c. che stabilisce proprio quando il contratto (non solo tipico, come dirò, ma anche) atipico è illecito? In questa visione l'art. 1322 c.c. finirebbe per avere unicamente la funzione, nel suo secondo comma, di permettere ai privati la costruzione di modelli di regolamentazione degli interessi non previsti tipicamente. Una norma, dunque, meramente autorizzatoria e sostanzialmente garantista, che tuttavia, non detterebbe alcuna particolare regola di giudizio né al giudice, né, prima ancora, alle parti contraenti".

³⁹⁷ Il primo e più autorevole sostenitore dell'impostazione in commento è E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e note da aggiungere)*, in *Rend. ist. lom. sc. e lett.*, 74, 1940-1941, pp. 310 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Giappichelli, 1943, pp. 124 ss. e 246; ID., *Causa del negozio giuridico*, in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1957, p. 39; G. MORANDINI, *Molte ombre e poche luci intorno al sindacato giudiziale sul contratto ex art. 1322, comma 2, c.c.*, in *Contr.*, 2016, p. 302, ad avviso del quale "le impostazioni abrogatrici, traevano il proprio spunto in ciò, che venuto meno l'ordinamento autoritario, l'utilità sociale non avrebbe potuto trovare più valenza positiva e, con essa, avrebbe dovuto esser travolto anche lo strumento di espressione della medesima ed est la previsione di cui al capoverso dell'art. 1322 c.c.".

³⁹⁸ In questi termini si esprime E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 193.

³⁹⁹ M. BIANCA, op. cit., pp. 789 ss., la quale rileva "la meritevolezza, in quella prima formulazione, appare già non come un *limite* dell'autonomia negoziale, ma come un *predicato* della stessa, dato che gli interessi meritevoli segnano il campo in cui l'autonomia privata può spaziare al di là dei confini dettati dai contratti tipici".

contrattazione tipica. Alla base di una simile impostazione il rilievo, secondo il quale, l'autonomia privata, la cui esplicazione non si esaurisce nei soli tipi previsti dal codice civile, intanto è tutelata in quanto soddisfi un'utilità sociale⁴⁰⁰, intesa come funzionalizzazione degli interessi privati agli interessi superindividuali facenti capo all'intera collettività. Si comprende quindi l'ampio margine di manovra che ebbe a disposizione il regime fascista, nell'introdurre surrettiziamente fini eteronomi, mercè il concetto di utilità sociale⁴⁰¹. Il passo è breve per decretare il diniego di tutela dei negozi frutto del capriccio di taluno dei contraenti.

Si tratta di un orientamento interpretativo che, vigente l'ordinamento corporativo, ha ricevuto scarse adesioni e, a seguito del declino dello stesso, ha prestato il fianco a diverse critiche⁴⁰². Tra le più incisive, quella che mette in

⁴⁰⁰ Giova notare come il codice civile risulti intriso del linguaggio e delle ideologie testè richiamate. A tal riguardo si riporta un passaggio della Relazione ministeriale al Codice "ciò vuol dire che l'ordinamento giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro corrispettivo, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte".

⁴⁰¹ F. GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, estratto da *Manuale di diritto privato*, XIV edizione aggiornata, Napoli, ESI, 2009, p. 807, rileva a tal proposito che "Una tale, quasi angosciosa, esigenza di ordine (...) ha costituito peraltro un facile veicolo, facendo riferimento alla coscienza sociale, per introdurre surrettiziamente fini eteronomi di cui il concetto di utilità sociale si è fatto portatore. Non a caso, la Relazione al Re individuava tra i criteri di giudizio della meritevolezza oltre quelli propri della liceità (...) anche la coscienza civile e politica nonché i principi ispiratori dell'economia nazionale, cioè a dire del corporativismo, con una precisa e dichiarata intromissione delle finalità proprie del regime fascista nella sfera dell'autonomia contrattuale, parallelamente a quanto, in altro contesto, l'art. 2088 si incaricava di fare con riguardo all'impresa e alla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore"; ID., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 1978, p. 60, il quale rileva che la tesi di Ferri "si arresta proprio là dove avrebbe condotto e cioè alla trattazione dei problemi a cui Gorla ha dedicato la sua opera con la conseguenza di attribuire una visione monca, soprattutto dei problemi dell'atipicità, perché se il discorso è riportato ad una giusta analisi dell'interesse individuale, è purtuttavia limitata alla liceità l'indagine sul momento di contatto con l'ordinamento giuridico, prescindendo l'altra circa l'idoneità". Medesimi rilievi critici avverso la tesi sviluppata autorevolmente da Ferri sono esposti da E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 214.

⁴⁰² Un ulteriore rilievo critico, non sempre messo in luce dalla dottrina tradizionale, consiste peraltro nella circostanza che si darebbe la stura ad un'evidente disparità di trattamento, in merito alla contrattazione atipica, tra il cittadino e lo straniero: il primo, infatti, sarebbe tenuto, oltre al rispetto del giudizio di liceità, altresì al perseguimento di una causa meritevole di tutela laddove per il secondo non sussisterebbe tale ultimo limite, ai sensi dell'art. 31 disp. prel. c.c. in questi termini, A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 327.

A voler proseguire, si annovera anche la criticità lumeggiata da F. GALGANO, *Autonomia privata, creazione del diritto, concetto di politica*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 336, laddove afferma che "non

evidenza che, per tale via, si arriverebbe ad asservire la volontà dei contraenti alla mera discrezionalità e all'estro del giudice⁴⁰³; di non poco momento, inoltre, l'osservazione formulata da quanti hanno rilevato la scarsa rilevanza pratica di un simile modo di intendere il giudizio di meritevolezza, avuto riguardo del fatto che un contratto atipico in senso assoluto non esiste⁴⁰⁴,

Altra ricostruzione interpretativa⁴⁰⁵, allo stato prevalente, nel ricercare un significato assiologico autonomo alla meritevolezza in un'ottica parimenti "funzionalizzatrice" dell'autonomia privata, lo individua nella conformità dell'atto di autonomia privata alle esigenze sociali espresse dai principi costituzionali (e, in particolare, l'art. 41 Cost.⁴⁰⁶) e derivanti da una visione solidaristica dell'ordinamento. Si tratterebbe di una valutazione in positivo dell'autonomia

mancano poi professioni di scetticismo circa la concreta applicabilità della regola dell'utilità sociale in un'esperienza giuridica quale la nostra, considerata del tutto priva di solidarietà sociale".

⁴⁰³ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, 1961, ristampa, p. 29, nota 1 ove prosegue "il che, oltre a vibrare un colpo mortale alla certezza dei diritti e cioè a una delle più forti esigenze della vita collettiva, contrasterebbe con l'evoluzione storica dell'istituto, dato che gli antichi discriminavano la causa dai motivi appunto per frenare l'intervento del giudice" e p. 210 nota 1.

⁴⁰⁴ F. GAZZONI, op. ult. cit., p. 816, il quale ha cura di precisare che "la spiegazione (...) è nel fatto che qualsivoglia interesse economicamente di una certa rilevanza non può essere sporadico e puramente individuale. Per il fatto stesso di nascere e di svilupparsi all'interno dei traffici commerciali, esso è per forza di cose comune ad una molteplicità di soggetti (...) Di conseguenza è inevitabile che detto interesse finisca per raccordarsi con uno dei tipi legali che tali generali interessi tutelano".

⁴⁰⁵ V. F. CRISCUOLO, op. cit., 189; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 346 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. I. Fatti e atti giuridici*, Giappichelli, 1987, p. 516; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, 1987, pp. 244 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 423; ID., *Il contratto atipico*, Giuffrè, 1981, p. 50; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., pp. 92 ss; A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 67; F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 431. Per una ricostruzione del problema, v. G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, *passim*.

⁴⁰⁶ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 177, secondo cui "mentre la solidarietà corporativa" poteva apparire orientata in senso essenzialmente produttivistico, questa nuova "solidarietà costituzionale" inequivocabilmente propone la questione della compatibilizzazione degli interessi economici individuali con un interesse sociale che antepone le ragioni della persona e della sua dignità alle ragioni della produzione: almeno così è nello spirito della Carta".

privata⁴⁰⁷ volta all'attuazione di valori caratterizzanti l'assetto costituzionale⁴⁰⁸, per una sorta di parallelismo fra i limiti al potere normativo e i limiti all'autodeterminazione privata⁴⁰⁹, e nell'ottica di un bilanciamento di valori⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ V. F. CRISCUOLO, op. cit., 189, per il quale, “del resto, già sotto un profilo squisitamente ontologico, la portata dei due giudizi appare diversa. Il primo (la meritevolezza), esaminata la concreta operazione economica posta in essere dai contraenti e l'interesse che con essa si intende realizzare, consente di concludere nel senso che l'operazione economica oggetto di valutazione non infranga i limiti che l'ordine giuridico e le norme proibitive pongono allo spazio proprio e riconosciuto all'autonomia privata, ma ancora nulla dice circa la conformità, in positivo, delle finalità perseguite dai privati ai canoni ordinamentali, essendo piuttosto il giudizio di liceità a svelare eventuali contrasti che il negozio presenti rispetto al diritto, dovendosi pretendere, in questo secondo caso, la conformità del negozio al sistema di prescrizioni discendenti da norme imperative, ordine pubblico e buon costume (art. 1343 c.c.)”.

⁴⁰⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 349, ad avviso del quale, “quando la libertà negoziale e contrattuale ha giustificazione non in sé, ma in altri principi e valori del sistema, quando il sistema stesso non è più soltanto Stato di diritto, ma Stato sociale di diritto, caratterizzato da principi forti come la solidarietà e il personalismo, la scelta non può che essere assiologicamente conforme all'ordinamento. L'atto negoziale è valido non tanto perché voluto ma se, e soltanto se, destinato a realizzare, secondo un ordinamento fondato sul personalismo e sul solidarismo, un interesse meritevole di tutela. Si che, l'alternativa se ridurre il controllo alla mancanza di illiceità ovvero estenderlo alla meritevolezza del contenuto del contratto, tipico o atipico che sia, si rileva frutto di una polemica di carattere metodologico e, ad un tempo assiologico”.

A. LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 153 ss.; ID., *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, 2008, pp. 83 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 666 ss.; A. MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 117 ss.; F. GALGANO, voce *Negozi giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 948; G. BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rate swap*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, pp. 899 ss., il quale rileva che il giudizio di immeritevolezza “privando di giustificazione causale tutti quei negozi che concretizzano una disfunzione all'interno dell'ordinamento, da intendere quale incapacità del contratto a cooperare, pur nella sua limitata portata soggettiva, alla creazione di un rapporto che non confligga con i valori dell'ordinamento”.

Contra, M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, cit., pp. 58 ss., il quale rileva “la realizzazione dei valori fondamentali della Costituzione è un compito che la stessa Carta costituzionale affida allo Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni legislative ed esecutive. Per quanto attiene ai rapporti tra soggetti privati i principi costituzionali, quando non si concretizzano in norme di contenuto sufficientemente specifico da costituire un immediato parametro di raffronto per la contrattazione privata (ad es. art. 36 Cost.), devono essere intesi come limiti inderogabili piuttosto che come obiettivi cui debba tendere od uniformarsi l'autonomia privata”.

⁴⁰⁹ M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 430, la quale ha peraltro cura di precisare, del resto, “che il giudizio di meritevolezza debba intendersi come valutazione di conformità costituzionale delle forme contrattuali atipiche è confermato dai processi di «detipizzazione» di alcuni contratti tipici che sono stati eliminati dall'ordinamento per la loro non aderenza ai principi essenziali dell'ordinamento”.

⁴¹⁰ Sul punto, P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 49, il quale afferma “L'iniziativa economica privata, benchè definita libera (...), è sottoposta a controlli, a programmi, ad interventi da parte del legislatore – e non soltanto del legislatore – i quali sono non più finalizzati ad un regime di autarchia ed ispirati ad un principio corporativistico, ma rivolti a realizzare un sistema diverso che pone all'apice della gerarchia dei valori il rispetto della persona umana e la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale”. Più di recente, ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 2010, pp. 184 ss.; R. DI RAIMO, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 982 ss.

Non può lasciarsi nell'ombra che tale emancipata lettura del disposto dell'art. 1322 c.c. capoverso, non pare invero inappuntabile. Da un lato, essa violerebbe la riserva di legge di cui all'art. 41 co. 3 Cost., in punto di iniziativa economica privata, posto che il riparto di competenze è tale che spetta al legislatore ordinario valutare i limiti all'autonomia privata⁴¹¹; dall'altro, ragionando in questi termini, si riproporrebbe surrettiziamente l'impostazione abrogatrice del capoverso in parola, in tal modo offuscando i confini tra giudizio di liceità e meritevolezza⁴¹².

L'avvertita esigenza di operare una distinzione tra i due indicati sindacati di legittimità, ha determinato – come visto – l'affermarsi di indirizzi interpretativi tra loro contrastanti, impedendo una lettura armonica della disposizione di cui al citato art. 1322 co. 2 c.c.⁴¹³, favorendo non di rado malcelati tentativi di

⁴¹¹ G. MORANDINI, op. cit., p. 302, che rispetto a tale profilo di criticità rileva che "l'interpretazione costituzionalmente orientata del giudizio di meritevolezza si pone in contrasto con il principio di separazione dei poteri special modo giacché la valutazione circa il rispetto dei limiti all'autonomia privata spetta esclusivamente al legislatore".

⁴¹² U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. priv.*, 1987, pp. 38 ss., per il quale, essa è "la versione riveduta e corretta della ricordata concezione fascista del negozio quale strumento di autonomia finalizzato alla realizzazione di interessi sociali"; G. MORANDINI, op. cit., p. 301, il quale ritiene che tale interpretazione costituisce "a ben vedere, una variante emancipata delle impostazioni abrogatrici secondo le quali non è ammissibile nell'ordinamento costituzionale un sindacato di tipo positivo-propulsivo in ordine agli interessi contrattuali, giacché il giudizio di liceità ex art. 1343 c.c. ha una portata esclusiva ed esaustiva dei controlli sull'autonomia privata". Peraltro l'Autore mette in evidenza un'ulteriore aporia della tesi in commento, che si presterebbe ad essere tacciata anche di contraddittorietà se solo si pone mente ai recenti approdi giurisprudenziali in tema di causa. Invero "se deve ammettersi la regola secondo cui intanto l'interesse è meritevole, in quanto lo stesso non sia contrario ai principi di carattere primario, come devono esser trattati i casi in cui il fine negozialmente perseguito non sia realizzabile, ovvero non sia utile ad una stregua individuale? (...) Ne consegue che la tesi costituzionalmente conforme della meritevolezza negoziale è contraddittoria rispetto allo stesso *aquis* giurisprudenziale della suprema Corte e ciò, si badi bene, senza che l'orientamento in parola abbia mai operato, neanche implicitamente, alcun *overruling*".

⁴¹³ Giova, peraltro, rilevare a tal uopo, le incertezze di una parte della dottrina che addirittura oscilla tra identificazione e distinzione dei giudizi di meritevolezza e liceità. In particolare, taluni autori, se per un verso sembrano in via di principio sostenere una ontologica diversità dei giudizi in parola, in concreto poi esitano a risultati affatto coerenti, giusta la ritenuta identità di criteri di valutazione e di disciplina (in questi termini P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969, il quale, a p. 221, "la distinzione profilata non esclude, tuttavia, l'identità della disciplina e, in particolare, l'identità dei criteri per giudicare tanto della liceità della causa, quanto della meritevolezza dell'interesse"; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, pp. 211-212, nota 73), nonché di implicazioni pratiche (così G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., pp. 175 ss., il quale, dopo aver chiaramente precisato "la problematica dell'illiceità funzionale [...] trova adeguata espressione non già negli artt. 1343 e 1418, 2° comma, [...], sibbene in altra regola determinativa del fondamentale criterio di rilevanza. Questa regola [...] è contenuta nell'art. 1322, 2° comma, del nuovo codice", arriva all'opposta conclusione per cui "non sembra che il requisito della funzione economico-sociale [...] sia suscettibile di applicazioni pratiche che lo distinguano

strumentalizzazione della stessa⁴¹⁴. Quasi a voler prendere le distanze da siffatto groviglio di questioni, quale diretta conseguenza della crisi delle visioni finalistiche che costituisce il *leit-motiv* della postmodernità⁴¹⁵, l'essenza della nozione di meritevolezza inizia ad essere colta su un piano completamente neutro, prescindendosi *tout court* da condizionamenti assiologici. Lungo tale scia si colloca la tesi di chi⁴¹⁶, sulla premessa che la compatibilità dell'atto di autonomia privata all'utilità sociale sia da ascrivere al giudizio di liceità, reputa che sia immeritevole il contratto inidoneo ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione di interessi privati⁴¹⁷, considerandosi, pertanto, immeritevoli i contratti inutili, economicamente futili⁴¹⁸.

Si segnala altresì il tentativo operato da altri⁴¹⁹ di relegare l'immeritevolezza nell'area della incoercibilità, *id est* della non vincolatività e della irrilevanza

dall'illiceità del negozio”). Mette efficacemente in rilievo tale contraddizione A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, cit. p. 328.

⁴¹⁴ È proprio con riferimento a questa deriva che A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 146, evidenzia una certa “moralizzazione” dell'autonomia negoziale.

⁴¹⁵ Tale fenomeno è stato ben descritto e analizzato da J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, 1979, trad. it., *La condizione postmoderna*, Milano, 1989.

⁴¹⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 807 ss; ID., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 1978, p. 72, ove precisa che “lo schema ideato dai privati è eventualmente *inidoneo* non già perché *asociale*, ma perché l'ipotetica futilità è sintomo di una assenza di reale, seria e definitiva volontà giuridica delle parti”.

⁴¹⁷ F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62, il quale chiarisce “ciò che si risolve, come dirò, nella conformità dell'atto non (ancora) ad una serie di norme imperative in senso stretto, di carattere per così dire *regolamentare*, ma piuttosto nella conformità a tutte quelle norme inderogabili di carattere, per così dire *procedimentale* e *formale*, che attengono al riconoscimento dello strumento pattizio come *strumento giuridico*”. In termini cfr. G. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 89

⁴¹⁸ *Contra*, M. BIANCA, op. cit., p. 798, ad avviso della quale, “deve, infatti, rilevarsi che la meritevolezza quale *idoneità* o soglia di rilevanza è un giudizio che si pone *al di fuori* dell'atto di autonomia negoziale in una sfera volta a distinguere rapporti connotati dalla vincolatività giuridica rispetto a rapporti vincolanti sul mero piano dell'etica o della solidarietà”; negli stessi termini U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 95. Su altro versante, G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, cit., p. 424, il quale evidenzia che, piuttosto che immeritevoli, tali contratti siano sforniti di causa e, pertanto, nulli per incompletezza. In termini cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1998, p. 1318. Per la tesi secondo la quale, invece, la futilità, in quanto non illecita, può essere una scelta dei privati tutelabile dall'ordinamento, v. A. LEVI, *Attività lecita individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, II, p. 84.

⁴¹⁹ U. BRECCIA, *Causa*, cit., pp. 90 ss.; D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio*, Esi, 1995, pp. 101 ss.

giuridica, a fronte ad esempio dei c.d. rapporti di cortesia, ovvero di patti di onore⁴²⁰.

Da ultimo, l'indirizzo interpretativo⁴²¹ secondo cui immeritevole è il contratto abusivo rispetto alle ragioni dei terzi, ove tipico caso è quello del contratto revocabile ai sensi degli artt. 2900 c.c. e 66-67 l. fall. In altre parole, ci si riferisce alle ipotesi in cui l'estrinsecazione dell'autonomia privata si traduce in una lesione della posizione giuridica del terzo, in spregio ai doveri di diligenza e buona fede. In simile contesto, pertanto, il giudizio di abusività è altro rispetto a quello sull'illiceità, in quanto, accertata l'esistenza di un determinato diritto, si procede a verificare se il suo esercizio in concreto sia connotato da fatti dequalificanti che lo colorano in termini di abusività, quali, a titolo esemplificativo, l'intento emulativo, l'immoralità, la sproporzione tra interesse affermato e interesse leso⁴²². Tuttavia, trattasi di ricostruzione interpretativa che non è andata esente da critiche, osservandosi, in primo luogo, che essa risulta minimalista⁴²³, posto che, anziché analizzare gli effetti tra le parti del contratto concluso, colpisce quelli che produce nei confronti dei terzi. Vieppiù, la teorica in commento, appare poco pertinente anche per la considerazione degli effetti che sortisce la sedicente abusività, posto che reca con sé uno spostamento della sede elettiva della buona fede, dall'ambito dei rapporti tra le parti a quelli tra parti e terzi⁴²⁴.

⁴²⁰ Cfr. F. GIGLIOTTI, *Relazioni sociali, vincolo giuridico e morivo di cortesia*, Napoli, 2003; F. DI MARZIO, *Gentlemen's agreement e contratto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1177.

⁴²¹ F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, cit., pp. 141.

⁴²² F. DI MARZIO, op. ult. cit., pp. 141-142, ad avviso del quale, "si può osservare che lo spazio del contratto illecito e immeritevole, finora individuato con qualche successo in quello occupato dagli accordi inetti ad essere contratti (e ampliato con l'inserimento delle promesse e degli accordi incoercibili), non rimane così esausto. Infatti possono ricomprendersi in esso tutte le fattispecie che, senza compromettere la liceità dell'accordo e senza inficiarne la validità, siano realizzate in spregio dei doveri di diligenza e di buona fede nella formazione e nell'esecuzione del contratto con violazione di interessi tutelati dall'ordinamento e posti in capo a soggetti estranei al rapporto".

⁴²³ M. BIANCA, op. cit., p. 800.

⁴²⁴ M. BIANCA, op. cit., p. 801, la quale rileva altresì che la "tesi che identifica meritevolezza ed abusività del contratto porta con sé un'altra confusione concettuale che tende alla sovrapposizione del concetto di meritevolezza con quello della ragionevolezza. [...] La meritevolezza indica in positivo una qualità dell'atto di autonomia negoziale, individuando *a priori* i principi dell'ordinamento che consentono all'autonomia negoziale di superare i limiti posti dalle norme ordinarie. La ragionevolezza indica in negativo ciò che l'atto di autonomia negoziale *non* deve realizzare ed è principio che si applica nella fase esecutiva quando si valuta lo squilibrio tra le posizioni contrattuali". Sul tema cfr. anche E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 23 ss.

2. Il sindacato di meritevolezza nelle pronunce giurisprudenziali

Nonostante l'alacre sforzo dell'elaborazione scientifica di chiarire il concetto di meritevolezza degli interessi *ex art. 1322, comma 2, c.c.*, è dato registrare nel panorama giurisprudenziale, per lungo tempo, uno scarso interesse per l'osservazione del fenomeno⁴²⁵.

Tradizionalmente, infatti, il giudizio di meritevolezza è stato concepito alla stregua di quello sulla liceità del negozio giuridico⁴²⁶, rinvenendosi un'unica eccezione a tale consolidato orientamento⁴²⁷ in una alquanto risalente pronuncia di merito, laddove si discorreva di meritevolezza in termini di utilità sociale⁴²⁸.

In seguito, alcune pronunce, pur riferendosi alla meritevolezza, sono giunte ad un risultato comunque conseguibile pianamente sul crinale della liceità, cioè sostanzialmente adoperando la prima per sindacare contratti già illeciti⁴²⁹.

In un simile contesto, l'atteggiamento della giurisprudenza si traduce per lo più nell'esigenza pratica di fornire una disciplina ai contratti atipici, attraverso la

⁴²⁵ Per una disamina del panorama giurisprudenziale di riferimento cfr., I. MILITERNI, *I negozi atipici nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Dir. e Giur.*, 1988, pp. 211 ss; L. GARDANI CONTURNI-LISI, *Contratti atipici*, in *Giur. Sist.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1997, pp.1 ss; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pp. 40 ss.

⁴²⁶ Nella giurisprudenza di legittimità, si segnalano Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Corr. giur.*, 1991, p. 2889; Cass., 30 aprile 1984, n. 4738, in *Dir. giur.*, 1986, p. 229; Cass., 10 marzo 1980, n. 1602, in *Riv. not.*, 1980, p. 842; Cass., 19 ottobre 1974, n. 2859, in *Giur. it.*, 1975, c. 1066; Cass., 5 luglio 1971, n. 2091, in *Foro. It.*, 1971, c. 2190; Cass., 6 giugno 1967, n. 1248, in *Foro. It.*, 1968, c. 1027, in cui si è affermato che non viola alcuna norma di legge il contratto con cui si presta una somma di denaro ad altri con il patto che se l'affare cui è destinato il finanziamento avrà buon esito, il mutuante ottiene la restituzione della somma e un premio.

Nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 28 aprile 1990, in *Giur. mer.*, 1991, p. 1041; Trib. Genova, 17 settembre 1984, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, p. 63; Trib. Monza, 19 gennaio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, p. 125; Trib. Torino, 13 giugno 1971, in *Giur. it.*, 1971, c. 570.

⁴²⁷ U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 93, eloquentemente rileva che “i contratti non illeciti e tuttavia nulli a causa della loro cattiva socialità sembrano permanere quasi ignoti, se non proprio del tutto ignoti, all'esperienza dei nostri tribunali”. In termini, R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 447.

⁴²⁸ Il riferimento è ad App. Napoli, 24 gennaio 1945, in *Foro it. Rep.*, 1943-1945, voce *Obbligazioni e contratti*, c. 1088, ove si legge “il privato può liberamente alienare un proprio diritto, ma la volontà privata diventa giuridicamente rilevante e può avere forza di legge, in quanto sia socialmente utile e ciò in quanto tenda a realizzare un interesse che l'ordinamento considera meritevole di tutela”.

⁴²⁹ Cass., 2 luglio 1975, n. 2578, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 263 ss., con nota di A. GUARNIERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, cit., pronunciatasi in ordine all'immeritevolezza di un contratto in cui una parte si impegna a intraprendere una professione, palesemente già illecita di per sé, in quanto lesiva del valore fondamentale della libertà di autodeterminazione dell'individuo. Nel senso della piena validità di siffatta fattispecie negoziale, v. tuttavia G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 86.

sussunzione di questi ultimi nello schema negoziale tipico più somigliante⁴³⁰. Pertanto, l'esplorazione giurisprudenziale, salvo rare eccezioni, consiste nell'affermare o meno la conformità di una singola fattispecie concreta ad interessi meritevoli di tutela e, in caso di esito negativo, simile valutazione si appiattisce su un giudizio di illiceità.

La giurisprudenza successiva agli anni '70⁴³¹ si occupa con maggiore frequenza del giudizio di meritevolezza, che assume fattezze diverse in ordine alla singola vertenza prospettata, in quanto diversi sono i parametri valutativi di volta in volta utilizzati. Di conseguenza, esso ora viene inteso quale giustificazione della piena efficacia di un contratto atipico⁴³², ora quale limite all'autonomia privata⁴³³.

A tale iniziale torpore della giurisprudenza fa da *pendant* il rinnovato interesse curiale degli ultimi anni nei confronti del sindacato in parola, quale giudizio⁴³⁴ ritenuto consapevolmente autonomo e distinto rispetto a quello di liceità⁴³⁵ e adoperato in svariati ambiti della contrattazione, a partire da quello

⁴³⁰ M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, cit., p. 56, il quale rileva "la giurisprudenza ha dunque dimostrato scarsissima propensione ad utilizzare l'art. 1322 come norma di sbarramento alla creazione di schemi contrattuali atipici, per lo più improntati da Paesi con esperienze e sistemi giuridici profondamente diversi dal nostro".

⁴³¹ App. Milano, 10 febbraio 1982, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, p. 193; Trib. Vicenza, 10 novembre 1984, in *Riv. dir. comm.*, 1985, p. 285; Trib. Vigevano, 14 dicembre 1972, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, p. 287; Pret. Roma, 22 marzo 1986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, p. 677.

⁴³² App. Milano, 22 gennaio 1982, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, p. 178; Trib. Bologna, 27 settembre 1984, in *Ri. giur. leasing*, 1985, p. 477.

⁴³³ Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390, in *Foro it.*, 1983, c. 2997; Trib. Vicenza, 10 novembre 1984, cit. In dottrina, M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 426, la quale sottolinea "l'ammissione di interventi del giudice diretti a limitare l'autonomia privata per ristabilire l'equilibrio economico fra le parti contrattuali in forza del principio enunciato dall'art. 1322 cpv c.c. era già stata affermata, del resto, dal S.C. a proposito del potere del giudice di ridurre la penale eccessivamente onerosa".

⁴³⁴ Cass., 28 aprile 2017, nn. 10506 e 10509, ove si legge "La «meritevolezza» di cui all'art. 1322 c.c., comma 2, non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice Civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito".

⁴³⁵ Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Foro it.*, 2017, p. 2007, con nota di M. A. GAROFALO, *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, pp. 2017 ss.; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile* (annotata da L. BUONANNO, op. cit., p. 897; Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900, *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile*, con nota di G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, pp. 855 ss.; Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, *Foro it. Rep.*, 2015, voce *Contratto in genere*, n. 302, con nota di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Società*, 2016, pp. 721 ss.; Cass. 30

preordinato alla prestazione di servizi di investimento, rispetto ai quali intensa è stata l'opera creativa dell'autonomia privata.

Differentemente dal passato, la disposizione di cui all'art. 1322 co. 2 c.c. assume un'importanza rimarchevole, del tutto diversa da quella ad essa tributata dal risalente indirizzo giurisprudenziale che la relegava a inutile doppione del dato normativo di cui all'art. 1343 c.c.⁴³⁶ In particolare, il giudizio di meritevolezza è concepito quale filtro contro un accesso indiscriminato degli atti di autonomia negoziale nell'orbita giuridica, selezionando solo quelli idonei alla stregua di un giudizio positivo, effettuato secondo principi e valori legittimanti. Tra questi, in

settembre 2015, n. 19559, *Foro it. Rep.*, 2015, voce cit., n. 303, richiamata in motivazione, annotata da A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., pp. 141 ss.; Cass. 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Foro it.*, 2014, richiamata in motivazione, annotata da S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1301 ss.; G. TASSONI, *Assetto anticoncorrenziale e immeritevolezza di tutela del contratto atipico ex art. 1322, 2° comma, c.c.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, pp. 365 ss.; Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, *Foro it. Rep.*, 2010, voce *Locazione*, n. 126, richiamata in motivazione, annotata da N. IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*, in *Corriere giur.*, 2010, pp. 60 ss.; G. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 997 ss.; A. SCARPA, *La clausola che vieta al conduttore di ospitare estranei al nucleo familiare*, in *Immobili & dir.*, 2010, pp. 39 ss.; Cass. 20 settembre 1995, n. 9975, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Società*, n. 663, richiamata in motivazione, annotata da G. COTTINO, *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?*, cit., pp. 164 ss.; G. LOMBARDI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione in tema di patti parasociali*, in *Corriere giur.*, 1996, pp. 193 ss.; F. PERNAZZA, *Validità delle convenzioni di voto: un anticipatory overruling?*, cit., pp. 37 ss.; L. QUAGLIOTTI, *Sui limiti di durata dei sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, pp. 208 ss.; G. VIDIRI, *Sui sindacati di voto a tempo indeterminato*, in *Giust. civ.*, 1996, pp. 80 ss.; V. BUONOCORE, V. CALANDRA BUONAURA, F. CORSI, R. COSTI, A. GAMBINO e P.G. JAEGER, *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto?*, in *Giur. comm.*, 1997, pp. 58 ss.; Cass. 19 luglio 2012, n. 12454, *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Mutuo*, n. 13, richiamata in motivazione, annotata da R. PALUMBO, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 308 ss.; G. CARADONNA, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*, in *Contratti*, 2012, pp. 993 ss.; Cass. 1° aprile 2011, n. 7557, *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 422, annotata da M. QUAGLIERI, *Causa concreta ed equo contemperamento degli interessi*, cit., p. 370. (pronuncia che, a fronte di un contratto atipico con cui il proprietario di un terreno ne aveva trasferito la disponibilità a terzi per la sua destinazione a discarica di rifiuti, ha considerato erronea, in quanto non rispettosa del canone dell'art. 1371 c.c. e del vaglio preliminare di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., l'interpretazione che conduceva ad attribuire al concessionario la facoltà di trattenere indefinitamente e senza alcun corrispettivo il bene oggetto del contratto per tutta la durata delle operazioni di bonifica).

⁴³⁶ In tempi recenti, tuttavia, v. Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Guida dir.*, 2004, p. 49, ove si legge "le parti hanno il potere di concludere contratti non appartenenti a una disciplina particolare, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Con questa ultima formula s'intende che il contratto non deve essere contrario a legge e norme imperative e a buon costume". In tal senso, anche Cass., 2 novembre 2000, n. 14330, in *Giust. civ.*, 2001; Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, in *Foro it.*, 1994, p. 413; Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in *Il caso.it*, 2005.

primo luogo quelli consacrati nella Costituzione, agli artt. 2 secondo periodo, 4 secondo comma e 41 secondo comma⁴³⁷.

Tuttavia, la nozione offerta dalla giurisprudenza (restia a fornire una definizione generale di “immeritevolezza”) non è univoca sul punto. Riducendo a sistema le motivazioni di taluni precedenti giurisprudenziali, se ne deduce l’immeritevolezza, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1322 co. 2 c.c., di contratti o patti di essi che, seppur formalmente leciti, hanno per scopo o per effetto di: *i*) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra⁴³⁸; *ii*) porre una delle parti in una posizione di indiscriminata soggezione rispetto all’altra⁴³⁹ *iii*) ovvero ancora costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti^{440 441}.

3. Ambito di operatività del giudizio di meritevolezza

Ulteriore profilo di criticità sollevato dall’enunciato normativo che ci occupa (*id est* l’art 1322 co. 2 c.c.) attiene all’ambito di operatività del citato controllo di meritevolezza. In altre parole, ci si chiede se esso debba riguardare esclusivamente i contratti atipici o estendersi anche ai contratti tipici. Invero, i termini della questione non possono prescindere dalle diverse ricostruzioni, formulate nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, in ordine al profilo causale di una determinata fattispecie.

⁴³⁷ Così Cass., 28 aprile 2017, n. 10506 e 10509, cit.

⁴³⁸ Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

⁴³⁹ Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit.; Cass. 8 febbraio 2013, n. 3080, cit.; Cass. 19 luglio 2012, n. 12454, cit.; Cass. 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

⁴⁴⁰ Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, cit.

⁴⁴¹ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in www.iusexplorer.it, ove si legge “affinché dunque un patto atipico possa dirsi «immeritevole», ai sensi dell’art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell’art. 1418 c.c. L’immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est*”.

L'accoglimento della causa quale funzione economico sociale⁴⁴², fatta propria dalla Relazione al codice civile⁴⁴³ importa quale conseguenza immediata e diretta l'esclusione dal sindacato di meritevolezza dell'interesse perseguito dei contratti tipici, posto che questi ultimi sono già sottoposti a un controllo preventivo e astratto da parte del legislatore della rispondenza del tipo ai fini che l'ordinamento giuridico intende perseguire⁴⁴⁴⁴⁴⁵.

Tuttavia, non può non segnalarsi al riguardo la posizione di chi pur discorrendo della causa del contratto nei termini anzidetti, reputa che il controllo sulla conformità della singola fattispecie concretamente posta in essere alle finalità che l'ordinamento giuridico intende perseguire, interessa non solo i contratti atipici ma anche quelli tipici⁴⁴⁶, risolvendosi in un accertamento circa la sussistenza della causa⁴⁴⁷. Si osserva, al riguardo, che, sebbene il difetto di meritevolezza risulti essere *più appariscente* nella contrattazione atipica, nulla vieta la configurabilità di una simile circostanza anche in quella tipica, dal momento che il negozio concretamente posto in essere, pur essendo previsto dal legislatore, ben potrebbe

⁴⁴² G. GORLA, *Il contratto*, cit., p. 203, per il quale “la teoria della causa del contratto come funzione economico-sociale è il prodotto più squisito di un certo metodo (insensibile alla storia e al diritto comparato) di nebulose astrazioni e di equivoche generalizzazioni, croce e delizia di una parte notevole dei nostri scienziati del diritto, quelli che, nella storia del *civil law*, si chiamano i «savants»”.

⁴⁴³ Si legge nella Relazione al codice che la causa del contratto “è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica l'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322 co. 2, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica”.

⁴⁴⁴ Tuttavia, nella Relazione al codice si legge “un controllo della corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è inutile se le parti utilizzano i tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati: in tal caso, la corrispondenza stessa è stata apprezzata e riconosciuta dalla legge con il disciplinare il tipo particolare di rapporto e resta allora da indagare, come si dirà più avanti, se per avventura la causa considerata non esista in concreto o sia venuta meno. Quando il contratto non rientra in alcuno degli schemi tipici legislativi, essendo mancato il controllo preventivo e astratto della legge sulla rispondenza del tipo nuovo di rapporto alle finalità tutelate, si palesa invece necessaria la valutazione del rapporto da parte del giudice, diretta ad accertare se esso si adegui ai postulati dell'ordinamento giuridico”

⁴⁴⁵ In dottrina, L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile. I. Fatti e atti giuridici*, cit., p. 516; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 430, secondo la quale, “il giudizio di meritevolezza assume, così, il ruolo di un vaglio per l'immissione degli schemi contrattuali atipici nell'ordinamento giuridico, vaglio che, peraltro, non esclude che in concreto tali strumenti negoziali vengano utilizzati per scopi e finalità riprovevoli sul piano del diritto”

⁴⁴⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Giappichelli, 1943, pp. 124 ss. e 246; ID., *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 39.

⁴⁴⁷ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 124 ss. e 246; ID., *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 39.

essere posto in essere per il perseguimento di uno scopo pratico che si palesa frivolo, futile, secondo la comune coscienza sociale⁴⁴⁸.

Ad una soluzione analoga si perviene, del resto, anche (e senza contraddire le premesse teoriche di fondo) laddove si aderisca alla ricostruzione del profilo causale in termini di funzione economico-individuale⁴⁴⁹, ovvero sia nell'estensione

⁴⁴⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 247 ss.

⁴⁴⁹ In giurisprudenza, Cass. SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cass. SS.UU. 11 novembre 2008, n. 26972, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 43; Cass., 3 aprile 2014, n. 77761, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 507; Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 2063; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida dir.*, 2009, p. 50, ove si legge “causa del contratto è lo scopo tipico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta) quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Riv. not.*, 2007, p. 180, ove si legge che “la causa di un contratto non è la sua funzione economico-sociale che si cristallizzerebbe per ogni contratto tipizzato dal legislatore, ma è la sintesi degli interessi reali che il singolo, specifico contratto posto in essere è diretto a realizzare”; Cass., 19 luglio 1979, n. 4293, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1981, p. 5.

In dottrina, D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 37 ss., ad avviso del quale, “non sembra inutile precisare che le due nozioni, vale a dire quella di causa concreta e quella di causa come funzione economico-individuale, sono e restano non assimilabili, mentre non di rado dottrina e giurisprudenza mostrano di ignorare la distinzione, confondendo e non tenendo in debito conto le differenze tra le stesse. I tratti distintivi tra le due richiamate nozioni di causa non sono di secondario momento e riguardano vicendevolmente, da un lato, il concetto di interesse dell'operazione negoziale e, dall'altro, il perimetro, l'oggetto ed il ruolo del giudizio di meritevolezza che l'elemento causale inevitabilmente evoca. [...] al fine di evidenziare le differenze tra la nozione di causa del contratto quale funzione economico-individuale o quale causa concreta, si deve rilevare che nella prima accezione l'interesse sotteso all'operazione negoziale è unicamente soggettivo, attenendo solo a ciò che è in concreto perseguito dalle parti con una valutazione che non risulta condizionata da elementi di ordine sociale; al contrario, nella causa concreta l'interesse delle parti è interesse oggettivo e soggettivo al contempo, oggettivo in quanto socialmente rilevante e soggettivo in quanto afferente allo scopo programmatico e relazionale delle parti”; A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*, cit., pp. 141 ss.; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit.; G. ALPA, *Il contratto in generale*, I. *Fonti, teorie, metodi* in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2014, pp. 442 ss.; C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 258 ss.; M. QUAGLIERI, *Causa concreta e equo temperamento degli interessi*, cit., pp. 370 ss.; E. NAVARRETTA, *Art. 1343 – Causa illecita*, in *Comm. cod. civ.*, Giappichelli, 2011, pp. 644 ss., ad avviso della quale, “non è la causa, in passato identificata con il tipo, il *prius* che guida l'interpretazione e la qualificazione del contratto, ma è l'interpretazione del contratto che riconduce alla ricostruzione della causa concreta che a sua volta contribuisce a qualificare l'atto. Simile inversione logica consente di valorizzare non solo la costruzione di figure atipiche o miste o l'inserimento di clausole che innovano modelli tipizzati ma anche di apprezzare l'eventuale incidenza causale di un collegamento negoziale”; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*, Giappichelli, 2006, pp. 532 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Giuffrè, 2006, pp. 177 ss.; G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 354; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 4, pp. 957 ss., il quale mette in evidenza che “può dirsi che la causa concreta (del contratto) identifica essa pure una storia di successo? A tutta prima, non si vedono ragioni per non rispondere: certamente sì. La causa concreta esibisce in primo luogo un successo quantitativo (in termini, per così dire, di “fatturato” delle categorie legali): fino a non molto tempo fa la formula era sostanzialmente

del sindacato in parola anche alla contrattazione tipica⁴⁵⁰ ⁴⁵¹. In altre parole, l'utilizzo di uno schema legislativamente previsto e disciplinato non potrebbe, ad avviso di tale indirizzo interpretativo, assurgere a garanzia della meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito⁴⁵², stante il disposto di cui all'art. 1323 c.c., ove è sancito, “tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo”⁴⁵³.

Da ultimo, si segnala altresì che la funzionalizzazione dell'atto di autonomia privata alla realizzazione dei principi costituzionali nonché l'estensione del sindacato di meritevolezza anche ai contratti tipici⁴⁵⁴ costituirebbero la premessa di

sconosciuta in giurisprudenza, ma da qualche anno compare, in modo sempre più pervasivo, nelle motivazioni di molte e molte sentenze, di merito e di legittimità, rese nelle fattispecie e negli ambiti più diversi. Ed è considerata a tal segno una conquista rilevante dell'evoluzione giurisprudenziale, da suggerire alle stesse sezioni unite della Cassazione di esibirla come un fiore all'occhiello anche in contesti nei quali il suo richiamo non appare particolarmente necessario ai fini della decisione”.

⁴⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 349; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit.; M. NUZZO, op. cit.; G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 91; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; LANZILLO, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 220.

⁴⁵¹ D. ACHILLE, op. cit., secondo il quale, “mentre la nozione di causa come funzione economico-individuale esclude di fatto il giudizio di meritevolezza, nella causa intesa come causa concreta detto giudizio assume portata centrale, in quanto tale concetto non elimina la rilevanza della valutazione sociale del contratto, dei suoi effetti e degli interessi perseguiti, ma — partendo dagli effetti — colloca questi nella valutazione legale tipica compiuta dal legislatore”.

⁴⁵² In tal senso, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 359, il quale ha cura di precisare “l'assunzione del tipo [...] nell'ordinamento giuridico non importa che tutti i concreti contratti di compravendita, mutuo, locazione, ecc., siano meritevoli di tutela. Di fronte, a un contratto concreto non è sufficiente rilevare che lo schema astratto, a cui esso corrisponde, è stato riconosciuto adempiere ad una funzione socialmente utile, ma è necessario altresì valutare in concreto il modo in cui lo schema astratto è stato utilizzato. È necessario, cioè, valutare se l'interesse concretamente perseguito sia affettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto”.

⁴⁵³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 348-349, il quale rileva “l'affermazione, secondo la quale il concreto negozio è tipico se corrisponde a una fattispecie astratta disciplinata dalla legge mentre è atipico se non è previsto da alcuna norma, ha una mera valenza descrittiva, classificatoria, che non può assurgere a valore assoluto. In realtà, tale affermazione va considerata di volta in volta, dando sempre prevalenza alla concretezza del contratto, anziché alla sua astratta previsione”.

⁴⁵⁴ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., 2017, p. 216, “le peculiarità del singolo regolamento contrattuale, le qualità dei soggetti che lo pongono in essere, le circostanze fattuali che lo caratterizzano incidono sulla sua funzione, rendendo inaccettabile una limitazione del giudizio ai soli negozi atipici”.

In tal senso, nella giurisprudenza di merito, App. Napoli, 3 marzo 2010, in www.iusexplorer.it, ove si legge “l'uso del tipo contrattuale non è di per sé indicativo della meritevolezza dell'operazione contrattuale che lo schema tipico esprime”, dovendo il controllo di meritevolezza “essere espresso sulla causa unitaria nuova costituita dall'unica operazione economica effettuata attraverso il collegamento negoziale”; Trib. Napoli, 15 aprile 2009, in *Dir. giur.*, 2009, p. 433 sottolinea la

fondo per una valutazione in concreto⁴⁵⁵ del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti⁴⁵⁶. In altre parole, sarebbe compito dell'interprete controllare, di volta in volta – cioè con riferimento allo specifico contratto e alla data operazione economica – la meritevolezza dell'atto posto in essere, in un'ottica di bilanciamento di interessi e valori costituzionalmente protetti, ove la funzione del singolo contratto posto in essere funge da guida nell'interpretazione e qualificazione negoziale⁴⁵⁷.

In posizione diametralmente opposta si pone la tesi, secondo cui, il giudizio di meritevolezza andrebbe condotto in astratto, ovvero sia con riferimento allo schema negoziale delineato, senza riferimenti a situazioni contingenti che rendono in concreto quel tipo contrattuale non giustificato causalmente⁴⁵⁸.

4. Il giudizio di meritevolezza quale grimaldello per sindacare l'equilibrio contrattuale

necessità di garantire la piena operatività dell'art. 1322 c.c., affinché non sia “ghettizzato nell'area dei contratti atipici”.

⁴⁵⁵ In questi termini, *expressis verbis*, Cass., sez. unite, 6 maggio 2016, n. 9140, ove si legge che “se è approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico, è di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete”.

⁴⁵⁶ In giurisprudenza, Cass., SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit.; Cass., 19 giugno 2009, n.14343, cit.

In dottrina, P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 215, il quale chiarisce “affermare che l'autonomia negoziale (come ogni altra situazione patrimoniale) è «funzionalizzata» non equivale a negarne il riconoscimento o a pretendere che ogni atto negoziale abbia quale fine ultimo il perseguimento di un interesse pubblico”.

⁴⁵⁷ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 216, ad avviso del quale “il «controllo» non è un *posterius* del procedimento ermeneutico, ma ne è elemento ontologico che si traduce nel dovere di interpretazione adeguatrice degli atti di autonomia negoziale e nel conseguente passaggio dal «controllo» alla «conformazione». L'interprete non si limita a «conoscere», ma ricerca un significato dell'atto che sia conforme al sistema”.

⁴⁵⁸ M. COSTANZA, For you for nothing o *immeritevolezza*, cit. p.733; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 449, i quali affermano che la “meritevolezza non è uno scrutinio causalistico sotto mentite spoglie. Essa si valuta in astratto, rispetto al tipo; concerne, per così dire, l'agiuridico, ossia il “difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merite tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento”. La valutazione in concreto riguarda, invece, il modo in cui il regolamento contrattuale è piegato alle specificità della situazione particolare: in quella sede si andrà a valutare, rispetto alle circostanze individuali e di dettaglio, la liceità della causa”.

I sunteggiati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, dei quali gli arresti in tema di clausole *claims made* rappresentano l'ultima frontiera, esitano in una riconsiderazione in termini più avanguardisti del giudizio di meritevolezza, ex art. 1322 comma 2 c.c., quale istituto dalle potenzialità dirompenti, in grado di scardinare il dogma dell'insindacabilità dell'equilibrio del contratto⁴⁵⁹. Si tratta di una ricostruzione che fa il paio con l'opzione interpretativa, testè delineata, che identifica il giudizio di cui all'art. 1322 c.c. capoverso con il rispetto dei principi costituzionali e, in particolare, dell'art. 2 Cost. *sub specie* di equilibrio contrattuale⁴⁶⁰.

In altre parole si assiste, di recente, sulla scorta del formante giurisprudenziale, ad un ampliamento del campo di applicazione del giudizio di meritevolezza, in termini non soltanto quantitativi – ovverosia con estensione anche alla contrattazione tipica – bensì anche qualitativi, con incursioni nell'area della c.d. giustizia contrattuale⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ In questi termini, *ex multis*, G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 10, 2017, p. 1199, laddove l'Autore evidenzia che “la meritevolezza viene a vagliare che l'operazione negoziale sia equa, in modo tale che se viene accertato uno squilibrio unilaterale del sinallagma la singola clausola viene dichiarata invalida oppure assoggettata a correttivi. (...) Le sentenze in commento, alla stregua di altri recenti precedenti, impiegano, quindi, il giudizio di meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente in funzione di protezione del contraente debole, allorchè si ravvisi una significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale”.

⁴⁶⁰ S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, cit., p. 749, il quale rileva “il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), dunque, si trova oggi, nell'ambito del rapporto contrattuale, in un rapporto di relazione necessaria con il principio di efficienza economica, poiché il mercato garantisce la migliore allocazione delle risorse se perfettamente concorrenziale, ma la concorrenza è garantita solo dalla possibilità di compiere scelte consapevoli e informate; di qui, la necessità di correggere la disparità di potere contrattuale che pregiudica la razionalità delle scelte e di ridurre le asimmetrie informative”.

⁴⁶¹ Vale la pena, in questa sede, operare una precisazione di sistema, anche ai fini della comprensione della reale portata delle conclusioni cui si giungerà nel prosieguo della trattazione.

Invero, a parere di chi scrive, sembra del tutto condivisibile la tesi che consente al giudice di sindacare la meritevolezza degli interessi convenzionalmente regolati dalle parti anche qualora queste si servano degli schemi negoziali tipicamente previsti dal legislatore. Tale convincimento appare viepiù plausibile se solo si pone mente alla *vis expansiva* del giudizio di meritevolezza, che arriva a lambire i confini dell'equilibrio delle prestazioni negoziali: tale rivoluzione copernicana finirebbe per perdere gran parte della sua carica eversiva, laddove si adottasse la prospettiva tradizionale, che avrebbe l'effetto di consentire di tal guisa la sindacabilità dello squilibrio solo nei contratti atipici. All'opposto, in virtù della rinnovata considerazione del giudizio di meritevolezza riferito anche ai contratti tipici (una sorta, quindi, di giudizio di meritevolezza “a tutto tondo”), si dovrebbe spiegare anche l'apertura del medesimo al sindacato sull'equilibrio contrattuale.

Giova dare atto, comunque, che tradizionalmente il problema della giustizia contrattuale è stato influenzato dalla tematica del giudizio di meritevolezza nei termini di cui si vuole in questa sede prendere le distanze. Il che val quanto dire che il sindacato sull'equilibrio contrattuale è stato

Un simile atteggiamento presuppone due postulati di fondo, legati tra loro a filo doppio, sui quali non si rinviene affatto concordia di opinioni: vale a dire, la sindacabilità ad opera del giudice dell'equilibrio contrattuale⁴⁶² e l'utilizzo del giudizio di meritevolezza quale strumento idoneo ad attuare tale sindacato.

Quanto al primo aspetto, la concezione del contratto come espressione del dogma della volontà ha importato l'irrilevanza, da un punto di vista giuridico, dell'equivalenza delle prestazioni, tale che ogni questione inerente alla convenienza economica di una determinata pattuizione si intende tradizionalmente rimessa all'autonomia privata⁴⁶³. Sul rilievo che l'equilibrio non costituisca elemento

variamente affrontato quanto a rimedi, anche in virtù del fatto che il giudizio di meritevolezza risultava in passato inesorabilmente ancorato alla natura atipica della convenzione.

Per questo motivo, ad es., R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008, pp. 166 ss., mette in evidenza i diversi rimedi percorsi dalla giurisprudenza per sanare lo squilibrio tra le prestazioni, a partire da quello impiegato per i contratti tipici, laddove si è ragionato in termini di mancanza di causa, essendo invece il giudizio di meritevolezza adoperato esclusivamente (e solo di recente) per i contratti atipici.

Al netto di ogni considerazione, quindi, di meritevolezza come strumento per sindacare lo squilibrio contrattuale non è sempre stato agevole parlare, non solo per le forti resistenze dal punto di vista dogmatico (di cui si darà atto *infra*) nel consentire al giudice di riequilibrare le posizioni originariamente concordate dalle parti; ma anche perché nel momento in cui l'elaborazione scientifica è giunta ad un simile approdo, la tendenza che si è registrata è stata quella di limitare tale controllo giudiziario sul contratto solo ai contratti atipici, che è il precipitato dell'adesione alla teoria che circoscrive a questi ultimi il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 comma 2 c.c. capoverso..

⁴⁶² La tematica va, comunemente, sotto il nome di "giustizia contrattuale". F. TINTI, *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale*, in *Studium iuris*, 2017, pp. 691-692, precisa che essa si pone "in contrapposizione con il vincolo contrattuale, in tutti quei casi in cui esso possa pregiudicare interessi meritevoli di tutela. La giustizia contrattuale esprime quindi una conflittualità potenziale con il contenuto del contratto. occorre quindi chiedersi se questa conflittualità sia tale da giustificare un controllo ideale di equilibrio economico e normativo e un conseguente controllo e adeguamento delle condizioni convenute dalle parti".

⁴⁶³ R. LANZILLO, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 3, ad avviso della quale, "il codice civile in vigore non include l'equilibrio economico fra i valori scambiati nei requisiti di validità o di efficacia del contratto"; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, poi da Schlesinger, Giuffrè, 2002, pp. 550 ss.; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, pp. 933 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1974, pp. 409 ss.; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, cit., 1963, pp. 439 ss.; E. REDENTI, *Sulla nozione di "eccessiva onerosità"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, pp. 347 ss.; G. GORLA, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 178, secondo il quale, il problema della causa adeguata del trasferimento può ritenersi risolto in senso negativo nella *civil law*: "l'unico problema è quello di accertare che vi sia stata una volontà effettiva di alienare. Ma, accertata questa, l'atto è valido; e, comunque, non si può ripetere ciò che si è dato, adducendo che la ragione del dare era inadeguata, sproporzionata, futile o simili (salvo il caso di illiceità e a parte la regola *in pari turpitudine* pel caso di immoralità del negozio). Ciò che si è dato è dato"; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 409; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004, *passim*, ma in particolare p. 28, il quale chiarisce "perché parlare di equivalenza perfetta tra le prestazioni, di adeguato rapporto di valore tra le utilità scambiate, significherebbe insistere su formule concettualmente indeterminate, prive di

necessario e costante, ai fini della validità ed efficacia della concreta pattuizione posta in essere, si è respinta la possibilità di attribuire autonoma rilevanza giuridica allo squilibrio contrattuale, dovendosi accompagnare quest'ultimo necessariamente a comportamenti e situazioni esterni alla struttura del contratto (quali l'approfittamento dello stato di bisogno, della situazione di inferiorità, e così via)⁴⁶⁴.

rilevanza giuridica, e nel contempo mortificare l'autonomia privata che rintraccia la sua legittimazione soltanto su processi di rispetto di regolarità formale"; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europ. e dir. priv.*, 2006, p. 56; A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, cit., pp. 573 ss, che sottolinea come la "ingerenza giurisprudenziale si risolverebbe in un limite all'autonomia contrattuale delle parti tanto penetrante da far sbiadire l'autonomia contrattuale in una mera scelta sull'an dello scambio: i paciscenti, infatti, sarebbero privi di ogni facoltà di decisione sul quantum. È facile comprendere che una tale autonomia nasconde una eteronomia di fonte legislativa, una funzionalizzazione degli accordi a fini di utilità generale e – soprattutto – di giustizia sociale. (...) Da tutto ciò si evince che l'ordinamento non può invadere la libertà di porre in essere accordi patrimoniali frutto di libere e consapevoli scelte: anzi deve adjuvarla, offrendo sanzione giuridica a tali patti, proprio perché questa sanzione è strumentale rispetto a quella centralità della persona, anche nel mercato, che caratterizza i moderni ordinamenti e che ha trovato un'importante conferma nella proclamazione costituzionale del principio di sussidiarietà (cfr. soprattutto art. 118, comma 4, Cost.). (...) La garanzia di quest'ultima, viceversa, può essere limitata solo eccezionalmente e per effetto del bilanciamento con altri interessi di rilevanza costituzionale: al di fuori di queste ipotesi, il legislatore deve evitare qualsiasi invasione nella stessa, prevedendo anzi interventi volti alla sua piena attuazione"; M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il "prezzo vile": giudizio causale e trasparenza negoziale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 4, 2016, p. 506, che distingue tra contratto non conveniente per uno dei contraenti (la cui valutazione è rimessa all'insindacabile valutazione dei paciscenti) e contratto imposto dal contraente forte al contraente debole il cui squilibrio incide sulla causa del contratto; M. BESSONE, *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978, p. 209; A. RICCI, *Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2001, pp. 987 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, 2005; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale. Trattato Bessone*, Giappichelli, 2004, p. 19.

In tempi recenti, R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, pp. 1372 ss.

Contra, P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 218, ad avviso del quale, "un'indagine, scevra dal pregiudizio del dogma dell'autonomia negoziale, conduce al rilievo, secondo il quale «giusto» equivale non a «voluto», bensì ad «equilibrato», là dove l'equilibrio non si esaurisce nella mera proporzione (intesa come equivalenza economica), ma postula di valutare se il regolamento appaia giustificato alla luce dell'assetto valoriale dell'ordinamento. È il ragionevole bilanciamento tra i principi che concorrono nella fattispecie a consentire all'interprete di individuare la regola più adeguata per il caso".

⁴⁶⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 147; U. A. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Giuffrè, 2003, p. 186, per il quale, "la regola della rescissione per stato di bisogno limita la possibilità del giudice di accertare il rapporto tra le prestazioni al fine di individuare la mancanza di una ragione giustificativa del contratto con riferimento a quelle ipotesi in cui uno scambio, per quanto lesivo, comunque sussiste". *Contra*, S. GUADAGNO, op. cit., p. 744, per il quale, il legislatore, nell'ipotesi di rescissione del contratto sanziona "la libera esplicazione dell'autonomia negoziale, minata dalla scorrettezza altrui".

Tuttavia, negli ultimi decenni, dottrina⁴⁶⁵ e giurisprudenza⁴⁶⁶ non hanno mancato di mostrare un rinnovato interesse per il profilo della convenienza economica del contratto, specie nel momento della sua genesi⁴⁶⁷ e se risultato dell'alterazione in mala fede della libertà contrattuale di una delle parti⁴⁶⁸. Giova

⁴⁶⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 341 ss.; M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Jovene, 2006; A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra i privati*, Giuffrè, 2000, pp. 22 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 37; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 231 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, pp. 17 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 34, il quale ritiene che "la tutela costituzionale dell'autonomia privata, certamente possibile in linea teorica e anzi a mio avviso opportuna non solo per completare il quadro delle libertà patrimoniali ma ancora di più per esprimere una connotazione pregnante della persona, nel momento in cui viene riconosciuta fonte sia pure mediata di effetti giuridici, possa dirsi vittima di una serie di occasioni mancate"; R. SACCO, in R. SACCO-G. DENOVA, *Il contratto*, in Tratt. Sacco, tomo I, 2004, pp. 617 ss.

⁴⁶⁶ Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, pp. 347 ss.; Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, c. 784 ss.; Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Contratti*, 2016, p. 559; Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, c. 3121. Oltremodo rilevanti, in questo contesto, le pronunce della Corte Costituzionale in tema di caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c. Il riferimento è a Corte Cost. 24 ottobre 2013, n. 248 (ord.), in *Foro it.*, 2014, pp. 382 ss. e Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 77 (ord.), in *Contratti*, 2014, pp. 853 ss., laddove si dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità cost. dell'art. 1385 c.c., per contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto il giudice ben può rilevare ex officio la nullità della clausola negoziale che esprima una pattuizione non equa e fortemente sbilanciata in danno di una parte, per contrasto con l'art. 2 Cost. "che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone di buona fede, cui attribuisce vis normativa «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»".

⁴⁶⁷ È comunque indiscussa la rilevanza che assume la questione della rilevanza dell'equivalenza delle prestazioni contrattuali anche nella fase esecutiva del rapporto negoziale. Sul tema, cfr. M. AMBROSOLI, *La sopravvivenza contrattuale*, Milano, 2002, pp. 165 ss.; F. GAMBINO, *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, pp. 61 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, p. 16.

⁴⁶⁸ A ben guardare in siffatta ipotesi, il problema non è tanto quello di garantire l'equilibrio delle pattuizioni, quanto piuttosto quello di colpire le turbative della libertà di decidere che compromettono un'adeguata valutazione della convenienza dell'affare. A fronte di tali situazioni il rimedio risarcitorio rappresenta strumento utile ai fini della compensazione dello squilibrio in cui il contratto è esitato per effetto dell'alterazione del volere, allorché la parte conservi comunque interesse per il suo mantenimento in vita. In altri termini, la circostanza rappresentata è risolta dalla dottrina tradizionale attraverso il richiamo alla clausola generale di buona fede, deputata a realizzare valori di giustizia contrattuale in chiave risarcitoria. Si tratta della c.d. teoria dei «vizi incompleti del volere», ideata da M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, per fare riferimento a "quei contegni che, pur non integrando la fattispecie tipica del vizio, rivelano comunque un contegno contrastante con le indicazioni di condotta direttamente ricavabili dall'art. 1337 c.c.". Gli spunti esegetici in questione sono stati accolti anche dalla giurisprudenza di legittimità che, con una recente sentenza (Cass., 17 settembre 2013, n. 21255), che vedeva coinvolta la Fininvest, ha definitivamente conferito diritto di cittadinanza al danno c.d. da indebolimento della posizione negoziale.

La tesi in questione non va tuttavia esente da critiche. Cfr. al riguardo C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternative delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 711; G. DE NOVA, *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento*

notare, a tal riguardo, che il tracciato d'indagine senz'altro più interessante – non foss'altro per le resistenze che esso riceve e per lo sforzo dogmatico che impone nella ricerca di un fondamento giustificativo e dei rimedi per farvi fronte – è rappresentato dalla possibilità di edificare il concetto di contratto sulle basi del «dovere di equa negoziazione». Che risponda, cioè, all'adagio secondo cui la libertà di autoregolare i propri interessi trova un limite (e al tempo stesso la sua fonte di legittimazione) nella oggettiva proporzione delle prestazioni⁴⁶⁹.

Da qui, l'avvento del c.d. *governo giudiziario del contratto*⁴⁷⁰, che costituisce l'orizzonte di esperienza in cui collocare una nuova fase del contratto, incline a dare spazio alle «concezioni attuali basate sulla congruità dello scambio contrattuale»⁴⁷¹ e di converso a restringere la portata dell'autonomia privata⁴⁷².

In una prospettiva comparatistica, non può non rilevarsi come, nell'ordinamento francese, la mancata copertura costituzionale dell'autonomia privata sia stata interpretata quale assenza di limite alcuno per il legislatore nella statuizione di norme di protezione, inducendo, in simil modo, gli stessi interpreti a

del danno ex art. 2043 c.c., in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 15; L. ROVELLI, *I principi del diritto contrattuale europeo: tendenze e prospettive*, in *Il codice europeo*, Milano, 2001, p. 117.

Più in generale, per la rilevanza di una *procedural fairness* piuttosto che di una *substantial fairness*, si veda M. J. TREBILCOCK, *The limits of freedom of contract*, Cambridge, 1993, il quale ha cura di precisare che la tendenza in atto sia quella per la quale “lo squilibrio è accertato con riferimento a parametri essenzialmente oggettivi, sì che il legislatore parrebbe tutelare non tanto l'integrità dei consensi, quanto la razionalità e l'efficienza dello scambio. Ciò significa che la rilevanza della grave iniquità non risulta necessariamente legata alla presenza di una alterazione nel procedimento della formazione della volontà (per esempio stato di pericolo o di bisogno, abuso di dipendenza economica, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità commerciale).

⁴⁶⁹ Uno degli autori più autorevoli, che ha posto le premesse per un tale dibattito, le cui riflessioni sembrano aleggiare sulla recente giurisprudenza che ha riportato in auge la tematica in oggetto, è P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2 ed., Napoli, 1991; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, pp. 334 ss.

⁴⁷⁰ In tal senso, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, commentata da M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 2005, pp. 501 ss.

R. ROLLI, op. cit., p. 162, afferma in proposito che “La formula sintetizza efficacemente quel ruolo del giudice come organo della società civile, stimolato dai processi di globalizzazione, mettendo capo all'idea di un possibile «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale», largamente condivisa nei vari ordinamenti.

⁴⁷¹ F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 925.

⁴⁷² R. ROLLI, op. cit., p. 161, la quale rileva “è sempre più un dato della moderna esperienza giuridica la nuova funzione creativa del diritto demandata al giudice, dalla quale possono nascere nuove regole che superano quelle di fonte sia legale sia contrattuale; emerge, altresì, non solo una concezione del contratto sensibile al profilo della congruità dello scambio, ma anche un'idea di contratto sempre più flessibile, plasmabile capace di recepire le evoluzioni in atto alla luce dell'applicazione delle clausole generali”.

ricavare dalle disposizioni speciali principi generali sull'evoluzione dell'equilibrio contrattuale. Viceversa, nel sistema tedesco, la Corte Costituzionale ha elevato l'equilibrio contrattuale a compito principale dell'ordinamento⁴⁷³.

Nell'ordinamento nazionale, emblematica risulta essere una ormai risalente pronuncia della Suprema Corte, in tema di riducibilità della clausola penale eccessivamente onerosa, ove è dato leggere il superamento della natura eccezionale dell'intervento giudiziale in parola⁴⁷⁴.

Sul piano della moderna legislazione, emerge che la congruità dello scambio non sia un profilo che interessi unicamente il consumatore, ma più in generale il «contraente debole», complice il rinnovato ruolo svolto dalla causa in concreto, prestandosi quest'ultima ad implementare controlli diversi da quello della liceità sugli atti di autonomia, fino ad arrivare ad un sindacato sul merito della pattuizione⁴⁷⁵.

Sul finire degli anni Novanta, si registra una tendenza legislativa volta a conferire al giudice, in materia di equilibrio contrattuale, un potere di intervento sulla concreta pattuizione posta in essere⁴⁷⁶. In tal senso, si muovono, senza pretesa

⁴⁷³ In particolare, M. PENNASILICO, op. cit., p. 181, il quale rileva “più di recente, la legge sulla «modernizzazione» del diritto delle obbligazioni, in vigore in Germania dal 1° gennaio 2002, ha introdotto il nuovo § 313 BGB («*Störung der Geschäftsgrundlage*»), che attribuisce al giudice, nell'ipotesi di «alterazione del fondamento negoziale», il potere di adeguare il contratto, così aprendo alla «codificazione» del diritto giudiziale”.

⁴⁷⁴ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, p. 1929, ove si pone in risalto “che il complesso processo innestato, nei moderni sistemi giuridici, dal tramonto del mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni ha inciso anche sul fenomeno della riducibilità della penale, la quale ha per l'effetto finito col perdere l'iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, sì che la spiegazione della vicenda [...] appare spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti dell'autonomia privata”.

In tempi più recenti, Cass., 18 novembre 2010, n. 23273, in *Giur. it.*, 2011, p. 1522; Coll. Arb., 29 marzo 2006, in *Riv. arb.*, 2006, p. 386, con nota di F. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*. *Contra*, Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, in *Contratti*, 2014, p. 1027.

⁴⁷⁵ G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 16; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, pp. 209 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1994, pp. 100 ss.

⁴⁷⁶ V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto*, in *Politica dir.*, 2007, p. 455, il quale chiarisce “sul piano del diritto positivo, la legislazione europea (espressa principalmente nelle direttive) è stata senza dubbio un potente fattore di impulso del processo di cui ci stiamo occupando: il processo che vede nella «giustizia» del contratto un dato sempre più rilevante per definire sorte e regime del contratto stesso”.

di esaustività, la disciplina dei contratti tra consumatore e professionista che all'art. 33 cod. cons., in punto di definizione delle clausole vessatorie, ha introdotto il criterio del *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto* e all'art. 2 comma 2 lett. e) cod. cons. ha riconosciuto come fondamentali per i consumatori e gli utenti i diritti alla correttezza, trasparenza ed equità⁴⁷⁷; la l. 108/1996, in materia di usura, che nell'introdurre all'art. 644 c.p. l'inedita fattispecie dell'usura in concreto, ha sanzionato penalmente anche la corresponsione di interessi "che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque *sproporzionati* rispetto alla prestazione di denaro e di altra utilità"; contestualmente, sul piano dei rimedi civilistici, il legislatore riformista ha optato per un rimedio di carattere reale, prevedendo all'art. 1815 co. 2 c.c., a fronte di interessi usurari, la trasformazione del mutuo feneratizio in mutuo gratuito; degno di nota è poi il D.lgs. 231/2002, in materia di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, che all'art. 7 co. 1 statuisce che "l'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente *iniquo* in danno del creditore" e al co. 3 dello stesso articolo prevede che "il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1°, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo"⁴⁷⁸. Nello stesso senso si colloca anche la disciplina sulla subfornitura di cui alla l. 18 giugno 1998, n. 192, che all'art. 9 del pari sanziona con

⁴⁷⁷ S. GUADAGNO, op. cit., p. 747, il quale rileva "la normativa sulle clausole vessatorie non introduce quindi una valutazione della congruità economica delle prestazioni, purché sia garantita la libertà di consenso del contraente «debole», come confermato dal successivo art. 34, comma 2°, cod. cons., il quale subordina la valutazione dell'adeguatezza del corrispettivo all'assenza di trasparenza nella determinazione dell'oggetto".

⁴⁷⁸ In una diversa prospettiva, A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, cit., pp. 573 ss., per il quale "in queste ipotesi il legislatore non mira a funzionalizzare l'autonomia privata alla tutela di interessi superiori a quelli delle parti, ma, piuttosto, garantisce l'effettività dell'autonomia, secondo una concezione della stessa non semplicemente formale, ma, più correttamente, sostanziale. Del resto, così avviene ogni qual volta l'ordinamento dia rilevanza, contemporaneamente, allo squilibrio contrattuale e all'asimmetria informativa (o, comunque, di potere economico o normativo) dei contraenti. In tutti questi casi, infatti, avviene che (non più entrambe le parti, bensì) una delle parti dell'accordo, di fatto, non possa decidere il *quantum* di uno scambio, ma solamente il «mero se dell'atto»".

la nullità il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica ai danni di un'impresa cliente o fornitrice (co. 3), che ricorre quando “un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi”. Del pari, significativa sembra anche l'art. 62 della legge 24 marzo 2012, n. 27, che nel fornire una disciplina delle relazioni commerciali in materia di cessione di prodotti agricoli e agroalimentari, al comma 2 vieta delle condotte che ben possono essere ricondotte nel *genus* dell'abuso di dipendenza economica, prevedendo tuttavia, nel settore in parola, la sanzione amministrativa pecuniaria in caso di violazione delle prescrizioni.

Similmente, perseguono obiettivi di riequilibrio anche le nuove disposizioni in tema di fideiussione *omnibus* e di interessi anatocistici: sul primo versante, il nuovo art. 1938 c.c.⁴⁷⁹ ha imposto la fissazione di un importo massimo garantito; la consueta figura degli interessi anatocistici, disciplinata (limitatamente alla prassi bancaria) dall'art. 120 TUB, ha invece vissuto vicende alterne, dovute ad una schizofrenia legislativa che ha condotto, dapprima, a decretare la c.d. “morte dell'anatocismo”⁴⁸⁰, e successivamente – prima ancora che l'ordinamento terminasse il processo di elaborazione del lutto – ad una reviviscenza degli interessi anatocistici, anche se limitatamente agli interessi di mora⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Modificato dalla l. 17 febbraio 1992, n. 154. Il testo previgente recitava “La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione futura o condizionale”. Recentemente, v. C. MASIERI, *Contratti bancari - «importo massimo garantito nella fideiussione omnibus e nullità di clausole sugli interessi»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 6, pp. 787 ss.

⁴⁸⁰ La legge di stabilità per il 2014 (l. 27 dicembre 2013 n. 147) aveva infatti modificato il comma 2 dell'art. 120 TUB, in quanto prevedendo che “Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione di interessi nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria”, non riproponeva più la locuzione “produzione di interessi su interessi”, che legittimava, per il passato, la prassi dell'anatocismo bancario alle condizioni ivi previste. Peraltro, la norma, a conferma di tale risultato, proseguiva affermando che “gli interessi periodicamente capitalizzati non possono produrre interessi ulteriori che, nelle successive operazioni di capitalizzazione, sono calcolati esclusivamente sulla sorta capitale”.

⁴⁸¹ Il d.l. 14 febbraio 2016 n. 18, convertito con modificazioni dalla l. 8 aprile 2016, n. 49, ha sostituito la lett. b) del comma 2 dell'art. 120 TUB, con la previsione in virtù della quale “gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora”. V. FARINA, *La (ennesima) resurrezione dell'anatocismo bancario*, in *Contratti*, 2016, 7, pp. 705 ss., osserva che “Sotto un'apparente parvenza di conformità della disciplina al divieto di produrre interessi sugli interessi, in sede bancaria l'istituto dell'anatocismo è tornato, sia pur in forma surrettizia, a nuova e vigorosa vita”. F. CIVALE, *L'art. 120 del TUB versione 2016: il "valzer" degli interessi nei rapporti bancari*, in *www.dirittobancario.it*, 15 aprile 2016; MALVAGNA, *Legge 49/2016 e disciplina dell'anatocismo bancario: questioni di diritto intertemporale*, in *Atti convegno AssoCTU, Roma 12-13 maggio 2016*.

Dalle specifiche discipline di recente introduzione si ricava che la realizzazione dell'equilibrio contrattuale costituisce principio di portata tendenziale⁴⁸², non limitato allo specifico settore di riferimento⁴⁸³. Invero, già con l'avvento del vigente codice⁴⁸⁴, si affermò che “l'esistenza di un principio di equivalenza tra le prestazioni può ritenersi principio del nostro ordinamento in quanto fondamento giustificativo del rimedio della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta”⁴⁸⁵. Conclusione, questa, oggi avvalorata dall'ampliarsi, a seguito di numerosi interventi legislativi (di legislazione speciale e di settore), dei casi di sindacato sull'equilibrio contrattuale e dei rimedi preposti per la fase patologica dello stesso⁴⁸⁶. Più specificamente, si è sostenuto che la legislazione di settore (specie in punto di codice del consumo, delle assicurazioni e della proprietà intellettuale) appare essere complementare al codice civile non solo perché nella prima sono state trasposte alcune disposizioni contenute nel secondo, ma anche perché in essa si rinviene la specificazione di principi generali e regole presenti nel codice civile⁴⁸⁷ e, pertanto, suscettibili di applicazione analogica ed

⁴⁸² Giova notare come tale tendenza non costituisce, allo stato, un'acquisizione. Il che val quanto dire che la giustizia contrattuale non deve assurgere al rango di una categoria astratta. In termini G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 56, che scredita la tendenza “a isolare l'emersione di una categoria astratta di giustizia contrattuale capace di superare i limiti posti dalle regole, di recepire il principio di proporzionalità fra le prestazioni, di integrare il giudizio di meritevolezza (dell'art. 1322) e di buona fede si da consentire la dichiarazione di nullità del contratto ingiusto”.

⁴⁸³ Anche la dottrina d'oltralpe ha preso atto di questa evoluzione del diritto dei contratti, il cui compito sarebbe quello di “sviluppare criteri e metodi per realizzare un principio di giustizia contrattuale, e ciò proprio per la ragione che, nella realtà, la libertà contrattuale non esiste”. Così K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, V, II, *Istituti*, III ed., Giuffrè, Milano, 2011, edizione italiana a cura di A. Di Majo-A. Gambaro, p. 11.

⁴⁸⁴ M. PENNASILICO, *La correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 215, il quale rileva “non è, dunque, azzardato pensare che la correzione giudiziale dei contratti, troppo spesso percepita come eversiva dell'autonomia contrattuale, non costituisca altro che lo sviluppo o l'attuazione di un principio generale, già prefigurato nel codice civile”.

⁴⁸⁵ F. SANTORO-PASSARELLI, *Le dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1957, p. 165.

In tal senso, anche P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, cit., p. 219, il quale rileva “già nella codificazione del 1942 si rintracciano i primi segnali indicativi di un controllo sull'equilibrio nelle contrattazioni private: emergono l'idea dell'atto di autonomia quale sintesi di auto ed eteroregolamentazione (artt. 1339 e 1374 c.c.), nonché il disfavore verso condotte abusive e pattuizioni squilibrare (artt. 1384, 1447 e 1448, 1467, 1471, 1668, 1941, 2873 c.c.)”.

⁴⁸⁶ P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 425, per il quale i contratti d'impresa “non sono, dunque, una categoria di parte speciale, ma di parte generale, perché non attengono alla disciplina dei singoli tipi contrattuali, bensì alla disciplina del contratto in quanto tale, ossia in quanto strumento di autonomia privata”.

⁴⁸⁷ Ai fini della presente trattazione, un esempio che vale per tutti è la riducibilità della penale manifestamente iniqua da parte del giudice, ai sensi dell'art. 1384 c.c.

estensiva⁴⁸⁸. In un simile scenario, pertanto, non può non rilevarsi che, attraverso l'applicazione di clausole generali, si arriva – per una sorta di eterogenesi dei fini⁴⁸⁹ – ad “universalizzare” singoli istituti o rimedi di carattere settoriale, demandando al giudice un'indubbia funzione creativa del diritto⁴⁹⁰.

Superato, nei termini descritti, l'interrogativo in ordine alla sindacabilità della congruità dello scambio contrattuale⁴⁹¹, residuano, tuttavia, non pochi dubbi circa l'estensione del sindacato in parola, gli strumenti a tal uopo utilizzabili nonché le conseguenze da esso derivanti.

Quanto al primo aspetto, risulta ormai dato acquisito – come confermato dalla stessa legislazione speciale – la rilevanza giuridica del solo *squilibrio*

⁴⁸⁸ G. ALPA, *Codice del consumo. Principi e rapporto con normative di settore e codice civile*, Relazione svolta al Convegno di Bari, il quale ha rilevato “che è erronea la concezione del codice del consumo come legge speciale piuttosto dovrebbe essere inteso come legge complementare del codice civile, come se fosse una propaggine del codice civile, che, raccogliendo disposizioni di carattere più dettagliato di un determinato settore, comunque, non se ne allontana e non è certamente l'espressione ulteriore di una decodificazione, ma semmai una riappropriazione attraverso i codici di settore, della funzionalità e centralità dei codici”.

In tal senso, anche P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 821, ad avviso del quale, le discipline settoriali “non realizzano la costruzione di un diritto settoriale dei consumatori, ma costituiscono la più imponente modernizzazione del diritto generale dei contratti che si sia verificata nell'ordinamento giuridico italiano del dopoguerra. Per quanto specifico possa risultare l'ambito oggettivo di applicazione di alcune delle norme in questione, esse hanno complessivamente introdotto nell'ordinamento giuridico un nuovo nucleo di principi generali, che è compito dell'interprete riconoscere e valorizzare, superando i condizionamenti derivanti dalla contingente topografia delle disposizioni legislative”.

⁴⁸⁹ L'espressione “eterogenesi dei fini”, in tedesco “Heterogonie der Zwecke”, fu coniata dal filosofo e psicologo empirico Wilhelm Wundt. Con essa si fa riferimento a un campo di fenomeni i cui contorni e caratteri trovano più chiara descrizione nell'espressione «conseguenze non intenzionali di azioni intenzionali».

⁴⁹⁰ In tal senso, R. ROLLI, op. cit., p. 161, la quale evidenzia “emerge, altresì, non solo una concezione del contratto sensibile al profilo della congruità dello scambio, ma anche un'idea di contratto sempre più flessibile, plasmabile, capace di recepire le evoluzioni in atto alla luce dell'applicazione delle clausole generali”.

M. PENNASILICO, op. cit., p. 216, il quale chiarisce “tuttavia, ciò non significa che il giudice, pur essendo legittimato a modificare le clausole pattizie inique, possa riscrivere il contratto nel suo complesso: egli dovrà esercitare il proprio potere correttivo con misura e con ragionevole e congrua motivazione, al fine di evitare il rischio tanto di valutazioni soggettive e arbitrarie, quanto di un *vulnus* alla stabilità dei rapporti contrattuali e alla conservazione dei medesimi”.

⁴⁹¹ R. ROLLI, op. cit., p. 172, la quale rileva “la tendenza inaugurata dalla moderna legislazione e l'orientamento espresso innanzitutto dalla giurisprudenza e progressivamente assecondato anche dalla dottrina pare avere intrapreso una strada senza ritorno verso la rilevanza dell'equilibrio contrattuale. La tendenza emergente nell'esperienza nazionale fa parte di un più generale senso comune, condiviso anche dagli ordinamenti stranieri e dalle moderne esperienze delle codificazioni europee e del diritto metanazionale”.

*significativo o eccessivo*⁴⁹². Di converso, maggiori perplessità sussistono in ordine alla rilevanza giuridica anche del c.d. *squilibrio economico*: dagli indici legislativi richiamati e dalle applicazioni giurisprudenziali di cui *infra* (di cui si ritiene che le clausole *claims made* costituiscano il fanalino di coda) si evince la sindacabilità anche di tale tipologia di squilibrio, soprattutto alla luce della valorizzazione della disposizione di cui all'art. 2 co. 2 lett. e) cod. cons., intesa quale disposizione di portata generale, allorché venga in considerazione un contraente debole⁴⁹³.

Per ciò che attiene lo strumento attraverso il quale sarebbe possibile sindacare l'equilibrio contrattuale, la giurisprudenza *in parte qua* ha scontato una sorta di pendolarismo tra la causa concreta, la clausola di buona fede, l'equità e il criterio di ragionevolezza.

In alcuni casi, il controllo sulla congruità dello scambio è stato attuato attraverso il ricorso alla clausola generale di buona fede⁴⁹⁴, che ha costituito, ad esempio, l'avamposto per la tutela delle istanze solidaristiche affidate alla cura

⁴⁹² In rilievo, le disposizioni di cui all'art. 33 cod. cons.; art. 9 l. 192/1998 in materia di subfornitura; art. 7 D. Lgs. 231/2002 relativo alle pattuizioni riguardanti i termini di pagamento.

⁴⁹³ In punto, C. BOITI, *Alcune considerazioni sul contenuto economico del contratto*, in *Corti ombre*, 2016, pp. 3 ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, cit., pp. 233 ss.; 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. 606, ad avviso della quale, lo squilibrio contrattuale può dirsi realizzato qualora sia offerta la prova che il premio è stato calcolato "facendo riferimento a una classe di rischi non corrispondente a quello effettivamente coperto"; L. SCARANO, *Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, pp. 61 ss.; M. GORGONI, *Delimitazioni del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al contenuto del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 359 ss.; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., pp. 334 ss.

Tra gli altri, con varietà di accenti, P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, 2012, pp. 97 ss., il quale osserva "la connessione tra principi e diritti fondamentali e rapporti interprivatistici evidenzia la rilevanza del contenuto economico del contratto nel nuovo sistema giuridico. L'equilibrio economico del contratto [...] assume valenza concreta, rispondente a un generale criterio di equità che deve informare le relazioni commerciali, scardinando il dogma della «intangibilità» del contenuto negoziale, e aprendo la strada a forme di intervento correttivo sul medesimo, sia a carattere positivo, che giudiziale"; R. ROLLI, op. cit., *passim*.

Giova notare, peraltro, che la sindacabilità dell'equilibrio economico è stata ammessa anche nell'ambito della disciplina del contratto in generale e a prescindere dall'esistenza di un consumatore o di un contraente qualificabile come soggetto debole. Il riferimento è alla rilevanza d'ufficio della manifesta eccessività della clausola penale ex art. 1384 c.c., consacrata con la nota sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 13 settembre 2005, n. 18128.

⁴⁹⁴ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, osserva che la clausola di buona fede "è indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica".

dell'organo giurisdizionale, attraverso il riconoscimento al medesimo del potere di ridurre d'ufficio la clausola penale eccessivamente onerosa⁴⁹⁵. La rilevanza della buona fede in funzione di riequilibrio delle prestazioni negoziali⁴⁹⁶ si è manifestata

⁴⁹⁵ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit., ove a tal riguardo si legge che “il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva risponde ad una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata – in sintonia con il principio costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti negoziali, e con la clausola di buona fede, inerente anche alla fase della formazione del contratto – e può di conseguenza essere esercitata d'ufficio, anche in difetto di istanza della parte interessata”. Tale decisione, che ha innovato un consolidato orientamento giurisprudenziale che condizionava l'intervento correttivo del giudice ad un'esplicita iniziativa dell'interessato, è stata di lì a poco sconfessata da una successiva pronuncia di legittimità (Cass. 20 ottobre 2000, n. 14172) che ha ripristinato il tradizionale principio per il quale la riducibilità della penale ex art. 1384 c.c. deve essere sempre richiesta specificamente dall'interessato, essendo di guisa precluso al giudice qualsivoglia potere officioso in tal senso. La questione è stata definitivamente risolta dalla famosa pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, 13 settembre 2005, n. 18128, che ha conferito al giudice il potere di riduzione d'ufficio della penale manifestamente iniqua.

⁴⁹⁶ In questi termini anche Cass. 11 febbraio 2005, n. 2855 (pronunciata in tema di riduzione del canone in presenza di vizi dell'immobile), che afferma che la buona fede si pone “come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto, nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno *standard* di normalità sociale, e quindi di ragionevolezza”. Anche in questo caso, quindi, al pari della possibilità attribuita al giudice di ridurre la penale secondo equità, la buona fede funge da grimaldello per conformare, in senso oggettivo e in ossequio ad istanze solidaristiche, l'autonomia privata nella determinazione dei parametri economici delle prestazioni contrattuali

Giova dare atto, a tal riguardo, della battuta di arresto in questa direzione che sembra provenire dalle recenti Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, con la sentenza del 19 ottobre 2017, n. 24675, in tema di usura sopravvenuta. Nell'aderire alla tesi negazionista circa l'ammissibilità e la rilevanza del fenomeno dell'usura sopravvenuta, la Corte di Cassazione, nella parte motiva della pronuncia, espressamente afferma che “far salva la validità ed efficacia della clausola contrattuale non significa negare la praticabilità di altri strumenti di tutela del mutuatario previsti dalla legge, ove ne ricorrano gli specifici presupposti”, equivalendo, viceversa, unicamente all'esclusione, dal novero di tali rimedi, di quello “costituito dalla invalidità o inefficacia della clausola in questione”. Tuttavia, la Suprema Corte, non ha inteso avallare, quale rimedio alternativo esperibile dal mutuatario a fronte di un tasso divenuto successivamente usurario, la praticabilità dello strumento della buona fede oggettiva nell'esecuzione dei contratti ex art. 1375 c.c. Si legge infatti nella sentenza che “La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo senso può allora affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375 cod. civ.; ma va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente ad un diritto validamente riconosciuto dal contratto”. Commenta in questi termini il passaggio motivazionale in parola (rimarcando la coerenza della decisione, nonostante l'apparente apertura contenuta nella parte finale della decisione, circa la possibilità di un sindacato del giudice secondo il parametro della buona fede) G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Corr. giur.*, 2017, 12, p. 1495, che sottolinea come “La Suprema Corte, infatti, restituisce alla buona fede il valore che le è proprio, di regola cioè volta a presidiare la corretta esecuzione del rapporto, e non di strumento di modifica surrettizia dell'equilibrio contrattuale, quale finisce invece per diventare nelle prospettazioni dei sostenitori della teorica dell'usura sopravvenuta. In questa prospettiva l'unica valutazione che potrà essere compiuta dal giudice - ma allora non diversamente di quanto avviene in ogni rapporto di credito/debito indipendentemente dal problema di una sua supposta usurarietà sopravvenuta - consisterà pertanto nel verificare se la riscossione

attraverso (oltre che la buona fede esecutiva, *ex art. 1375 c.c.*, anche) la buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c., in simil modo soverchiando l'orientamento tradizionale, alla stregua del quale la buona fede, intesa in termini di criterio oggettivo di interpretazione, è da considerarsi sussidiario rispetto ai canoni soggettivi⁴⁹⁷.

Non meno significativo il ricorso, ad opera delle stesse Sezioni Unite della Cassazione, all'equità per legittimare – con una *vis* ancora maggiore che nel passato⁴⁹⁸ – la rilevabilità d'ufficio della penale manifestamente sproporzionata, sulla premessa che il potere attribuito al giudice di riduzione della penale si atteggia quale limite all'autonomia privata di natura legale, a tutela di un interesse di ordine

degli interessi, e non certo la loro misura, avvenga attraverso comportamenti scorretti”. Rileva, invece, una disarmonia di fondo nel *dictat* delle Sezioni Unite, S. PAGLIANTINI, *L'usuraietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1490 ss., ad avviso del quale sussiste “il problema rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale nella parte in cui, com'è fin troppo noto, fu sentenziato che il darsi, per il medio di un'interpretazione autentica, unicamente di un'usura originaria, non scherma l'esperibilità degli “ulteriori istituti e strumenti di tutela del mutuatario, secondo la generale disciplina codicistica dei rapporti contrattuali” (29/2002): e qui le SS.UU., se non sbandano, finiscono per intorbidare alquanto il loro discorso”.

⁴⁹⁷ Cass., 25 gennaio 2000, n. 805, in *Mass. Foro it.*, 2000, ove si legge “il principio di buona fede può giustificare l'attribuzione ad una singola clausola contrattuale di un significato non coincidente con quello espresso dalla sua formulazione letterale”.

In dottrina, M. PENNASILICO, op. cit., p. 789 che discorre della disposizione di cui all'art. 1366 c.c. in termini di “correzione giudiziale «forte» o «cogente», che è stata definita «antagonista» dell'autonomia contrattuale, ma che esprime, a mio avviso, un potere correttivo in funzione non già «eversiva» o «destabilizzante», bensì di garanzia dell'autonomia contrattuale, correttamente esercitata all'interno di un ordinamento sociale di diritto, nel quale il mercato stesso è qualificato [...] come «istituzione di utilità sociale»”.

In relazione al collegamento, individuato da attenta dottrina, tra l'art. 1366 c.c. e il dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., rileva D. ACHILLE, *La funzione ermeneutica della causa del contratto*, cit., pp. 37 ss., che “Si è in tal senso attribuita alla buona fede interpretativa una funzione conformativa della libertà contrattuale all'esigenza di rispetto del dovere di solidarietà sociale, che in base agli elementi valoriali della Costituzione e della legalità comunitaria può indurre a preferire l'interpretazione più conforme a detti valori. Il tema è ampio, ma limitando il discorso alla buona fede interpretativa, non sembra che il richiamo all'art. 2 cost., così come prospettato dalla dottrina in parola, sia pienamente rispondente al ruolo che la clausola generale in questione è tenuta ad assumere nel procedimento ermeneutico, e ciò non tanto perché sia da respingere in generale un collegamento tra libertà contrattuale, buona fede e solidarietà sociale, posto che crediamo sia senz'altro da affermare il principio per cui l'autonomia privata deve tendere a realizzare un assetto di interessi rispettoso della solidarietà sociale, quanto piuttosto perché per tale via si finisce, da un lato, per attribuire al canone ermeneutico in questione un ruolo differente rispetto a quello più propriamente interpretativo e, dall'altro, perché si rischia di prescindere dalle concrete circostanze e dalla obiettiva volontà delle parti, finendo per far perdere concretezza alla clausola generale di buona fede”

⁴⁹⁸ Cfr. nota 129 per l'avvicinarsi delle pronunce di legittimità *in subiecta materia*.

generale: limite, tuttavia, non prefissato dal legislatore ma individuato, caso per caso dal giudice sulla scorta del principio di equità⁴⁹⁹.

A voler proseguire, sempre più frequentemente si fa ricorso alla generale applicazione di rimedi di natura settoriale, primo fra tutti la nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica ex art. 9 l. 192/1998⁵⁰⁰. Di converso, non mancano i casi in cui la giurisprudenza mette capo ad un giudizio sulla congruità dello scambio, facendo uso di rimedi di ordine generale per risolvere questioni particolari e dibattute: il riferimento è alla nullità – parziale – sopravvenuta (in uno alla sostituzione della clausola con il tasso soglia, ex art. 1339 c.c.) della clausola di determinazione del tasso di interesse, allorché ricorrano gli estremi della c.d. usura sopravvenuta⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Cass. SS. UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

⁵⁰⁰ Di recente, Trib. di Bergamo, Sez. IV, 4 gennaio 2017, ha affermato che il “Il disposto di cui all’art. 9, L. 18 giugno 1990, n. 192, in tema di divieto di abuso di dipendenza economica, è di generale applicazione, non essendo limitato ai soli rapporti di subfornitura”. Conformi, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari 6 maggio 2002, in *Il civilista*, 2010, 6, 92; Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, c. 1604; Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002; Trib. Taranto 17 settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, I, 3440; Trib. Roma 5 novembre 2003, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, 1; Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Gius.*, 2004, 2293; Trib. Trieste 21 settembre 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 10, 210; Trib. Torre Annunziata, ord. 30 marzo 2007; Trib. Roma 30 novembre 2009, in *Foro it.*, 2011, 1, I, 256; 2003; Trib. Roma, ord. 17 marzo 2009; Trib. Catania, ord. 09 luglio 2009; Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Giur. comm.*, 2011, 6, II, 1471; Trib. Torino 21 novembre 2013, in *Foro it.*, 2014, 2, I, 610. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., Sezioni Unite, 25 novembre 2011, n. 24906; Cass., 23 luglio 2014, n. 16787.

In dottrina, cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 2000, p. 926, il quale osserva “pur se inserito in una legge speciale, il divieto di abuso di posizione dominante appartiene quindi alla disciplina generale del contratto, in quanto pone un limite di fondo all’autonomia privata. Esso segna un ulteriore, importante ingresso del principio di buona fede nelle relazioni tra imprese”; più di recente si segnala A. STABILINI, *Il concetto di dipendenza economica e la generale applicazione della disciplina relativa all’abuso di dipendenza economica*, in *Le Società*, 2017, n. 11, p. 1283; R. CATALANO, *Rilevanza giuridica delle disparità tra contraenti e abuso di dipendenza economica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, n. 11, p. 2355; ID., *Profili di convergenza tra «impresa» e «professionista»: la questione dell’ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 4, p. 1173; F. OCCELLI, *Abuso di dipendenza economica, possibili rimedi e regola di buona fede*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 11, p. 2413.

⁵⁰¹ La configurabilità dell’istituto dell’usura sopravvenuta è alquanto controversa, sia in dottrina che in giurisprudenza. Si sono schierate nel senso dell’ammissibilità dell’usura sopravvenuta, *ex multis*, Cass., 12 aprile 2017, n. 9405, in www.ilquotidianogiuridico.it; Cass., 17 agosto 2016, n. 17150, in *Il caso.it*, 2016; Cass., 11 gennaio 2013, nn. 602-603, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 487; Cass., 25 maggio 2004, n. 10032, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 5; Cass., 13 giugno 2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, 2002, p. 2109; Cass., 17 novembre 2000, n.14899, in *Corr. giur.*, 2001, 43; Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Foro it.*, c. 2180, ove si legge, “sotto altro profilo, se è vero che nella giurisprudenza di questa corte si è affermato in via di principio, che il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto, è anche vero che in dottrina è stato posto in rilievo come, verificandosi un concorso tra autoregolamentazione pattizia ed eteroregolamentazione normativa, si renda insostenibile la tesi che subordina l’applicabilità dell’art. 1419, comma 2°, cod. civ. all’anteriorità della legge rispetto al contratto, poiché

Il tracciato d'indagine senz'altro più interessante, per il tema che qui ci occupa, è tuttavia quello alla stregua del quale verificare se, laddove venga in esponente uno squilibrio significativo ed eccessivo – e quindi, alla luce delle considerazioni testè svolte, senz'altro intollerabile – il requisito della causa possa assurgere, nelle varie declinazioni che ad essa fanno capo, a strumento con il quale sanzionare lo scambio iniquo. In un simile scenario, l'attenzione degli interpreti si è concentrata sulle qualità vessillifere della causa, per verificare se la giustiziabilità delle convenzioni inique (*id est* squilibrate) possa essere inclusa nel novero di esse⁵⁰².

La giurisprudenza, in alcune risalenti pronunce, muovendo dalla nozione di causa come funzione economico individuale del contratto, si è spinta ad affermare che il requisito previsto dall'art. 1325 n. 2 c.c. – nei contratti a prestazioni corrispettive – imponga la necessità di accertare l'adeguatezza, in termini di valore, di ciascuna prestazione rispetto all'altra. Più esattamente, è stato ritenuto nullo per difetto di causa il contratto commutativo privo di un equilibrio *almeno tendenziale*

l'inserimento *ex art.* 1339 cod. civ. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni non ancora eseguite (in tutto o in parte)".

Tuttavia sembra che sia stata messa la parola fine a tale dibattito, con la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, del 19 ottobre 2017, n. 24675, che ha negato decisamente la configurabilità dell'usura sopravvenuta affermando che "allorchè il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della L. n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula". Per i primi commenti della decisione cfr., G. FEDERICO, *Il denaro e il tempo. Brevi note su SS.UU. n. 24675 del 18 luglio 2017 in materia di "usurarietà sopravvenuta"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2017, 29; L. MORISI, *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *I Contratti*, 2017, 6, pp. 640 ss.; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, cit., pp. 1495 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corriere giuridico*, 2017, 12, pp. 1487 ss.; G. CARRIERO, *Usura sopravvenuta. C'era una volta?*, in *Foro it.*, 2017, 11, pp. 3832 ss. In questo senso, già precedentemente, Cass., 19 gennaio 2016, n. 801, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 284; Cass., 27 settembre 2013, n. 22204, in *Foro it.*, 2014, c. 128; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26499, in www.iusexplorer.it; Cass., 30 novembre 2007, n. 25016, in *Guida dir.*, 2008, p. 65; Cass., 19 marzo 2007, n. 6514, in *Giust. civ.*, 2008, p. 2232; Cass., 22 luglio 2005, n. 15497, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 6; Cass., 25 marzo 2003, n. 4380, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 600; Cass., 24 settembre 2002, n. 13868, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1707; Cass., 26 giugno 2001, n. 8742, in www.iusexplorer.it.

⁵⁰² Storicamente, peraltro, si rileva come "l'accostamento della *cause raisonnable* alla *cause juste* sia stato, per antiche suggestioni, un luogo costante nella letteratura giuridica francese fin dai tempi di Domat. Influenze etiche e istanze equitative si rintracciano in tutto l'arco della storia del concetto". Così U. BRECCIA, *Causa*, cit., p. 49.

tra le prestazioni⁵⁰³, identificandosi in tal modo la mancanza di equilibrio contrattuale nella mancanza di causa⁵⁰⁴.

La scarsa fortuna che ha avuto tale indirizzo non ha tuttavia fiaccato l'estro della giurisprudenza che, complice la moderna configurazione della causa non soltanto in termini concreti⁵⁰⁵, ma addirittura da taluno ripensata alla stregua di

⁵⁰³ Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, c. 1506, secondo cui, “nei contratti a prestazioni corrispettive, il difetto di equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni e, a maggior ragione, il difetto *tout court* della pattuizione di un corrispettivo o, comunque, della ragione giustificativa della prestazione prevista, comporta l'assoluta mancanza di causa del contratto e, per l'effetto, la nullità della statuizione”; già precedentemente, Cass., 27 luglio 1987, n. 6492, in *Mass. Foro it.*, 1987, che ha giudicato nullo “per mancanza di causa il contratto a prestazioni corrispettive nel quale non vi sia un'equivalenza, almeno approssimativa o tendenziale, delle prestazioni, come quando una delle parti si obblighi ad una prestazione senza che, in cambio, le venga attribuito nulla di più di quanto già le spetti per legge”. Aderiscono a tale conclusione, Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994; Cass., sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Le banche dati del Foro it.*, 2006; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Dir. giustizia*, 2005, p. 21.

Giova notare che la questione della distinzione del prezzo completamente irrisorio da quello grandemente inferiore a quello di mercato ma non del tutto privo di valore intrinseco, era già stata presa in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità, che con la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I, 24 febbraio 1968, n. 632, aveva considerato nulla la compravendita a prezzo irrisorio in quanto mancante di un elemento essenziale del tipo legale, cioè il prezzo. Sulla tendenza a considerare il prezzo elemento costitutivo del tipo legale D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 3, il quale evidenzia che “gli elementi essenziali della compravendita, che cioè vengono richiesti in ogni singolo contratto di compravendita, e la mancanza anche di uno solo dei quali determina la nullità del contratto, sono quattro: i soggetti, il consenso, il diritto da trasferire, il prezzo”.

⁵⁰⁴ *Contra*, in giurisprudenza, Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, c. 2489, secondo cui, “la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa compravenduta, ma non privo del tutto di valore intrinseco, non può determinare la nullità (del contratto) [...] per mancanza di causa”. In tempi più recenti Cass., 19 aprile 2013, n. 9640, riferisce che “solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto”. Conforme, Cass. Civ., I sez., 4 novembre 2015, n. 22567, con nota critica di M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il ‘prezzo vile’: giudizio causale e trasparenza negoziale*, cit., p. 504, che muove dalla considerazione che “tra le funzioni eminenti del giudizio causale vi è quella di assicurare la trasparenza negoziale, ossia la riconducibilità del contratto alla “logica mercantile” sanzionata dal requisito della causa e l'assenza nei relativi trasferimenti di ricchezza di ragioni che confliggano con i limiti sistemici del “dono” o dell'“azzardo o coinvolgano la violazione di principi e norme imperativi. Il criterio della insindacabilità del prezzo vile, invece che garantire la insindacabilità del giudizio di convenienza, vanifica la reale esperibilità di tale controllo causale”. Di guisa che, l'autore suggerisce il “criterio funzionale della “intelligibilità corrispettiva del prezzo”, ossia della riconoscibilità del prezzo come corrispettivo del bene o della prestazione della quale dovrebbe rappresentare l'equivalente monetario”. *Contra*, in dottrina, F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, cit., pp. 149 ss.

⁵⁰⁵ R. ROLLI, op. cit., p. 231, per la quale, “occorre senza dubbio chiarire che non si vuole affermare che la causa in astratto non esiste più, ma che in sede di verifica della causa, il giudizio di rispondenza della causa in concreto alla causa in astratto si è esteso e non è più limitato a verificare l'asettica e formale congruenza tra i due parametri”.

clausola generale dell'ordinamento giuridico⁵⁰⁶, ha nel tempo (più o meno espressamente) coniato un *principio di adeguatezza* del sacrificio patrimoniale imposto ad una parte, in relazione al sacrificio della controparte, il cui difetto importerebbe un vizio della causa, *sub specie* di immeritevolezza degli interessi in concreto perseguiti⁵⁰⁷. Che, in ultima analisi, porta con sé la consacrazione di un *principio generale di adeguamento del contratto*⁵⁰⁸.

Tanto induce a fare i conti con un'attività giudiziale che, nell'intento di scorgere la sussistenza (e la reale essenza) della causa nei contratti commutativi, si spinga all'accertamento, oltre che dello scambio di due prestazioni, altresì della stima del valore delle medesime, al precipuo fine di verificare la ricorrenza di uno squilibrio eccessivo (in termini sia normativi che economici⁵⁰⁹). A monte di una

⁵⁰⁶ Si tratta della tesi propugnata da R. ROLLI, op. cit., passim, ma nello specifico pp. 247 ss. Quanto alla idoneità delle clausole generali ad essere "costantemente aperte alla possibilità di nuove applicazioni" nonché a farsi da portavoce di valori la cui rilevanza emerge progressivamente nell'ordinamento, cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, 1986, pp. 18 ss.

⁵⁰⁷ La giurisprudenza ha fatto applicazione di questo principio, ancora una volta, con riferimento al potere officioso di riduzione della clausola penale manifestamente iniqua. Si legge infatti nella sentenza della Corte di Cassazione, 28 settembre 2006, n. 21066, che un potere di tal fatta è riconosciuto al giudice "al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela". In termini, R. ROLLI, op. cit., p. 235, che rileva a tal riguardo che, di tal guisa, "anche il contratto tipico – la clausola penale – può essere sindacato per mancanza di causa quando persegue interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, quale, ad esempio, un vantaggio ingiustificatamente e irragionevolmente eccessivo, e dunque, gravemente incongruo". L'A., peraltro, non manca di considerare, alla nt. 298, che questa "in ultima analisi, è la ratio decidendi sotteso all'indirizzo giurisprudenziale che ha ammesso il rilievo d'ufficio della manifesta eccessività della penale, inaugurata da Cass. 24 settembre 1999, n. 10511. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993, p. 581, rimarca che "la clausola che preveda una penale manifestamente eccessiva è considerata clausola diretta a realizzare interessi non meritevoli di tutela".

⁵⁰⁸ In questi termini F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 188.

⁵⁰⁹ R. ROLLI, op. cit., p. 232. In tal senso, in passato, A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit., pp. 68-69, che assegna al giudizio di meritevolezza "un controllo anche sul modo di risoluzione del conflitto di interessi" che "deve ritenersi legittimo (...) nei limiti in cui conduca a negare tutela giuridica ad un assetto di interessi che, portando a sopraffare il contraente debole, appaia manifestamente iniquo"; R. LANZILLO, *Regole di mercato e congruità dello scambio*, cit., p. 333, la quale, nel riflettere sui possibili rimedi per privare di efficacia le pattuizioni inique, afferma che ci si potrebbe avvalere "di numerose altre norme del c.c., non specificamente destinate ad evitare contrattazioni inique, ma tuttavia utilizzabili anche a tale scopo. La nozione di causa del contratto, potrebbe consentire una valutazione in termini di congruità dei reciproci sacrifici e vantaggi, sotto diversi profili, soprattutto là dove si tratta di attribuire effetti a nuove figure contrattuali, esaminando se rispondano ad interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c."; F. SANTORO PASSARELLI, op. cit., p. 8 il quale evidenzia "non si può non ravvisare in questo complesso, appena accennato, di interventi, tutti ispirati dall'intento di controbilanciare una sostanziale disparità di potere contrattuale esistente tra le parti – il segno che l'ordinamento intende la funzione del contratto in modo diverso dal passato: non si contenta, cioè, che esso realizzi un qualsiasi serio assetto di interessi tra le parti, ma pretende che si tratti di un

simile conclusione si pone il superamento dell'anacronistico principio di insindacabilità dell'autonomia privata intesa quale dogma⁵¹⁰, reso possibile dal formarsi di un indirizzo giurisprudenziale volto a sindacare il contratto secondo il principio della congruità dello scambio⁵¹¹. Elevata la *giustizia contrattuale* a valore dell'ordinamento, si afferma l'espandersi dell'ambito applicativo della causa a tale materia, con la conseguenza che "l'adeguatezza dei contenuti contrattuali, attraverso la clausola di giustizia contrattuale, non è più un limite esterno al contratto, ma ne rappresenta un limite interno, così che le negoziazioni devono essere ora rispettose del controllo di giustizia, perché questo è coesistente all'autonomia negoziale, che altrimenti non supererebbe il vaglio di meritevolezza⁵¹²".

assetto equo". Segnala il trend giurisprudenziale di "recupero del giudizio di meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente, in funzione di protezione del contraente debole, in caso di significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale" G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1526.

⁵¹⁰ P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p. 229, il quale chiarisce "l'autonomia privata, difatti, non ha alcun bisogno di previe concessioni da parte dell'ordinamento, ma si sviluppa in modo originario per proprio conto".

⁵¹¹ M. PENNASILICO, op. cit., p. 180, ove evidenzia "oggi, al contrario, la libertà contrattuale cede il passo al potere unilaterale e l'uguaglianza è sempre più spesso un'illusione, tant'è che l'idea della giustizia *basata* sul contratto è ormai capovolta dalla convinzione che il contratto *deve essere basato* sulla giustizia; con la conseguenza che, quando lo squilibrio contrattuale è eccessivo ed è frutto dell'approfittamento della debolezza, vulnerabilità o dipendenza di un contraente verso l'altro, il giudice può intervenire per correggere il contratto e rimuovere l'abuso".

⁵¹² Così F. VOLPE, op. cit., pp. 258 ss. *Contra*, in tempi recenti, M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir. priv.*, 2017, pp. 1012 ss., per il quale, "il sindacato sull'equilibrio economico del contratto rappresenta uno strumento non solo più incisivo della debole tutela offerta dalla vessatorietà, bensì anche immune dal rischio, a dispetto del controllo sulla meritevolezza della causa, di soluzioni ideologicamente connotate"; M. HAZAN, *Polizza di responsabilità professionale: valida la clausola claims made pura?*, in www.altalex.com, per il quale "l'evocazione di una possibilità, per il giudice, di "rivedere" il rapporto sinallagmatico, non per integrarlo (*ex art. 1374 c.c.*) né per interpretarlo secondo buona fede (in caso di clausole dubbie), ma per riequilibrarlo, ove ritenuto sproporzionato, pare operazione rischiosa, riportando all'interno del contratto un vaglio (di correttezza e buona fede, più che di meritevolezza...) che dovrebbe invece riguardare la fase della formazione del vincolo negoziale. [...] Il valore delle prestazioni oggetto di scambio, infine, sembra elemento rimesso, più di ogni altro, alla discrezione delle parti, non rilevando neppure, ai fini dell'eventuale annullamento per errore (sul prezzo...) del contratto. Considerare la misura del premio quale criterio attorno al quale condurre quel giudizio di meritevolezza (e di eventuale, e conseguente, nullità) evocato dalle Sezioni Unite sembra, in ultima analisi, un'opzione giuridicamente azzardata e, comunque, rischiosa per la stessa sicurezza e stabilità dei traffici economici"; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 ss., per il quale si tratta di "uno stile di decisione e di argomentazione che riesce difficile condividere. [...] Finiremo con l'includere anche la categoria della causa concreta (pur così accattivante, pur così promettente) nel catalogo dei «mezzi» troppo imperfetti – troppo spesso oscillanti fra impieghi futili e impieghi perfino un po' pericolosi - per essere tranquillamente giustificati dai «fini»? Finiremo con l'ascriberla alla serie di quelle

Si tratterebbe, peraltro, di porre in essere la medesima rilettura in chiave riequilibratrice, già sperimentata dalla giurisprudenza con riguardo ai contratti atipici, anche rispetto al segmento della contrattazione tipica, sì da gettare le basi per una valutazione di immeritevolezza dello squilibrio ex art. 1322 comma 2 c.c.

«buone intenzioni» di cui è purtroppo lastricata la via dell'Inferno? (L'Inferno – intendo- della distorsione dei concetti e della torbidezza dei ragionamenti. Dunque, dell'arbitrio delle decisioni). Non lo considero un esito ineluttabile. È sufficiente – per scongiurarlo- che gli interpreti evitino di innamorarsi superficialmente della causa concreta intesa solo come bella formula; non si appaghino di profferirla godendone il suono, ma si sforzino di afferrarne e tenerne saldamente i contenuti e i confini; rifuggano di viverla come una formula magica, come un mantra assai *trendy* ma vuoto; e si decidano piuttosto a trattarla più laicamente e più sobriamente, come strumento operativo da maneggiare con sapienza professionale per produrre giudizi al tempo giusti tecnicamente ben fondati”; M. QUAGLIERI, *Causa concreta e equo temperamento degli interessi*, cit., p. 386, il quale osserva che l'istituto della causa, *sub specie* di giudizio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 co., 2 c.c., “se può essere un elemento che concorre a disvelare l'assetto dei reciproci interessi delle parti (e che quindi è funzionale all'attività giurisdizionale), si pone invece quale limite all'intervento del Giudice. Fondare il potere di riequilibrare l'assetto delle prestazioni reciproche sull'elemento che le descrive finisce coll'essere un mero non senso”. L'Autore prosegue alla nota 42 discorrendo di “limite interno, poiché il semplice squilibrio nel valore delle prestazioni non comporta di per sé la nullità del patto (anche al di là dell'applicazione dell'art. 1448 c.c.), posto che la teoria della causa obbliga il Giudice a ricercare eventuali scopi individuali delle parti ulteriori alla semplice percezione del corrispettivo”; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., pp. 431-432, non condivide l'interpretazione che assegna al giudizio di meritevolezza la funzione di controllo dell'equilibrio dello scambio, perplessità che deriva non solo dalla “difficoltà di giustificare, stante la lettera della legge, una applicazione estensiva, ma anche dall'impossibilità di individuare nell'equilibrio dello scambio un fattore determinante la efficacia giuridica di un contratto. (...) Ma poiché il giudizio di meritevolezza serve per selezionare i contratti che perseguono interessi degni di protezione giuridica e non per stabilire le modalità attraverso le quali tali interessi sono in concreto realizzati, non pare corretto assumere come criterio di apprezzamento della autonomia privata la meritevolezza, quando il problema da risolvere riguarda le modalità dello scambio. In altri termini la meritevolezza delimita la giuridicità dei rapporti privati in ragione delle situazioni finali che essi creano e non può, perciò, essere sovrapposta ad altre valutazioni, quali la sussistenza dell'equilibrio negoziale. (...) Pertanto, se si vuole assumere l'equilibrio come un elemento immanente nel contratto con la conseguenza che la sua mancanza fa venir meno l'idoneità del contratto a creare un vincolo efficace, si debbono utilizzare sistemi di controllo sull'autonomia privata diversi da quello di meritevolezza”. In particolare l'A. ritiene, a p. 433, che “la realizzazione dell'equilibrio contrattuale rimane affidata alla buona fede ed all'equità: la prima diretta a modellare il contenuto negoziale secondo i canoni della correttezza e della lealtà: l'altra preposta alla determinazione della giustizia singolare. Le correzioni che si ottengono attraverso la buona fede e l'equità non sono, però, nel senso di togliere efficacia alla convenzione privata, ma di modificarne le conseguenze”. Dubbioso sull'impiego del giudizio di meritevolezza per sindacare lo squilibrio contrattuale, G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., p. 1527, anche nt. 32. Sull'opportunità di tenere distinti i piani del giudizio di meritevolezza e del principio di ragionevolezza (commistione cui inevitabilmente giungono quegli autori che identificano il contratto immeritevole con il contratto abusivo degli interessi dei terzi), cfr. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 800, laddove si precisa che si tratta “di due piani concettuali diversi che difficilmente appaiono sovrapponibili e che operano in due fasi diverse dell'esercizio dell'autonomia negoziale. La meritevolezza indica il positivo una qualità dell'atto di autonomia negoziale, individuando a priori i principi dell'ordinamento che consentono all'autonomia negoziale di superare i limiti posti dalle norme ordinarie, la ragionevolezza indica in negativo ciò che l'atto di autonomia negoziale non deve realizzare ed è principio che si applica nella fase esecutiva quando si valuta lo squilibrio tra le posizioni contrattuali”.

a tutto tondo. Il riferimento è, in particolare, a quel filone giurisprudenziale che, in materia di *leasing*, ha a più riprese dichiarato nulla la c.d. clausola di inversione del rischio (che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna), in quanto immeritevole in virtù dello squilibrio che essa ingenera (e violativa altresì del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto⁵¹³). Allo stesso modo è stato ritenuto non meritevole di tutela il contratto atipico di fornitura a domicilio di prestazioni didattiche, nel caso di prevaricazione o di approfittamento in danno del contraente c.d. debole, vale a dire del soggetto in condizioni personali tali da non poter, in relazione al caso concreto, influire in modo significativo sulla determinazione del contenuto del contratto⁵¹⁴.

La bontà della soluzione che si viene testè argomentando (*id est* la sindacabilità dell'equilibrio delle prestazioni mercè il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. capoverso), non viene punto scalfita nemmeno se si volge lo sguardo ai sistemi d'oltralpe, e segnatamente a quello francese, il cui diritto dei contratti e delle obbligazioni è stato di recente oggetto di una radicale riforma⁵¹⁵.

⁵¹³ Sul punto, Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, c. 3081, in *I contratti*, nn. 8-9, 1999, pp. 803 ss; in *Giust. civ.*, I, 1999, pp. 3385 ss. In tale pronuncia si legge che “consentire che il concedente, concluso il contratto di fornitura, possa pagare il prezzo indipendentemente dalla consegna da parte del fornitore e poi ottenere dall'utilizzatore quanto questi sarebbe tenuto a corrispondere ove avesse goduto del bene, non appare giustificabile in rapporto alla causa del contratto di *leasing* finanziario”. Vi aderisce, Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.*, 2002, p. 941; Cass. 19 novembre 1998, n. 11669; Cass. 25 maggio 2004, n. 10032; Cass. 2 agosto 2004, n. 14786; Cass. 8 marzo 2005, n. 5003.

Contra, Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, *ivi*, 2003; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1075; Cass., 5 agosto 2002, n. 11701, in *Contr.*, 2003, p. 336; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, c. 2924.

In dottrina, cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Il controllo giudiziale sull'equivalenza delle prestazioni nel contratto di «leasing»*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, pp. 309 ss.; BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.*, 1978, p. 1327.

⁵¹⁴ Pret. Salerno, 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, p. 261.

⁵¹⁵ Si tratta della *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, attuata in Francia con l'Ordonnance n. 2016-131, del 10 febbraio 2016. La Riforma, pubblicata sul *Journal officiel de la République Française* dell'11 febbraio 2016, è entrata in vigore il 1° ottobre 2016. Per i primi commenti sulla Riforma in parola, cfr. G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, pp. 1 ss.; ID., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.; nonché, più di recente, G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 3, pp. 695 ss.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2016, 1, pp. 311 ss.; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 11, pp. 1543. Per una disamina dei diversi progetti di riforma presentati in Francia v. M. GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto*

Se infatti, ad una prima osservazione del rinnovato assetto dei rapporti privatistici, sembra essersi portata a compimento una inesorabile deriva anticausalista, non v'è chi non veda come in realtà il legislatore riformista, pur avendo eliminato dal Code civil la causa quale requisito di validità del contratto⁵¹⁶, abbia purtuttavia salvaguardato la funzione tradizionalmente ad essa riservata⁵¹⁷: in particolare, quella di controllo dell'equilibrio delle prestazioni⁵¹⁸ in uno alla funzione correttiva del negozio⁵¹⁹. Tale ultimo assioma costituisce, in particolare, la consacrazione dell'innovativo principio elaborato dalla *Court de Cassation* nel noto caso *Chronopost*⁵²⁰, che si è mossa lungo la direttiva della causa concreta e dei principi di buona fede e ragionevolezza, per privare di efficacia una clausola particolarmente sperequata in danno di una parte⁵²¹.

dei contratti: i progetti di riforma del code napoléon nella prospettiva del giurista italiano, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 2, pp. 243 ss.; ID., *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 27 ss.; G. CRICENTI, *Aspetti della causa in diritto civile francese. L'avant-project di riforma*, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 853 ss.

⁵¹⁶ Cfr. art. 1128 Code, nuova formulazione. In dottrina, si esprimono in senso critico nei riguardi della scelta del legislatore francese di eliminare, anche solo a livello terminologico, la nozione di causa, ex multis, M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, *ivi*, p. 639 ss., la quale afferma che la nozione di causa « est un symbole de la culture juridique français », p. 646; T. GENICON, *Notion nouvelles et notion abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, in *Rev. des contrats*, 2015, pp. 630 ss.

⁵¹⁷ Discorrono della sopravvivenza della causa nel testo della riforma francese, T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 23 juillet 2015, n. 27, p. 1551 ss.; D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n. 240, p. 38 ss.

⁵¹⁸ In argomento cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, à jour de la réforme 2016*, 2016, pp. 432 ss.

Una disposizione che sembra inserirsi in questo contesto è il nuovo art. 1169, che ribadisce la regola della nullità per mancanza di causa quando la controprestazione è «illusoire ou dérisoire»

⁵¹⁹ Il riferimento è l'art. 1170, laddove v'è menzione delle clausole che privano di «sa substance l'obligation essentielle», che vanno ritenute non scritte. In dottrina, con riguardo al testo della disposizione introdotta dalla riforma v. P. DELEBELQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *Rev. des contrats*, 2015, p. 759 ss.

⁵²⁰ Cass. comm., 22 octobre 1996, n. 93-18632, in *Bull. civ.*, n. 261, IV, p. 223. La Corte parigina ha reputato non scritta una clausola contenuta in un contratto di trasporto, che limitava la responsabilità del vettore in caso di ritardo, al solo corrispettivo per l'esecuzione della prestazione, giudicandola non conforme alla causa del contratto (nella fattispecie concreta, il mittente veniva escluso dalla gara a causa del ritardo nella consegna). Più di recente v. Cass. comm., 13 février 2007, n. 05-17407, in *Rev. dr. civ.*, 2007, p. 707, con nota di D. MAZEAUD; Cass. comm., 29 juin 2010, n. 09-11.914, in *Bull. civ.*, I, n. 115.

⁵²¹ La giurisprudenza tedesca, invece, a quanto consta, ha preferito discorrere del contratto squilibrato come di un contratto nullo per contrarietà a buon costume. Cfr. Corte Cost. tedesca, 19 ottobre 1993, in *Foro it.*, 1995, II-IV, pp. 87 ss., con nota di A. BARENGHI, che ha giudicato contraria al buon costume la pattuizione in base alla quale si realizza una situazione di dipendenza di un contraente rispetto all'altro, che si manifesta attraverso la sopportazione degli oneri economici esclusivamente da parte di uno solo di essi.

Sebbene la dottrina maggioritaria si attesti sulla possibilità che l'equilibrio contrattuale possa, a certe condizioni, essere sindacato attraverso il giudizio di meritevolezza limitatamente ai soli contratti commutativi⁵²², l'evoluzione curiale degli ultimi anni è tale da smentire un simile aprioristico assunto: è dato riscontrare, infatti, un certo atteggiamento dei giudici incline a sindacare lo squilibrio tra le reciproche prestazioni attraverso il giudizio di meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322 c.c. capoverso, inserite in particolari contratti finanziari⁵²³ (con specifico riguardo soprattutto ai piani finanziari *For you* e *My Way*⁵²⁴) e a strumenti finanziari derivati (tipico è l'*Interest Rate Swap*), ovverosia fattispecie contrattuali aleatorie per antonomasia⁵²⁵. Di guisa che le riflessioni che seguono ben possono

⁵²² R. ROLLI, op. cit., p. 231, precisa che “non può, pertanto, più sollevare scalpore che nel verificare se sussista la causa nei contratti commutativi, il giudice non si fermi all'esistenza di due prestazioni scambiate, ma possa spingersi a valutare i valori delle stesse, per vagliare se esista squilibrio eccessivo, inteso in senso sia giuridico sia economico”; in termini, F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 31, rinviene “nella legge un principio valevole di massima per tutti i contratti, salvo quelli aleatori, il principio di adeguatezza del sacrificio patrimoniale, in relazione al sacrificio della controparte, la cui mancanza comporterebbe un vizio originario della causa del contratto”.

⁵²³ Segnala una “riscoperta del sindacato di meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti atipici” soprattutto nell'area della contrattazione finanziaria, M. DELLACASA, in *Annuario del contratto*, 2009, a cura di A. D'ANGELO e V. ROPPO, Giappichelli, 2009, pp. 157 ss. Tale riscoperta si traduce, attraverso il criterio dell'eccessivo squilibrio, in una riaffermazione della funzione sociale della causa “sia pure in un significato che si mantiene strettamente aderente al singolo conflitto di interessi”, come ha cura di precisare U. BRECCIA, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, in *Dei Contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Utet, 2011, p. 247, sub art. 1325 c.c. Analogamente, G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., p. 1526, discorre di un “vero e proprio “recupero” del giudizio di meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente, in funzione di protezione del contraente debole, in caso di significativa alterazione dell'equilibrio contrattuale”.

⁵²⁴ Sulla stretta similitudine tra i due piani finanziari, cfr. P. SERRAO D'AQUINO, *Aspetti controversi del contenzioso sui prodotti della finanza strutturata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 320.

⁵²⁵ V. SANGIOVANNI, *Il contratto di intermediazione finanziaria*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 776, il quale chiarisce “i contratti derivati si caratterizzano per il fatto che il loro valore «deriva» (come indica, appunto, l'utilizzo dell'espressione «derivati») dall'andamento di certi parametri di riferimento. La finalità più comune degli strumenti derivati è quella di ridurre i rischi derivanti dall'oscillazione dei parametri sottostanti. I contratti derivati possono però essere utilizzati anche per fini diversi, ad esempio per compiere operazioni speculative”.

In senso contrario, con particolare riguardo ai piani *My Way*, alcuni autori hanno aspramente criticato la loro configurazione causale in termini aleatori, sul rilievo che il *quantum* di entrambe le prestazioni dedotte in contratto non sarebbe determinabile in base a un evento futuro e incerto. Sebbene, strutturalmente, le probabilità di guadagno per l'investitore risultino incerte rispetto a un “normale” investimento in titoli finanziari, ciò troverebbe giustificazione nel conseguimento di un saldo positivo tale che la somma dei rendimenti dei titoli sia superiore all'ammontare del tasso d'interesse corrisposto per il mutuo, sia pure a fronte, comunque, della corresponsione periodica da parte dello stesso investitore delle rate del finanziamento contratto con la banca per l'acquisto dei titoli finanziari.

Il riferimento è in particolare a E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My way e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, pp. 363 ss., la quale ha cura di precisare che “sulla

essere estese, per identità di *ratio*, alle clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione professionale, confortando il recente orientamento incline a rinvenire l'immeritevolezza di tali clausole quante volte siano fonte di uno squilibrio negoziale che avvantaggi una parte ai danni dell'altra.

Occorre, a tal uopo, premettere che, tradizionalmente, la disamina dei contratti di investimento si concentra su due aspetti, ovverosia la preliminare questione della natura tipica (o meno) della fattispecie negoziale nonché l'*an* ed il *quomodo* del sindacato sull'equilibrio contrattuale, specialmente nella misura in cui si assuma che esso possa effettuarsi per il tramite del giudizio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 co. 2 c.c.

Rispetto al primo profilo, l'orientamento quasi unanime, in dottrina e giurisprudenza, qualifica i contratti in parola in termini di atipicità⁵²⁶, anche se –

natura aleatoria del contratto in questione non è possibile convenire. Che l'adesione al contratto *My way* implichi per l'investitore l'assunzione di un rischio economico assai rilevante è indubbio ed è detto a chiare lettere nella documentazione illustrativa, ma, come è diffusamente e da lungo tempo ammesso non è affatto vero che un contratto il cui risultato economico sia altamente incerto debba necessariamente essere considerato aleatorio, né che un contratto aleatorio in senso tecnico implichi necessariamente un elevato tasso di rischiosità". In termini anche M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, cit., p. 223, ad avviso della quale, "sembra in altri termini che si scambi l'indubbia sproporzione tra l'entità del rischio economico negozialmente assunto dall'una e dall'altra parte contraente per l'unilateralità, che si pretenderebbe giuridicamente rilevante, del rischio posto dal complesso regolamento contrattuale a carico dell'investitore, attribuendo così al dato dell'aleatorietà un significato del tutto atecnico". In senso adesivo anche G. VERSACI, op. cit., p. 857, il quale afferma che pertanto "non è conducente richiamare la tesi, riguardante i contratti aleatori, secondo la quale l'alea non può essere unilaterale".

⁵²⁶ Nella giurisprudenza di legittimità, Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852, ove si mette anche in evidenza che la scomposizione in tre contratti (il contratto di finanziamento, il contratto di acquisto di strumenti finanziari con l'apertura di un relativo dossier titoli, e il contratto di costituzione di pegno sui titoli acquistati) sia, in realtà, meramente artificiale, in quanto nessuno di questi presenta una propria autonoma causa: l'operazione contrattuale presenta invece una causa unitaria, poiché ha uno scopo di investimento, che in quanto tale ricade entro la fattispecie dell'art. 1, comma 1, lett. u), TUF; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, 10, pp. 897 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.; Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, in *Le Società*, pp.721 ss.; Cass., 3 aprile 2014, n. 7776, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 507; Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736, in *Il caso.it.*, 2013, ove si legge "l'atipicità del contratto riflette la natura aperta ed atecnica di prodotto finanziario [...], la quale se, da un lato costituisce la risposta del legislatore alla creatività del mercato ed alla molteplicità dei prodotti offerti al pubblico dai suoi attori, dall'altro risponde all'esigenza di tutela degli investitori, consentendo di ricondurre nell'ambito della disciplina di protezione dettata dal testo unico anche forme innominate di prodotti finanziari"; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 138; Cass., 19 maggio 2005, n. 10598, in *Il caso.it.*, 2005. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2008, pp. 3113; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 134; Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, in *Contratti*, 2006, p. 884. Minoritario l'orientamento che riconduce i piani di finanziamento in parola nello schema del mutuo di scopo (ad es. v. Trib. Torino, 8 maggio 2009, in *De jure*) ovvero nel servizio accessorio di cui all'art. 1, comma 6, lett. c), TUF.

come è stato da alcuni rilevato⁵²⁷ – con riguardo al giudizio di meritevolezza, tale questione risulta essere neutra, laddove si aderisca all'impostazione che estende il citato giudizio anche ai contratti tipici⁵²⁸.

Per ciò che attiene al secondo profilo, è dato registrare un orientamento⁵²⁹ incline a fondare il giudizio di meritevolezza in parola sul criterio dell'eccessivo squilibrio del contratto a favore del contraente che abbia predisposto unilateralmente il contenuto dell'accordo e presentato l'operazione con modalità decettive⁵³⁰. In altre parole, è stata ritenuta immeritevole di tutela, ad esempio, un'operazione *For You*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 co. 2 c.c., (e di

In dottrina, condividono la natura di atipica del piano finanziario, A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso May way*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 376.; ID., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, pp. 251 ss.; M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Le società*, pp. 729 ss. *Contra*, E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My way e tutela dell'investitore*, cit., p. 364, ad avviso della quale, il prodotto finanziario *My way* è riconducibile al servizio accessorio di cui all'art. 1, comma 6°, lett. c), t.u.f., precisando comunque che, anche in presenza di un contratto tipico o nominato, risulti necessario verificare la conformità degli interessi concretamente perseguiti dalle parti rispetto ai principi recepiti dall'ordinamento.

⁵²⁷ E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My way e tutela dell'investitore*, p. 367, mette in evidenza che, anche a volere riconoscere natura tipica al contratto 4 You o My Way, "l'indagine non può (...) arrestarsi di fronte alla mera constatazione che l'operazione in questione, essendo espressamente consentita, deve essere in via di principio reputata lecita e, conseguentemente, munita di una causa valida; è necessario (...) verificare se l'assetto degli interessi concretamente delineato dalle parti sia conforme ai principi recepiti dall'ordinamento".

⁵²⁸ Vd. *supra*.

⁵²⁹ Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.; App. Milano, 18 settembre 2013, in *Il caso.it*, 2013; App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836, in *Il caso.it*, 2009; Trib. Pisa, 25 febbraio 2016, in www.iusexplorer.it; Trib. Viterbo, 20 gennaio 2016, in www.iusexplorer.it; Trib. Ravenna, 8 luglio, 2014, in www.iusexplorer.it; Trib. Cosenza, 18 giugno 2014, in *Il caso.it*; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, III, pp. 372, con nota di A. TUCCI; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, in *Il caso.it*; Trib. Milano, 31 maggio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Modena, 23 dicembre, 2011, in *Contr.*, 2012, pp. 130 ss. con nota di V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, cit.; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, cit.; Trib. Civitavecchia, 20 aprile 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Brindisi, 21 giugno 2005, cit.

Tuttavia si è pronunciato nel senso della validità di un contratto "4 You", Trib. S. Maria Capua Vet., 21 novembre 2012, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, 5, II, p. 555, perché in concreto congegnato in modo da consentire il recupero integrale del capitale e degli interessi, grazie alla componente obbligazionaria dell'investimento, la componente fondi essendo invece incidente sul margine di redditività dell'operazione.

⁵³⁰ Anche le modalità decettive di presentazione dell'operazione sovente vengono richiamate dalla giurisprudenza per escludere la meritevolezza dei piani finanziari. È il caso della vicenda analizzata da Cass., 30 settembre 2015, n.19559, cit., nella quale si legge in motivazione che il prodotto sarebbe stato presentato come "piano pensionistico integrativo a profilo di rischio molto basso e con possibilità di disinvestire in qualunque momento, senza alcun onere". Ma il regolamento contrattuale e le caratteristiche dei prodotti finanziari, non giustificavano affatto una simile "presentazione" alla clientela, sicchè essa viene pertanto ritenuta ingannevole, in quanto abusando della disparità di potere contrattuale l'intermediario ha in sostanza sfruttato le preoccupazioni previdenziali del cliente.

converso, nulla) che si sostanziava in una concessione di un mutuo destinato all'acquisto di prodotti finanziari della banca mutuante, con contestuale mandato alla stessa di acquistare detti prodotti, in presenza di talune circostanze⁵³¹, tra cui, l'attribuzione unilaterale del rischio contrattuale⁵³². Riferimento, quest'ultimo, che rievoca la nozione di *contratto ad alea unilaterale*, sintomatica dell'assenza di rischio, e quindi dell'alea che necessariamente deve presiedere tali pattuizioni. In proposito, sulla premessa della qualificabilità dell'alea quale elemento che riguarda il rapporto contrattuale (e non già la singola prestazione), al momento della sua genesi essa deve inevitabilmente interessare entrambe le parti⁵³³: di guisa che il

⁵³¹ Sovente vengono richiamate, per fondare l'immeritevolezza ex art. 1322 comma 2 c.c. dei contratti finanziari, le circostanze concrete relative ad es., allo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'investitore, ovvero la mancata indicazione del costo, del rendimento e delle caratteristiche dei prodotti finanziari acquistati, ovvero ancora la durata ragguardevole del mutuo e la difficoltà di disinvestimento a causa di una facoltà di recesso subordinata al pagamento di una penale molto onerosa, il cui importo è la risultante di una complessa formula matematica.

⁵³² Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., ove si legge "il contratto «My way» non è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 comma 2, c.c., perché la struttura negoziale (che prevede l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento) pone l'alea dell'operazione in capo al solo risparmiatore, il quale, a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate ad un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, laddove, invece, la banca consegue vantaggi certi e garantiti. Né il rischio dell'inadempimento del risparmiatore può farsi rientrare nell'alea contrattuale, così incidendo nel meccanismo funzionale del rapporto, atteso che l'interesse al corretto adempimento del proprio debitore è circostanza comune ad ogni contratto".

In tal senso, anche App. Milano, 18 settembre 2013, in *Il caso.it*, 2013; Trib. Ravenna, 8 luglio 2014, in *Il caso.it*, 2014; Trib. Cosenza, 18 giugno 2014, in *Il caso.it*, 2014; Trib. Torino, 17 gennaio 2014, in *Il caso.it*, 2014; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, in *Il caso.it*, 2013;

Contra, in giurisprudenza, Trib. Torino, 8 maggio 2009, in www.iusexplorer.it, ove si legge la meritevolezza del contratto atipico non può essere valutata "ex post, sulla base del rischio economico conseguito, ma ex ante, sulla base della struttura negoziale astratta posta in essere dalle parti"; Trib. Parma, 22 settembre 2004, in *Danno e resp.*, 2006, p. 187, ove si ravvisa la liceità del piano *For you* nella "creazione di un capitale futuro inesistente *ab origine*, maggiorato dall'incremento del valore delle quote dei fondi".

Contra, in dottrina A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My way*, cit., pp. 372 ss., ad avviso del quale, "non è, dunque, la «unilateralità» del rischio dell'investimento a rendere nullo il contratto per vizio della causa [...], quanto, piuttosto, l'inidoneità dell'assetto di interessi effettivamente realizzato ad assolvere alla funzione dalle parti concretamente perseguita".

In termini critici, si segnala altresì P. GIUDICI, *Interest rate swap e nullità del contratto: sui pericoli sistemici dei derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, pp. 501 ss., per il quale, "risuona, in queste decisioni, una non insignificante sovrapposizione di piani argomentativi, che finiscono per convergere in espressioni di disvalore circa la convenienza del contratto per il cliente della banca e, con riguardo alla sua alea, in rilievi circa l'assenza di proporzione tra le posizioni delle parti, che trovano nella proclamazione dell'assenza di causa concreta un troppo facile sfogo".

⁵³³ Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., ove si precisa "il contratto aleatorio si caratterizza, infatti, per una situazione di incertezza circa il vantaggio o lo svantaggio economico che potrà alternativamente realizzarsi nel corso dello svolgimento del rapporto; e ad esso si contrappone il contratto, nel quale i vantaggi e i benefici siano dal principio interamente determinati, secondo la precisa volontà delle parti". In dottrina, cfr. G. BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato*

contratto deve considerarsi privo della consustanziale alea – e pertanto immeritevole⁵³⁴ – non solo nel caso in cui essa sia addossata esclusivamente in capo ad un solo contraente, ma anche quando la sua ripartizione risulti a tal punto squilibrata da rendere altamente probabile un esito negativo dell'operazione finanziaria per uno di essi⁵³⁵. Di converso, dall'ambito applicativo della nozione di alea unilaterale rimane escluso il rischio di inadempimento della controparte, appartenente a tutti i rapporti obbligatori e che può essere attenuato a mezzo della costituzione di specifiche garanzie, ovvero dei più svariati meccanismi assicurativi⁵³⁶.

di meritevolezza negli interest rate swap, cit., pp. 899 ss., rileva a tal proposito che “l’alea, in quanto caratteristica che riguarda il contratto e non la singola prestazione, o è condivisa fra i contraenti, o non c’è”; D. MAFFEIS, *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in www.dirittobancario.it, p. 7; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell’interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. Dir. priv.*, 2015, pp. 391 ss.; E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di Maffeis, Milano, 2014, pp. 91 ss.; ID., *I derivati e la causa negoziale (parte II). Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. e impr.*, 2014, 4-5, pp. 890 ss.; M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, cit., p. 733; V. VELLUZZI, «4 you»: *c’è spazio per il contratto immeritevole di tutela?*, in *Contratti*, 2006, pp. 891 ss.

⁵³⁴ Sulla non identificabilità dell’immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti con alcuni strumenti finanziari e l’alea unilaterale, tuttavia cfr. G. BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rate swap*, cit., pp. 899 ss., il quale ha cura di precisare che la “necessaria indagine circa la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso la singola negoziazione, è bene ribadirlo, si somma a quella relativa all’unilateralità dell’alea senza escluderla. I due controlli, infatti, non sembrano sovrapponibili e, pur incidendo entrambi sull’elemento causale dell’IRS (Interest rate swap, ndr), riguardano due profili distinti: l’unilateralità dell’alea determina una carenza di causa all’interno di un contratto che, come sopra detto, è aleatorio; l’assenza di meritevolezza si estrinseca invece nel dissenso che l’ordinamento esprime verso determinate negoziazioni, in quanto non in grado di partecipare attivamente ad una fisiologica evoluzione dell’ordinamento”. In termini, cfr. anche P. CORRIAS, *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, a cura di D. Maffeis, Giuffrè, 2014, p. 208, il quale rileva che se “a seguito di una valutazione in concreto di un regolamento contrattuale, il rischio di perdite in capo ad uno dei contraenti risultasse di entità non apprezzabile, l’alea andrebbe ritenuta inesistente e, conseguentemente, mancherebbe tout court la causa di scambio, nella particolare configurazione che essa – come si è rilevato – assume nei contratti aleatori. Ricontrata viceversa la bilateralità effettiva dell’alea e soddisfatto, quindi, il requisito causale del negozio in relazione a tale profilo, l’eventuale sproporzione tra le attribuzioni patrimoniali potrà eventualmente rilevare su versanti differenti”.

⁵³⁵ V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, in *Contr.*, 2012, p. 137, il quale chiarisce “in caso di alea unilaterale, l’interesse perseguito dalla banca in sé legittimo (= conseguimento di un beneficio economico) cessa di essere meritevole di tutela. Tale interesse difatti sovrasta a tal punto l’interesse della controparte da eliminarlo *in toto*. In altre parole non esiste più una «scommessa» sul futuro andamento dei tassi d’interesse, ma un contratto strutturato in modo tale da garantire comunque un beneficio alla banca a scapito della controparte”.

⁵³⁶ Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., ove si legge “nell’alea contrattuale non può farsi rientrare il rischio in sé dell’inadempimento. L’elemento della più o meno elevata possibilità che il cliente non paghi alla banca le rate pattuite nel piano finanziario in questione non incide, allora, sul requisito causale dell’operazione, che è altro dal rischio di inadempimento o di insolvenza - del cliente, così

A voler proseguire, la non meritevolezza delle fattispecie in parola è valutata a mezzo del frequente richiamo, da parte della giurisprudenza della Suprema Corte, anche ad altri indici (ulteriori rispetto all'alea unilaterale), da individuarsi nel contrasto con i principi costituzionali preordinati alla tutela del risparmio e alla previdenza sociale, nonché nell'abuso del potere contrattuale da parte dell'intermediario (e del conseguente approfittamento della condizione di inesperienza del cliente). Con riguardo al primo dei menzionati parametri, si adduce che la lettura combinata degli artt. 47 e 38 Cost.⁵³⁷ dovrebbe indurre “ad una considerazione nuova - e, in sostanza, di ben maggiore sensibilità [...] – delle esigenze di previdenza complementare privata in rapporto a prodotti finanziari presentati quali idonei a tali fini”⁵³⁸, ma in concreto assolutamente privi di una tale attitudine previdenziale. Da ultimo, l'abuso del potere contrattuale da parte del contraente professionale in danno della parte debole, reca con sé un giudizio di disvalore che si fonda sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dei clienti e che conferma l'inattualità del principio di insindacabilità delle scelte di convenienza economica effettuate dalle parti, per lo meno a fronte di uno squilibrio che trova la sua genesi in un abuso della disparità di posizione di queste ultime a svantaggio del contraente che si trova nella situazione deteriore⁵³⁹.

come della banca – per l'eventualità che la controparte non adempia alle proprie obbligazioni o il suo patrimonio sia insufficiente a soddisfare le ragioni del creditore. Qualsiasi contraente, in altri termini, ha interesse al corretto adempimento da parte del proprio debitore: ma tale interesse non entra nel meccanismo funzionale del contratto, non è parte della ragione pratica dell'affare”.

⁵³⁷ M. LAMICELA, op. cit., p. 220, nota 29, evidenzia “invero il riferimento agli artt. 38 e 47 Cost. potrebbe anche evocare la ricorrenza di una «nullità virtuale di protezione ex art. 1418, 1° comma c.c.», attraverso la quale verrebbe sancita la coincidenza della finalità di protezione del singolo investitore con la tutela della correttezza quale regola indefettibile del mercato”.

⁵³⁸ Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

Contra, in dottrina, M. LAMICELA, op. cit., p. 221, la quale rileva “anche il secondo indice solitamente richiamato al fine di negare che gli interessi alla cui realizzazione sia diretto il contratto di investimento finanziario *For you o My way*, ovvero la contrarietà a norme e principi di rango costituzionale, mostra dunque non poche debolezze, sia in relazione alla strutturale vaghezza dei suoi contenuti, a maggior ragione se associati al perseguimento di un non meglio definito ideale di «giustizia» contrattuale, sia con riferimento alla idoneità del suo utilizzo al fine di distinguere il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, da quello di liceità ex art. 1343 c.c.”.

⁵³⁹ Significativo in questo senso il passaggio della motivazione della sentenza della Corte di Cassazione, 30 settembre 2015, n. 19559, cit., nella parte in cui si afferma che “i soggetti dell'ordinamento sono tendenzialmente liberi di concludere anche patti per sé rovinosi, tuttavia. Se lo squilibrio dipende dalla sproporzione delle posizioni di partenza e dalla minorata difesa di uno dei contraenti per la preoccupazione previdenziale e la non esperienza nel settore e dalla particolare aggressività dell'altro quale professionale intermediario nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie, l'ordinamento stesso non può prestare tutela – nella forma di garantire la

5. La meritevolezza delle clausole *claims made*: la soluzione delle Sezioni unite 6 maggio 2016, n. 9140

Il terreno delle clausole *claims made* costituisce un importante crocevia di tematiche complesse e assolutamente centrali del diritto dei contratti e delle obbligazioni. Come già in precedenza rilevato, l'analisi delle clausole "a richiesta fatta" attraversa il sindacato di vessatorietà *ex art* 1341 c.c. e di abusività *ex artt.* 33 e 34 cod. cons., così come la distinzione tra clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative dell'oggetto del contratto, passando per l'impervio istituto della nullità per contrasto con norma imperativa ovvero per mancanza di elementi essenziali (*id est l'alea*), fino ad arrivare a lambire l'annosa questione della tipicità del negozio.

Tuttavia, l'aspetto senz'altro più significativo e innovativo è rappresentato dalla *vexata quaestio*, su cui recentemente si sta concentrando l'attenzione degli interpreti, che involge il prisma della causa, nelle diverse sfaccettature che essa illumina, prima fra tutte il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 co. 2 c.c.

Si tratta invero di un angolo prospettico del tutto nuovo⁵⁴⁰, all'interno del quale si collocano le Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 6 maggio 2016, n. 9140⁵⁴¹, che per la prima volta analizzano *ex professo* la pernicioso questione del giudizio di meritevolezza delle clausole *claims made*. Appare, pertanto, imprescindibile soffermarsi su tale arresto, al fine di constatare l'innovatività della

coercibilità delle obbligazioni così assunte, riconoscendone la giuridica efficacia – al soggetto che di questo manifesto squilibrio può godere i frutti”.

⁵⁴⁰ Esalta l'originalità dell'arresto delle Sezioni Unite P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 6, p. 665, il quale, “si tratta probabilmente delle indicazioni più originali e significative contenute nell'arresto delle Sezioni Unite. I Giudici, infatti, giungono a dettare i criteri di valutazione della meritevolezza del regolamento contrattuale in discorso aderendo – quantunque in maniera non esplicita e forse non del tutto limpida – ad alcune precise impostazioni di fondo sulla causa del contratto e sulla concezione della causa in concreto, avanzata e sostenuta da un noto studioso, e oramai – sebbene in tempi relativamente recenti rispetto alla sua originaria proposizione – generalmente accolta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza ma anche, e soprattutto, per l'idea della sindacabilità giurisdizionale dell'equilibrio contrattuale, nel contesto di una valutazione di meritevolezza da operarsi caso per caso, e sulla conseguente legittimazione del Giudice ad esercitare poteri conformativi”.

⁵⁴¹ Richiamano integralmente tale pronunciamento, anche le successive Sezioni Unite, 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Foro it.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione Civile*.

soluzione proposta dal Supremo collegio di legittimità, che (come spesso accade) sembra percorrere una “terza via”.

Giova notare, preliminarmente, che aderendo all’impostazione tradizionale sul punto, la Corte di Cassazione muove dal presupposto concettuale indefettibile

relativo al sindacato di meritevolezza, *id est* l'atipicità⁵⁴² (nel caso di specie) della clausola⁵⁴³ su cui esso si dirige⁵⁴⁴.

⁵⁴² Invero, molti autori aderiscono alla tesi che il controllo di meritevolezza si possa esplicitare anche sui contratti tipici. Sul punto, G. B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., pp. 91 ss. (pur facendo l'Autore coincidere il giudizio di meritevolezza con quello sulla liceità); M. NUZZO, op. cit., p. 94; A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, cit., p. 68; più approfonditamente, v. le osservazioni svolte *supra*, par. 2.

⁵⁴³ Si discorre del contratto di assicurazione in termini di atipicità in giurisprudenza, e segnatamente Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, cit.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; Trib. Roma, 7 gennaio 2015, cit.; Trib. Bari, 12 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2558; Trib. Genova, 23 gennaio 2012, cit.; Trib. Catanzaro, 1 aprile 2011, cit.; Trib. Catania, 12 ottobre 2009, in *Ass.*, 2011, pp. 309 ss. In dottrina, D. DE STROBEL, *La vicenda del "claims made"*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, pp. 531 ss.

Su altro versante, si discorre di "patto atipico inserito in un contratto tipico" e precisamente Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., ancorché in maniera implicita; Trib. Benevento, 11 maggio 2017 cit.; Trib. Milano, 18 marzo 2010, cit.

In dottrina, F. MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 275B ss.; F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 548; U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, 8-9, p. 764; P. CORRIAS, op. ult. cit., pp. 667-668; N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2015, pp. 721 ss.; G. FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 1136B; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 829 ss.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione di responsabilità civile claims made*, in *Contr. e imp.*, 2013, pp. 437 ss.; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *I contratti*, 2013, p. 890; F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Ragiusan*, 2011, p. 60; L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1068 ss., pp. 1068 ss.; G. LOCASCIULLI, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*, in *Dir. e fisc. Ass.*, 2010, pp. 784 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, 2010, p. 11 nota 20; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 521; ID., *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 836; A. ANTONUCCI, *Prassi e norme nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 151 ss.

Per quanto concerne il giudizio di meritevolezza effettuato sull'intero contratto, Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22891, cit.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7273, cit.; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

Per quanto concerne il giudizio di meritevolezza condotto sulla singola clausola, in giurisprudenza, Cass. SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit. In quest'ultimo senso, in dottrina S. MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 714-716. *Contra*, G. MIOTTO, *Dalle sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2017, 4, pp. 1390.

⁵⁴⁴ M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, cit., il quale osserva "si rileva una palese contraddizione nel corpo della motivazione: l'atipicità della clausola *claims made* viene (parzialmente) smentita, e dappoi, senza motivazione alcuna, affermata".

La Suprema Corte, dopo aver salvato le clausole *claims made* dalla scure della nullità e nello stesso tempo eliminato ogni residuo dubbio sulla loro presunta vessatorietà⁵⁴⁵, ben avrebbe potuto relegare la tutela del cliente assicurato, a fronte di eventuali rischi di scopertura, nei tradizionali ranghi della responsabilità precontrattuale per violazione degli obblighi di buona fede, trasparenza e correttezza *ex art. 1337 c.c.*

Tuttavia, l'aspirazione garantista si è tradotta nella più incisiva sottoposizione delle clausole *claims made* ad un ulteriore scrutinio di legittimità, diverso da quello astratto sinora condotto alla stregua della contrarietà a norme imperative o della mancanza di requisiti strutturali del contratto, rappresentato dall'inedito giudizio di meritevolezza del patto extratipico⁵⁴⁶ contenuto in un contratto tipico⁵⁴⁷, sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dalla più avveduta dottrina⁵⁴⁸, in simil modo confermando la marcia di "evoluzione del tipo" del contratto di assicurazione⁵⁴⁹.

In questa nuova prospettiva, la Corte di Cassazione, se, per un verso, esalta la validità della deroga al modello tipico enucleato dall'art. 1917 co.1 c.c. –

⁵⁴⁵ Cfr. per entrambi i profili, il cap. 2 della presente trattazione.

⁵⁴⁶ R. FORNASARI, *op. cit.*, pp. 1372 ss., riflette sul fatto che "rispetto al giudizio di meritevolezza dell'intero contratto, risulta notevolmente più complicato stabilire quando l'incisione della corrispettività delle prestazioni sia tale da causare l'invalidità della clausola. Nel primo caso, infatti, ciò che rende immeritevole il contratto è l'assoluto squilibrio tra le reciproche prestazioni, tale per cui una parte riceve sicuri benefici, mentre l'altra non percepisce alcuna utilità; (...) La clausola *claims made*, invece, non determina questa completa irrazionalità dello scambio, poiché un contratto di assicurazione che presenti detta clausola, anche impura, fornisce comunque una determinata copertura all'assicurato".

⁵⁴⁷ Sulla possibilità di riferire il controllo di meritevolezza non soltanto ai contratti atipici, ma anche alle clausole atipiche cfr., in giurisprudenza, Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, 1, 58 ss, con nota di N. IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*.

In dottrina M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, cit., p. 891; F. A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, cit., pp. 60 ss; P. M. SANFILIPPO, *Controllo di meritevolezza e statuti di società. Una tecnica in cerca di autonomia*, consultabile sulla rivista on line *Orizzonti del diritto commerciale*; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella categoria del negozio giuridico*, cit., p. 252.

⁵⁴⁸ In dottrina, M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, cit., 891; S. MONTICELLI, *Responsabilità dei professionisti: la clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., pp. 713 ss; F. A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della Suprema Corte sulla clausola claims made*, in *Giur. it.*, 2014, 4, pp. 810 ss.

In giurisprudenza, ragiona espressamente in termini di "meritevolezza di tutela della causa atipica", Trib. Genova, 23 gennaio 2012.

⁵⁴⁹ Per la disamina di questa prospettiva, v. *funditus* cap I, par. 1 della presente trattazione.

andando realisticamente incontro alle esigenze del mercato assicurativo⁵⁵⁰–, dall’altro, spinge il pedale sull’acceleratore della tutela dell’assicurato: a tale risultato si perviene non più attraverso lo strumento del sindacato di vessatorietà (guarentigia esclusivamente formale e tale da non condurre alla possibilità di applicazione della tutela consumeristica, mercé la qualifica di professionista del soggetto assicurato, fatta eccezione per ipotesi del tutto marginali), ma facendo un consapevole uso del filtro di meritevolezza in concreto della singola clausola atipica.

La Suprema Corte, del resto, si fa carico di un simile sforzo interpretativo in quanto, stante l’inerzia del legislatore in *subiecta* materia, l’opera di individuazione del miglior regolamento di interessi⁵⁵¹ con riguardo alle polizze *claims made* per la responsabilità civile professionale non può che essere rimessa al formante giurisprudenziale. Senonché, a partire dal 2016, il legislatore ha dato avvio ad un’opera di progressiva tipizzazione della fattispecie *claims made* (dapprima con riguardo alle polizze assicurative degli avvocati, successivamente degli esercenti la professione sanitaria), che imporrà – per lo meno negli ambiti interessati – una verifica circa la perdurante tenuta degli approdi ermeneutici in parola⁵⁵².

⁵⁵⁰ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 446-447, secondo i quali, si tratta “di un modello che, senza essere il solo rimasto sul campo in assoluto, risulta ormai l’unico disponibile sul mercato (domestico) per quanto attiene all’assicurazione di rischi professionali, della RC inquinamento per insediamento industriale, attività presso terzi e da operazioni di carico e scarico – ma non di committenza – e della RC prodotti”; F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. assic.*, 2007, p. 837, il quale rileva “il suo ampio utilizzo, nelle diverse modulazioni suggerite dalla prassi negoziale per risolvere le specifiche situazioni di rischio, costituisce la testimonianza più evidente della sua insostituibilità, quale strumento per estendere, a costi ragionevoli, i benefici della garanzia assicurativa, anche ai c.d. rischi di lunga latenza, in linea con gli sviluppi di una società sempre più complessa ed attenta alla tutela dei diritti e alle esigenze di compensazione dei danni”.

⁵⁵¹ Gli interessi che vengono in esponente a fronte di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile professionale sono molteplici. In primo luogo, quello delle compagnie assicuratrici di consolidare il bilancio di polizza al momento della scadenza della stessa al fine di non andare incontro a disallineamenti nella stima dei rischi e nella relativa appostazione in bilancio delle somme corrispondenti. Dall’altro lato, giace la necessità del professionista di vedersi garantita la copertura assicurativa in costanza di attività. Da ultimo, non meno importante, c’è l’interesse del terzo danneggiato di vedere pienamente soddisfatte le proprie pretese. In termini, M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano se stesse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 624.

⁵⁵² Il riferimento è al decreto del Ministero della Giustizia del 22 settembre 2016, attuativo dell’obbligo di assicurazione sancito dall’art. 12, l. 31 gennaio 2012, n. 247 (Legge professionale forense); nonché alla recente legge 8 marzo 2017, n. 24 recante disposizioni in materia di

L'orizzonte di esperienza in cui si colloca la riflessione delle Sezioni Unite 2016, n. 9140, mira a scandagliare, in concreto e caso per caso, se la deroga alle norme dispositive realizzata dalle clausole *claims* si giustifichi nell'esigenza di razionalizzazione dell'attività contrattuale e risponda a ragioni obiettive delle parti, ovvero sia dettata dall'intento esclusivo di alterare ingiustificatamente l'equilibrio del contratto⁵⁵³ a vantaggio di uno dei contraenti⁵⁵⁴. Eventualità, quest'ultima, di tutt'altro che rara verifica nella prassi, avuto riguardo del fatto che le *claims made* sono clausole unilateralmente predisposte dal contraente forte e che la sudditanza giuridica dell'aderente-professionista si acuisce in ragione dell'obbligo legale di contrarre legislativamente imposto solo in capo a quest'ultimo, nonché della difficoltà di reperire *aliunde* sul mercato il servizio alle medesime condizioni⁵⁵⁵.

Vale la pena sottolineare, sin da subito, l'avanguardia di un simile approccio, rispetto a quello seguito nella prima pronuncia di legittimità che si è fatta carico della questione delle clausole *claims made* nel nostro panorama giurisprudenziale, risalente ad oltre un decennio addietro⁵⁵⁶; laddove il controllo di

responsabilità degli esercenti la professione sanitaria. Da ultimo, il legislatore è nuovamente intervenuto a regolamentare il contratto di assicurazione *claims made* per la generalità degli esercenti le professioni regolamentate, con la legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017 n. 124). Nel dettaglio le ricadute applicative di tali interventi legislativi saranno analizzati nel prosieguo della trattazione, al cap. IV.

⁵⁵³ M.C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, cit., pp. 746 ss., rileva che “la clausola *claims made* potrebbe comportare uno squilibrio tra le prestazioni tale per cui appare quanto mai opportuno alla Corte il ricorso ad un «giudizio di meritevolezza di regolamenti non equi e gravemente sbilanciati». Dunque, il giudizio di meritevolezza si inserisce in un contesto in cui il sempre maggior ricorso alle clausole generali si rende necessario per una verifica dell'equilibrio contrattuale che, in termini di analisi economica del diritto, «muove da una visione qualitativa, della circolazione della ricchezza» per garantire una giustizia contrattuale che può costituire «un potente fattore di sviluppo economico, giacchè accresce la propensione a contrarre, incrementando la fiducia del mercato»”

⁵⁵⁴ La premessa teorica di tale verifica cui è deputato l'organo giurisdizionale risiede nella semplice constatazione che se è vero che ogni deroga alla norma imperativa è illecita per definizione, non è vero il contrario, ossia che la norma dispositiva è sempre liberamente derogabile dall'autonomia privata. Una tale conclusione finirebbe infatti per svilire il ruolo che le norme dispositive giocano nell'ordinamento, non confinato ad una funzione meramente suppletiva dell'autonomia privata ma tale da rappresentare il regime ottimale di un certo rapporto negoziale nelle intenzioni del legislatore. In questi termini, S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, cit., p. 711; F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto positivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 673 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 139.

⁵⁵⁵ M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 943.

⁵⁵⁶ Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, *Foro it.*, 2005, cit., annotata da R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005,

meritevolezza del contratto risultava di fatto appiattito su quello di liceità, di guisa che il giudice era facoltizzato ad effettuare una semplice verifica astratta della idoneità del regolamento di interessi divisato dalle parti a violare norme inderogabili o principi di ordine pubblico⁵⁵⁷.

La giurisprudenza (fino ad un recente passato peraltro molto esigua) che si è occupata delle clausole *claims made* rientra, infatti, a pieno titolo nel novero dei settori tradizionalmente richiamati come esemplificativi delle alterne vicende che hanno interessato il giudizio di meritevolezza, inteso – in generale – come giudizio ideologicamente orientato, che riflette i valori e i principi fondamentali che si ritengono di dover far prevalere in un determinato momento storico e che devono presiedere all’estrinsecazione dell’autonomia contrattuale. Le Sezioni Unite del 6 maggio 2016 n. 9140, infatti, si pongono all’esito di un’elaborazione dottrinale e di un’evoluzione curiale che affonda – come innanzi visto – le proprie radici nei primi decenni del secolo scorso⁵⁵⁸.

La Suprema Corte, complice un consapevole ripudio della concezione minimalista del giudizio di meritevolezza (che si appiattisce, fino a diventare inconsistente, sul giudizio di liceità), propugna un sindacato (non) del tutto inedito sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti⁵⁵⁹, volto a verificare il rispetto dei valori e dei principi costituzionali, primo fra tutti il principio di solidarietà sociale, consacrato dall’art. 2 Cost. che “entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche

p. 1079; C. LANZANI, *Clausole claims made: legittime, ma vessatorie*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1084; A. ANTONUCCI, in op. cit., p. 153; P. DIGREGORIO, *Contratto di assicurazione: la Cassazione al vaglio delle nuove tendenze*, in *Giur. it.*, 2006, p. 477; S. LANDINI, *La clausola claims è vessatoria?*, in *Ass.*, 2006, p. 4; A. MONTI, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 743; M. ROSSETTI, *La claims made è vessatoria? No è nulla*, in *Dir. e giust.*, 2005, pp. 17 ss.

⁵⁵⁷ U. CARNEVALI, op. cit., p. 765.

⁵⁵⁸ In giurisprudenza, App. Napoli, 24 gennaio 1945. In dottrina, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 124 ss. e 246; ID., *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 39.

⁵⁵⁹ Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit.; Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949, cit.; Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, cit.; Cass. 8 febbraio 2013, n. 3080, cit.; Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, cit.; Cass. 20 settembre 1995, n. 9975, cit.; Cass. 19 luglio 2012, n. 12454, cit.; Cass. 1° aprile 2011, n. 7557, cit.

dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collide con l'interesse proprio dell'obbligato”⁵⁶⁰.

La sensazione che emerge è la volontà della Cassazione di inserirsi, quindi, nel solco dell'orientamento più sensibile alle istanze di equità, volto all'affermazione del “contratto giusto”, mediante il ricorso al sindacato di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c. capoverso. Il risultato è di palmare evidenza: si consente così al giudice di “mettere le mani sul contratto” sotto le mentite spoglie di un giudizio di meritevolezza dell'interesse sotteso all'operazione negoziale, che funge in realtà da grimaldello per sindacare l'equilibrio normativo (ma anche economico) del contratto⁵⁶¹. Sullo sfondo, sempre latente, il tema generale del controllo dell'autonomia privata nella determinazione dell'oggetto del contratto⁵⁶², che si evince dalla preoccupazione della Corte di “stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa”⁵⁶³.

Se si ripercorre il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite ci si rende immediatamente conto dell'impegno profuso dai giudici di piazza Cavour,

⁵⁶⁰ Testualmente, Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Contr.*, 2014, pp. 853 ss.; in *Foro it.*, 2014, I, pp. 2035 ss., con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; di R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*; di G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*.

⁵⁶¹ Cass., 3 maggio 2016, n. 8644, cit.; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.; Cass., 4 novembre 2015, n. 22567, cit.; Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, cit.; Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 2672 cit.; Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.; App. Milano, 18 settembre 2013, cit.; App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836, cit.; Trib. Pisa, 25 febbraio 2016, cit.; Trib. Viterbo, 20 gennaio 2016, cit.; Trib. Ravenna, 8 luglio, 2014, cit.; Trib. Cosenza, 18 giugno 2014, cit.; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, cit.; Trib. Modena, 23 dicembre, 2011, cit.; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, cit.; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, cit.

⁵⁶² Per più ampie riflessioni sul punto, v. F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, cit., pp. 545 ss., ora in ID., *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2017, pp. 198 ss.; ID., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nell'assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, *passim*. L'A. peraltro, sottolinea come le Sezioni Unite in commento, accolgano un'accezione di causa di bettiana memoria, nel senso di funzione economico-sociale del contratto. *Contra*, A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2613, che ritiene che la Corte faccia propria una “nozione moderna del concetto di causa utile a ricostruire la funzione concretamente perseguita dalle parti”.

⁵⁶³ Cass. sezioni Unite, 6 maggio 2016, cfr. punto 11 della motivazione.

nel tentativo di forgiare dei parametri per lo scrutinio di meritevolezza quanto mai aderenti alle mutevoli e personali esigenze che spingono un soggetto a contrarre una polizza assicurativa, nell'acquisita consapevolezza che si tratta di una sorta di *second opinion* del caso concreto⁵⁶⁴, condotta nella “ben più scivolosa chiave” (rispetto a quella della nullità strutturale ex 1418 c.c.) del giudizio di meritevolezza, e nel pregiudizio di fondo che la clausola *claims made* sia “una condizione contrattuale pensata a tutto vantaggio del contraente forte”⁵⁶⁵.

La prospettiva vittimologica di cui si discorre impone, quindi, all'interprete di valutare la concreta operazione negoziale posta al suo vaglio⁵⁶⁶, sulla scorta di due bisettrici di fondo: in primo luogo, è necessario valutare la sussistenza in capo all'assicuratore di un interesse meritevole di tutela in ordine alla deroga al paradigma legale di riferimento ex art. 1917 c.c., per poi replicare la medesima indagine nei riguardi del cliente assicurato, al fine di ricercare una convenienza dell'affare in capo ad ambo le parti del rapporto e sdrammatizzare il rischio che i vantaggi si risolvano tutti in favore di una di esse (*id est* l'assicuratore) in danno dell'altra⁵⁶⁷.

L'aspetto senz'altro più interessante della pronuncia è rappresentato proprio dallo snodo motivazionale relativo alle modalità attraverso le quali muovere il sindacato di meritevolezza. In particolare, si accoglie una valutazione in termini

⁵⁶⁴ Così M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite*, (“*piacer figlio d'affanno; Gioia vana...*”), in *Danno e resp.*, 2016, 10, p. 968.

⁵⁶⁵ Cfr. par. 11 della sentenza.

⁵⁶⁶ A. MAGNI, *Le Sezioni Unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, cit., p. 2613, rileva come “la prospettiva di indagine viene per la prima volta appuntata sulla meritevolezza della singola clausola o meglio sul concreto atteggiarsi del contratto, il che smentisce quelle posizioni, che si erano fatte largo soprattutto in dottrina, che avevano superato, sì, la limitata prospettiva della vessatorietà, ma rimeditato il giudizio di astratta meritevolezza, sostenendo che tale tipo di contratto sarebbe in contrasto con la normativa sulla concorrenza e sull'abuso di dipendenza economica ed esprimerebbe un abuso dell'autonomia contrattuale che ne determinerebbe, anche attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1322, 2 comma, c.c., l'illiceità incondizionata, quand'anche si volesse ritenere che, essendo l'art. 1917, 1 comma c.c. una norma solo dispositiva, il claims made contenga una deroga astrattamente lecita”. In termini, già ID, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della Suprema Corte sulla clausola claims made*, cit.

⁵⁶⁷ In termini, M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., pp. 943 ss; U. CARNEVALI, op. cit., pp. 768 ss.

concreti⁵⁶⁸, ovverosia con riferimento alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete⁵⁶⁹, che disveli (sanzionandola con l'immeritevolezza di tutela ex art. 1322 co. 2 c.c.) l'eventuale esposizione del garantito a «buchi di copertura»⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ S. CENTONZE, *Claims made senza garanzia "postuma": immeritevoli per la Cassazione (ma non per il legislatore)*, in www.quotidianogiuridico.it, rileva che "Le S.U. avevano, infatti, evidenziato la necessità di una specifica valutazione di ciascuna clausola *claims* "impura" sottoposta al vaglio giudiziale, rifuggendo dalla tentazione di dettare una comoda regola risolutiva, universale e valida per tutti i casi analoghi, ed anzi volutamente rimettendo alla responsabilità dei giudici di merito il compito di effettuare, in concreto, analisi complete aderenti a ciascuna fattispecie contrattuale. Con quell'arresto, in ultima analisi, le Sezioni Unite avevano dettato alcune linee guida generali da osservarsi nei diversi giudizi, senza fornire scorciatoie valutative ma, piuttosto, riconoscendo implicitamente la problematicità di ogni approccio d'esame".

⁵⁶⁹ In tal senso, in giurisprudenza, un concetto analogo sembra emergere *in nunc* in Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit. ove si legge "ogni questione al riguardo [...] va affrontata caso per caso in relazione al concreto contenuto del singolo contratto in questione".

In dottrina, aderiscono alla prospettazione delle SS.UU., U. CARNEVALI, op. cit., p. 765; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite* cit., p. 943; F. A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")*, cit., p. 2613, per il quale una simile conclusione "smentisce quelle posizioni, che si erano fatte largo soprattutto in dottrina, che avevano, sì, superato la limitata prospettiva della vessatorietà, ma rimeditato il giudizio di astratta meritevolezza, sostenendo che tale tipo di contratto sarebbe in contrasto con la normativa sulla concorrenza e sull'abuso di dipendenza economica ed esprimerebbe un abuso della autonomia contrattuale che ne determinerebbe, anche attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1322, comma 2°, c.c., l'illiceità incondizionata, quand'anche si volesse ritenere che, essendo l'art. 1917, 1° comma, c.c., una norma solo dispositiva, il *claims made* contenga una deroga astrattamente lecita".

In termini critici, M. C. PERCHINUNNO, op. cit., pp. 746 ss., la quale rileva "il giudizio di meritevolezza diventa sì un principio che consente di ampliare il raggio di azione dell'autonomia privata, ma diventa altresì un contenitore che, di volta in volta, in relazione al caso concreto, i giudici dovranno riempire per rendere «giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale», senza tuttavia il rischio di un «incontrollabile soggettivismo della decisione»".

Contra, R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, p. 2032, ad avviso del quale "i contenuti applicativi saranno pure differenti, ma la valutazione non può essere davvero rimessa ad un'analisi disperatamente singolare, pena la prospettiva di moltiplicare a dismisura il contenzioso sottostante. La clausola non è buona o cattiva secondo le circostanze. Lo è, sempre e comunque, in quanto fissa un oggetto, che riesce retrospettivamente accettabile, o non (nella prospettiva dell'assicurato e secondo il tempo di occorrenza dei sinistri), laddove andrebbe invece regolata *ex ante*, nel senso (minimo) di indurre alla richiesta di un'alternativa da *loss occurrence*, più cautelativa anche se, ovviamente, più costosa"; A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Foro it.*, 2016, p. 2035, il quale discorre di "controllo di meritevolezza a intermittenza"; R. SIMONE, *Le sezioni unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà alla (im)meritevolezza*, in *Foro it.*, 2016, p. 3194.

⁵⁷⁰ F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 899, al riguardo nota che "Il regime *claims made* induce invece un'asimmetria anche qualitativa tra il rischio di cui il professionista deve coprirsi anche a beneficio del terzo potenzialmente danneggiato e quello trasferito all'assicuratore, esponendo ciò che le sezioni unite metaforicamente chiamano "buchi di copertura".

L'analisi, in particolare, viene condotta in relazione al rapporto sinallagmatico tra le rispettive obbligazioni⁵⁷¹, ossia tra il pagamento del premio ed il diritto all'indennizzo, valutando come la *claims made* incida la causa del contratto di assicurazione⁵⁷².

L'impossibilità di fornire risposte univoche ai dubbi di legittimità delle molteplici varianti delle clausole *claims made* riscontrabili nella prassi⁵⁷³, persuade le Sezioni Unite ad esordire nella disamina dei parametri di riferimento del giudizio di meritevolezza⁵⁷⁴, a partire da quello che fa leva sul tipo di clausola che viene in esponente, facendo fede alla tradizionale *summa divisio* che vede contrapposte le clausole *claims made* pure a quelle impure, e nell'ambito di queste ultime giungendo a conclusioni affatto diverse a seconda che le clausole contemplino o meno una parziale retrodatazione della copertura.

Posto che, da un lato, i profili di maggiore problematicità si riscontrano, senz'altro, con riferimento alle clausole impure che limitano la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento⁵⁷⁵, dall'altro si giunge a negare – tendenzialmente – la

⁵⁷¹ A tal uopo, si rende opportuno rilevare che già Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, cit., aveva prospettato possibili problematiche relative alla validità della clausola, la quale potrebbe causare il venir meno del rapporto di corrispettività tra le reciproche obbligazioni.

⁵⁷² R. FORNASARI, op. cit., p. 1375.

⁵⁷³ M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano se stesse*, cit., p. 623, al riguardo individua “nelle argomentazioni della Corte la – più o meno velata – volontà di pervenire a un sindacato sul “senso” del rapporto contrattuale. Espressione questa da intendersi come l'idoneità del contratto al soddisfacimento circa le esigenze concrete dell'assicurato-professionista, ovvero dell'ipotetico terzo danneggiato”.

⁵⁷⁴ F. A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, cit., p. 2614, secondo il quale si tratta di “indicazioni non del tutto appaganti o, come spesso accade, destinate ad essere intese in svariati modi e con effetti molto diversi”. L'A. peraltro, a p. 2615, tiene conto del fatto che “la chiusura della sentenza con il rinvio al “giudizio di stretto merito” era ineludibile, se consideriamo la funzione nomofilattica che impone di indicare solo principi generali (anche se rispetto alle clausole pure ed alle spurie senza retroattiva, come si è visto, il giudizio della Corte è parso molto concreto e con poco spazio alla valutazione di merito)”.

⁵⁷⁵ F. MAGNI, op. ult. cit., p. 2615, afferma che “un punto fermo su un certo tipo di clausola impura viene tuttavia messo, perché pare di poter ritenere che un contratto di assicurazione che limiti la garanzia ai sinistri accaduti e denunciati durante il tempo della assicurazione e, dunque, senza alcuna estensione retroattiva, non sia meritevole di tutela (conclusione certamente condivisibile, anche se si tratta di un caso limite)”; S. CENTONZE, op. cit., al riguardo rileva che “si ritrova un solo passaggio in cui viene espressa una valutazione di sapore “tranciante” (...) Si noti, tuttavia, come anche in questo frangente, la Corte si sia astenuta dal formulare un giudizio definitivo di immeritevolezza, avendo preferito segnalare la difficoltà (non l'impossibilità) di pervenire ad una soluzione diversa”.

prospettazione della non meritevolezza con riferimento alle clausole c.d. pure, strutturate in modo da obliterare del tutto la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito⁵⁷⁶. L'assunto si basa, evidentemente, sulla semplice (quanto rilevante *in parte qua*) considerazione che alla limitazione del rischio assicurabile da parte dell'assicuratore, corrisponde il vantaggio compensativo dell'assicurato che trasla il costo del rischio di verifica del sinistro in capo all'assicuratore, quantunque verificatosi anteriormente alla stipula della polizza, a sua insaputa. In altri termini, ciò che l'assicurato perde alla fine, lo recupera all'inizio, perché se è vero che, con tutta probabilità, non sarà coperto per i fatti illeciti che accadono durante il periodo di vigenza dell'assicurazione, è innegabile che la garanzia si espliciti comunque per tutti quelli accaduti prima, sempre che intervenga una tempestiva richiesta di risarcimento.

Tale vantaggio sfuma sensibilmente con riguardo alle clausole impure che estendono la garanzia per due o tre anni al rischio pregresso. In simili casi «l'apprezzamento non potrà non farsi carico del rilievo che il sinallagma contrattuale, che nell'ultimo periodo di vita del rapporto è destinato a funzionare in maniera assai ridotta⁵⁷⁷, quanto alla copertura delle condotte realizzate nel relativo arco temporale, continuerà nondimeno a operare⁵⁷⁸ con riferimento alle richieste risarcitorie avanzate a fronte di comportamenti dell'assicurato antecedenti alla stipula»⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ In termini critici, R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit., p. 2019, ad avviso del quale “e qui già si rischia di non capire, posto che la difficoltà per come adombrata da Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, s'incentra sull'esclusione della copertura di un sinistro verificatosi nella vigenza del contratto, ma denunciato dopo la scadenza della polizza; qualunque sia la dimensione di questo «backward looking», il profilo cruciale, ossia l'estraneità al parametro dell'accadimento «durante il tempo dell'assicurazione», è fuori discussione in entrambi i casi”.

⁵⁷⁷ F. A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, cit., p. 2615, ad avviso del quale, tale riferimento “è difficilmente comprensibile, ove si consideri che anche nel *claims made* puro vale la stessa regola, perché anche in tale caso nell'ultimo periodo di vita il sinallagma è ridotto e una volta cessato il contratto nessuna denuncia potrà più essere garantita, mentre la questione è sempre della più o meno ampia estensione retroattiva”.

⁵⁷⁸ L'argomentazione in parola è senz'altro foriera di ripercussioni positive sull'esito dello scrutinio delle clausole in commento, eliminando il dubbio circa la mancanza di corrispettività tra pagamento del premio e diritto all'indennizzo, paventata da una certa giurisprudenza (Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622).

⁵⁷⁹ Cfr. par. 17 della sentenza. In dottrina, R. FORNASARI, op. cit., per il quale alla nota 30, “ad esempio, all'approssimarsi della scadenza dell'operatività della polizza il sinallagma è destinato a

Degno di nota è anche il cenno della Suprema Corte alla particolare situazione in cui versa il soggetto che da poco ha iniziato l'attività (c.d. esordiente): in questo caso, poiché non esiste il rischio che in corso di polizza intervengano richieste risarcitorie per danni derivanti da condotte anteriori, tale soggetto “della copertura del rischio pregresso nulla potrà farsene”, sicché altrettanto inutile sarebbe il corrispettivo pagato a titolo di premio per la garanzia di tali rischi.

Peraltro, la Corte ravvisa l'opportunità dell'ingresso nella griglia valutativa della meritevolezza delle clausole *claims* anche di tutte le svariate circostanze del caso concreto (ivi compreso l'entità del premio pagato), dell'incisione della libertà contrattuale del contraente non predisponente e soprattutto della presa d'atto che le polizze assicurative che ospitano le clausole in commento sono spesso stipulate in un “contesto caratterizzato dalla spiccata asimmetria delle parti e nel quale il contraente non predisponente, ancorché in tesi qualificabile come “professionista”, è in realtà il più delle volte sguarnito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile”⁵⁸⁰.

Da ultimo, la Suprema Corte fa menzione della qualità delle parti, *id est* della qualifica di consumatore di una di esse: nonostante la stipula di una polizza con clausola *claims made* sia generalmente riservata agli esercenti un'attività professionale, nell'eventualità (alquanto residuale) in cui risulti sottoscrittore un consumatore, dovrà procedersi alla valutazione della clausola in parola in base al

ridursi considerevolmente, occorre altresì considerare che, qualora la copertura si estenda anche al rischio pregresso, il sinallagma persisterà quantomeno per le condotte realizzate antecedentemente alla conclusione del contratto, per cui il sinallagma non si può considerare assente. Tale osservazione non è però pertinente in relazione a polizze volte a manlevare l'assicurato dalla responsabilità professionale: qualora questi abbia appena iniziato la professione non ha evidentemente alcun interesse alla garanzia relativa al rischio pregresso”; U. CARNEVALI, op. cit., p. 65 nota 21, il quale, tuttavia, precisa “per la retroattività della copertura assicurativa l'assicurato corrisponde un premio aggiuntivo, sicché si viene ad instaurare un ulteriore e autonomo sinallagma tra questo premio e i fatti dannosi accaduti anteriormente alla decorrenza della polizza, il che conserva validità al rilievo che nell'ultimo periodo di vita del rapporto il sinallagma di base è destinato a funzionare in maniera assai ridotta quanto alla copertura dei fatti accaduti durante la vigenza della polizza”.

⁵⁸⁰ In termini critici, U. CARNEVALI, op. cit., p. 768, per il quale, “si tratta peraltro di parametri astratti alcuni dei quali non è agevole trasferire sul piano pratico. Che cosa significa, ad esempio, «l'entità del premio pagato dall'assicurato»? Solo se fossero offerte contemporaneamente polizze con clausola *claims* e con clausola *loss*, si potrebbe controllare se il premio pagato per le prime è inferiore a quello pagato per le seconde. E quali sarebbero gli «altri profili della disciplina pattizia»?”.

combinato disposto degli artt. 33 e 36 cod. cons., con la conseguenza di una maggiore incisività del relativo scrutinio⁵⁸¹.

La pronuncia si chiude con la constatazione che la clausola *claims made* (comunque articolata, pura o impura che sia) mal si adatta alle polizze stipulate dai soggetti tenuti per legge a tale obbligo⁵⁸², giusta la circostanza che tale meccanismo assicurativo comunque “espone il garantito a buchi di copertura”, donde il monito della Corte, rivolto al legislatore, di tenere presente siffatto elemento nella redazione del decreto presidenziale atto a stabilire i requisiti minimi per l’idoneità dei contratti stipulati dagli esercenti la professione sanitaria⁵⁸³.

Quanto poi alle conseguenze della eventuale declaratoria di nullità della clausola per immeritevolezza, la Corte di Cassazione (sul presupposto che nel caso di specie si esorbita dall’area della mera scorrettezza comportamentale presidiata dalla sola tutela risarcitoria) ne reclama il carattere reale, con l’applicazione dello schema *loss occurrence* ex art. 1917 co.1, così imboccando la strada della nullità parziale ai sensi dell’art. 1419 co. 2⁵⁸⁴ in combinato disposto con l’art. 2 Cost., il cui precetto “entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone di buona fede, cui attribuisce vis normativa”⁵⁸⁵.

⁵⁸¹ La Corte precisa, al tal riguardo, che “in quanto volto ad assicurare protezione al contraente debole, non potrà invero che attestarsi su una soglia di incisione dell’elemento causale più bassa rispetto a quella necessaria per il positivo riscontro dell’immeritevolezza, affidato ai principi generali dell’ordinamento”.

⁵⁸² Il riferimento è al d.l. n. 138 del 2011, art. 3 comma 5, convertito con legge n. 148 dello stesso anno, che alla lett. e) ha previsto l’obbligo per tutti i professionisti di stipulare “idonea assicurazione per i rischi derivanti dall’esercizio dell’attività professionale”. Per l’attuazione di tale obbligo, relativamente alle polizze stipulate dagli avvocati e dagli esercenti la professione sanitaria, v. infra cap. IV, par. 2.1.

⁵⁸³ Invero già la segnalazione dell’AGCM del 4 luglio 2014 auspicava, per le polizze stipulate dai professionisti, la necessità di espungere le clausole *claims made* dalle convenzioni collettive e dal decreto che fissa i requisiti minimi delle polizze.

⁵⁸⁴ Diversamente, l’applicazione del 1 comma dell’art. 1419 c.c. avrebbe ineluttabilmente comportato la trasmissione della nullità all’intero contratto, in quanto dovendosi ricercare la volontà presunta dei contraenti, risulta di palmare evidenza che l’assicuratore non avrebbe concluso il contratto senza la clausola *claims made*. Risultato questo oltremodo penalizzante per l’assicurato, che all’esito di tale operazione ne sarebbe uscito del tutto privo di copertura con la sola ben magra consolazione del diritto alla restituzione all’indennizzo. Così M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite.*, cit., p. 946. L. FERRONI, *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia privata e la nuova filosofia cui s’informa il regime dell’invalidità*, in *Saggi di diritto civile*, Pesaro, 2003, 35.

⁵⁸⁵ Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77, cit.; Corte Cost. 24 ottobre 2013, n. 248, cit.

5.1 (Segue) Le critiche mosse alle Sezioni Unite del maggio 2016

L'entusiasmo suscitato dallo spirito di cambiamento che si respira dai principi innovativi fissati dalla pronuncia delle Sezioni Unite, rischia di essere immediatamente ridimensionato, ad un'analisi più attenta dei parametri di giudizio utilizzati e dell'impatto sulla futura elaborazione giurisprudenziale.

Si tratta, infatti, di ricostruzione interpretativa che non è andata esente da una serie di rilievi critici.

Non è peregrina, in primo luogo, l'osservazione di quanti scorgono nel sindacato di meritevolezza della clausola *claims made* un rimedio che in concreto si rivela più un male che un antidoto per le censure di validità, che per lungo tempo hanno gettato un'ombra di incertezza sulla stabilizzazione di questa prassi contrattuale⁵⁸⁶. È come se la Suprema Corte avesse reso la seconda parte della sentenza indipendentemente dalla prima: se all'inizio infatti si riscontra un apprezzabile sforzo di salvare a tutto tondo⁵⁸⁷ la polizza *claims made*, tale tentativo risulta poi in concreto vanificato dalla verifica che i giudici di merito sono chiamati a svolgere sulla corrispondenza della clausola ad interessi meritevoli di tutela, residuando quindi ancora oggi margini per una censura di nullità (seppure *sub specie* di immeritevolezza).

Ma v'è di più. Se pure non può non darsi atto del meritorio intento di fronteggiare gli squilibri derivanti dalle clausole *claims made* sul versante concreto della meritevolezza degli interessi coinvolti (prendendo le distanze da quelle tendenze ostracistiche che le avevano finora delegittimate nel nostro ordinamento), le Sezioni Unite, al netto di ogni considerazione, forniscono soltanto un'indicazione di metodo fondata su criteri astratti⁵⁸⁸ e che non esauriscono la variegata gamma di

⁵⁸⁶ In questi termini M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* ("piacer figlio d'affanno; Gioia vana..."), cit., 962.

⁵⁸⁷ Le Sezioni Unite, infatti, analizzano profili di invalidità ulteriori rispetto a quelli prospettati dalla parte ricorrente, superandoli a piè pari.

⁵⁸⁸ Così U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, cit., 768; 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, p. 2039, ove si legge che "la Suprema corte non dà altre indicazioni circa il modo in cui esso andrebbe compiuto. In proposito, non si può negare che l'evoluzione inerente all'art. 1341 c.c., almeno nel settore di cui si tratta, abbia avuto una coerenza almeno interna, pur scontando una certa avversità a riconoscere che le *claims made* sono ormai una realtà e che le clausole *loss occurrence*, in determinati settori, sono destinate a trovare collocazione

situazioni riscontrabili nella prassi (primo fra tutti il caso della polizza *claims* stipulata dal professionista nell'ultimo anno di svolgimento della propria attività).

Senza contare il fatto che lo scivoloso filtro di meritevolezza sarebbe affidato alla sensibilità (e all'estro) del singolo giudice del caso concreto, chiamato a fare una prudente applicazione dei parametri enucleati dalla Corte e, in caso di esito negativo, sostituire la polizza *claims made* con una tradizionale di tipo *loss occurrence* ex art. 1917 c.c. Il risultato che si prospetta, da questo punto di vista, è tutt'altro che rassicurante e rischia di gettare le polizze *on claims made basis* in

solo nei manuali di storia del diritto. [...] tuttavia, non è dato di sapere se e come tale patrimonio di esperienze e conoscenze possa rilevare nella *pars destruens* che passa per il giudicato di meritevolezza, né come il giudice debba poi procedere alla *pars costruens*". R. FORNASARI, op. cit., 1372 ss., nota come, nonostante le citate sezioni abbiano indicato alcuni elementi ai fini del sindacato di cui all'art. 1322 c.c., "non si precisa, tuttavia, quale sia il parametro in relazione al quale questi devono essere valutati, ossia non chiarisce quale sia il livello di incisione dell'equilibrio causale che comporta l'agiuridicità della clausola. Né pare un elemento sufficiente quello indicato nella parte finale della sentenza, laddove si afferma che «il giudizio di idoneità della polizza difficilmente potrà avere esito positivo in presenza di una clausola *claims made*, la quale, comunque articolata, espone il garantito a buchi di copertura». È infatti chiaro che il rischio del buco di copertura, nel caso di clausola *claims made* impura sussiste in ogni caso, a meno che la polizza preveda una retroattività talmente ampia da includere tutti i potenziali eventi dannosi per i quali non sia già maturata la prescrizione. Inoltre, l'assicurato può risultare esposto al buco di copertura anche nel caso di clausola *claims made* pura. (...) La decisione della Corte di cassazione, non indicando criteri precisi per individuare tale limite, demanda al singolo giudice la decisione circa il livello di incisione della causa dal quale discende l'immeritevolezza. Ciò, se da un lato consente di esaminare le concrete circostanze dello specifico caso e di analizzare gli effetti della clausola *claims made* sull'accordo, dall'altro determina una notevole imprevedibilità delle decisioni giudiziali. Ne sono un esempio le pronunce di merito successive alla sentenza 6 maggio 2016, n. 9140, che hanno applicato i principi enunciati dalla Cassazione in maniera ambigua e contraddittoria".

un'incertezza interpretativa ancora maggiore⁵⁸⁹ di quella cui le stesse Sezioni Unite hanno cercato di porre rimedio⁵⁹⁰.

A tal segno si osserva, ulteriormente, che la Corte di Cassazione incorra già di per sé (e prima ancora che i suoi postulati possano, in ipotesi, essere oggetto di mutevoli interpretazioni da parte dei giudici di merito) in una vistosa contraddizione, qualora si pongano a raffronto due diversi passaggi della pronuncia che sembrano prima affermare e poi negare una medesima premessa di fondo: il riferimento è alla nota distinzione che sussiste tra regole di comportamento e le

⁵⁸⁹ U. CARNEVALI, op. cit., p. 765, “chi si attendeva dalle Sezioni Unite una parola definitiva che desse certezza in merito all’ammissibilità della clausola *claims made* rimarrà probabilmente deluso. Le Sezioni Unite non hanno affermato né che la clausola è di per sé valida e ammissibile, né che la clausola è di per sé nulla e inammissibile, ma hanno affermato che la clausola è soggetta ad uno scrutinio di ammissibilità e che questo scrutinio va condotto caso per caso con riferimento alla concreta fattispecie negoziale sottoposta al giudizio dell’interprete. Il pallino torna perciò ai giudici di merito, la cui valutazione di meritevolezza ovvero di immeritevolezza sfuggirà al controllo di legittimità se sorretta da una idonea motivazione che metta in luce l’iter logico che sta alla base della decisione”. L’A. tuttavia prosegue ammettendo che “L’opzione per lo scrutinio di meritevolezza privilegiata dalle Sezioni Unite si mostra più flessibile, anche se non offre le certezze offerte dalle altre due opzioni (invalidità sempre e comunque della clausola, validità sempre e comunque della clausola, ndr)”. R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit., p. 2026, afferma che “La sentenza sconcerta. Di più: per taluni aspetti, lascia sgomenti”. Di seguito l’A., a p. 2031, nutre forti dubbi sul giudizio di meritevolezza in concreto affidato ai singoli giudici di merito, in quanto “la valutazione non può essere davvero rimessa ad un’analisi disperatamente singolare, pena la prospettiva di moltiplicare a dismisura il contenzioso sottostante. La clausola non è buona o cattiva secondo le circostanze. Lo è, sempre e comunque, in quanto fissa un oggetto, che riesce retrospettivamente accettabile, o non (nella prospettiva dell’assicurato e secondo il tempo di occorrenza dei sinistri), laddove andrebbe invece regolata ex ante, nel senso (minimo) di indurre alla richiesta di un’alternativa da loss occurrence, più cautelativa, anche se, ovviamente, più costosa. E chi meglio delle sezioni unite avrebbe dovuto stabilire il canone unificante di valutazione, rispetto al quale le parti possano agevolmente orientarsi?”. A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Foro it.*, 2016, p. 2035, analogamente ritiene che “se si è posto riparo ad un guasto sul fronte dell’art. 1341, analogo inconveniente si è riproposto, con ricadute potenzialmente ancora più pericolose, sul piano della validità della clausola, dove si sono gettate le basi per un controllo di meritevolezza a intermittenza. Lo stesso dicasi, nella provincia consumeristica, per il controllo di vessatorietà/abusività, affidato al magmatico criterio generale del «significativo squilibrio»”. 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, 4, pp. 476 ss., evidenzia che la “fallacia di un ricorso ad una meritevolezza non rigidamente caratterizzata si può intravedere nel pericolo di destabilizzazione intrinsecamente connotato ad un sindacato con i connotati propri della valutazione ex art. 1322 c.c. (...) si giunge, in maniera necessitata, all’adozione di uno standard di giustizia del singolo caso concreto, che, incentrata unicamente sulle peculiarità della specifica fattispecie, lungi dal predisporre criteri orientativi valenti *erga omnes*, assoggetta l’efficacia del contratto e delle pattuizioni ivi contenute alla riequilibratura delle asimmetrie contrattuali, che è operazione che pare travalicare le attribuzioni dell’organo giudicante ove non associata ad un’ingiustizia procedurale”.

⁵⁹⁰ V. *infra* per una panoramica della giurisprudenza di merito successiva.

regole di validità del contratto⁵⁹¹, principio (fino ad un recente passato) incontestato del nostro ordinamento giuridico⁵⁹². Ebbene, se in prima battuta la Corte di Cassazione afferma a chiare lettere che il contrasto della previsione pattizia con una regola di comportamento “può costituire solo fonte di una responsabilità per danni”, posto che “ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità”, poco più in là, rispetto al giudizio di meritevolezza delle clausole *claims made*, tali certezze sembrano svanire. Invero, si assiste alla presa d’atto che gli effetti del giudizio in parola (ex art. 1322 c.c. comma 2) “non possono non avere carattere reale”, e però la forza ablativa del vincolo viene ricondotta proprio alla violazione di quella regola (di buona fede) che, mentre poco prima consentiva al danneggiato solo una tutela sul crinale risarcitorio, invece in questa

⁵⁹¹ Tale principio è stato lapidariamente affermato con le pronunce della Cass. SS. UU., 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725. Le sentenze sono pubblicate in *Corr. giur.*, 2008, pp. 223 ss., con nota adesiva di V. MARICONDA, *L’insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e di validità*; *Giur. it.*, 2008, 2, pp. 347 ss., con nota adesiva di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*; *Contratti*, 2008, pp. 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità; Danno e resp.*, 2008, pp. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; *ivi*, F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*; *Società*, 2008, pp. 449 ss., con nota adesiva di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria: l’intervento delle S.U.*; *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2008, pp. 1452 ss., con nota critica di ACHILLE; *Resp. civ.* 2008, pp. 525 ss., con nota di F. TOSCHI VESPASIANI, *La violazione di obblighi informativi da parte dell’intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*; *Dir. fall.*, 2008, II, pp. 1 ss., con nota critica di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, S.U. 19 dicembre 2007, n. 26725*; *Foro it.*, 2008, I, pp. 784 ss., con nota adesiva di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*; *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 2785 ss., con nota critica di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell’intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: la ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*; *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 1175 ss., con nota illustrativa di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 604 ss., con nota adesiva di F. BRUNO - A. ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*; *ivi*, pp. 344 ss., con nota adesiva di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*.

⁵⁹² Sulla possibilità di una revisione di tale principio di carattere sistematico, v., recentemente, E. SCODITTI, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, 5, pp. 417 ss. In giurisprudenza cfr. Corte Cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, cit. (vd nota 191); Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 382, con nota di F. A. PATTI.

sede sortisce effetti demolitori sul contratto, stante la *vis* precettiva che riceve indirettamente dal principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost.⁵⁹³

È stata dappoi rilevata un'ulteriore incongruenza interna alla motivazione della Suprema Corte⁵⁹⁴, laddove in un primo momento sostiene strenuamente la validità in astratto delle clausole *claims made*, ponendosi unicamente un problema di valutazione in concreto della meritevolezza dell'assetto di interessi pattiziamente regolato, e ritenendo ciononostante (in astratto?) sempre meritevoli le clausole pure; sennonché, successivamente, con un repentino colpo di coda, la stessa Corte chiarisce che qualsiasi tipo di clausola (pura o impura che sia) espone l'assicurato a “buchi di copertura”⁵⁹⁵, donde la prognosi negativa circa il superamento del giudizio di idoneità delle polizze assicurative che i professionisti sono per legge obbligati a stipulare, invitando – in *obiter dictum* – peraltro il legislatore a non inserirle nei contratti collettivi né nel decreto che fissa i requisiti minimi per l'idoneità dei contratti di assicurazione stipulati dai sanitari. Il che vale, quanto meno, a revocare in dubbio il giudizio di idoneità in astratto delle clausole *claims made pure*⁵⁹⁶.

⁵⁹³ R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit., pp. 2027-2028, che nel rilevare tale “contraddizione fatta sistema” ritiene che la Cassazione si rifaccia a quella “nullità (totale o parziale), in forza di una buona fede ormai demolitoria (ben lontana, dunque, da quella blandamente comportamentale di cui sopra), che scardina e azzerà tutto quanto non si allinea all'apprezzamento del giudice”. Si tratta, insomma, secondo l'A., di una “buona fede solidaristica a tutto tondo costituzionale – quindi principio fondante che trasmoda nel paradigma valoriale di qualsivoglia estrinsecazione di autonomia privata, destinato ad esitare in nullità rimediabile non testuale – che sublima la clausola generale sdoppiata (buona fede declinata come abuso del diritto), sino a renderla pervasiva, amebica, insofferente a tassonomie da Fallgruppen (sottocategorie ordinanti)”.

⁵⁹⁴ R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit., p. 2030, il quale si chiede “perché non proclamare, una volta per tutte, l'impraticabilità delle clausole a fronte dell'obbligo assicurativo? L'ovvia replica è che il rimedio sarebbe sproporzionato. Sennonché, la condanna a macchia di leopardo appare ancora più devastante”.

⁵⁹⁵ Dà conto della possibilità che “buchi di copertura” possano verificarsi anche in costanza di una polizza *loss occurrence*, N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 6, pp. 682 ss.

⁵⁹⁶ Nello stesso senso, peraltro, si pone anche la riflessione della Suprema Corte riguardo all'esordiente: egli infatti, proprio perché “non ha alcun interesse ad assicurare inesistenti sue condotte precedenti alla stipula” (cfr. par. 17 della sentenza), non se ne farà nulla nemmeno di una polizza assicurativa con clausola *claims made* pura, la validità della quale quindi appare sempre meno scontata. In questi termini, A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, cit., p. 2616. L'A., acutamente, osserva (p. 2615) che “anche il riferimento alla circostanza che il sinallagma contrattuale, che nell'ultimo periodo di vita del rapporto è destinato a funzionare in maniera assai ridotta” è difficilmente comprensibile, ove si consideri che anche nel *claims made* puro vale la stessa regola, perché anche in tale caso nell'ultimo

Medesima indecisione della Corte pare riscontrarsi anche allorché, nell'affermare che l'indagine sul giudizio di meritevolezza non potrebbe essere svolta facendo ricorso al rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo⁵⁹⁷ - criterio giudicato di indiscutibile impatto emotivo -, riprende poi proprio l'entità del premio pagato dall'assicurato come elemento che può rientrare nella griglia valutativa dell'immeritevolezza (come *species* di tutte quelle "circostanze del caso concreto" che la Corte predilige per il sindacato di cui all'art. 1322 capoverso)⁵⁹⁸.

Ulteriore rilievo critico della pronuncia in esame lo si rinviene nella parte in cui, escludendosi la vessatorietà della clausola ai sensi dell'art. 1341 c.c., se ne afferma la sua abusività ai sensi dell'art. 33 cod. cons.⁵⁹⁹ in ragione della "spiccata" asimmetria delle parti⁶⁰⁰, presentandosi, in simil modo, assai più insidioso il sindacato di meritevolezza in questione rispetto al vaglio di cui al citato art. 1341

periodo di vita il sinallagma è ridotto e una volta cessato il contratto nessuna denuncia potrà più essere garantita". S. MONTICELLI, *Il giudizio di meritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 458, rileva ulteriormente in chiave critica che da un lato, "la pregressa illimitata rappresenta una copertura non certo a costo zero, e che quindi viene di fatto pagata dall'assicurato anche se la relativa voce non compare, generalmente, esplicitamente nel contratto, dunque già trova nell'ammontare del premio pagato la sua giustificazione in termini di corrispettività, dall'altro che il rischio eventuale della Compagnia di dover risarcire, in ragione della pregressa illimitata, un danno causatosi prima della stipula del contratto di assicurazione è, perlomeno, circoscritto dalle previsioni di salvaguardia contenute negli artt. 1892 e 1893 c.c., norme il cui contenuto è, peraltro, espressamente richiamato in clausole uniformemente utilizzate nella prassi negoziale".

⁵⁹⁷ Come invece prospettato dalla Corte di Cassazione, 17 febbraio 2014, n. 3622, cit.

⁵⁹⁸ F. A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")*, cit., p. 2613.

⁵⁹⁹ R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit., p. 2029, il quale rileva "La clausola *claims made*, insomma, non è vessatoria (ex art. 1341 c.c.) ma può essere vessatoria (ex art. 33 cod. consumo, i.e. abusiva). Si dirà, a ragione, che lo scrutinio formale dell'una disposizione differisce da quello contenutistico dell'altra. Ma resta una sensazione di profondo disagio, perché l'esclusione della vessatorietà si fonda su una valutazione di «non ontologica incompatibilità» con la norma di riferimento che, a rigore, dovrebbe rendere problematica una valutazione in chiave di significativo squilibrio di diritti e di obblighi".

⁶⁰⁰ R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, cit., p. 2029, il quale osserva "non è ben chiaro se questa asimmetria senza aggettivi, à la Roppo, abbia valenza in proprio o sia semplicemente destinata a orientare il giudizio [...]. Ma la strada è segnata. La clausola, non vessatoria, può essere abusiva e, comunque, immeritevole di tutela: chi cercava serene certezze è servito"; A. PALMIERI, op. cit., c. 2032, per il quale "anziché limitarsi ad assegnare la prevalenza all'uno o all'altro degli orientamenti già abbozzati dalle precedenti pronunce che in sede di legittimità si erano cimentate con rapporti assicurativi caratterizzati dalla clausola *claims made*, le sezioni unite, con una mossa a dir poco spiazzante, riescono a spargliare il gioco".

c.c., posto l'agevole espediente della doppia firma per neutralizzarne l'operatività, laddove nessuno scampo si prospetta per l'immeritevolezza⁶⁰¹.

Vieppiù, non appare condivisibile nemmeno la supposta immeritevolezza delle polizze *claims made* in quanto foriere, *sic et simpliciter*, di “buchi di copertura”. Giova notare infatti che l'interesse dell'assicurato a non subire conseguenze negative sul proprio patrimonio a fronte dell'accadimento di un fatto illecito, dovrebbe trovare compiuta soddisfazione attraverso la scelta e la stipula di polizze quanto più possibile aderenti alla sinistrosità del soggetto che vuole assicurarsi la prestazione di sicurezza. Non può lasciarsi nell'ombra, a tal riguardo, la circostanza che le imprese e i professionisti si facciano assistere da intermediari finanziari e *brokers* specializzati, il cui compito è proprio quello di condurre il cliente verso l'opzione assicurativa più adeguata alle proprie esigenze, al precipuo fine di ridurre al minimo (se non eliminare del tutto) il rischio di scopertura⁶⁰². Gli è che, in ipotesi, qualora il professionista non scelga una polizza corredata da estensioni convenzionali di efficacia (siano esse retroattive o ultrattive), gli eventuali “buchi di copertura” che sopraggiungeranno non varranno ad inquinare la causa del contratto (*id est* renderla immeritevole), quante volte lo spostamento dell'onere di sinistrosità tardiva si accompagni ad una riduzione del premio a vantaggio del cliente⁶⁰³.

In altri termini, ciò che si vuole rimarcare è che la sottoscrizione di una polizza *claims made*, anche nella formula più penalizzante per l'assicurato (quella cioè che impone che nel periodo di vigenza del contratto debbano verificarsi tanto il sinistro quanto la richiesta di risarcimento del terzo-danneggiato), nonostante esponga maggiormente quest'ultimo al rischio che l'impresa assicuratrice eccipisca l'inefficacia della copertura⁶⁰⁴, purtuttavia non è per ciò solo e in astratto

⁶⁰¹ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli o no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, p. 932.

⁶⁰² G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., p. 1531, il quale evidenzia come le criticità che derivano dai possibili vuoti di copertura delle polizze “potrebbero essere superate con l'affinamento delle tecniche di redazione dei regolamenti contrattuali e delle previsioni in esso contenute”.

⁶⁰³ In questi termini, M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 3, pp. 1012 ss

⁶⁰⁴ Soltanto nelle ipotesi in cui il rischio oggetto di copertura riguardi i c.d. sinistri concentrati nel tempo (cioè i sinistri i cui elementi costitutivi si manifestano in uno spazio temporale alquanto

immeritevole di tutela ex art. 1322 c.c.⁶⁰⁵, dovendosi tale giudizio ancorare ai criteri che effettivamente si prestano a conferirgli quella concretezza tanto declamata, primo fra tutti l'entità del premio pagato⁶⁰⁶. Ne deriva quindi, che, se l'eventuale limitazione del periodo di copertura offerto dall'assicuratore non si giustifichi in un diverso assetto dell'equilibrio sinallagmatico del contratto, che consenta all'assicurato di corrispondere un premio sensibilmente inferiore, la polizza sarà (ma solo in questo caso!) priva di causa perché priva di corrispettivo⁶⁰⁷, ovvero – come preferibilmente sembra doversi convenire – immeritevole ex art. 1322, comma 2⁶⁰⁸, c.c. in quanto squilibrata⁶⁰⁹.

Quanto poi agli effetti dell'esito negativo dello scrutinio di meritevolezza, in specie alla tecnica di intervento utilizzata e al risultato cui essa dà luogo, non v'è

ravvicinato) l'assicurazione con clausola *claims made* impura che esplica la sua efficacia nella sola ipotesi in cui vigente la polizza intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento. Potrebbe essere in grado di soddisfare le aspettative dell'assicurato.

⁶⁰⁵ Rileva tale criticità nelle argomentazioni della Corte anche G. MIOTTO, *Dalle sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, cit., pp. 1390 ss., il quale afferma che “la valutazione di meritevolezza affidata al Giudice di merito avrebbe dovuto sostanziarsi in una comparazione fra il premio pagato dall'assicurato ed il rischio garantito dall'assicuratore in virtù della *claims made* concretamente pattuita, allo scopo di verificarne l'effettiva corrispettività. Al contrario, come si vedrà, l'impressione che gli interpreti hanno tratto dall'ordito delle Sezioni Unite n. 9140/2016 è che questo autorizzi a concentrare la valutazione di meritevolezza esclusivamente sulle conseguenze riduttive dell'oggetto dell'assicurazione che la clausola comporta, senza darsi pena di confrontarle con la misura del premio pattuito. In altre parole, come poi si vedrà nel dettaglio, la valutazione evocata dalle Sezioni Unite in linea di principio dovrebbe riguardare la corrispettività tra rischio assicurato e premio pagato, ma di fatto è stata invece percepita come se dovesse avere ad oggetto il solo contenuto della clausola che modifica lo schema legale dettato dall'art. 1917 c.c.”

⁶⁰⁶ Cfr. Trib. Genova, 23 gennaio 2012, che ha affermato che la contrazione della responsabilità dell'assicuratore “ove non sia accompagnata da un diverso assetto dell'equilibrio sinallagmatico del contratto” determina che la copertura assicurativa “più che dotata di causa illecita, appare puramente e semplicemente priva di causa, perché priva di corrispettivo”. Più di recente, in termini analoghi, Trib. Bologna, 18 agosto 2016, in *Pluris*. Del resto anche le Sezioni Unite che qui si commentano accennano timidamente a questo criterio di valutazione, come testè riportato.

⁶⁰⁷ Per il peculiare atteggiarsi della corrispettività nel contratto di assicurazione, cfr. P. CORRIAS, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, pp. 301, ss.

⁶⁰⁸ Espone i dubbi circa un proficuo impiego del giudizio di meritevolezza allorché un contratto non assicuri uno scambio economicamente apprezzabile tra prestazione e controprestazione, propendendo piuttosto, in un caso del genere, per la nullità per mancanza di causa, G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., p. 1527, nt. 32.

⁶⁰⁹ I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 2014, 4, pp. 603 ss., afferma che lo squilibrio contrattuale si realizza qualora sia offerta la prova che il premio è stato calcolato “facendo riferimento a una classe di rischi non corrispondenti a quello effettivamente coperto”. Sull'equilibrio economico dell'assetto contrattuale che viene ristabilito tramite un premio di tariffa inferiore rispetto a quello praticato per le polizze tradizionali, F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 834, nt. 47.

chi non veda come la pronuncia in commento faccia un uso improprio dell'istituto generale della nullità parziale ex art. 1419 co. 2 c.c., abbinato alla disciplina legale della formula *loss* di cui all'art. 1917 co. 1 c.c.

Ebbene, risulta alquanto inopportuno il richiamo della Corte al meccanismo della sostituzione *ope legis* della clausola nulla con una norma di carattere imperativo, non foss'altro per la contraddizione in cui inesorabilmente il Collegio cade, mercé la precedente qualificazione dell'art. 1917 co.1 c.c. (parametro di riferimento del meccanismo di sostituzione) come norma di natura meramente dispositiva e derogabile⁶¹⁰.

Il medesimo risultato perseguito dalla Corte, *id est* la sostituzione del regime pattizio con quello legale di tipo suppletivo, si sarebbe potuto ottenere attraverso soluzioni tali da non inficiare la portata degli approdi esegetici della prima parte della pronuncia. Una strada recentemente percorsa da autorevole dottrina è infatti quella della integrazione cogente delle lacune del contratto ex art. 1374 c.c., tali

⁶¹⁰ Così anche M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* ("piacer figlio d'affanno; Gioia vana..."), cit., 969. G. FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, pp. 760 ss. Superano invece questo rilievo critico M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, cit., p. 946; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 957; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, pp. 37 ss., ove il riferimento alla possibilità di utilizzare l'art. 1419 co.2 per integrare con la disciplina dispositiva derogata il contratto monco della clausola abusiva.

Giova notare che, recentemente, il tema della possibilità della sostituzione della clausola espunta dal regolamento contrattuale con la norma meramente dispositiva derogata, è stato oggetto di riflessioni anche da parte della giurisprudenza sovranazionale. La Corte di Giustizia ha di recente corretto il tiro del suo precedente e consolidato orientamento: continua in via di principio ad essere ribadita la regola generale secondo la quale il contratto contenente una clausola vessatoria rimane vincolante nella sua restante parte, nonostante la nullità della singola clausola, essendo esclusa qualsiasi sostituzione automatica delle clausole nulle con norme legislative di tipo dispositivo o qualsiasi etero-correzione del regolamento negoziale a mezzo di un provvedimento giudiziale. Tuttavia la Curia europea ammette che tale regola possa soffrire un'eccezione quante volte il contratto concluso tra professionista e consumatore non possa sussistere dopo l'eliminazione della clausola abusiva, con conseguente grave pregiudizio per il consumatore, essendo auspicabile in questo caso che il giudice nazionale sostituisca alla clausola nulla la disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva derogata, che tornerebbe ad operare quale effetto normale ed automatico. Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia UE, 21 gennaio 2015, Rel. Levits, "Unicaja Banco", su cui cfr. S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 417; nonché Corte di Giustizia UE, 30 aprile 2014, caso Kásler/OTP Jelzàlogbank Zrt, su cui cfr. G. MILIZIA, *Il giudice può sostituire la clausola vessatoria del mutuo nulla con una norma suppletiva*, in *Dir. e giust.*, 2014, p. 17.

potendo qualificarsi non solo le lacune originarie ma anche quelle sopravvenute per effetto della declaratoria di nullità della singola pattuizione⁶¹¹.

6. La (contraddittoria) giurisprudenza di merito successiva alle SS.UU.

I diversi rilievi critici ai quali si presta il menzionato arresto delle Sezioni unite si riflettono a cascata nella giurisprudenza di merito successiva: invero, l'attribuzione ai giudici di merito di un potere di generalizzata valutazione della meritevolezza delle clausole *claims made*, sguarnito di criteri di giudizio sufficientemente chiari, ha comportato apprezzamenti di tipo soggettivo⁶¹², se non addirittura applicazioni ambigue e contraddittorie⁶¹³.

La sensazione che emerge è che, se la sentenza della Suprema Corte aveva, nelle intenzioni dei redattori, la pretesa di assurgere a “manuale di istruzioni” per il vaglio della meritevolezza dell'assetto di interessi convenzionalmente predisposto con le clausole *claims made*, essa conduce a risultati del tutto inappaganti sotto tale profilo, per il disorientamento che si registra nei soggetti ai quali era in primo luogo rivolta: i tribunali di merito⁶¹⁴.

È possibile leggere, infatti, nei pronunciati della giurisprudenza di merito successiva al maggio 2016, il profondo sfavore verso le clausole c.d. impure, che

⁶¹¹ In questi termini A. FEDERICO, *Profili di integrazione del contratto*, Milano, 2008, pp. 180 ss; ID., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 339; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Saggi, Torino, 2013, 225 ss.; F. P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, pp. 742 ss. *Contra*, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 688 ss.

⁶¹² G. MIOTTO, *Dalle sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, cit.; A. VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. comm.*, 2, 2018, pp. 301 ss., evidenzia la difficoltà di individuare “indici di squilibrio” univoci.

⁶¹³ Discorre di “operazione di capriccioso *maquillage*” M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite (“piacer figlio d'affanno; Gioia vana...”)*, cit., p. 970.

⁶¹⁴ V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 959, ha cura di precisare che “La sentenza delle Sezioni Unite non sembra essere tanto un *landmark* quanto piuttosto un “serbatoio” di argomenti per un giudizio di meritevolezza non obbligatorio, come dimostrano le decisioni che non affrontano la questione”.

di norma si accompagnano ad un'efficacia retroattiva della garanzia assicurativa per i fatti avvenuti prima della stipula del contratto ma entro un certo limite temporale⁶¹⁵, laddove nessun dubbio di legittimità sussisterebbe per le clausole c.d. pure⁶¹⁶.

In particolare, se una certa giurisprudenza si è espressa in termini di immeritevolezza di tutela, sempre e comunque, della citata tipologia di clausola, a nulla rilevando la valutazione delle circostanze del caso concreto⁶¹⁷; su altro versante, altri giudici di merito hanno preferito condurre il giudizio di meritevolezza dell'assetto negoziale, oltre che sulla retroattività della garanzia⁶¹⁸, anche sulla base di parametri ulteriori quali "l'entità del premio pagato"⁶¹⁹, "l'eventuale situazione di squilibrio contrattuale o di una condizione di asimmetria

⁶¹⁵ Cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 9 giugno 2016, in www.iusexplorer.it, laddove si legge che è "pressoché impossibile che in uno stesso anno si verifichi sia la condotta (o l'omissione) del professionista che la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato". In termini, Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, in www.ridare.it, con nota di F. MARTINI, *Le criticità sulla "claims made" dopo le Sezioni Unite: i nodi vengono (subito) al pettine*, laddove si legge in sentenza che la clausola *claims made* impura "limitando la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervenga sia il sinistro che la richiesta di risarcimento appare del tutto incompatibile proprio con lo schema della responsabilità professionale come quella in esame, nella quale, in ragione delle caratteristiche dell'opera intellettuale prestata e della inevitabile discrasia temporale tra l'esecuzione della prestazione e la manifestazione del danno, è pressoché impossibile che in uno stesso anno si verifichi sia la condotta (o l'omissione) del professionista che la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato"; Trib. Udine, 3 maggio 2017, in *Il caso.it*, 2017, afferma che "è assai difficile ritenere meritevoli di tutela quelle clausole *claims made* c.d. impure, particolarmente penalizzanti ed appunto oggetto di questo giudizio, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, senza deroghe di sorta verso il passato od il futuro". Peraltro i giudici di merito aggiungono che risulta legittimo "dunque in tale ipotesi un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2729 primo comma c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione".

⁶¹⁶ Trib. Livorno, 27 luglio 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1440, ove è dichiarata la validità della clausola *claims made* pura e la nullità di altra polizza che non prevedeva la retroattività; Trib. Bologna, Sez. II, 12 agosto 2016, in www.dejure.it, laddove nel riferirsi alla clausola *claims made* "nella sua 'versione' c.d. pura, è perfettamente valida e non abbisogna di doppia sottoscrizione".

⁶¹⁷ Trib. Roma, 19 dicembre 2016, in www.iusexplorer.it; Trib. Roma, 5 luglio 2016, in www.ridare.it; Trib. Milano, 17 giugno 2016, in www.ridare.it; Trib. Monza, 16 giugno 2016, in www.iusexplorer.it.

In dottrina, G. MIOTTO, in op. cit., osserva che "Questa impostazione consacra l'assurdo giuridico per cui una norma della quale l'art. 1932 c.c. esplicitamente esclude l'imperatività è divenuta una sorta di feticcio sul cui altare viene giudicata la validità di qualsiasi clausola derogatoria".

⁶¹⁸ Cfr. Trib. Bari, 3 febbraio 2017, in www.dejure.it; *ibidem*, Trib. Roma, 22 novembre 2016.

⁶¹⁹ Trib. Udine, 3 maggio 2017, in *Il caso.it*, 2017; Trib. Milano, 22 febbraio 2017, in *Il caso.it*, 2017; Trib. Roma, 24 gennaio 2017, in www.quotidianogiuridico.it; Trib. Roma, 17 novembre 2016, in www.ridare.it; Trib. Livorno, 27 luglio 2016, cit.; Trib. Milano, 9 giugno 2016, in www.iusexplorer.it.

informativa”⁶²⁰, “lo svolgimento di un’attività professionale soggetta ad obbligo di assicurazione”⁶²¹, “l’esistenza di pregresse trattative idonee ad illustrare al professionista la specifica tipologia di polizza acquistata” e “la manifesta volontà di acquistare una copertura assicurativa con estensione temporale ridotta, allo scopo di pagare un premio più contenuto”⁶²²⁶²³. Ne è derivata, di converso, la validità della clausola *claims made* impura, purché sia previsto, oltre un congruo periodo di copertura antecedente all’inizio della vigenza del contratto, anche un “congruo periodo (computabile in anni) successivo alla scadenza della copertura, entro il quale la denuncia di sinistro possa pervenire, senza elidere l’efficacia della garanzia”⁶²⁴ (c.d. postuma).

Il minimo comune denominatore di tali pronunce, a prescindere dalla soluzione in termini positivi o negativi del sindacato di meritevolezza, è da ricercarsi nella deviazione dell’oggetto del contratto di assicurazione rispetto a quello di cui all’art. 1917 c.c., tale da condurre ad una significativa alterazione dell’equilibrio contrattuale: come si è precisato, squilibrio che, solo secondo alcuni

⁶²⁰ Trib. Udine, 3 maggio 2017, cit.; Trib. Milano, 22 febbraio 2017, cit.; Trib. Roma, 21 febbraio 2017, in *Il caso.it*, 2017; Trib. Treviso, 10 giugno 2016, in www.ridare.it; Trib. Milano, 9 giugno 2016, cit.; Trib. Genova, 1 giugno 2016, in www.ridare.it; Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, cit.

⁶²¹ Trib. Milano, 18 maggio 2017, in *Il caso.it*, 2017; Trib. Milano, 14 aprile 2017, in *Il caso.it*, 2017.

⁶²² Trib. Milano, 14 aprile 2017, cit.; Trib. Napoli, 20 giugno 2016, in www.ridare.it, ove si legge che è valida la clausola *claims made* “articolata in modo tale da coprire solo i sinistri le cui richieste siano state avanzate entro il periodo di durata della polizza, e fino a tre anni antecedenti, e non anche quelle presentate successivamente, pur essendosi verificati durante la vigenza della polizza”. Di guisa che è stato rinvenuto un equilibrio nella compensazione dello svantaggio derivante dell’ineroperatività della copertura dopo la scadenza del contratto con il vantaggio della copertura pregressa fino a tre anni prima.

⁶²³ V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 959, il quale rileva “gli «ingredienti» del giudizio di meritevolezza individuati dalle Sezioni Unite [...] sono stati sì utilizzati dai giudici di merito, ma secondo combinazioni diverse. La sentenza delle Sezioni Unite non sembra essere tanto un *landmark* quanto piuttosto un «serbatoio» di argomenti per un giudizio di meritevolezza non obbligatorio”.

⁶²⁴ In tal senso, App. Torino, 14 luglio 2016, in www.ridare.it, ove si legge la “estensione dell’efficacia della polizza nei due anni precedenti alla stipula” e la “ulteriore estensione di un anno successivo alla cessazione”; Trib. Roma, 19 dicembre 2016, in www.ilsole24ore.com; Trib. Napoli, 20 giugno 2016, cit., che discorre di “garanzia al pregresso [...] sia pure con limitati confini temporali, ovverosia tre anni”. *Contra*, Trib. Palermo Sez. III, 13 settembre 2017, che nel dichiarare l’immeritevolezza di una clausola *claims made* impura, aggiunge peraltro che nemmeno “la ricorrenza, nel patto, di una previsione della operatività della polizza a fatti verificatisi prima della stipula della stessa, vale a “compensare” il predetto giudizio che opera, come esposto, sul piano della meritevolezza e non su quello, bilanciabile, dello squilibrio contrattuale”.

In dottrina, G. MIOTTO, op. cit., alla nt. 106, il quale osserva “merita pure di essere evidenziato che nessuna di queste sentenze ha spiegato perché la durata dello specifico periodo di «retroattività» sarebbe sufficiente a convincere della meritevolezza della clausola o non basterebbe a dimostrarla.”

pronunciati, potrebbe essere compensato da una limitata retroattività della garanzia⁶²⁵ ovvero da una clausola che consenta una sua operatività postuma.

Non meno significativa, in altre sentenze, la pretermissione del sindacato di meritevolezza da parte di taluni giudici, sul rilievo della legittimità della deroga all'art. 1917 c.c. attuata dalla *claims made*⁶²⁶ oppure perché la validità della clausola è controllata solo con riferimento all'art. 1895 e/o alla vessatorietà⁶²⁷.

Ma al di là di tali residuali evenienze, allorquando il giudizio di meritevolezza è effettuato, viene in rilievo un dato: le clausole *claims made* non sono “condannate senza appello”⁶²⁸, ma al contrario, laddove è possibile un riscontro della loro giustificazione causale in termini di positivo bilanciamento tra le reciproche prestazioni delle parti, vengono ritenute meritevoli e congrue a fronte del sacrificio (in genere più esiguo rispetto ad una polizza *loss*) patrimoniale sopportato dal cliente-assicurato⁶²⁹.

⁶²⁵ In dottrina, G. MIOTTO, op. cit., per il quale, “non una delle decisioni dianzi citate si pone il problema di approfondire, sotto il profilo economico ed alla luce della scienza attuariale, se il premio in concreto pattuito fra le parti sia o meno proporzionato al rischio determinato dalla clausola *claims made* prevista dallo specifico contratto, e cioè di indagare se realmente sussista quello «squilibrio sinallagmatico» che, secondo l'impostazione ideata dalle Sezioni Unite, legittimerebbe una valutazione di immeritevolezza della clausola stessa e, dunque, la declaratoria della sua nullità. In altri termini, l'effetto pratico che la pronuncia delle Sezioni Unite ha prodotto nella vulgata giurisprudenziale è che lo «squilibrio sinallagmatico» sarebbe da riferirsi non già ad una sproporzione fra le prestazioni dovute dai contraenti, ma alla mera devianza della clausola *claims made* dallo «schema legale» indicato dall'art. 1917 c.c.”.

⁶²⁶ Trib. Milano, 7 luglio 2016, ove si legge che non si può escludere “aprioristicamente che tale accordo non sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela”.

⁶²⁷ Trib. Monza, 18 luglio 2016; Trib. Milano, 8 luglio 2016; Trib. Benevento, 31 maggio 2016.

⁶²⁸ Così V. ALLAVENA, op. cit., p. 959.

⁶²⁹ Acutamente G. MIOTTO, in op. cit, osserva che “Questa impostazione consacra l'assurdo giuridico per cui una norma della quale l'art. 1932 c.c. esplicitamente esclude l'imperatività è divenuta una sorta di feticcio sul cui altare viene giudicata la validità di qualsiasi clausola derogatoria”.

CAPITOLO IV

LE CLAUSOLE CLAIMS MADE DOPO LE SEZIONI UNITE: IL “BRACCIO DI FERRO” TRA IL LEGISLATORE E LA CORTE DI CASSAZIONE

1. La giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni unite del maggio 2016

Successivamente all’arresto della Suprema Corte di cui è stata data parola nelle pagine che precedono, si registra un ulteriore intervento delle Sezioni unite nel dicembre dello stesso anno, chiamate a pronunciarsi sulla validità della clausola a richiesta fatta⁶³⁰. Simile pronuncia è degna di nota non già per la natura innovativa, quanto piuttosto confermativa del suo contenuto, *id est* il potere dell’autorità giudiziaria di indagare in concreto la meritevolezza della *claims made*⁶³¹. Lungo la stessa scia si muove altresì la Cassazione del gennaio 2017⁶³².

Senonché, quello che in realtà poteva apparire – pur con le criticità esposte – un *imprimatur* giurisprudenziale della clausola *claims made*, in realtà si è risolto in una proverbiale “vittoria di Pirro”⁶³³. Con due sentenze gemelle del 28 aprile del 2017⁶³⁴, infatti la Suprema Corte ritorna sulla tematica oggetto della presente trattazione, in primo luogo, confermando due principi enunciati dalle Sezioni unite, ovvero la non vessatorietà delle clausole *claims* – posta la funzione di delimitazione dell’oggetto del contratto – nonché la validità della copertura retroattiva, non incorrendosi in un’ipotesi di nullità per inesistenza del rischio ex art. 1895 c.c.

⁶³⁰ Cass., SS.UU., 2 dicembre 2016, nn. 24645 e 24646, in www.iusexplorer.it.

⁶³¹ Cass., SS.UU., 2 dicembre 2016, nn. 24645, cit., ove si legge, “a tale orientamento, di recente enunciazione e per rimeditare il quale non si colgono elementi di novità nelle pur diffuse e reiterate argomentazioni della ricorrente, riproduttive di tesi esaurientemente affermate nel richiamo precedente, si stima doveroso assicurare continuità e garantire inoltre applicazione alla fattispecie concreta, per l’identità dei relativi elementi costitutivi”.

⁶³² Cass., 11 gennaio 2017, n. 417, in www.iusexplorer.it. In termini, anche Cass. ord. 18 maggio 2017 n. 12488, nonché Cass. ord. 25 maggio 2017 n. 13158, entrambe su www.iusexplorer.it.

⁶³³ In questi termini A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, p. 1927. Riflette sul problema dell’interpretazione del precedente giurisprudenziale A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, pp. 685 ss.

⁶³⁴ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506 e Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 1191 ss.

Se l'intento dichiarato dalla Suprema Corte è quello di uniformarsi agli esiti del giudizio espresso dalle Sezioni Unite, in realtà essa contravviene a tale proposito, sia nel metodo che nei risultati⁶³⁵.

Con riguardo al primo profilo, infatti, la Corte di cassazione, in preda ad una sorta di "rigurgito di astrazione"⁶³⁶, formula un giudizio di meritevolezza del tutto astratto, indifferente alla qualità dei contraenti⁶³⁷ e soprattutto all'entità del premio corrisposto dal cliente, criterio quest'ultimo che – come innanzi evidenziato – avrebbe avuto la pretesa di condurre il giudice lungo la strada maestra del sindacato sull'equilibrio (anche economico) del contratto⁶³⁸. Il principio di diritto formulato, invero, considera immeritevoli ex art. 1322 c.c. capoverso, tutte le clausole impure

⁶³⁵ S. CENTONZE, *Claims made senza garanzia "postuma": immeritevole per la Cassazione (ma non per il Legislatore)*, in www.quotidianogiuridico.it, afferma che "La differenza di approccio è evidente, così come lo sono le conseguenze operative che ne discendono e che si rendono palpabili confrontando le due sentenze: non si registrano semplicemente due diversi verdetti su clausole analoghe, ma due differenti metodologie di analisi, tra loro incompatibili: l'una tesa a considerare globalmente il contratto; l'altra a restringere l'esame ad un singolo profilo; due differenti principi di diritto alternativi: quello espresso dalle S. U. rimette al giudice del merito la valutazione in concreto, limitandosi ad indicargli a cosa debba tendere il giudizio di meritevolezza e come svolgerlo; quello espresso dalla sezione semplice configura una regola generale, risolutiva ed applicabile a qualsiasi *claims made* priva di "postuma", senza necessità di indagini ad hoc".

⁶³⁶ In questi termini, A. PALMIERI – R. PARDOLESI, op. ult. cit., p. 1928.

⁶³⁷ Nel caso di specie, trattandosi di un'azienda sanitaria, *id est*, di un soggetto dalla qualifica professionale, la Corte avrebbe quanto meno dovuto evidenziare la tendenziale consapevolezza in ordine al significato ed alle conseguenze del patto.

⁶³⁸ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 449; B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro it.*, 2017, 9, p. 2727, rimarca che "L'odierna statuizione non si presta punto ad applicazioni *case by case*", e di converso evidenzia come invece nelle intenzioni delle Sezioni Unite 2016 le situazioni concrete in cui si verifica che la domanda risarcitoria venga promossa per la prima volta dopo la scadenza della polizza "non appaiono passibili di risposte univoche"; F. 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 *Corr. giur.*, 2017, pp. 1213-1214; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, cit., p. 1928, rileva che "l'approccio casistico poc'anzi annunciato tende, all'atto pratico, a svaporare o piuttosto a trasformarsi in un'operazione verticistica di proscrizione per una sotto-categoria di clausole *claims made*. (...) Si privilegia, in sostanza, il passaggio della sentenza resa dalle sezioni unite dove non si escludeva che «i dati propri della clausola [...] risultino in sé di fulminante evidenza» sì da far divenire superflui ulteriori e più dettagliati accertamenti". Più in là, a p. 1930 si legge che "la pretesa di isolare una clausola contrattuale nel vuoto, scollegandola dal contesto in cui si colloca, dà luogo a risultati potenzialmente controintuitivi. Non diversamente, si dirà, da quanto avviene per le clausole abusive nei contratti dei consumatori, dove si vaglia lo squilibrio di diritto ed obblighi ignorando le sue ripercussioni sull'assetto economico che, in ragione di una razionale allocazione dei rischi, potrebbe scontare sul piano della determinazione del corrispettivo il diverso atteggiarsi del rapporto"; S. CENTONZE, *Claims made senza garanzia "postuma": immeritevoli per la Cassazione (ma non per il Legislatore)*, in www.quotidianogiuridico.it, eloquentemente afferma che, in simil modo, "L'apriorismo – escluso dalle S. U. – viene di fatto reintrodotta".

per effetto delle quali tanto il fatto quanto la richiesta deve verificarsi nel periodo di vigenza della polizza, sulla base di tre parametri enucleati dalla giurisprudenza progressa⁶³⁹. Il riferimento è all'attribuzione ad una delle parti di un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra⁶⁴⁰; alla posizione di indeterminata soggezione di una parte rispetto all'altra⁶⁴¹ nonché alla forzatura che si viene a determinare di costringere una delle parti a porre in essere condotte contrastanti con il superiore dovere di solidarietà costituzionalmente imposto⁶⁴².

Riguardo al primo criterio di valutazione, la Corte rileva la sostanziale irrealizzabilità della ricezione di una richiesta risarcitoria in costanza di polizza per i danni causati dall'assicurato in prossimità della scadenza del contratto, sicché denuncia uno "iato temporale tra il tempo per il quale è stipulata l'assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio", che viene considerato "inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui viene tenuta la condotta colposa fonte di danno"⁶⁴³. In chiave critica, è stato opportunamente rilevato che tale circostanza non può, *sic et simpliciter*, condurre alla conclusione di determinare un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per il cliente, almeno per due ragioni: in primo luogo non è possibile prevedere in astratto e *a priori* quale *spatium temporis* – se precedente o successivo alla polizza – sia in concreto destinato ad assumere rilevanza ai fini della copertura dei sinistri che effettivamente occasionano dall'esercizio dell'attività professionale. Sicché, in astratto, da una polizza *claims made* (anche impura) non originano squilibri unilaterali, per l'evidente considerazione che ciò che si perde alla fine lo si recupera all'inizio, in uno all'imprevedibilità *ex ante* del momento in cui si appunta la condotta illecita fonte di danno, che ben può, in ipotesi, essere anteriore

⁶³⁹ B. TASSONE, op. ult. cit., p. 2728, rileva che "con riguardo a tali aspetti è stato già evidenziato come la pronuncia sia forzatamente ispirata più dalla teoria dell'argomentazione che da tesi concludenti".

⁶⁴⁰ Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

⁶⁴¹ Cfr. Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit.; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit.; Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

⁶⁴² Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit.

⁶⁴³ Cfr. par. 2.6.1. della sentenza.

al periodo di vigenza della polizza (ma che, in virtù della retroattività della clausola *claims made*, riceve copertura e verosimilmente consentirà al danneggiato di formulare la richiesta risarcitoria in costanza di polizza)⁶⁴⁴. Non solo. A destare perplessità è anche il riferimento all'assenza di una prestazione che si giustifichi nella logica di corrispettività in favore del cliente-assicurato, giacché si rileva che adeguata "contropartita" ben potrebbe essere rinvenuta nella somma versata a titolo di premio alla Compagnia⁶⁴⁵. Con maggiore impegno esplicativo, l'equilibrio complessivo di un'operazione assicurativa strutturata su base *claims made* (soprattutto impura) non può prescindere dalla valutazione dell'adeguatezza del *quantum* del corrispettivo, che, se risulta sensibilmente più basso di quello di una tradizionale polizza *loss*, vale a compensare l'inconveniente della scoperta delle richieste postume⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziari*, cit., p. 451, affermano che "il senso comune induce a ritenere che, quando si toglie da una parte ma si aggiunge dall'altra, riesce difficile ipotizzare sbilanciamenti cospicui e a senso unico".

⁶⁴⁵ N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 6, pp. 682 ss., al riguardo eccipisce che "il premio è e deve essere proporzionato al rischio effettivo, che si calcola con l'ausilio delle scienze statistiche ed attuariali e non con valutazioni emotive: se statisticamente è improbabile che per un fatto produttivo di danni a terzi giungano richieste risarcitorie nel medesimo periodo di assicurazione – e cioè, di norma, il medesimo anno o triennio – ciò significa che il premio richiesto sarà più basso di quello che l'assicuratore esigerà in relazione al biennio o triennio antecedente, nel quale la probabilità di richieste risarcitorie è la più elevata. E così via per ciascun anno di retroattività".

⁶⁴⁶ In termini, A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziari*, cit., p. 450, ove il riferimento al "premio di polizza, che potrebbe rappresentare il corrispettivo in senso economico di un eventuale aggravamento del rischio a carico dell'assicurato"; ID., *Meritevoli e no: claims made senza rete*, cit., p. 1930 e p. 1933; TASSONE, op. ult. cit., p. 2728, il quale ha cura di precisare che "l'argomento inerente al «vantaggio ingiusto» salta a piè pari i problemi inerenti al sindacato giudiziale dell'economia del contratto e dei correlati interessi delle parti, dacché il tema è piuttosto quello del costo di una copertura proiettata in avanti o all'indietro – valendo la pena di ricordare la felice espressione per cui «ciò che è vessatorio ad un prezzo non lo è ad un altro» - nonché la sua rispondenza all'interesse dell'assicurato (che magari, essendo un professionista o un amministratore di lungo corso, si porta più di uno scheletro nell'armadio quando firma la polizza); F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., p. 834, nt. 47; G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 2017, 10, pp. 1199-1200; S. CENTONZE, op. cit., rileva che l'analisi "non si estende, come avrebbe dovuto, ad una valutazione complessiva del sinallagma. Non entra infatti assolutamente in valutazione l'esistenza di una copertura retroattiva triennale che, in qualche modo, avrebbe potuto compensare la riduzione di garanzia in prossimità della scadenza, né, per conseguenza, si effettua alcuna comparazione tra i benefici accordati all'assicurato dal complesso delle garanzie convenute ed il premio richiestogli dall'assicuratore". G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la claims made dalla tipicità all'atipicità*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1390 ss., eccipisce che la Corte "non si domanda se a tale riduzione del «periodo effettivo di copertura assicurativa», e cioè della prestazione dell'assicuratore, corrisponda o meno una «contropartita», e cioè una corrispondente riduzione del premio dovuto dall'assicurato (rispetto a quello che avrebbe potuto essergli chiesto per un'assicurazione *loss*

A voler proseguire, nemmeno l'argomento che ritrae l'immeritevolezza della clausola *claims made* impura dal preteso effetto che essa determina, di porre una parte in posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra⁶⁴⁷, a ben guardare coglie nel segno. Gli è che la soggezione cui alludono i precedenti evocati dalla Corte astringe una parte contrattuale ad un'altra, laddove nel caso del contratto di assicurazione *on claims made basis* il soggetto rispetto al quale tale soggezione si manifesta è il terzo-vittima, per il quale la polizza assicurativa rimane *res inter alios acta*⁶⁴⁸. Senza contare che, in simil modo, si determinerebbe un'inversione logica ai danni delle esigenze di protezione della vittima, la quale, in un primo momento considerata dalle Sezioni Unite per una valutazione a compasso allargato delle *claims made*, si trasformerebbe nella pronuncia che si commenta in un soggetto che fa quasi da "padrone", assoggettando addirittura l'assicurato al suo "arbitrio"⁶⁴⁹.

Nemmeno la terza ragione di contrasto delle *claims made* impure si rivela convincente, *id est* l'induzione dell'assicurato a tenere comportamenti contrari a doveri di solidarietà, giusta il timore di un rifiuto da parte della Compagnia della prestazione dell'indennizzo, laddove il cliente risarcisse spontaneamente la vittima prima – e a prescindere dal fatto – che questa formuli una richiesta di risarcimento (condizione imprescindibile per il pagamento dell'indennizzo nell'alternativa da *claims made*)⁶⁵⁰. A parte la difficoltà di immaginare in concreto un professionista

occurrence per un periodo assicurativo di pari durata); A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, cit., pp. 685 ss., non manca di rilevare che "mancando ogni indagine circa l'ammontare del premio effettivamente pagato, la dimostrazione della tesi per cui la clausola in questione produce uno squilibrio ingiusto diviene impossibile".

⁶⁴⁷ Cfr. par. 3.4.2 della sentenza, che motiva tale assunto sul presupposto che la clausola "fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento".

⁶⁴⁸ PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 451, i quali hanno cura di precisare, peraltro, che "le pretese conseguenze paradossali si emancipano dal principio di riferimento, vivono di vita propria e, a guardar bene, si rivelano tirate per i capelli. Non foss'altro perché l'interesse a ricevere la richiesta, che – secondo la pronuncia – sbalestra l'assetto contrattuale e collide con la logica assicurativa, sfuma se c'è rinnovo di polizza o successione di coperture".

⁶⁴⁹ In questi termini, B. TASSONE, op. ult. cit., p. 2728.

⁶⁵⁰ Giova notare che alcuni autori rimarcano, peraltro, l'assenza nella motivazione della Corte di ogni riferimento alle modalità con le quali si è formato il regolamento contrattuale, a differenza di quanto invece accadeva nella sentenza delle Sezioni Unite. *Ex multis*, G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, cit., p. 1200, che a cura di precisare, a tal riguardo, che "si trattava di un'assicurazione di

che agisca come assicurato-modello⁶⁵¹, non pare trascurabile il rilievo per cui un tale comportamento negazionista dell'impresa assicurativa si connoterebbe come abusivo, a meno che essa non dimostri la violazione da parte del cliente dell'obbligo di non transigere con la vittima senza il consenso dell'assicuratore⁶⁵². Senza contare che la tesi allo stato prevalente amplia la nozione di *claim* idoneo a legittimare la pretesa all'indennizzo da parte dell'assicurato, di guisa che si restringono sensibilmente i margini per ritenerlo assente⁶⁵³.

Se questo sin qui delineato risulta essere il lapidario principio di diritto enunciato dalla Corte, con le sunteggiate giustificazioni – anche se non del tutto condivisibili – a corredo della censura di immeritevolezza, ad un'analisi più attenta dell'impianto motivazionale delle sentenze gemelle del 28 aprile 2017 non può, invero, sfuggire un dato: mentre destinataria del giudizio di disvalore ex art. 1322 c.c. capoverso, a mente del richiamato principio di diritto, risulta essere la clausola *claims made* impura “per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione”, lo stesso non può dirsi che accada nel corpo della motivazione, dove a più riprese viene dichiarata immeritevole, testualmente, “la clausola *claims made* che esclude le richieste postume”⁶⁵⁴. Il che val quanto dire che “il fulcro dell'immeritevolezza”⁶⁵⁵

responsabilità civile di un'azienda sanitaria, la quale normalmente stipula la polizza, attraverso bandi di gara, in cui è la stessa stazione appaltante a predisporre il regolamento contrattuale, rispetto quale l'impresa di assicurazione si trova nella posizione di aderente al contratto. In altre parole, in casi di questo genere, le clausole *claims made* sono predisposte dallo stesso assicurato – normalmente assistito da intermediari assicurativi e quindi da professionisti – così che le predette clausole dovrebbero essere frutto di scelte meditate e consapevoli, nonché di un'attenta ponderazione e “neutralizzazione” dei rischi connessi al passaggio da una polizza all'altra”.

⁶⁵¹ B. TASSONE, op. ult. cit., p. 2728, il quale rileva che “è difficile immaginare un assicurato il quale spontaneamente paghi senza aver avvisato l'assicuratore della doglianza del terzo”.

⁶⁵² A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made*, “code lunghe” e ostracismi giudiziari, cit., p. 451, ove peraltro si legge alla nt. 25 che un tale obbligo ricorre sistematicamente nella prassi contrattuale sì da apparire connaturato all'assicurazione.

⁶⁵³ N. DE LUCA, op. ult. cit., pp. 682 ss., rileva a tal proposito che “Contrariamente a quanto la Cassazione lascia intendere, infatti, le clausole *claims made* diffuse sul mercato non esigono affatto che il terzo eserciti un'azione giudiziaria per fare valere il proprio diritto: la nozione di *claim* è infatti di norma assai ampia, ricomprendendosi qualunque manifestazione dell'intenzione del terzo di volere ottenere un risarcimento. Al più per esigenze di certezza si richiede che la richiesta sia rivolta in forma scritta”.

⁶⁵⁴ Cfr. gli *incipit* dei parr. 2.6, 2.6.1, 2.6.2, 2.6.3 della sentenza.

⁶⁵⁵ L'espressione è mutuata da S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 458.

è in concreto individuato dalla Cassazione nell'esclusione dalla copertura assicurativa *on claims made basis* delle richieste postume⁶⁵⁶.

Ebbene, che il vero nucleo della questione in tema di polizze stipulate sul modello del *claims made* fosse quello della copertura delle richieste risarcitorie presentate oltre la scadenza del contratto, è una consapevolezza ormai acquisita da tempo. Corre l'obbligo, a tal riguardo, di un cenno alla pronuncia della Corte di Cassazione del 17 febbraio 2014, n. 3622, che, seppure in *obiter*, si era peritata di indagare le conseguenze sul piano negoziale dell'esclusione della copertura assicurativa nell'ipotesi di cui innanzi. In quell'occasione, come noto, la Corte insinuò il dubbio di nullità della polizza, evidenziando che in simili casi verrebbe a mancare "il rapporto di corrispettività tra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo" in danno dell'assicurato⁶⁵⁷.

Senonché, le successive Sezioni Unite del 2016, ponendosi all'esito di quel *trend* giurisprudenziale che da tempo cercava di conferire una patente di legittimità alle polizze *claims made*, nel superare positivamente le antiche censure di nullità, non hanno *expressis verbis* fatto cenno al problema delle richieste postume⁶⁵⁸. Di converso, esse hanno chiaramente affermato che, in linea di principio, l'immeritevolezza non potrebbe colpire le clausole *claims made* pure, che non prevedono restrizioni temporali per i sinistri occorsi anteriormente alla stipula della polizza, residuando il dubbio di meritevolezza solo rispetto alle clausole impure⁶⁵⁹. Di guisa che sembrava che nella *claims made* pura la pregressa illimitata finisse per retribuire una postuma inesistente, mentre per la *claims made* impura lo scrutinio di meritevolezza si appuntava sulla ricorrenza di altri elementi, come l'estensione

⁶⁵⁶ L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, p. 1382, rileva che "sembra che il giudizio di non meritevolezza espresso dalla Corte di Cassazione possa rivestire un'ampiezza che si espande, a ben vedere, al di là del principio affermato, il quale unitariamente preso potrebbe trarre in inganno. Dalla lettura della decisione sembrerebbe non superare, infatti, il giudizio di meritevolezza sia la polizza che prevede la doppia condizione temporale (fatto e richiesta in corso di polizza), sia quella che, pur prevedendo una retroattività più o meno estesa non conceda garanzia ai fatti avvenuti in costanza di contratto con richiesta successiva alla scadenza".

⁶⁵⁷ In termini, L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 1380; S. MONTICELLI, op. ult. cit., p. 458.

⁶⁵⁸ N. DE LUCA, op. ult. cit., pp. 682 ss.

⁶⁵⁹ S. MONTICELLI, op. ult. cit., p. 458.

della garanzia al rischio pregresso, l'asimmetria informativa delle parti, il premio pagato e così via.

Ciò che, più chiaramente, si vuole significare è che le Sezioni Unite erano senz'altro ben consapevoli che la nota caratterizzante del sistema *claims made* fosse da ricercare nel condizionamento dell'efficacia della copertura alla circostanza della richiesta di risarcimento in costanza di polizza, ma tale peculiarità non è valsa ad intorbidare tale modello assicurativo, la cui generalizzata validità rappresenta, del resto, una conquista pretoria⁶⁶⁰. È questo il motivo che ha spinto le Sezioni Unite a fare uso dello scivoloso filtro dell'immeritevolezza di tutela ex art. 1322 c.c., piegandolo alla verifica della ricorrenza di criteri diversi ed ulteriori rispetto alla copertura delle richieste postume, pena il cortocircuito degli innovativi principi enunciati nella sentenza.

Un simile intento "manutentivo" non si rinviene anche nelle sentenze della Cassazione del 28 aprile 2017, che affermando l'immeritevolezza della clausola *claims made* priva di una "copertura postuma" rischia di vanificare la *ratio* stessa del sistema "a richiesta fatta", ponendo nel nulla tutta l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni e mettendo in serio pericolo la stessa sopravvivenza e competitività del mercato assicurativo nazionale⁶⁶¹.

La Corte sposta, in simil modo, il fuoco dell'indagine sul periodo posteriore al contratto⁶⁶², colpendo al cuore le clausole *claims made*, persino nella loro formulazione pura: è noto infatti che il *discrimen* tra le clausole pure e impure si apprezza solo ed esclusivamente in relazione alla sussistenza di una copertura

⁶⁶⁰ U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.*, 2017, p. 388.

⁶⁶¹ Opta per una interpretazione riduttiva della pronuncia in commento, A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, pp. 685 ss., secondo la quale "Se si osservano le motivazioni esposte nella Decisione in esame è facile avvedersi che esse non sono idonee a sorreggere un giudizio di immeritevolezza rivolto in generale a tutte le varie tipologie di clausole *claims made* e da ciò un rinnovato motivo per limitare la sua portata come precedente giudiziale al caso deciso, così come è dato ricostruirne le fattezze in base agli accenni sparsi nel corso della motivazione".

⁶⁶² L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 1382.

retroattiva illimitata, rimanendo inalterata per entrambe le tipologie la scoperta delle richieste postume, salvo estensioni convenzionali della garanzia⁶⁶³.

Il risultato è un vero e proprio capovolgimento di prospettiva, posto che, se prima erano da ritenersi meritevoli sempre e comunque le *claims made* pure, ponendosi, pertanto, un problema di valutazione nei termini precisati solo per quelle impure, oggi pare in astratto essere sancita l'immeritevolezza *tout court* delle clausole in parola⁶⁶⁴, a nulla rilevando la bipartizione offerta nel panorama interpretativo, per il sol fatto – come già evidenziato – della mancanza di garanzia postuma.

In definitiva, se nell'ottica fatta propria dalle Sezioni Unite lo svantaggio derivante dalla impossibilità di consentire l'accoglimento delle richieste presentate dopo la scadenza si riteneva bilanciabile, per le *claims made* impure, con la previsione di un periodo di limitata retroattività, ovvero con un premio che risultasse all'uopo adeguato, o ancora con l'accertamento del rispetto delle condizioni di correttezza che devono presiedere lo svolgimento delle trattative – facendo il paio con la logica che presiede le clausole pure, ritenute sempre e comunque meritevoli, per le ragioni innanzi viste – oggi tale impossibilità di copertura delle richieste postume è ritenuta intollerabile, al punto da rendere, di per sé sola, non meritevole di tutela le clausole *claims made*, comunque articolate. Tale “lettera scarlatta”⁶⁶⁵ viene apposta *expressis verbis* solo alle clausole impure, ma il senso della pronuncia induce ad estendere tale esito anche alle clausole pure, perché del pari non consentono la copertura delle richieste postume⁶⁶⁶.

⁶⁶³ In questi termini, B. TASSONE, op. ult. cit., p. 2727, il quale provocatoriamente afferma che “tanto valeva allora dire che «tutte le clausole *claims made*» sono immeritevoli”, salvo che venga in rilievo la clausola di copertura postuma.

⁶⁶⁴ 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 *Corr. giur.*, 2017, il quale rileva “l’aver posto l’accento sulla necessità che la garanzia comprenda le richieste postume, dovendosi diversamente ritenere immeritevole il «risultato» perseguito dal contratto, costituisce un’insanabile contraddizione tra la premessa posta dalle Sezioni unite e lo scrutinio sollecitato dalla sentenza in esame, non più svolto «caso per caso», ma di generale e indifferenziata immeritevolezza dello schema *claims made*”.

⁶⁶⁵ In questi termini A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, cit., p. 445.

⁶⁶⁶ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, cit., p. 446, riferisce che la terza sezione civile è arrivata in sostanza “a cingere d’assedio la clausola *claims*

Il che equivale, in sostanza, ad una vera e propria messa al bando delle *claims made*, perché il prolungamento *ex post* della garanzia⁶⁶⁷, lungi dal caratterizzare la generalità delle polizze sul mercato, costituisce solo un accidente episodico⁶⁶⁸.

Traluce dagli enunciati della giurisprudenza di legittimità, una sorta di principio di simmetria qualitativa tra rischio oggetto dell'assicurazione RC professionale e responsabilità professionale cui è esposto l'assicurato⁶⁶⁹, nel senso che l'immeritevolezza delle clausole *claims made* prive di copertura postuma determina, per l'assicuratore, la medesima esposizione a responsabilità civile cui soggiace il professionista assicurato, trasformando la disciplina dispositiva in "cripto-regolazione imperativa"⁶⁷⁰, di guisa che ogni scostamento dal modello innesca la sanzione dell'immeritevolezza ex art. 1322 c.c.⁶⁷¹.

A parziale temperamento dell'assolutezza di tale impostazione, è stato da alcuni rilevato⁶⁷² che la pronuncia in rassegna, invero, non si porrebbe in contrasto con l'insegnamento delle Sezioni unite, dal momento che avrebbe limitato il

made, la quale parrebbe ormai barricata all'interno di un fortilizio in attesa della pressoché inevitabile capitolazione".

⁶⁶⁷ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 447, rilevano che "il più recente responso dei giudici di legittimità suoni a mò di bocciatura per una formula che campeggia nella prassi".

⁶⁶⁸ Così A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli o no: claims made senza rete*, cit., p. 1932.

⁶⁶⁹ In questi termini F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, cit., pp. 906 ss., il quale ha cura di precisare che la simmetria è da intendersi in senso soltanto qualitativo in quanto si riferisce "a tutti i contrassegni giuridici della responsabilità civile professionale, tra cui l'esposizione nel tempo rispetto ai soggetti possibili attori in risarcimento. La simmetria non deve essere necessariamente anche "quantitativa", perché assicurato ed assicuratore possono convenire limiti di massimale e franchigie (o scoperto), né può esservi simmetria dal punto di vista del coefficiente psicologico, perché la responsabilità civile opera a fortiori anche a fronte di condotte dolose, mentre ciò è escluso per l'assicurazione, per evidenti ragioni di ordine pubblico, dall'art. 1917 c.c. Il mancato rispetto di tale principio di simmetria, nei limiti come sopra intesi – il che si ha con le clausole *claims made* come sopra considerate dalla Cassazione – priverebbe il contratto della sua causa concreta dal punto di vista economico sociale e comunque, seguendo la Cassazione, renderebbe il medesimo immeritevole di tutela".

⁶⁷⁰ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 450.

⁶⁷¹ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 450, che intendono alludere al fatto che "il parametro di validazione dell'atipico tende a stingere, alla stregua di una *forma mentis* ricorrente nella nostra dottrina, nella corrispondenza all'assetto di interessi apprezzato e tipizzato (una volta per tutte) dal legislatore".

⁶⁷² U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, cit., p. 388.

principio espresso soltanto ad una specifica categoria di clausole⁶⁷³: quella inserita nella polizza sanitaria stipulata da un'azienda ospedaliera⁶⁷⁴. Dacché il corollario che i tre parametri per lo scrutinio di meritevolezza enunciati dalla sentenza sono preordinati alla valutazione di meritevolezza della specifica categoria di clausole in relazione alle quali si è pronunciata la Corte, senza destituire di fondamento ulteriori parametri per la valutazione della restante parte delle clausole *claims made*, come quelli enunciati dalle Sezioni Unite.

2. *Le novità legislative in tema di assicurazione di responsabilità civile professionale: le nuove polizze degli avvocati*

L'intensità dei traffici e dei contatti sociali, in uno con l'ampliamento della sfera dei danni risarcibili e della preminente funzione compensativa assolta dal sistema di responsabilità civile, sono tutti fattori che si atteggiano quali concause dello sviluppo del contratto di assicurazione di responsabilità civile professionale – e più a monte del regime di obbligo assicurativo⁶⁷⁵ – deputato a realizzare l'interesse di ordine pubblico all'individuazione di un soggetto istituzionalmente deputato a rispondere patrimonialmente degli eventi pregiudizievoli occorsi nello svolgimento di attività rischiose⁶⁷⁶.

⁶⁷³ In tal senso, anche F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e immeritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 475, il quale alla nota 30 osserva “l'assunzione della mancanza della garanzia postuma quale criterio dirimente genera non poche perplessità, dal momento che adottare tale schema equivarrebbe ad affermare che una clausola *claims made*, anche nella versione pura, non possa essere compatibile con il sistema giuridico-codicistico, circostanza evidentemente inveritiera per i motivi suesposti. Bisogna, tuttavia, evidenziare come la polizza oggetto della controversia esaminata fosse anche priva della retroattività illimitata (circostritta, viceversa, a soli tre anni): sostanzialmente, quindi, la pronuncia si allinea con la precedente statuizione delle Sezioni unite, ritenendo la clausola *claims made* impura non meritevole di tutela a causa dello iato temporale eccessivamente ridimensionato, derivandone la nullità”.

⁶⁷⁴ U. CARNEVALI, op. ult. cit., p. 289, rileva che “in tal senso sono significative alcune frasi della motivazione che fanno riferimento solo ad una particolare categoria di clausole *claims made*, e soprattutto è significativa la precisa enunciazione del principio di diritto, che fa testuale riferimento ad una clausola *claims made* “inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera”.

⁶⁷⁵ Per una puntuale rassegna delle numerose ipotesi di assicurazione obbligatoria previste nel nostro ordinamento, M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. III, *Le assicurazioni di responsabilità civile – Le assicurazioni sulla vita – La riassicurazione – Assicurazione e prescrizione – Assicurazione e processo*, Padova, 2013, pp. 755 ss.

⁶⁷⁶ Sulla circolarità degli istituti della assicurazione e della responsabilità civile, v. cap. I, par. 2.

La dottrina più avveduta⁶⁷⁷ considera il contratto di assicurazione della responsabilità civile professionale uno strumento, da un lato, di supporto dell'attività produttiva di beni e servizi, e, dall'altro, di tutela delle istanze risarcitorie formulate dalla generalità dei consociati a seguito del compimento di fatti illeciti altrui⁶⁷⁸, attraverso l'intervento della compagnia assicurativa che consente di liberare il patrimonio dell'assicurato dai possibili risvolti negativi derivanti dalla proposizione di istanze risarcitorie per fatti illeciti⁶⁷⁹.

Ricompresa nel novero dell'assicurazione contro i danni, in generale, e, più esattamente, nell'assicurazione della responsabilità civile⁶⁸⁰, la fattispecie contrattuale in parola si caratterizza in relazione alla sussistenza di una causa sua propria: gli è che il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore interessa un evento dannoso che è espressione di un illecito di natura contrattuale, commesso nell'esecuzione di un contratto d'opera professionale⁶⁸¹ ovvero di un

⁶⁷⁷ F. MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp 275B ss.

⁶⁷⁸ M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claim made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 3, pp. 1012 ss., il quale ha cura di precisare che l'operazione assicurativa "garantisce una sicura riparazione delle vittime e, nel contempo, consente il beneficio di non far gravare l'intero costo del danno sul singolo danneggiante: viene per tale via salvaguardata la prosecuzione nello svolgimento di attività ritenute di essenziale utilità". In termini, E. QUADRI., *Indennizzo e assicurazione, Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Comporti e G. Scaffi, Milano, 1988, p. 100, precisa che "di fronte ad occasioni di danno quantitativamente e qualitativamente incomparabili rispetto al passato (...) la «collettivizzazione» economica dei rischi attraverso l'assicurazione della responsabilità civile consente all'ordinamento di realizzare un più avanzato e tollerabile equilibrio tra l'esigenza di non lasciare senza riparazione le vittime dei «nuovi» danni e quella di non rinunciare allo svolgimento di attività umane di essenziale utilità sociale"; A. GRAZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1961, p. 232, evidenzia che "la possibilità di allontanare dall'impresa gli effetti dannosi del sinistro, garantendone un pronto risarcimento, significhi spesso porre in essere le premesse indispensabili per la vita stessa dell'impresa e rappresenti in ogni caso un coefficiente rilevante di sicurezza e prosperità".

⁶⁷⁹ F. MANCINI, op. cit., il quale "il tema della «responsabilità» assume rilievo centrale nella vita giuridico – economica dell'operatore professionale, in quanto solo un'adeguata programmazione degli scenari futuri, che comprendono anche l'eventuale realizzazione di eventi pregiudizievoli, può consentire una visione in continuità dell'attività svolta, evitando tracolli che ne possano condizionare il corso".

⁶⁸⁰ G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390B ss., ricorda che la dottrina prevalente nel "qualificare quella della responsabilità civile come un «sottotipo» dell'assicurazione contro i danni, il requisito extratipico suo proprio non può che ravvisarsi nella particolare tipologia di rischio per il quale l'assicuratore presta garanzia, e cioè quello inerente ai danni causati all'assicurato dalla propria responsabilità civile (correlato al suo interesse alla tutela dell'integrità del proprio patrimonio dalle altrui pretese risarcitorie). È proprio questo aspetto della fattispecie negoziale in esame che differenzia questa particolare forma di assicurazione nell'ambito del più ampio *genus* tipologico cui appartiene".

⁶⁸¹ C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 5, p. 752, ricorda che "la responsabilità del professionista che opera all'interno della struttura sanitaria

illecito extracontrattuale determinante la lesione di diritti assoluti nello svolgimento dell'attività professionale⁶⁸². Di guisa che, oggetto della copertura assicurativa è l'attività del professionista intellettuale da intendere quale “apporto imprescindibile di nozioni specialistiche, tecnica ed opera creativa del singolo”⁶⁸³.

Corollario di tali affermazioni, che si pone altresì quale ulteriore elemento discrezionale rispetto alle altre ipotesi di assicurazione contro i danni, è che il soggetto potenzialmente danneggiato, a differenza di quanto previsto all'art. 2043 c.c., non è un *quisque de populo* bensì il cliente, ossia un preciso soggetto individuato sin dall'inizio nel contratto di assicurazione.

Tuttavia, la genesi contrattuale della responsabilità del professionista ha ricevuto diverse smentite, rivenienti dallo stesso formante legislativo, con particolare riguardo alla responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria. Emblematiche, a tal uopo, la l. Balduzzi (l. 189/2012), che ha dato timidamente avvio al processo di erosione della natura contrattuale della responsabilità del medico attraverso il richiamo esplicito⁶⁸⁴ alla disposizione di cui all'art. 2043 c.c.⁶⁸⁵, e, ancor di più, la recente l. Gelli-Bianco (l. 8 marzo 2017, n. 24), che supera

veniva da più di vent'anni ricondotta alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione, per il tramite della teoria del c.d. “contatto sociale”, elaborata da una dottrina e abbracciata poi dalla giurisprudenza”. In dottrina, v. *ex multis*, C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, pp. 147 ss. In giurisprudenza cfr. Cass., 22 aprile 1999, n. 589, in *Giust. civ.*, 1999, I, pp. 999 ss.

⁶⁸² F. MANCINI, op. cit., il quale chiarisce “reali esemplificazioni di obbligazioni di professionista intellettuale che non trovano origine in una fonte contrattuale sono offerte dai casi di opera prestata in esecuzione di un ordine dell'autorità, come quella degli ausiliari del giudice che vengono nominati nel corso del processo per lo svolgimento di attività varie (il consulente tecnico, il professionista delegato alla vendita esecutiva, il curatore fallimentare). Costoro, anche in mancanza di un vincolo contrattuale con le parti del processo, rispondono dei danni sofferti da questi ultimi in conseguenza dell'esecuzione, negligente o dolosamente in contrasto con i doveri del proprio ufficio, degli atti cui sono deputati”.

⁶⁸³ F. MANCINI, op. cit., pag. 275.

⁶⁸⁴ L'art. 3 della legge 189/2012 infatti così recita “l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica on risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”.

⁶⁸⁵ Occorre, a tal uopo, precisare che il richiamo operato dalla l. Balduzzi al disposto di cui all'art. 2043 c.c., quale fonte dell'obbligazione risarcitoria, è stato oggetto di interpretazione nella giurisprudenza di merito. Invero, all'orientamento interpretativo formatosi all'indomani dell'entrata in vigore della citata legge (Trib. Varese, 26 novembre 2012, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 375 ss.) secondo cui la disposizione di cui all'art. 7 della citata legge altro non rappresenti che superamento della tesi della responsabilità da contatto sociale appena evidenziata, si contrappone la tesi, secondo cui, il citato articolo individui un obbligo al risarcimento danno del tutto neutro dalla relativa

definitivamente la teoria del contatto sociale proprio nell'ambito nel quale essa aveva trovato terreno fertile per attecchire nell'ordinamento nazionale⁶⁸⁶.

Ma le novità non si riducono solo a tale – seppur pregnante – profilo di ordine sistematico.

Il legislatore degli ultimi anni, infatti, si è dato carico di introdurre e disciplinare il regime di obbligatorietà dell'assicurazione dei professionisti⁶⁸⁷, nonché, per alcuni di questi, ha addirittura tipizzato il modello di gestione del rischio assicurativo *on claims made basis*⁶⁸⁸.

Esattamente, l'art. 3 comma 5, lett. e), del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148) recante *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, ha previsto, tra i principi volti a qualificare l'esercizio delle professioni regolamentate, l'obbligo per il professionista di stipulare idonea assicurazione per i danni arrecati a terzi nello

disciplina applicabile (Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 368 ss.; Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. 189/2012*; Trib. Firenze, 12 febbraio 2014, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2013, pp. 737 ss.). Nella giurisprudenza di legittimità aderiscono a tale ultima impostazione, Cass., 17 aprile 2014, n. 8940, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 803 ss.; Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 367 ss.

In dottrina M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, 1, p. 77, evidenzia che “quella norma, al netto dell'apprezzabile intenzione, scontava i limiti di una fattura approssimativa: lo stesso richiamo “volante” all'art. 2043 c.c. era troppo lasco, quasi impressionistico, per resistere autorevolmente alle censure mosse da tutti coloro i quali – ed erano molti – avversavano il ritorno al passato”.

⁶⁸⁶ L'art. 7 comma 3 infatti prevede che “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.

In argomento, L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1302, afferma che la legge in parola “rappresenta un vero e proprio evento di portata che non pare riduttivo definire «epocale», quanto meno con riferimento alla lunghissima attesa, da parte di tutti gli *stakeholder*, di un intervento del legislatore che fosse finalizzato a costruire una cornice giuridica in grado di pervenire ad un assetto complessivo della responsabilità (soprattutto civile) medica che garantisse sostenibilità del sistema sanitario senza ripercussioni negative sul legittimo diritto dei pazienti ad elevati *standard* di cura ed al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti in caso di verifica di eventi avversi”.

⁶⁸⁷ Giova notare come, peraltro, la consapevolezza della centralità dell'assicurazione obbligatoria per la r.c. verso terzi sia radicata nelle intenzioni del legislatore già da diversi anni. Basti ricordare il c.d. d.d.l. Tommasini, seguito da altre proposte legislative di analogo tenore, che tuttavia non sono mai riuscite a trovare concordia nelle Camere parlamentari.

⁶⁸⁸ G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390B ss.

svolgimento dell'attività professionale⁶⁸⁹. Di converso, è fatto obbligo allo stesso professionista di rendere edotto il cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, degli estremi della polizza, del relativo massimale nonché di ogni variazione successiva, al precipuo intento di garantire il risarcimento dei danni subiti per l'ipotesi di incapacità del professionista⁶⁹⁰.

Successivamente e con specifico riguardo alla responsabilità del professionista avvocato⁶⁹¹, l'art. 12 della l. 247/2012, recante *Nuova disciplina della professione forense*, ha disposto l'obbligo per gli avvocati di stipulare polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione, compresa quella per la custodia di documenti, somme di denaro, titoli e valori ricevuti in deposito dai clienti⁶⁹².

Si tratta di disposizione la cui attuazione è avvenuta con il decreto ministeriale 22 settembre 2016 – sentito il Consiglio nazionale forense – recante le

⁶⁸⁹ F. MANCINI, op. cit., pp. 275 ss., rileva che “Sotteso al sistema dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile professionale è l'intento paternalistico del legislatore, comune ad ogni forma di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, di preservare i terzi potenzialmente esposti ai danni connessi allo svolgimento dell'attività assicurata”.

⁶⁹⁰ Testualmente la lett. e) prevede che “a tutela del cliente, il professionista è tenuto a stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata per la responsabilità professionale e il relativo massimale. Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti”

⁶⁹¹ Sulla responsabilità del professionista, in generale, e dell'avvocato, in particolare, G. FACCI, *La responsabilità civile del professionista*, Cedam, 2006, pp. 763 ss.; M. FRANZONI, *La responsabilità professionale nel diritto civile*, in *Ass.*, 2012, pp. 593 ss.; ID., *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto impr.*, 2015, pp. 587; V. D'ORSI, *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè, 1981, pp. 89 ss. Più specificamente con riguardo all'avvocato, R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, 2011; A. GARELLO- D. PISELLI- S. SCUTO, *La responsabilità dell'avvocato*, Giuffrè, 2006.

⁶⁹² L. LOCATELLI, *Assicurazione obbligatoria degli avvocati: le condizioni minime di garanzia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 2097B, il quale chiarisce che si tratta di “una norma, quella dell'art. 12 L.P., che prevede anche l'obbligo di stipulare un'apposita polizza a copertura degli infortuni derivanti all'avvocato stesso o ai propri collaboratori, ai dipendenti, ai praticanti, in conseguenza dell'attività svolta nell'esercizio della professione e ciò anche al di fuori dei locali dello studio, con l'estensione della protezione indennitaria al sostituto collaboratore esterno, anche se occasionale”. Mette conto rilevare che la legge di conversione (4 dicembre 2017, n. 172) del decreto-legge 16 ottobre 2017, n. 148 (c.d. decreto fiscale), ha previsto, all'art. 19-novies. (Disposizioni in materia di assicurazione professionale obbligatoria) che “Al comma 2 dell'articolo 12 della legge 31 dicembre 2012, n. 247, le parole: “a sé e” sono soppresse”, cancellando così l'obbligo della polizza a copertura degli infortuni derivanti all'avvocato stesso, rimanendo invece ferma la copertura assicurativa per gli infortuni ai propri collaboratori, dipendenti e praticanti in conseguenza dell'attività svolta nell'esercizio della professione, anche fuori dei locali dello studio legale e anche in qualità di sostituto o di collaboratore esterno occasionale.

condizioni essenziali e i massimali minimi delle polizze, al precipuo fine di garantire una copertura assicurativa quanto più adeguata ad offrire ristoro ai terzi danneggiati, veri beneficiari del meccanismo di assicurazione obbligatoria⁶⁹³. Quanto all'ambito di applicazione soggettivo, il decreto interessa non soltanto l'avvocato libero professionista ma altresì l'avvocato dipendente pubblico, stante l'identità ontologica dell'attività espletata in entrambi i casi nonché la regolare iscrizione anche degli ultimi all'Albo, seppur speciale⁶⁹⁴.

A corredo dell'obbligo assicurativo, incombe in capo agli avvocati anche l'obbligo di comunicazione al Consiglio dell'Ordine competente degli estremi della propria polizza e di ogni successiva variazione, la cui mancata ottemperanza integra, ai sensi del citato articolo 12, gli estremi dell'illecito disciplinare⁶⁹⁵⁶⁹⁶. Mette conto rilevare che l'obbligatorietà della copertura è stata di recente vieppiù rafforzata dalla previsione della sua essenzialità ai fini della permanenza dell'iscrizione all'Albo. Il riferimento è al decreto del Ministro della Giustizia del 25 febbraio 2016, n. 47, col quale si è imposto ad ogni Consiglio dell'Ordine

⁶⁹³ M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contratto e impr.*, 2017, pp. 988 ss., il quale rileva che uno dei limiti di tale intervento normativo “è rappresentato dalla scelta del legislatore di non dettare, come sarebbe stato più logico, contestualmente all'introduzione dell'obbligo assicurativo, una disciplina minima inderogabile del contratto, bensì di prevedere, che è cosa abbastanza diversa, i requisiti minimi che le polizze devono soddisfare per assurgere alla qualifica di idonea copertura assicurativa richiesta dalla norma”.

⁶⁹⁴ A tal uopo, si segnala il Parere del CNF, 22 maggio 2013, n. 54, ove si legge “l'art. 12, comma 1, della Legge n. 247/2012, pone a presupposto dell'obbligo di assicurazione il mero esercizio dell'attività professionale, intesa come patrocinio degli interessi della parte assistita. L'esercizio professionale degli avvocati iscritti nell'elenco speciale non differisce qualitativamente da quello esperito dai professionisti iscritti all'albo ordinario, subendo la sola limitazione dell'attribuzione dello *ius postulandi* nell'ambito esclusivo degli affari dell'ente pubblico di dipendenza. Non sussiste, pertanto, alcuna ragione per escludere tale categoria di avvocati dall'obbligo di dotarsi di assicurazione nei termini prescritti dall'art. 12 della Legge n. 247/2012”. In dottrina v. L. LOCATELLI, op. cit., pp. 2097 ss.

⁶⁹⁵ L. LOCATELLI, op. cit., pp. 2097 ss., ad avviso del quale, “sanzione, quest'ultima, un po' superficiale e non risolutiva per un'ipotesi realmente obbligatoria che a ben vedere è divenuta, davvero, tale solo in seguito, quando l'assicurazione è stata elevata a rango di condizione essenziale della permanenza dell'iscrizione all'Albo”.

⁶⁹⁶ M. GAZZARA, op. cit., il quale evidenzia “l'altro grave limite dell'intervento normativo, da più segnalato, è che – a fronte dell'obbligo per il professionista di assicurarsi, sanzionabile come illecito disciplinare da parte dell'Ordine professionale di appartenenza – non è stato previsto un analogo obbligo a contrarre in capo alle compagnie”; F. MANCINI, op. cit., pp. 275 ss., peraltro aggiunge che “né, allo stato, esistono condizioni generali di polizza che possano garantire una reale tutela della posizione dell'assicurato. Si rammenta, al riguardo, che l'assicurato non ha la possibilità di invocare l'applicazione del regime di tutela di cui al codice del consumo in quanto agisce, nella stipula della polizza di assicurazione della responsabilità civile professionale, per finalità proprie alla attività lavorativa svolta, per cui resta esclusa la possibilità di essere qualificato consumatore”.

circondariale, con cadenza triennale, di verificare la sussistenza del requisito dell'esercizio della professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente ai fini dell'iscrizione, indicando tra i requisiti essenziali, il possesso di polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile professionale⁶⁹⁷.

L'oggetto della copertura assicurativa è chiaramente individuato dall'art. 1 del decreto, e si identifica nella copertura della responsabilità civile professionale, con estensione a tutti i danni colposamente cagionati a terzi⁶⁹⁸, siano essi patrimoniali, non patrimoniali⁶⁹⁹, indiretti, permanenti, temporanei e futuri, che si verificano nell'espletamento della propria attività. Che per questa, ai sensi del comma 6 dell'art. 1, deve intendersi, oltre a quella di rappresentanza e difesa di fronte all'autorità giudiziaria e agli arbitri, compresa l'attività accessoria⁷⁰⁰, anche le attività stragiudiziali, tra cui quella di consulenza e di assistenza, la redazione di pareri o contratti e l'opera svolta in seno ai procedimenti di mediazione o di negoziazione assistita⁷⁰¹, fatta salva la facoltà delle parti di pattuire l'estensione della copertura assicurativa in relazione ad ogni altra attività al cui svolgimento l'avvocato sia abilitato⁷⁰². Degna di nota è anche la previsione (al comma 8) che estende l'obbligo di copertura assicurativa ai fatti dei collaboratori, praticanti, dipendenti e sostituti processuali, anche in caso di atti dolosi di costoro⁷⁰³.

⁶⁹⁷ L. LOCATELLI, op. cit., pp. 2097 ss., rileva che “in questo modo, si è così passati da un regime che prevedeva l'insufficiente sanzione disciplinare ad un vero e proprio correttivo che introduce l'elemento condizionante all'iscrizione all'Albo, certamente in maggiore sintonia con la sussistenza di un'assicurazione dichiarata espressamente obbligatoria”.

⁶⁹⁸ Ai sensi dell'art. 1917 comma 1 c.c., infatti sono esplicitamente esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.

⁶⁹⁹ Previsione che si apprezza soprattutto laddove si consideri che ancora oggi molte polizze contemplano clausole di delimitazione dell'oggetto ai soli danni di natura patrimoniale.

⁷⁰⁰ Ivi compresi gli atti preordinati, connessi ovvero consequenziali a tale attività, a mezzo di specifico richiamo all'iscrizione a ruolo della causa o all'esecuzione delle notificazioni.

⁷⁰¹ Escluse le attività di arbitro, di curatore fallimentare ed ereditario e altre cariche inerenti all'esercizio della professione.

⁷⁰² L. LOCATELLI, op. cit., il quale evidenzia “in un momento storico in cui, peraltro, la responsabilità professionale sembra aprire strade di obbligazione risarcitoria un tempo impensabili, il rammento ministeriale circa l'ampliabilità dell'oggetto negoziale non è da ritenersi inopportuno dal punto di vista della verifica precisa delle esigenze personali, dettate già dalla distinzione tra avvocati del libero foro e avvocati degli enti pubblici; i problemi connessi alla responsabilità dell'avvocato stanno, infatti, via via ampliandosi, a volte coinvolgendo non solo l'imperizia per ignoranza di precise disposizioni di legge o la negligenza, ma anche, seppur entro determinati limiti, la scelta della strategia processuale”.

⁷⁰³ In conformità al disposto dell'art. 1900 co. 2 c.c.

Medesima copertura per i fatti dolosi non è invece contemplata quando l'autore sia in prima persona il professionista assicurato, giacché il co. 3 dell'art. 1 prevede, con riferimento all'elemento soggettivo, che l'assicurazione garantisca il patrimonio dell'assicurato anche (e non oltre!) per l'ipotesi di colpa grave, diversamente da quanto sancito all'art. 1900 c.c., a mente del quale, l'assicuratore non è obbligato per i sinistri e cagionati da dolo o colpa grave dell'assicurato, salvo – per quest'ultima – patto contrario, ed in conformità al disposto dell'art. 1917 c.c. che estromette dall'ambito dell'assicurazione di responsabilità civile unicamente i danni derivanti da fatti dolosi.

Venendo al profilo di maggiore interesse per il tema che ci occupa, l'efficacia nel tempo della copertura assicurativa trova puntuale regolamentazione nell'art. 2 del citato decreto ministeriale del 22 settembre 2016, ai sensi del quale *“l'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza”*.

Il recitativo riportato evoca chiaramente, e per la prima volta nell'ordinamento nazionale, il modello *on claims made basis*⁷⁰⁴ in cui rileva, ai fini dell'operatività della garanzia, non già il momento di accadimento della condotta

⁷⁰⁴ È bene sottolineare che in realtà il legislatore, già precedentemente, è intervenuto in tema di assicurazione della responsabilità professionale derivante da sperimentazione clinica, strutturandola secondo il modello *claims made*. Si tratta del decreto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle politiche sociali del 14 luglio 2009, recante *«Requisiti minimi per le polizze assicurative a tutela dei soggetti partecipanti alle sperimentazioni cliniche dei medicinali»*, che ha previsto che la copertura assicurativa operi “esclusivamente per i danni la cui richiesta di risarcimento sia stata presentata non oltre il periodo previsto in polizza”. Sul tema cfr. L. BUGIOLACCHI, *L'assicurazione obbligatoria della r.c. da sperimentazione clinica dopo il d.m. 14 luglio 2009*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1434; R. CELESTI – A. MOLINELLI – D. M. PICCHIONI – F. VENTURA, *La copertura assicurativa nella sperimentazione clinica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 117; S. BOSA, *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, II, 264; G. GIUDICI, *Sperimentazioni cliniche e polizze assicurative: note comparative con la disciplina svizzera*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, p. 493; G. FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. <<fatti noti>> nella successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, p. 760. Si esprime in senso sfavorevole alla generale ammissibilità della clausola *claims made* da parte del decreto in commento, M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, cit., p. 40, laddove afferma che “non è affatto risolutore del problema concernente la liceità della clausola *claims made*, per la semplice ragione che un decreto ministeriale è fonte normativa di secondo grado, inidonea ad abrogare o modificare la legge. Pertanto, dinanzi ad una norma del codice civile che (se interpretata nel modo che sopra si è cercato di sostenere) vieta la *claims made*, il regolamento non potrebbe mai consentirla”.

illecita o di verificaione del sinistro, quanto piuttosto di formulazione della richiesta risarcitoria da parte della vittima (*id est* il *claim*).

Esattamente, essa prevede due precisi presupposti che trovano nelle coperture stipulate sul modello *claims* la loro *sedes materiae*⁷⁰⁵: una *retroattività illimitata* per tutte le polizze (ricalcante il modello *claims made* c.d. puro - *Full Prior Retroactive Clause*) e una *ultrattività almeno decennale*, ma solo per l'ipotesi di cessazione dell'attività (nella prassi si tratta della c.d. clausole di copertura postuma - *run-off cover*)⁷⁰⁶. Ciò che si traduce in un'estensione della garanzia assicurativa, rispettivamente, a tutte le condotte perpetrate in un momento antecedente alla sottoscrizione del contratto, senza alcun limite di ordine temporale – sempreché si tratti, beninteso, di fatti non noti all'assicurato⁷⁰⁷ – nonché a tutte le richieste risarcitorie pervenute anche dopo la scadenza del contratto di assicurazione, purché nell'arco del decennio successivo.

Risulta, per questa via, di palmare evidenza la logica di compromesso⁷⁰⁸ che ha animato il legislatore nell'edificazione del sistema di efficacia temporale della

⁷⁰⁵ M. GAZZARA, op. cit. pp. 988 ss., ha cura di precisare che il legislatore “piuttosto che optare, soluzione evidentemente troppo piana, per una espressa inderogabilità del regime codicistico, l'unico che neutralizza del tutto il rischio di buchi di copertura, (...) ha preferito prevedere una retroattività illimitata e una ultrattività decennale in caso di cessazione dell'attività, previsioni che, come detto, sottendono e presuppongono (ma ahimè il legislatore non si perita di dirlo espressamente) un regime *claims made*”.

⁷⁰⁶ L'ordinamento nazionale si pone, in simil modo, in linea di continuità con quanto previsto dagli ordinamenti stranieri, che già da tempo hanno accolto tale prospettiva. È il caso del sistema inglese, dove tra le condizioni generali di contratto di assicurazione per la copertura dei rischi professionali, redatte dall'Ordine degli Avvocati d'Oltremarica e imposte alle Compagnie assicurative accreditate (*Qualifying Insurers*), ricorre la previsione obbligatoria della c.d. *run-off cover*, a mente della quale nell'eventualità in cui il professionista cessa l'attività, l'assicurazione è chiamata a coprire le richieste di risarcimento presentate all'assicurato entro 6 anni dalla cessazione dell'attività.

⁷⁰⁷ A tal uopo, G. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente d.m. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 156, nota 17 chiarisce che “è ovvio che al fine di evitare abusi da parte dell'assicurato – che altrimenti potrebbe essere indotto ad assicurarsi soltanto in occasione di eventi, già verificatisi e da lui conosciuti come potenzialmente idonei a far sorgere la responsabilità verso terzi – la garanzia per fatti compiuti prima della sottoscrizione del contratto, ovviamente, opera solo se si tratta di circostanze di cui l'assicurato ignorava che potessero dare luogo a responsabilità. Assumono pertanto particolare rilievo le disposizioni dell'art. 1892 e dell'art. 1893 e più in generale le dichiarazioni rese (od omesse) dall'assicurato nel questionario predisposto dall'assicuratore, a cui la giurisprudenza tende a attribuire sempre più importanza, quale causa di annullamento del contratto, in caso di risposte inesatte o reticenti”.

⁷⁰⁸ Analogamente, rileva l'aspirazione compromissoria anche della disciplina prevista per le polizze dei sanitari di cui infra, A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 7-8, pp. 1115 ss., il quale ha cura di precisare che “Si è voluto in tal modo contemperare la contrapposta situazione di interessi

copertura assicurativa che il professionista legale deve per legge stipulare⁷⁰⁹, mercé il deciso intervento a gamba tesa sulle anacronistiche ragioni ostative ad un generalizzato riconoscimento della copertura *claims made*, non senza un ragionevole bilanciamento con le esigenze di protezione dell'assicurato dal rischio di “buchi di copertura”.

L'intervento normativo in parola costituisce senz'altro un passo avanti nel cammino di progressivo riconoscimento e regolamentazione nel diritto interno di una prassi negoziale sviluppatasi negli ordinamenti d'oltralpe, ed è sintomatico della moderna considerazione (su impulso della più avveduta dottrina) per il fenomeno dei danni lungolatenti da parte (non solo della giurisprudenza ma anche) del legislatore nazionale, che seppur timidamente ha iniziato ad interessarsi ad una prassi contrattuale ormai radicata anche nel nostro ordinamento.

dell'assicuratore e dell'assicurato: avendo il primo interesse a conoscere fino a quando il garantito dovrà essere manlevato, al fine di predisporre le relative somme in bilancio; richiedendo invece, il secondo una retroattività della garanzia assicurativa anche per condotte pregresse, manifestatesi però successivamente, almeno fino allo spirare del termine di prescrizione dei diritti del danneggiato”.

⁷⁰⁹M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss., rileva in proposito che “Il decreto ministeriale dello scorso 11 ottobre 2016 – forte del dibattito sorto in merito all'applicazione del modello *claims made* nel mercato delle polizze professionali – ha posto in essere, nello stabilire le condizioni essenziali cui ciascuna polizza contro la responsabilità civile dell'avvocato deve conformarsi, una disciplina attenta alla composizione dei diversi interessi in gioco. Il tenore compromissorio del disegno tracciato dal legislatore emerge chiaramente alla lettura dell'art. 2 del provvedimento che – pur sposando lo schema *claims made*, essenziale ad una gestione sostenibile dei rischi a carattere lungolatente – presta preminente attenzione all'obiettivo naturale che caratterizza qualsiasi regime di assicurazione obbligatoria, vale a dire la possibilità per la vittima di poter trovare soddisfazione nel patrimonio del danneggiante. Sotto questo profilo va salutato con favore il divieto di recesso della compagnia dal contratto in corso, in caso di denuncia del sinistro o del suo risarcimento: viene meno così, infatti, il rischio che l'assicurato possa trovarsi, dopo tali eventi, esposto a scopertura assicurativa a fronte di eventuali, ulteriori e successivi *claims*, originariamente ricompresi nel periodo di efficacia della polizza”. Anche L. LOCATELI, op. cit., pp. 2097 ss., approva il divieto espresso di recesso dell'assicuratore “preso atto che, in effetti, la clausola che prevede il recesso unilaterale dell'assicuratore in caso di sinistro o di pagamento di indennizzo è spesso presente nei regolamenti contrattuali utilizzati dalle imprese assicurative”. *Contra* M. GAZZARA, op. cit., per il quale, “la formulazione della norma può definirsi un capolavoro di *drafting* normativo barocco; osservato, infatti, come è a tutti noto, che l'attribuzione ad una o ad entrambe le parti della facoltà di recedere dal contratto presuppone ovviamente una clausola contrattuale che la preveda, sarebbe stato sufficiente sancire la nullità di una clausola siffatta piuttosto che prevedere, con tecnica a dir poco farraginosa, come da inserirsi obbligatoriamente nel testo della polizza una clausola che tale – di per sé inesistente – diritto escluda espressamente”. G. FACCI, op. cit., p. 159 alla nota 31 evidenzia “il rischio di vuoti di copertura non è eliminato con la previsione del decreto attuativo [...] Tale statuizione non impedisce, infatti, all'assicuratore di non rinnovare il contratto alla scadenza naturale, fermo restando che il recesso può avvenire su iniziativa dell'assicurato, il quale, tuttavia, è indotto a restare assicurato sempre con la stessa compagnia, a causa del timore di vedersi opposto dai successivi assicuratori il rifiuto di indennizzo per fatti accaduti durante la vigenza del precedente contratto non comunicati in fase di sottoscrizione della nuova polizza”.

La nuova regolamentazione delle polizze assicurative su base *claims made* degli avvocati ha la pretesa di porre un argine agli effetti pregiudizievoli delle ragioni degli assicurati, innescati dal meccanismo in parola e agitati dalla vulgata giurisprudenziale.

2.1 (Segue) Le nuove polizze professionali dei sanitari

La progressiva presa d'atto dell'essenzialità dell'introduzione di una barriera temporale all'esposizione della Compagnia assicurativa rispetto alle richieste avanzate dai terzi danneggiati, culmina con la legge 8 marzo 2017, n. 24⁷¹⁰, recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* (nota come l. Gelli- Bianco), che ha tipizzato il modello *claims made* anche per le coperture assicurative che i medici sono per legge obbligati a stipulare.

Si tratta di una scelta a dir poco “protezionistica” della stabilità delle imprese assicurative⁷¹¹, posto il processo di “socializzazione del rischio” che da anni interessa gli esercenti l'attività medico chirurgica, ormai bersaglio di pretese risarcitorie da parte di vittime anche secondarie, sull'abbrivio degli spunti offerti dal *trend* giurisprudenziale che accorda ristoro patrimoniale anche ai cc.dd. danni riflessi⁷¹².

⁷¹⁰ Sul punto v. P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 749 ss.; M. HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della r.c. sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 301 ss.; *ibidem*, V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 317 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 197 ss.

⁷¹¹ In generale, sulla *ratio* complessiva della riforma, A. ASTONE, op. cit., pp. 1115 ss., il quale evidenzia che “il legislatore si prefigge lo scopo di ripristinare l'alleanza tra medico e paziente, sottraendola alla spada di Damocle della proposizione di azioni risarcitorie non sempre fondate e talvolta speculative”.

⁷¹² In questi termini, A. FEOLA, E. BERNARDEL, L. T. MARSELLA, *Luci ed ombre delle polizze assicurative per responsabilità professionale medica con clausola claims made*, in *Riv., it. Med. Leg.*, 2016, 2, pp. 721-722, e in particolare nt. 21. M. HAZAN, op. cit., p. 86, rileva come “il mercato della r.c. sanitaria conosce pochissimi *players* disposti ad operare, data l'estrema negatività del rapporto sinistri/premi che da tempo caratterizza fisiologicamente il comparto, rendendolo niente affatto appetibile per le compagnie”.

Giova notare che l'intervento normativo in commento ha potenziato e dilatato l'obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile verso terzi in capo agli esercenti la professione sanitaria e alle strutture sanitarie, già introdotta con il decreto Balduzzi (d.l. n. 158 del 2012) e il decreto Madia (d.l. 24 giugno 2014, n. 90), razionalizzando tale profilo all'interno di un tentativo di riforma organica del sistema di responsabilità sanitaria⁷¹³.

Esattamente, l'introduzione dell'obbligo assicurativo costituisce un autentico centro gravitazionale della riforma⁷¹⁴, posto che con esso ha trovato attuazione quel temperamento di interessi che è alla base dell'assicurazione della responsabilità civile, in quanto costituisce, da un lato, elemento di tutela dell'interesse del danneggiato a poter contare su un soggetto solvibile e, dall'altro, strumento di *tranquillazione* del personale medico, indirizzando la responsabilità verso la struttura sanitaria, così contribuendo all'obiettivo di "sostegno al sistema"⁷¹⁵.

A tal uopo, l'art. 10 l. Gelli-Bianco, prevede l'obbligo della copertura assicurativa sostanzialmente in capo a tutti i soggetti che, a qualsiasi titolo, svolgono attività medico-sanitaria, potenziale fonte di danni a terzi, trasformando in obbligo *ex lege* quanto previsto dalla contrattazione collettiva di categoria⁷¹⁶.

⁷¹³ C. MASIERI, op. cit., p. 752, precisa al riguardo che la riforma "non contempla solo la responsabilità civile e penale degli «esercenti le professioni sanitarie», ma anche gli obblighi risarcitori in capo alla «struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata», la definizione delle nozioni scientifiche su cui si basano i giudizi relativi alla colpa penale e al danno civile iatrogeno, l'ambito del diritto assicurativo, la procedura civile e il diritto alle prove". Svolge un'efficace panoramica sui "momenti cardinali della riforma" M. HAZAN, op. cit., pp. 79 ss.

⁷¹⁴ Testualmente, M. HAZAN, op. cit., pp. 75 ss., il quale a pag. 86 definisce tale obbligo assicurativo "una chiusura "a tenuta stagna" del sistema".

⁷¹⁵ In punto, M. HAZAN, op. cit., p. 83, il quale rileva "l'opera di sostanziale «deresponsabilizzazione» dei medici ed esercenti strutturati non si è spinta così in là da escludere la possibilità che gli stessi siano direttamente aggrediti dal paziente: fermi i diversi e minori «oneri» di azionabilità della pretesa risarcitoria in sede aquiliana (rispetto a quella contrattuale, sotto il profilo probatorio e prescrizione *in primis*), il danneggiato rimane comunque pienamente libero di agire contro il medico dipendente, anche per colpa lieve e finanche lievissima. Il che traccia una singolare linea di divaricazione dei due diversi regimi di responsabilità che un medesimo medico/danneggiante potrebbe vedersi applicare in funzione del differente punto di «attacco» prescelto dal paziente danneggiato"; L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»)*, cit., pp. 1032 ss.

⁷¹⁶ Così A. ASTONE, op. cit., pp. 1115 ss.

Il 1 comma della norma testé richiamata sancisce l'obbligo per le strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, di dotarsi di copertura assicurativa (o di altra misura analoga⁷¹⁷) “per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera”, aggiungendo che tale copertura si estende anche ai “danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante presso le strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private, compresi coloro che svolgono attività di formazione, aggiornamento nonché di sperimentazione e di ricerca clinica”, nonché ai danni derivanti dalle “prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina”. Si tratta, cioè, di tutti quei soggetti del cui operato le strutture sanitarie rispondono ai sensi dell'art. 7 co. 2 della novella e dell'art. 1228 c.c.⁷¹⁸. Tale sistema si chiude con la disposizione dell'ultimo periodo del comma 1, che impone alla struttura sanitaria di stipulare una polizza anche a copertura della r.c. verso terzi degli esercenti le professioni sanitarie che, in quanto citati in giudizio direttamente dai pazienti-danneggiati, siano chiamati a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c., come definitivamente chiarito dall'art. 7 comma 3 della medesima legge⁷¹⁹.

⁷¹⁷ C. MASIERI, op. cit., p. 763, rileva come tale riferimento “sembra confermare la liceità dei sistemi di autoassicurazione che alcune strutture sanitarie hanno messo in atto negli anni passati, comportando però una internalizzazione – piuttosto che una esternalizzazione – del rischio, che mette in pericolo la possibilità del paziente di essere risarcito”. P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., pp. 751 ss., evidenzia la significatività di tale previsione, al contempo rilevando che non costituisce una novità assoluta nel nostro sistema giuridico.

⁷¹⁸ L. BUGIOLACCHI, op. ult. cit., pp. 1032 ss., evidenzia a tal uopo che viene in esponente “un sistema nel quale, in base a quanto previsto nel comma 1 dell'art. 10, le strutture sanitarie sono obbligate a stipulare polizze che garantiscono la loro r.c. verso terzi, sia che si tratti di responsabilità per «fatto proprio» (carenza organizzativa, infezione nosocomiale, etc.), sia per fatto compiuto dai soggetti menzionati i quali, nella qualità di operatori di cui la struttura si avvale al fine di adempiere alle prestazioni contrattualmente assunte con i pazienti, in caso di loro eventuale condotta colposa generano, mediante il meccanismo di cui all'art. 1228 c.c., la responsabilità «vicaria» della struttura.

⁷¹⁹ C. MASIERI, op. cit., p. 763, rileva che ciò significa che “per la responsabilità a titolo extracontrattuale – ma non per i danni conseguenti a «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 – l'esercente la professione sanitaria deve essere dotato, a spese della struttura, di assicurazione o altro idoneo strumento di copertura del rischio”.

Allo stesso obbligo, per effetto del comma 2 dell'art. 10, sono tenuti i medici che operano in ambito libero professionale, sulla base del rinvio operato alla disciplina generale che ha previsto tale adempimento per tutti i professionisti⁷²⁰.

Tuttavia, la l. Gelli-Bianco, se così definisce l'oggetto delle nuove coperture assicurative, non provvede altresì a definire il contenuto del relativo contratto⁷²¹, se non unicamente per quanto attiene al profilo temporale dell'*estensione della garanzia assicurativa*, disciplinato all'art. 11⁷²²: disposizione, quest'ultima, che sembrerebbe conferire, nell'ordinamento nazionale, il crisma della tipicità alla clausola *claims made* e, pertanto, costituisce espressione della scelta di campo da parte del legislatore in ordine alla liceità di tale forma di contrattazione⁷²³, almeno in ambito sanitario (in uno a quello forense).

Esattamente, in virtù dell'enunciato normativo in parola, la copertura assicurativa può contenere una *clausola di retroattività decennale* (c.d. clausola *claims made impura*) ovvero una *clausola di ultrattività decennale* (c.d. garanzia postuma), per l'ipotesi di cessazione definitiva dell'attività, in cui l'operatività della

⁷²⁰ Sempre nell'ottica di privilegiare l'interesse del terzo danneggiato al risarcimento, rispetto a quello alla protezione patrimoniale del responsabile, si iscrive anche la misura prevista dall'art. 12 che, sulla falsariga di altre assicurazioni obbligatorie previste nell'ordinamento nazionale, ha attribuito al danneggiato azione diretta avverso la compagnia assicuratrice dell'assicurato/danneggiante, consentendogli, in simil modo, una posizione centrale nell'intera vicenda. In altre parole, il danneggiato è il solo legittimato a ricevere la prestazione assicurativa, nello stesso termine prescrizione dell'azione proponibile nei confronti del danneggiante. L. BUGIOLACCHI, op. ult. cit., pp. 1032 ss., rileva che "Trattasi di disposizione chiaramente modellata su quella attribuita di azione diretta alla vittima di danno derivante dalla circolazione stradale, introdotta dalla legge n. 990/1969 sull'assicurazione obbligatoria della r.c. auto (ed ora prevista dall'art. 144 cod. ass.), normativa ormai « collaudata » al cui impianto ha indubbiamente attinto la legge Gelli/Bianco nella costruzione di quell'insieme di meccanismi protettivi che, come detto, sono generalmente presenti in tutte le ipotesi di assicurazioni obbligatorie della r.c.".

⁷²¹ L'art. 10 comma 6 rimette il compito di definire la disciplina di dettaglio, ossia il contenuto obbligatorio minimo e l'individuazione dei massimali minimi per classi di rischio, ad un decreto di competenza del Ministero dello sviluppo economico, di concerto con altre autorità.

⁷²² L. BUGIOLACCHI, op. ult. cit., pp. 1032 ss., sottolinea che "nell'intero testo di legge, che pure trova uno dei suoi aspetti principali (se non addirittura quello focale) nella previsione dell'obbligatorietà dell'assicurazione per la r.c. verso terzi delle strutture, solo un articolo compie riferimento al contenuto «obbligatorio» delle polizze".

⁷²³ A. ASTONE, op. cit., pp. 1115 ss., secondo il quale, "È stata, dunque, recepita la prassi negoziale delle clausole c.d. a prima richiesta (*claims made*) impure, che circoscrivono l'operatività della garanzia alle richieste risarcitorie proposte nei confronti dell'assicurato e denunciate alla compagnia assicuratrice nel periodo di validità della polizza"; L. BUGIOLACCHI, op. ult. cit., pp. 1032 ss., rileva come "il legislatore abbia esplicitamente inteso prendere posizione rispetto ad una piena liceità delle clausole *claims made*, seppur condizionandola, almeno per quanto riguarda la r.c. sanitaria, alla presenza di una «clausole di retroattività» decennale".

garanzia è limitata, rispettivamente, agli eventi dannosi verificati nei dieci anni antecedenti alla conclusione del contratto, purché denunciati⁷²⁴ vigente la polizza⁷²⁵ ovvero anche ai fatti generatori accaduti in costanza di polizza, le cui richieste risarcitorie siano state presentate nei dieci anni successivi⁷²⁶.

Il meccanismo operativo ripropone, in sostanza, quello già sperimentato dalla normazione secondaria per le polizze assicurative stipulate dagli avvocati di cui innanzi, seppure con delle differenze affatto trascurabili.

In primo luogo la retroattività della copertura concessa agli esercenti le professioni sanitarie non è illimitata, ma si estende ai dieci anni anteriori alla stipula del contratto. *Spatium temporis* pari al termine di prescrizione più lungo delle azioni risarcitorie di cui alla presente novella, ma che inevitabilmente non assicura adeguata copertura per quei danni caratterizzati da una più marcata lungolatenza.

Ancorché diversamente calcolata nei due impianti normativi, la copertura pregressa è considerata elemento imprescindibile dal legislatore riformista, al contrario della assicurabilità delle richieste postume, che in entrambi i casi risulta

⁷²⁴ M. HAZAN, op. cit., p. 89, secondo il quale, “il riferimento alla denuncia – e non alla richiesta risarcitoria dei terzi – sembra dunque configurare piuttosto che una classica *claims*, uno schema fondato sulla così detta *deeming clauses*, tale da far rientrare in copertura tutti gli eventi che l’assicurato abbia denunciato in corso di copertura ritenendoli come errori medici o comunque fatti generatori di responsabilità e potenziali richieste risarcitorie presso terzi”.

⁷²⁵ A. ASTONE, op. cit., il quale rileva “nella fattispecie negoziale delineata dalla riforma, nel periodo di vigenza della polizza assicurativa, deve avvenire tanto la denuncia del danneggiato al responsabile, struttura o professionista danneggiante, quanto la denuncia da parte dell’assicurato all’impresa di assicurazione [...] Si è voluto in tal modo temperare la contrapposta situazione di interesse dell’assicuratore e dell’assicurato: avendo il primo interesse a conoscere fino a quando il garantito dovrà essere manlevato, al fine di predisporre le relative somme in bilancio; richiedendo, invece, il secondo una retroattività della garanzia assicurativa anche per condotte pregresse, manifestatesi però successivamente, almeno fino allo spirare del termine di prescrizione del diritto del danneggiato”.

⁷²⁶ G. MIOTTO, op. cit., nota 12, chiarisce “Si consideri che pure il contenuto della *sunset clause* prevista come « requisito minimo » dalle due discipline è diverso, perché mentre quella prescritta per le polizze degli avvocati deve prevedere un’ultrattività decennale, senza che la norma precisi il periodo di tempo in cui debbono collocarsi i « fatti » imputabili all’assicurato, il che induce necessariamente a ritenere che questo coincida con quello di durata dell’assicurazione (in conformità alla fattispecie descritta dall’art. 1917 c.c., non derogata per questo aspetto), la clausola imposta alle polizze delle strutture sanitarie e degli esercenti delle professioni sanitarie deve invece includere i sinistri derivanti da tutti i « fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura”.

consentita, limitatamente ai dieci anni successivi, eccezionalmente solo per l'eventualità che il professionista cessi l'attività in costanza di polizza⁷²⁷.

Senonché, è proprio rispetto alle fattezze che assume la clausola di copertura postuma nei due diversi articolati normativi che, ad una lettura più attenta, si ricava un'ulteriore discrepanza. In disparte la mancanza, nell'art. 11 della l. n. 24/2017, della previsione di una derogabilità *in melius* per l'assicurato della copertura postuma decennale (che invece l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 contempla per le polizze degli avvocati allorché consente una “ultrattività *almeno* decennale”⁷²⁸), la norma in oggetto prescrive che l'ultrattività decennale di cui si discorre debba includere i sinistri derivanti da tutti i “fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura” (precisazione invero assente nell'art. 2 del d.m. del 2016, che *in parte qua* induce a ritenere che la postuma copra soltanto i fatti accaduti in costanza di polizza)⁷²⁹.

Il che, invero, potrebbe risolversi in un contrasto più apparente che reale, se solo si pone mente alla circostanza che il recupero nella postuma dei fatti generatori di responsabilità accaduti nel periodo anteriore alla stipula del contratto, di cui beneficiano i sanitari, potrebbe di fatto essere bilanciato da un prolungamento in avanti del copertura ben oltre il decennio per le polizze stipulate dagli avvocati,

⁷²⁷ L. BUGIOLACCHI, op. cit., pp. 1032 ss., ha cura di precisare, rispetto alle polizze stipulate dai medici, che la scelta del legislatore appare quella “non solo di legittimare pienamente, ma addirittura di imporre l'utilizzo del meccanismo *claims made* con il solo vincolo della «retroattività» decennale appare ancor più rilevante se solo si pensa che la Cassazione, con decisione, depositata successivamente alla pubblicazione in Gazzetta della legge Gelli/Bianco ma in realtà redatta precedentemente, nello specificare i criteri con i quali, ad avviso delle sezioni unite, si dovrebbe valutare in concreto, caso per caso, la meritevolezza dell'interesse perseguito mediante l'inserimento della clausola *claims made*, ne aveva affermato la tendenziale illiceità delle clausole *claims made* prive di adeguata garanzia «postuma».

⁷²⁸ M. MAZZOLA, in op cit., pp. 1012 ss., realisticamente osserva al riguardo che tuttavia “le compagnie manterranno la copertura ultrattiva entro e non oltre il limite decennale minimo, con il che la copertura non potrà ritenersi sempre e comunque garantita, considerato che l'orientamento giurisprudenziale prevalente è – come noto – orientato ad ancorare anche in materia di responsabilità professionale, il decorso del termine di prescrizione, per il diritto al risarcimento del danno, al momento in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile da parte del danneggiato, piuttosto che a quello in cui la condotta del professionista ha provocato l'evento dannoso”.

⁷²⁹ In questi termini, G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss., in part. nota 12.

quante volte questi optino per tale alternativa offerta dalla normativa di rango secondario.

2.2 (Segue) le criticità sollevate dalle nuove norme

Nonostante i *nova* legislativi abbiano incontrato consensi in molti luoghi dalla dottrina, che li ha salutati con favore, non si può certo affermare che il legislatore riformista abbia consegnato agli interpreti una disciplina del tutto inappuntabile.

Non v'è chi non veda, in primo luogo, come la generalizzazione della copertura retroattiva (illimitata o decennale) sia destinata, con ragionevole probabilità, a procurare un altrettanto generalizzato aumento dei premi, in vista della maggiore esposizione del patrimonio delle Compagnie alle pretese risarcitorie avanzate dai terzi danneggiati, riferibili ad illeciti verificatisi anche a distanza di molti anni dalla stipula della polizza⁷³⁰. Circostanza, questa, che finirà inevitabilmente per gravare sulla scelta relativa alla permanenza o all'accesso stesso alla libera professione, già di per sé lacerata da una situazione di profonda crisi⁷³¹.

Senza contare il fatto che della retroattività imposta dalle nuove norme non beneficerà il giovane professionista esordiente, che, anzi, dal punto di vista economico, subirà un trattamento deteriore, mercé la maggiorazione del premio di

⁷³⁰ M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss.; C. ALTOMARE, *Assicurazione obbligatoria e validità temporale: l'impatto della Gelli sul comparto assicurativo*, in www.ridare.it, la quale prospetta un aumento di premi vicino al doppio; L. BUGIOLACCHI, op. cit., pp. 1032 ss.; M. GAZZARA, op. cit., pp. 988 ss., rileva, in proposito, che il “costo di una polizza con retroattività illimitata e postuma decennale rischia di essere – specie per i professionisti di età avanzata, per i quali il rischio di cessazione dell'attività è assai concreto – persino più alto di quello di una polizza con formula *loss occurrence*. Se allo stato l'offerta di polizze con copertura *loss occurrence* (ovvero *act committed*) è pressoché scomparsa dal mercato, è tuttavia possibile che essa possa in futuro rinascere dalle proprie ceneri a costi persino concorrenziali”.

⁷³¹ R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 932.

cui innanzi, che non trova adeguata giustificazione causale in ragione dell'assenza di corrispettività con la prestazione dell'assicuratore⁷³².

Vieppiù, la copertura a ritroso decennale, di cui sono oggi obbligatoriamente munite le polizze stipulate dai sanitari, se nelle intenzioni del legislatore doveva assolvere la funzione di garantire l'immunità totale di costoro, in quanto calcolata sul termine più lungo di prescrizione, all'atto pratico non sortisce tale effetto "schermante" in ragione dell'orientamento allo stato prevalente in tema di decorrenza del *dies a quo* della prescrizione. Si consideri, al riguardo, che l'art. 2935 c.c. è pacificamente interpretato nel senso che, anche in materia di responsabilità per danni iatrogeni, il termine a partire da quale matura la prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere "*non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui [la] malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche*"⁷³³.

Il passo è breve per concludere che, a tutto voler concedere, l'assicurato non potrà contare sulla manleva da parte della Compagnia assicurativa, per tutti quei sinistri caratterizzati da una particolare lungolatenza, i quali, pur verificatisi a notevole distanza di tempo, vengano tuttavia a conoscenza del danneggiato solo successivamente e in quel momento questi agisca per il risarcimento del danno non ancora prescritto, ma escluso *ratione temporis* dalla polizza, nonostante la più volte ricordata retroattività decennale⁷³⁴.

⁷³² M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss., al riguardo rileva però che "il procedimento tecnico assicurativo presuppone un'equivalenza (probabilistica) tra l'estensione del rischio assunto e l'ammontare del premio (puro) versato, sicché l'esordiente, pur non ricavando alcun vantaggio dal generico obbligo di polizza retroattiva, non incorrerà nemmeno in alcun pregiudizio, dal momento che l'oggettiva esiguità del rischio in copertura è pur sempre bilanciata dalla previsione di un corrispettivo economicamente modesto".

⁷³³ In tal senso, *ex multis*, Cass., 3 maggio 2016, n. 8645, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21715, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

⁷³⁴ G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss.

Stessa sorte, peraltro, incontra la clausola di copertura postuma decennale, che il legislatore ha prescritto in entrambe le novelle a tacitazione delle pretese risarcitorie avanzate dai soggetti danneggiati dall'assicurato che cessi l'attività in costanza di polizza⁷³⁵.

Anche in questo caso, infatti, si spiegano gli effetti espansivi del termine di prescrizione, rivenienti dall'interpretazione giurisprudenziale del *dies a quo* di cui innanzi⁷³⁶, che nell'appuntare l'*exordium praescriptionis* in un momento sensibilmente posteriore rispetto a quello di accadimento del fatto illecito, consente al danneggiato la possibilità di vedere soddisfatta la propria pretesa risarcitoria anche a distanza di anni, e in ipotesi anche oltre lo spirare del decennio che le nuove disposizioni accordano al soggetto che si colloca a riposo. Risulta, così, vanificata l'operatività della clausola di ultrattività della polizza, a fronte di richieste risarcitorie ultratardive⁷³⁷.

Da qui l'inadeguatezza del congegno negoziale, quantunque rinforzato *ratione temporis* dalla postuma decennale, nel rispondere alle esigenze di tutela del professionista (facile bersaglio di richieste risarcitorie anche pretestuose⁷³⁸) ad

⁷³⁵ M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss., il quale correttamente evidenzia, alla nota 135, l'incongruenza dell'impostazione accolta da M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* ("Piacere figlio d'affanno; Gioia vana..."), in *Danno e responsabilità*, 2016, 10, p. 975, "il quale, prendendo spunto dalla disciplina dettata per le polizze obbligatorie per la responsabilità degli intermediari assicurativi (artt. 110 e 112 co. 3, cod. ass., nonché 11 e 15 reg. ISVAP, n. 5), ritiene che una misura di ultrattività, «ragionevolmente equilibrata, nell'interesse di tutte le parti coinvolte», potrebbe rinvenirsi nel garantire (almeno) i *claims* pervenuti al danneggiante entro il triennio successivo alla scadenza della polizza".

⁷³⁶ Anche in questi casi, il termine a partire dal quale matura la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, decorre "non dal giorno in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile dal danneggiato". Così Cass. 22 settembre 2016, n. 18606, in *CED*, 2016, in tema di responsabilità del notaio; Cass. 27 luglio 2007, n. 16658, in *Resp. civ. on line*, 2007, e Cass. 8 maggio 2006, n. 10493, in *Mass. Giur. it.*, 2006, entrambe in tema di responsabilità dell'avvocato; Cass. 3 novembre 2010, n. 22358, in *Contratti*, 2011, p. 437, con nota di F. SANGERMANO, *Responsabilità del fiscalista per errata presentazione delle dichiarazioni Iva*.

⁷³⁷ S. MONTICELLI, op. cit., p. 460.

⁷³⁸ Invero, da questo punto di vista, osserva P. TRIMARCHI, *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 6, che in virtù dell'obbligo per l'avvocato di comunicare l'esistenza del contratto di assicurazione, stipulato secondo i nuovi standard, al proprio cliente, "dato il desiderio diffuso di prolungare le liti all'infinito, anche dopo l'esaurimento di tutte le fasi e gradi del giudizio, se possibile anche contro il giudice, sembra prevedibile che il suggerimento di agire contro il proprio difensore possa essere raccolto".

evitare i c.d. “buchi di copertura”, e più a monte dei terzi danneggiati, che ripongono affidamento sulla garanzia di solvibilità dell’assicuratore⁷³⁹.

Non solo. Il fantasma dei “buchi di copertura” dal quale la giurisprudenza, anche a Sezioni Unite⁷⁴⁰, da sempre mette in guardia, sembra ancora aleggiare sulle polizze stipulate su base *claims made* – anche nelle recenti versioni legislative, combinate con un periodo di retroattività illimitata (o decennale) – allorquando si verifichi la congiuntura (invero frequente) della successione di polizze nel tempo⁷⁴¹, soprattutto da un assicuratore all’altro⁷⁴².

⁷³⁹ S. MONTICELLI, op. cit., p. 460, peraltro avverte che “il vulnus di cui sopra non è neppure attenuato dalla previsione di speciale salvaguardia di cui all’art. 14 della legge Gelli, contenente l’istituzione di un “fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria”, giacché nelle ipotesi contemplate al comma 7 della norma non rientra il caso dell’assenza di copertura assicurativa conseguente ad una richiesta risarcitoria eccedente la garanzia postuma decennale. Se l’ipotesi fosse stata, invece, prevista, certamente il meccanismo di tutela assicurativa sarebbe stato più completo e rispondente ad esigenze effettive di tutela tanto dell’assicurato quanto dei terzi danneggiati, senza, peraltro, snaturare le finalità del fondo né gravarlo eccessivamente sotto il profilo dell’esposizione dello stesso a richieste risarcitorie, considerata la peculiarità e la marginalità dal punto di vista numerico delle richieste risarcitorie ultratardive”.

⁷⁴⁰ Cfr. le considerazioni svolte nel cap. III, par. 5.

⁷⁴¹ L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 843, paventa la possibilità che, in caso di permanenza con lo stesso assicuratore, se quest’ultimo appare particolarmente illuminato, si possa dare il caso che eviti “di proporre eccezioni ai propri assicurati se l’evento è accaduto durante un’annualità, è stato denunciato dall’assicurato in funzione dell’obbligo di buona fede e cooperazione tra le parti contrattuali, e in seguito la richiesta è pervenuta nell’annualità successiva; le cose cambiano drasticamente, però, nel caso di successione di polizze tra più assicuratori”.

⁷⁴² Segnalano la particolare serietà della questione, *ex multis*, L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 467, che riferendosi a tale circostanza afferma “Il cuore del problema: la consecutività tra polizze”; M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss., laddove afferma “Il nodo cruciale da sciogliere attiene, piuttosto, al coordinamento dell’estensione di efficacia retroattiva con la disciplina delle dichiarazioni precontrattuali previste dagli artt. 1892 e 1893 c.c.”.

Peraltro, tale criticità è stata anche rilevata dall’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, con due diversi pareri, nei quali si assiste, invero, ad un progressivo ripensamento da parte dell’Autorità circa le prospettive de iure condendo, a distanza di un biennio.

Con maggiore impegno esplicativo, in un primo momento, nel parere del 4 luglio 2014, AS1137, in www.iusexplorer.it, l’AGCM, nello stigmatizzare il possibile effetto distorsivo della concorrenza riviniente dalle polizze *on claims made basis*, che si prestano ad ostacolare “la mobilità della clientela”, inducendo i professionisti a restare assicurati sempre con la stessa compagnia, propiziava un intervento legislativo volto alla “modifica dell’art. 3, comma 5, lettera e) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, (...) prevedendo espressamente, a fronte dell’obbligatorietà dell’assicurazione per la responsabilità civile per l’attività professionale, l’obbligatorietà di offrire polizze, ovviamente differenziate nelle condizioni economiche, che garantiscano la prestazione assicurativa prevista dall’art. 1917 c.c. prive di clausola c.d. *claims made*”.

A distanza di soli due anni, la medesima Autorità, con parere del 31 marzo 2016, n. AS1283, in www.iusexplorer.it, dopo aver nuovamente sollevato le criticità sottese alle polizze *claims made* di cui innanzi, lungi dal ribadire la tradizionale posizione di chiusura, suggerisce semplicemente che al fine di “ovviare a tale disfunzione, si ritiene opportuno che le Stazioni Appaltanti integrino le

Invero, si osserva⁷⁴³ che, mentre l'assicurazione convenuta secondo il modello *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c. non pone in astratto problemi di buchi di copertura in caso di successioni di polizze⁷⁴⁴, poiché l'unico presupposto di operatività delle medesime si riduce nell'accadimento del fatto in costanza di contratto, indifferente essendo l'esatto momento temporale di denuncia del sinistro, diversamente è a dirsi per il contrapposto sistema *on claims made*⁷⁴⁵.

In questo caso, infatti, la continuità assicurativa non sempre mette al riparo il cliente dalle pretese risarcitorie dei terzi danneggiati, in quanto, se da un lato la *prior coverage* costituisce senz'altro elemento che contribuisce a conferire serenità al professionista intellettuale nello svolgimento della sua attività, non è altrettanto revocabile in dubbio che la priorità cronologica della commissione del fatto potenzialmente generatore di danno rispetto alla sottoscrizione della nuova polizza, mal si concilia con la disciplina delle dichiarazioni precontrattuali previste dagli artt. 1892 e 1893 c.c.⁷⁴⁶

polizze *claims made* con eventuali periodi di postuma e di retroattività". Non senza fare cenno al fatto che anche legislatore ha preso ad interessarsi del tema, nella bozza del Disegno di Legge Annuale sulla Concorrenza, "dove è espressamente stabilito che, per superare le criticità concorrenziali testé evidenziate, tali polizze debbano prevedere dieci anni di ultrattività (cfr. articolo 12)".

⁷⁴³ G. FACCI, op. cit., p. 160.

⁷⁴⁴ Di contrario avviso L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 467, il quale sin da subito premette che "una polizza senza limiti di garanzia non esiste e che nella successione tra contratti i problemi si possono avere anche in caso di clausole basate sul disposto dell'art. 1917, comma 1, c.c.; già si è fatto cenno, infatti a come questa norma proponga alcune criticità nello stabilire quando si sia avverato il fatto che origina il danno. In una fattispecie di danno da inquinamento vediamo con relativa facilità il momento dell'emersione dell'evento indesiderato, ma il fatto che lo ha originato può non esser semplice da collocare temporalmente. Problemi sorgono anche in relazione a danni da contatto prolungato con prodotti nocivi o da assunzione di medicinali, o dalla ripetizione di cure errate e da condotte in genere continuate; difficoltà si sono avute anche in relazione ai danni da catastrofe naturale e molte polizze *loss occurrence* ricorrono a veri e propri accorgimenti per circoscrivere l'evento che causa il danno".

⁷⁴⁵ Giova notare che, in ragione delle criticità emerse nell'operatività delle polizze basate sul modello *claims made*, la giurisprudenza ha già da tempo, al fine di superare gli inconvenienti insiti nella successione di polizze, proceduto ad un ampliamento della portata della definizione di "richiesta di risarcimento". L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 467, rileva che a seconda dei casi "si è fatto riferimento, anziché alla classica e formale richiesta di risarcimento, all'intenzione di ritenere l'assicurato responsabile del danno. Altre volte, si è parificata alla richiesta di risarcimento qualsivoglia comunicazione da parte delle autorità competenti di apertura di indagini penali o amministrative o di procedimento civile privo di domanda risarcitoria".

⁷⁴⁶ M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss., a tal riguardo rileva che "L'assicuratore, infatti, venendo in questo caso ad assumere in garanzia anche eventuali richieste di risarcimento derivanti da eventi passati, giocoforza maturati nella sfera di controllo dell'assicurato, potrebbe agevolmente eccepire

Valga per tutti l'esempio dell'avvocato, che ponga in essere una condotta in pendenza di polizza, suscettibile di manifestare conseguenze dannose in un momento successivo⁷⁴⁷. Orbene, posto che il danno al cliente diventa attuale unicamente con il deposito della pronuncia e che la richiesta di risarcimento intanto interviene quando ormai il professionista ha sottoscritto una polizza successiva, ben potrebbe verificarsi il paradosso per il quale quest'ultimo, pur essendosi sempre assicurato e avendo versato i relativi premi, si trovi alla fine sprovvisto di copertura.

L'inconveniente testé prospettato si verifica, invero, in virtù della contemporanea esplicazione di due meccanismi operazionali diversi, connessi l'uno ad una tradizionale regola di condotta prevista dalla disciplina del codice civile all'art. 1892, l'altra alla caratteristica insostituibile del modello *claims made*. In altri termini, il sinistro potrebbe risultare privo di garanzia in quanto, da un lato, il nuovo assicuratore potrebbe opporre la c.d. *prior knowledge* dell'assicurato in virtù del disposto dell'art. 1892 c.c., in ragione della consapevolezza del carattere pregiudizievole della condotta al momento della sottoscrizione della polizza⁷⁴⁸; dall'altro lato, per parte sua, il precedente assicuratore potrebbe evadere la richiesta del professionista assicurato eccependo la mancata ricezione della richiesta risarcitoria nel periodo di vigenza della polizza (in quanto avvenuta in un momento successivo)⁷⁴⁹.

Le soluzioni proposte dalla dottrina per far fronte a tale pericolo di sabotaggio dell'intero sistema assicurativo sono invero le più disparate, e di recente sembra che anche il legislatore si sia espresso (pur se non proprio chiaramente) sulla percorribilità di una di esse.

– anche in via presuntiva – la reticenza dell'assicurato su una circostanza da esso conosciuta e potenzialmente idonea a far sorgere una responsabilità”.

⁷⁴⁷ G. FACCI, op. cit., p. 160, per il quale, dovrebbero, a titolo esemplificativo, rientrare in tale novero “una costituzione tardiva in giudizio che determina l'inammissibilità di eccezione di prescrizione della domanda attorea, un'erronea formulazione della domanda giudiziale, una mancata o carente deduzione di un mezzo istruttorio, una travisa contestazione, un errore nell'individuazione del giudice competente oppure nella chiamata in causa di un terzo ed ovviamente altre ipotesi ancora”.

⁷⁴⁸ In giurisprudenza, Trib. Taranto, 12 gennaio 2016, in *Banca dati Pluris*.
In dottrina, G. FACCI, op. cit., p. 160.

⁷⁴⁹ In punto, anche M. GAZZARA, op. cit.

Mette conto rilevare che i rischi di buchi di copertura risulterebbero sensibilmente ridotti per effetto dell'introduzione nei contratti di assicurazione delle clausole cc.dd. di denuncia postuma⁷⁵⁰. Tuttavia, a tal riguardo, non si può fare a meno di ricordare, in chiave critica, che l'esperibilità di tale istituto è schermata non solo dai costi esorbitanti – e quindi inaccessibili – che l'accorgimento in parola determinerebbe, ma anche e soprattutto dall'osservazione del recente panorama legislativo e regolamentare: gli interventi normativi innanzi analizzati, infatti, non hanno considerato la postergazione della garanzia alla stregua di un elemento essenziale delle nuove polizze, imponendola solo in caso di cessazione dell'attività⁷⁵¹.

Pertanto, appare molto più realistico l'inserimento della clausola di salvaguardia nota come *deeming clause*^{752 753}, oggi vieppiù doveroso per le polizze stipulate dalle strutture sanitarie e dai medici sì come disciplinate dalla l. n. 24 del 2017.

Si tratta, in sostanza, di una clausola di denuncia preventiva, che consente al professionista di tenere in copertura anche le richieste di risarcimento pervenute dopo la scadenza della polizza collegate a “circostanze” che siano state dal medesimo conosciute e denunciate (*notification of circumstances*) in costanza della polizza stessa⁷⁵⁴. Di guisa che l'assicuratore sarà tenuto ad indennizzare il danno,

⁷⁵⁰ Un prototipo di tale clausola si rinviene all'art. 11 del Regolamento ISVAP n. 5 del 16 ottobre 2006, laddove tra le “caratteristiche minimali” della polizza, si legge anche la copertura dei sinistri “denunciati nei tre anni successivi alla cessazione dell'efficacia della copertura”.

⁷⁵¹ A. ASTONE, op. cit., pp. 1115 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, cit., p. 1932.

⁷⁵² Sia consentito rinviare, per un'opinione circa l'opportunità dell'inserimento nei *wording* negoziali della *deeming clause*, già prima dell'avallo legislativo ad opera della l. n. 24 del 2017, a R. MUGAVERO, *Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*, in *Giur. Comm.*, 2017, 6, pp. 992 ss.

⁷⁵³ Si veda sul punto F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. Ed econ. Ass.*, 2007, pp. 814 ss.; ID., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle “coverage trigger disputes”*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, pp. 59 cit., 90 ss.

⁷⁵⁴ Il testo di una *deeming clause* normalmente recita:

“L'assicurato dovrà dare immediata comunicazione scritta agli Assicuratori durante il periodo di assicurazione di:

1. qualsiasi richiesta di risarcimento presentata all'Assicurato;
2. [omissis]
3. qualsiasi circostanza di cui l'Assicurato venga a conoscenza che si presuma possa ragionevolmente dare origine ad una richiesta di risarcimento nei confronti dell'Assicurato,

dovendo considerare come sinistro in garanzia la iniziale comunicazione di mere circostanze di fatto, a nulla rilevando la data in cui poi sia stata formalizzata la richiesta risarcitoria⁷⁵⁵.

Tale clausola consente la realizzazione di indubbi vantaggi per entrambe le parti del rapporto: l'assicurato può fare affidamento sulla prestazione indennitaria anche qualora la richiesta del terzo venga notificata con significativo ritardo, mentre l'assicuratore sarà tenuto all'indennizzo nell'ambito delle condizioni e del massimale dell'annualità di polizza nella quale è stata notificata la circostanza dalla quale è scaturito il sinistro, al contempo sdrammatizzando il rischio di eventuali comportamenti opportunistici dell'assicurato⁷⁵⁶.

Nonostante la spiccata funzionalità della *deeming clause* a scongiurare i rischi di vuoti di copertura più frequenti nella prassi, il legislatore ha perso un'importante occasione per consacrarla definitivamente, imponendola nelle condizioni generali di contratto delle nuove polizze assicurative degli esercenti la professione di avvocato. Quasi a voler rimediare a tale leggerezza, come innanzi anticipato, il medesimo legislatore, nel disciplinare analoga copertura obbligatoria per la classe medica, all'art. 11 della l. 24/2017, consente la copertura pregressa decennale per tutti quegli eventi "denunciati" alla compagnia durante la vigenza temporale del contratto, con formula che rievoca chiaramente quella della *deeming clause* e che di converso si allontana dalla tradizionale clausola *claims made*, imperniata sulla "richiesta di risarcimento"⁷⁵⁷.

fornendo le precisazioni necessarie e opportune con i dettagli relativi a date e persone coinvolte. L'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alle comunicazioni specificate ai punti ...[omissis]... 3 sarà considerata come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione".

⁷⁵⁵ G. FACCI, op. cit., p. 162. In tal senso, anche M. GAZZARA, op. cit., pp. 988 ss.; L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 468, conclude quindi che "Con questo particolare accorgimento, qualsiasi comunicazione effettuata dall'assicurato con cui si notifica all'assicuratore l'esistenza di una circostanza che potrebbe dare origine a un danno o a una richiesta di risarcimento, viene trattata come richiesta presentata e denunciata durante il periodo di assicurazione".

⁷⁵⁶ Può accadere infatti che il professionista solleciti la formalizzazione di richieste risarcitorie da parte del terzo danneggiato in prossimità alla scadenza dell'annualità di polizza, al fine di mettersi al sicuro circa la prestazione indennitaria da parte della Compagnia. Vedi U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, 8-9, p. 770.

⁷⁵⁷ In questi termini, M. HAZAN, op. cit., p. 89; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 447; M. MONTICELLI, op. cit., p. 459; L. BUGIOLACCHI, op. ult. cit., pp. 1032 ss.,

Se a detta di molti tale previsione è parsa come una sorta di punto di arrivo del processo di progressiva presa d'atto delle potenzialità del modello *claims made* da parte del legislatore, che a tal segno ha ritenuto necessaria l'introduzione di un siffatto correttivo, non sono mancate, invero, opinioni contrastanti. Tale soluzione non ha, infatti, convinto quanti hanno paventato il pericolo di distorsioni operative, prima fra tutte quella di una generale avventatezza nella presentazione di denunce cautelative da parte degli assicurati in ordine a fatti incerti quanto alla loro potenzialità lesiva⁷⁵⁸.

È per questo che si è fatta strada anche l'opinione di chi⁷⁵⁹ ha ritenuto strumento più adeguato il meccanismo del c.d. *continuous cover*. Si tratta di una nuova e diversa clausola introdotta nel settore delle polizze di responsabilità civile “*all risk*”, per il caso in cui le condizioni di polizza non prevedano il tacito rinnovo, e la nuova polizza si configuri quindi alla stregua di un nuovo contratto, distinto ed autonomo dal precedente, con tutte le conseguenze che ne derivano in punto di assoggettamento alle dichiarazioni precontrattuali di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c.⁷⁶⁰.

In casi di tal fatta, la clausola *continuous cover* ha quindi la finalità di garantire, in assenza di tacito rinnovo, che siano portati in copertura anche quei sinistri che potranno sorgere in corso di validità della polizza e che siano riconducibili a circostanze già note all'assicurato all'atto della stipula del nuovo contratto, ma sottaciute all'assicuratore in quanto in buona fede ritenute con ragionevole probabilità inidonee a dare la stura a future pretese risarcitorie.

⁷⁵⁸ In questi termini, M. HAZAN, op. cit., p. 89; M. MAZZOLA, in op. cit., pp. 1012 ss., il quale ha cura di rilevare – sebbene con considerazioni di respiro generale e non con specifico riguardo alla novella del 2017 – anche il prevedibile atteggiamento delle “Compagnie, di trincerarsi dietro la più o meno marcata genericità delle circostanze notificate”.

⁷⁵⁹ M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss.

⁷⁶⁰ Il testo di una clausola *continuous cover* può essere il seguente: “Gli Assicuratori si impegnano, ad indennizzare l'Assicurato relativamente a qualsiasi richiesta di risarcimento, avanzata contro l'Assicurato nel corso del periodo di validità della presente polizza, anche se derivante da fatti o circostanze suscettibili di dare origine ad un sinistro, che fossero noti all'Assicurato prima della decorrenza della presente polizza e che l'Assicurato non abbia provveduto a denunciare prima della decorrenza della presente Polizza o al momento della compilazione della Proposta/Questionario, purché la mancata comunicazione non sia dovuta a dolo dell'Assicurato”.

Giova notare che, per il passato, e in ogni caso per le polizze stipulate da professionisti diversi dagli esercenti la professione sanitaria (allo stato gli unici rispetto ai quali la *deeming clause* è stata imposta e tipizzata), un valido baluardo per scongiurare il rischio di vuoti di copertura è rintracciabile nella clausola generale di buona fede esecutiva, ex art. 1375 c.c. L'operatività di tale rimedio si apprezzerebbe nella sua idoneità a paralizzare l'eventuale eccezione di conoscenza o conoscibilità del sinistro, ex art. 1892 c.c., sollevata dalla Compagnia assicurativa, nelle ipotesi in cui il professionista assicurato abbia serbato un contegno reticente in ragione della mancata manifestazione da parte del danneggiato della volontà di formulare una specifica richiesta risarcitoria⁷⁶¹.

3. La legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017 n. 124)

Le novità normative per il 2017 non accennano ad arrestarsi.

Quando ancora erano in fase di metabolizzazione le modifiche introdotte dalla riforma della responsabilità della classe medica, ecco che fa il suo ingresso la legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017 n. 124), entrata in vigore il 29 agosto 2017.

Si tratta, a differenza degli interventi in precedenza passati in rassegna, di una svolta di portata affatto trascurabile⁷⁶², poiché suo tramite si assiste ad una riforma della normativa che ha prescritto l'assicurazione obbligatoria di RC per tutte le professioni regolamentate, *id est* la l. 14 settembre 2011 n. 148.

Infatti, l'art. 1, comma 26, ha integrato l'art. 3, comma 5, lett. e) della legge testé menzionata, con l'aggiunta di tre periodi consecutivi, di cui si dà nota, così

⁷⁶¹ I. PARTENZA, *Curare, guarire, risarcire. Profili liquidativi e assicurativi del danno alla persona da responsabilità sanitaria*, Milano, 2013, p. 147; L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 468; G. FACCI, op. ult. cit., p. 162; M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss.

⁷⁶² Giova notare che la legge ha una portata di ben più ampio respiro. Lungi dal limitarsi ad attenzionare la disciplina delle assicurazioni professionali, il legislatore riformista disciplina i (o modifica la disciplina dei) più disparati settori tra cui avvocati, notai, ingegneri, agrotecnici, odontoiatri, servizi postali, tariffe luce e gas, bonus elettrico e gas, trasporto pubblico non di linea, farmacie, telemarketing e tariffe hotel.

incidendo sulle condizioni generali delle polizze assicurative di responsabilità civile di tutti professionisti:

«In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività 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 operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

Si tratta, in tutta evidenza, di un radicale *restatement* della materia, fino ad oggi quasi consapevolmente eluso, sia per la portata settoriale degli interventi regolatori che l'hanno preceduto, sia per le scelte di campo effettuate, caratterizzate in passato da un grado di specificazione maggiore rispetto alla riforma di cui si discorre. Tanto in ragione dell'accoglimento del monito rivolto dall'Autorità Antitrust al legislatore, di favorire la concorrenza nel mercato assicurativo, irrimediabilmente compromessa dai "buchi di copertura" cui sistematicamente vanno incontro gli assicurati con le coperture *claims made* attualmente in uso sul mercato⁷⁶³.

Mette conto rilevare che, in primo luogo – e come già accennato – la norma, complessivamente considerata, si riferisce inequivocabilmente alle condizioni di assicurazione della responsabilità civile professionale di tutte le professioni

⁷⁶³ Come in precedenza rilevato, l'AGCM aveva a più riprese evidenziato che le polizze *claims made* attualmente in uso ostacolavano la mobilità degli assicurati da una Compagnia all'altra, per il timore di costoro di incappare in buchi di copertura dinanzi al nuovo assicuratore. Di guisa che l'Autorità richiedeva dei correttivi per ridurre gli ostacoli alla mobilità. Con l'intervento normativo in commento il legislatore ha optato per l'obbligo di offerta di un'ultrattività decennale che prescindesse dalla chiusura dell'attività, ma avrebbe anche potuto puntare sulla retroattività obbligatoria o addirittura sulla imposizione di contratti stipulati sul modello *loss occurrence*. Si tratta infatti di alternative tutte ritenute possibili baluardi alla concorrenza, nei pareri resi dall'Autorità nel 2014 e nel 2016. Vd. *amplius* nt. 112.

regolamentate, senza selezionare alcune soltanto di esse, come avvenuto nel biennio precedente, rispettivamente, per gli avvocati e per i medici (e le strutture sanitarie).

Ad una prima lettura della nuova disposizione, non passa inosservato un certo incedere del legislatore, quasi “lascivo”, nei confronti dell’autonomia privata delle parti, il cui esercizio viene preservato dal legislatore per ben due volte ed *expressis verbis*, in luogo di eterointegrazioni *ope legis* del contenuto delle polizze.

Tale inedita tecnica di formulazione normativa si compendia, infatti, nella previsione, nelle condizioni generali di contratto delle coperture assicurative, dell’offerta di un periodo di ultrattività decennale, in relazione a fatti generatori di responsabilità occorsi nell’annualità di polizza, la cui concreta inclusione nei contratti di assicurazione dipenderà dalla volontà – in senso conforme manifestata – dei contraenti, in primo luogo l’assicurato. In altri termini le Compagnie sono obbligate ad offrire, giusta l’imperatività della disposizione in commento, prodotti assicurativi muniti di una clausola *claims made* impura con copertura postuma decennale⁷⁶⁴.

⁷⁶⁴ A tal riguardo non coglie nel segno l’osservazione di M. LIGUORI, *Clausola claims made bye-bye: l’assicurazione obbligatoria della RC dei professionisti vira inaspettatamente verso la loss occurrence*, in www.ridare.it, che nel commentare “a caldo” il *novum* legislativo, si esprime nel senso che “La norma, prima parte, pertanto, impone definitivamente, con l’utilizzo del lemma “prevedono”, la clausola *claims made* impura ma con un’obbligatoria ultrattività decennale, che rende così tipica la clausola *claims made* impura (con ultrattività pari alla prescrizione ex lege) e che altro non è che la tradizionale copertura assicurativa *loss occurrence*, ex art. 1917 c.c.”

Depone in senso contrario, in primo luogo, il dato letterale della disposizione, che rievoca chiaramente il meccanismo di copertura assicurativa su base *claims made* il quale, siccome ontologicamente soffre della barriera temporale rappresentata dalla scadenza della polizza, necessita necessariamente di correttivi intesi a traslare in avanti l’efficacia della copertura. Del resto, se l’intenzione del legislatore fosse stata quella di imporre ai professionisti polizze del tipo *loss*, ben avrebbe potuto indicare chiaramente tale circostanza a mezzo di un rinvio fisso all’art. 1917 c.c., non utilizzando espressioni che inducono invece a rafforzare quel disorientamento che l’intervento riformista mirava invece ad arginare. Vieppiù, la tentazione di ritenere la nuova norma l’equivalente di una conferma del regime *loss occurrence* per le polizze stipulate a copertura della responsabilità civile professionale, deve essere ulteriormente allontanata se solo si pone mente alla differenza sostanziale che sussiste tra i due modelli assicurativi, in punto di possibilità per l’assicurato di beneficiare della manleva da parte della Compagnia per tutti quei danni per i quali la richiesta di risarcimento pervenga a distanza di un notevole lasso di tempo. Se ci si trovasse, infatti, di fronte ad una polizza di tipo *loss*, tale eventualità risulterebbe di più facile verifica, ostando all’attrazione del sinistro in copertura unicamente il decorso del termine di prescrizione decennale che, come innanzi ricordato, risulta sistematicamente spostato in avanti per effetto dell’orientamento giurisprudenziale che incardina il *dies a quo* nel momento in cui ricorre la “conoscenza” o quanto meno la “conoscibilità” della fattispecie illecita da parte del danneggiato.

Di guisa che il meccanismo di copertura ultrattiva opererà con modalità senz'altro diverse rispetto a quelle prescritte nelle precedenti versioni legislative, che avevano, invero, puntualmente circoscritto il medesimo periodo di osservazione per i professionisti legali e sanitari

A tal riguardo rileva, *in primis*, l'elisione della condizione di operatività della postuma all'ipotesi di cessazione dell'attività. In luogo di tale locuzione, ricorrente in entrambi gli apparati normativi innanzi menzionati, il legislatore aggancia tale ultrattività unicamente ai “fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura”, con sicure ricadute in termini di aumento del premio⁷⁶⁵. Ciò che, peraltro, non assicura comunque una messa al riparo incondizionata del professionista/assicurato rispetto alle pretese risarcitorie dei terzi vittime di effetti dannosi a decorso occulto, che ben potrebbero – per avventura – presentarsi spirato il decennio che il legislatore impone alle compagnie di offrire nella postuma⁷⁶⁶

A voler proseguire, un'ulteriore peculiarità della nuova disposizione si appunta sulle modalità di ingresso della postuma nei *wording* negoziali: rispetto al passato, essa non rientra tra le condizioni essenziali delle polizze, ma si atteggia a mera garanzia che le Compagnie devono necessariamente offrire ai propri clienti-

⁷⁶⁵ Tale inconveniente pare, invero, ineluttabilmente connesso alla previsione di una clausola di ultrattività, soprattutto se sganciata dall'ipotesi di cessazione dell'attività. Vale la pena considerare che si potrebbero verificare, per effetto dell'innalzamento dei premi, due opposte situazioni: o il professionista, privo di esperienza nel settore assicurativo, potrebbe essere indotto a convenire annualmente la postuma decennale (pagando la correlativa maggiorazione di premio) in circostanze nelle quali ben avrebbe potuto farne a meno; oppure, all'opposto, di fronte al considerevole aumento del premio, il medesimo professionista potrebbe decidere di non sottoscrivere la postuma per evitare un maggiore esborso di denaro, così risultando vanificata l'innovazione della generalizzazione della copertura postuma decennale per tutti i professionisti.

⁷⁶⁶ S. CENTONZE, op. cit., rileva infatti, con specifico riguardo all'attività medica ma con riflessioni generalizzabili a molte altre attività di natura professionale, “la potenziale latenza dei danni iatrogeni ed il suo impatto sul decorso della prescrizione: un giudizio più equilibrato, pertanto, avrebbe dovuto tenere conto della fisiologica potenziale inadeguatezza di qualsiasi estensione ultrattiva della copertura – anche decennale – a garantire l'assicurato da ogni possibile richiesta risarcitoria pervenutagli dopo la scadenza di polizza. Il vero è che la *claims made* – anche se corredata da postuma – non potrebbe essere considerata la panacea di tutti i mali: non come potrebbe esserlo una *loss occurrence* che – tuttavia – costituisce un modello assicurativo insostenibile per le imprese (le quali, tra l'altro, non possono certo confidare in un bacino di raccolta di premi ampio come quello di altri ambiti di assicurazione obbligatoria, come la r.c. auto) o che potrebbe essere “venduto” solo a condizioni proibitive per l'utenza”.

professionisti, come clausola opzionale. In termini più esplicativi, l'obbligatorietà riguarda l'offerta di inclusione in polizza da parte delle Compagnie, non il contenuto stesso della polizza, che sarà di conseguenza il frutto della libertà di iniziativa economica delle parti, in tal modo virtuosamente salvaguardata. Il legislatore aderisce, così, alla formula con postuma decennale e senza pregressa, obbligatoriamente offerta dalla compagnia ma liberamente negoziabile dalle parti.

Non solo. L'obbligo di offerta della postuma decennale incombe in capo alle Compagnie anche rispetto alle polizze in corso di validità alla data di entrata in vigore della legge sulla concorrenza, con eccezionale effetto retroattivo.

Tuttavia, anche in tale sede, le esigenze di assicurare in maniera uniforme una ultrattività della copertura per i dieci anni successivi sono recessive rispetto alla piena realizzazione dell'autonomia negoziale delle parti, ex art. 1322 c.c., che sembra essere l'obiettivo prioritario avuto di mira dal legislatore. È previsto, infatti, per i contratti in corso, un procedimento che prende avvio dalla richiesta del contraente (*id est* il professionista assicurato), la quale esita in una proposta di rinegoziazione avanzata dalla Compagnia al primo.

Sul punto si registrano due contrapposte opinioni, che prendono le mosse dall'intensità che si vuole tributare alla espressa previsione dell'obbligo di rinegoziazione *ex lege*.

Secondo alcuni, infatti, dalla norma si desumerebbe una sorta di integrazione *ex lege* della polizza in corso di validità, ex artt. 1339 e 1374 c.c., con la previsione della nuova copertura postuma decennale⁷⁶⁷. A sostegno di tale assunto si adduce la lettera della norma che si autodichiara retroattiva (in contrasto con la regola generale dell'art. 11, comma 1, delle preleggi) a fronte della superfluità della previsione circa l'obbligo di rinegoziazione, che si atterrebbe a principio immanente nel sistema, riconducibile al più generale principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. In altri termini l'eccezionalità dell'applicazione retroattiva della disposizione, prevarrebbe, fino ad eclissare del

⁷⁶⁷ Propende per tale soluzione M. LIGUORI, op. cit.

tutto, la previsione della modifica delle polizze in corso a mezzo di un'adeguata rinegoziazione, attesa la natura quasi "posticcia" della locuzione che contempla tale obbligo in capo alla Compagnia.

Non sembra, tuttavia, che una simile interpretazione meriti di trovare accoglimento, per ovvie ragioni sia di ordine letterale che sistematico.

Dal primo punto di vista, il legislatore descrive chiaramente l'*iter* che i paciscenti devono seguire per adattare le polizze già in corso allo *jus superveniens*: a tal fine, il contraente-assicurato con polizza in corso di validità che voglia usufruire delle nuove condizioni di assicurazione, è onerato di indirizzare una specifica richiesta all'impresa di assicurazione, la quale, predisposte le nuove condizioni di premio, deve proporre al richiedente la rinegoziazione del contratto.

La soluzione avanzata dalla tesi innanzi riportata finirebbe per obliterare irragionevolmente la portata del dettato normativo, al contempo contraddicendo il canone ermeneutico alla stregua del quale "*ubi lex voluit dixit*".

Senza contare che, la svalutazione della disposizione contenente un preciso obbligo di rinegoziazione a carico della Compagnia, assuntamente recessiva rispetto all'altrettanto eccezionale previsione della retroattività della postuma decennale, si basa su una premessa di fondo errata, quale l'immanenza dell'obbligo di rinegoziazione nel principio di cui all'art. 1322, comma 1 c.c.

Invero l'esistenza di un obbligo di rinegoziare (*id est* di riattivare le trattative) in seguito a sopravvenienze non previste né calcolate dalle parti, è

questione assai dibattuta nel nostro ordinamento⁷⁶⁸, in dottrina⁷⁶⁹ e nella giurisprudenza più recente⁷⁷⁰.

A tal riguardo, anche laddove non si volesse convenire con l'impostazione più tradizionale che riconduce le fonti di un obbligo di tal fatta esclusivamente alla esplicita previsione contenuta in apposite clausole di *hardship*⁷⁷¹, ovvero a puntuali disposizioni di legge – come quella dell'art. 3, comma 5, lett. e), nuova

⁷⁶⁸ Il diritto internazionale non è insensibile rispetto al tema delle sopravvenienze e al rischio di sperequazioni. A tal uopo nei Principi UNIDROIT è invalsa la nozione di *hardship*: «Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione» (art. 6.2.2). Peraltro la norma (art. 6.2.3) si occupa anche degli effetti dell'*hardship*, con la previsione che «In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto».

Giova notare come disposizioni analoghe sono contenute anche nell'art. 6:111 dei *Principles of European Contract Law*, e nell'art. III.-1:110 del *Draft Common Frame of Reference*, a mente dei quali: «(1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. (2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto, nel caso in cui: (a) il mutamento di circostanze si verifichi dopo la conclusione del contratto, (b) il mutamento di circostanze non fosse una possibilità suscettibile ragionevolmente di essere presa in considerazione al momento della conclusione del contratto, e (c) il rischio di mutamento delle circostanze non sia uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce possa essere tenuta a sopportare. (3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze. Nell'un caso e nell'altro il giudice può condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza».

⁷⁶⁹ Senza pretesa di esaustività, cfr. F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 774 ss.; A. FRIGNANI, *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologia dei contratti e rimedi*, Milano, 1992; M. V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 3, pp. 801 ss.; G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 175; V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2006, p. 9; F. MACARIO *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 140 ss.

⁷⁷⁰ A quanto consta, il primo pronunciamento che affronta ex professo tale questione è Tribunale di Bari, ord. 14 giugno 2011, con nota di PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, 7, pp. 571 ss.

⁷⁷¹ Clausola inserita molto spesso nei rapporti commerciali che autorizza la revisione del contratto nell'eventualità che si manifestino fatti eccezionali di natura politica ed economica, tali da modificare sensibilmente la situazione esistente al momento della stipulazione dell'accordo. Lo scopo di una clausola di *hardship* è quello di consentire un adeguamento del contratto alle nuove circostanze, impedendo che questo produca un effetto a danno di una parte.

Sul tema v., *ex multis*, M. P. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 7- 8, pag. 411.

formulazione, che qui ci occupa – non si ritiene, comunque, che l’ancoraggio dell’obbligo di rinegoziazione a clausole generali dell’ordinamento⁷⁷² valga a ratificare l’assunto in base al quale, laddove il legislatore trasponga tale principio nel diritto positivo, una simile previsione debba soccombere rispetto ad altre assuntamente dotate di una carica di “eccezionalità” maggiore⁷⁷³.

Quanto al profilo della ricomposizione del frastagliato scenario normativo cui si assiste per effetto di tale ulteriore intervento normativo, e quindi del coordinamento con le normative precedentemente analizzate – invero non espressamente abrogate –, sembra che si possa addivenire alla risoluzione del conflitto tra norme facendo applicazione degli ordinari criteri di risoluzione delle antinomie⁷⁷⁴.

Tale operazione appare piuttosto agevole con riguardo all’articolato normativo relativo agli avvocati: applicando il criterio gerarchico, si perviene agevolmente alla disapplicazione dell’art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 in favore dell’art. 1 co. 26 della l. 4 agosto 2017, n. 124.

Non altrettanto può dirsi, invero, rispetto all’assicurazione della responsabilità civile dei medici, laddove, ai fini della prevalenza della disciplina di cui alla l. 4 agosto 2017, n. 124 (che modifica nei termini innanzi visti l’art. 3, comma 5, lett. e), della l. 14 settembre 2011 n. 148) non è utilmente adoperabile il

⁷⁷² Il Trib. di Bari, ord. 14 giugno 2011, cit., fa leva, a ben guardare, sulla clausola generale di buona fede per affermare l’esistenza dell’obbligo legale di rinegoziare, al fine di adattare il contratto al sopravvenuto contesto normativo.

⁷⁷³ Giova notare, peraltro, che oltre al rilievo in virtù del quale l’obbligo di rinegoziare si ponga in contrasto con il principio generale del *pacta sunt servanda* di cui all’art. 1372 c.c., all’accoglimento, da parte del Trib. di Bari, dell’orientamento favorevole alla sussistenza di un generale obbligo di rinegoziazione in capo alle parti grazie al viatico della buona fede, non fa seguito in motivazione una puntuale disamina in ordine all’eventuale superamento del limite dell’apprezzabile sacrificio. Il che vale a denotare, al netto di ogni considerazione, la parzialità delle affermazioni ivi contenute. In tal senso cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, 2017, p. 521.

⁷⁷⁴ Sulla centralità del processo interpretativo al fine della ricostruzione della regola del caso concreto, cfr. P. PERLINGIERI, *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, 1970; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, tomo II, 3 ed., ESI, pp. 562 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, 1990; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, 1971; P. SCHLESINGER, *L'interpretazione della legge civile e prassi delle Corti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 531 ss.; E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Giappichelli, 2000.

criterio gerarchico, poiché l'antinomia investe due norme di pari rango primario (tale essendo, come ovvio, anche la legge Gelli).

Ebbene, in via di prima approssimazione, potrebbe continuare a concludersi per l'applicazione della disciplina dell'art. 11, comma 1, legge l. 8 marzo 2017, n. 24, facendo leva sul diverso criterio di specialità: ad un'analisi comparativa delle due discipline in esponente, la normativa testé richiamata non appare punto scalfita dalla legge successiva, mercé la sua settorialità, riferendosi a quella specifica categoria professionale, rappresentata dalla classe medica.

Tuttavia, una simile conclusione finirebbe per vanificare la portata innovativa della legge annuale per il mercato e la concorrenza, la cui garantistica previsione della postuma decennale (sganciata dalla cessazione dell'attività) sarebbe di tal guisa disattesa in uno dei settori della responsabilità civile professionale dove ormai l'offerta assicurativa è formulata esclusivamente su base *claims made*.

Al fine di ovviare a tale irragionevolezza sistematica, vale la pena indugiare su un dato completamente *bypassato* dall'impostazione su riportata: il principio di specialità non sarebbe in questa sede risolutivo poiché, a ben guardare, non ci si trova dinanzi ad una norma speciale rispetto ad un'altra, generale. Se è vero che il campo di applicazione della legge Gelli è circoscritto ai professionisti esercenti la professione sanitaria, non è revocabile in dubbio che il nuovo art. 3, comma 5, lett. e), della l. 14 settembre 2011 n. 148 si atteggia a norma altrettanto speciale, in quanto disciplina la copertura assicurativa obbligatoria non di tutti i professionisti, ma solo di quelli che esercitano una "professione regolamentata". Di talché la specialità reciproca (o bilaterale) non è una vera specialità, e l'antinomia tra le due norme di pari grado si risolve in favore di quella successiva, in ossequio al criterio cronologico di cui all'art. 15 delle preleggi.

4. La clausola *claims made* agli albori della tipizzazione

Alla luce delle considerazioni svolte, resta da sciogliere il dubbio interpretativo concernente, in primo luogo, l'avvenuta tipizzazione⁷⁷⁵ della contrattazione *on claims made basis*, ovvero se possa discorrersi, sulla base degli arresti normativi di cui innanzi, di tipicità legale del modello di copertura assicurativa *claims made*⁷⁷⁶; in subordine, laddove si propenda per una soluzione positiva al quesito, resterebbe da verificare se un simile risultato valga ad assurgere a circostanza idonea ad infirmare la perdurante attualità dello scrutinio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma 2, c.c. Invero, non v'è chi non veda come quello che, a far data dalla pronuncia a Sezioni Unite del 2016, è stato inteso alla stregua di cartina di tornasole per la validità delle moderne polizze della responsabilità civile professionale – *id est*, il giudizio di meritevolezza, anche nella versione in astratto, propugnata dalla giurisprudenza più recente – possa oggi considerarsi implicitamente compiuto in positivo dal legislatore, *ex ante* e in astratto.

Quanto al primo quesito, ci si chiede se l'inderogabilità che ammantava l'obbligo assicurativo imposto dai *nova* legislativi passati in rassegna, riecheggianti in maniera esplicita il modello *claims made*, possa costituire valido indice normativo ai fini, non solo della pacifica ammissibilità nell'ordinamento nazionale della contrattazione in parola, ma anche della sua espressa tipizzazione.

⁷⁷⁵ B. TASSONE, in op cit., p. 2730, ha cura di precisare che “non può essere sottaciuta la stessa menzione della clausola, fin dal 2014, in taluni provvedimenti regionali e in atti delle autorità di vigilanza: se non altro per ricordare la distinzione fra contratti tipici e nominati, la quale pure induce a suffragare (nel secondo caso) il riconoscimento della tipicità sociale; in disparte il quesito circa quale atto, nel sistema delle fonti e se del caso fra quelli regolamentari e/o regolatori, possa consacrare il *nomen* (potendosi ben mettere in discussione che ciò sia di competenza della sola norma primaria, decretando l'irrelevanza di ogni altra).

⁷⁷⁶ E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, Estratto da E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Utet giuridica, 2006, p. 10, il quale evidenzia “il problema della tipicità contrattuale, del resto, rappresenta una sorta di prisma dei problemi dell'autonomia privata e dei suoi limiti, dato che è strettamente legato sia a quello dei privati di concludere contratti non appartenenti «ai tipi aventi una disciplina particolare», sia a quello della meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito nei contratti atipici (art. 1322 c.c.)”.

L'opinione sul punto prevalente è senz'altro quella incline a ritenere l'opera di tipizzazione legislativa ormai avvenuta⁷⁷⁷, nell'ambito – come spesso accade – di un più ampio contesto di validazione di una tipicità sociale già da tempo in atto⁷⁷⁸.

Il vero *punctum dolens*, piuttosto, concerne la latitudine applicativa di tale tipizzazione normativa: ci si riferisce alla astratta possibilità di ritenere, alternativamente, che il legislatore abbia voluto introdurre un nuovo sottotipo contrattuale assicurativo della responsabilità civile, del tutto alternativo rispetto allo schema *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c.⁷⁷⁹; ovvero, che le nuove disposizioni si siano semplicemente limitate a consacrare una clausola del contratto di assicurazione, nell'ambito di quella tendenza ad esaltare l'elasticità del tipo (*id est* dell'oggetto⁷⁸⁰) contrattuale, che vale a distogliere dalla tentazione di confinare ogni sua variante nel limbo dell'atipicità.

⁷⁷⁷ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari, cit., p. 447; S. MONTICELLI, Il giudizio di meritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola, cit., p. 452; L. LOCATELLI, Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi, cit., p. 462; F. GRECO, La clausola claims made tra vessatorietà e immeritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza, cit., p. 475; N. DE LUCA, op. cit., pp. 682 ss.; B. TASSONE, op. cit., p. 2730; M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss.; S. CENTONZE, op. cit.; C. MASIERI, op. cit., p. 764; L. BUGIOLACCHI, Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»), cit., pp. 1032; G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss.; P. CORRIAS, La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile, cit., p. 755 ss.; M. GAZZARA, op. cit., pp. 988 ss.

⁷⁷⁸ B. TASSONE, op. cit., p. 730, afferma che gli interventi normativi degli ultimi anni “non sono che momento finale di un percorso di tipizzazione «social-giurisprudenziale» iniziato anni addietro e lungo il quale solo fasi iniziali del cammino (non certo quelle più recenti) consentivano di porsi la questione dell'eventuale atipicità della clausola”; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari, cit., p. 447; G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss., efficacemente rileva che “la clausola di cui si discute è stata definitivamente sussunta dalla pratica negoziale al diritto positivo, compiendo in tal modo quel percorso di emersione dei tipi (e sottotipi) negoziali dalla prassi alla norma che la dottrina ha da tempo indicato essere una costante del fenomeno della tipizzazione”.

In dottrina, per il recepimento da parte del legislatore di tipi socialmente diffusi nella prassi, cfr. E. GABRIELLI, op. cit., p. 41; V. ROPPO, Contratto, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 118; R. SCOGNAMIGLIO, Contratti in generale, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, 1977, p. 39; C. SCOGNAMIGLIO, I problemi della causa e del tipo, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, pp. 195 ss.; G. ALPA, La causa, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I, 1, Torino, 2006, p. 587; F. GALGANO, Il contratto e l'autonomia contrattuale, in *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 163.

⁷⁷⁹ S. MONTICELLI, op. ult. cit., p. 452; A. ASTONE, op. cit., pp. 1115 ss.

⁷⁸⁰ C. MASIERI, op. cit., p. 764, afferma in proposito che “è la discrezionalità propria del legislatore – non dei magistrati – che può conformare il contenuto del contratto, per realizzare un equilibrio di interessi – o uno “squilibrio” a favore di una delle parti – frutto di una valutazione squisitamente politica”.

Sia consentito, in questa sede, mutuare le considerazioni svolte nell'ambito della prospettiva di indagine accolta sin dall'inizio del presente lavoro⁷⁸¹: gli “spunti di atipicità” rivenienti dalla diffusione, nella prassi del mercato, di nuovi prodotti assicurativi nonché dall'emersione, nel tessuto sociale, di nuovi rischi e nuove esigenze da assicurare, hanno innescato un processo di rinnovamento, che non si è realizzato al prezzo della perdita di tipicità⁷⁸² del modello contrattuale⁷⁸³. Allo stato, i recenti mutamenti legislativi che tipizzano il modello di gestione del rischio assicurativo *claims made*, rappresentano l'approdo finale di tale percorso di evoluzione del tipo, la cui struttura e funzione (*id est* la causa) rimangono inalterati, a dispetto della sensibile “dinamicità” dell'oggetto, che lumeggia un criterio di selezione temporale dei danni indennizzabili diverso da quello delineato dall'art. 1917, 1 comma, c.c.

Sembra in tal modo confermata quella linea ermeneutica sostenuta con una certa lungimiranza da una sentenza del Tribunale di Milano di qualche anno fa⁷⁸⁴, che pronunciandosi *ratione temporis* rispetto alla disciplina antecedente alle novelle degli ultimi anni, ha ritenuto che la clausola *claims made* costituisse sì una deroga al primo comma dell'art. 1917 c.c., ma non tale da determinare l'insorgenza di un

⁷⁸¹ V. *amplius* par. 1, cap I.

⁷⁸² Per una lettura esaustiva circa la posizione interpretativa in questa sede accolta, cfr. M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Giappichelli, 2009.

⁷⁸³ Vale la pena considerare che tale fenomeno risulta conforme all'analoga tendenza che si registra più in generale nel diritto dei contratti. Sul punto v. M. LUPOI, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 239-274; E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 779-804; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea, tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, pp. 361-384; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 543-583; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 727-738.

⁷⁸⁴ Il riferimento è a Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Corr. merito*, 2010, p. 1054, che, a quanto consta, costituisce l'unico precedente di merito, prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 2016, ad affermare con decisione la tipicità del contratto di assicurazione nonostante l'inserimento al suo interno della clausola *claims made*. Giova notare che la pronuncia in commento costituisce il pronunciamento di primo grado della vicenda decisa poi in sede di legittimità da Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, cit.

vero e proprio negozio atipico⁷⁸⁵, non riconducibile al paradigma del contratto di assicurazione⁷⁸⁶.

Conferita, nei termini che precedono, la patente di tipicità alla contrattazione *claims made*, non resta che affrontare la questione relativa al rilievo della perdurante attualità – anche a seguito degli interventi normativi di cui innanzi – della sottoposizione della stessa al sindacato di meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti, ex art. 1322 c.c. capoverso. I termini della questione non possono prescindere dagli esiti cui sono giunte nel tempo dottrina e giurisprudenza in merito all’ambito di operatività del citato giudizio⁷⁸⁷.

Al riguardo, si segnala l’impostazione di quanti ricavano dalla tipizzazione legislativa delle clausole *claims* la logica conseguenza della certa meritevolezza delle stesse, compiuta in astratto ed *ex ante* dal legislatore all’atto della sussunzione di questa prassi negoziale nella disposizione legislativa⁷⁸⁸. Tanto sull’assunto in

⁷⁸⁵ Recentemente, in dottrina, G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390, del pari sostiene che, già anteriormente all’entrata in vigore delle nuove norme, “non solo il contratto connotato da clausola *claims made* («pura» o «impura» che sia) non può considerarsi atipico, ma tale certamente non è neppure la clausola stessa (ammesso che anche le clausole, e non già solo i contratti, possano considerarsi atipiche...)”, di guisa che “si sarebbe dovuto escludere che, laddove la clausola *claims made* selezionava i danni che l’assicuratore si obbligava ad indennizzare sulla base di un criterio temporale (diverso rispetto a quello previsto dalla asserita fattispecie legale), producesse l’effetto di espungere il contratto cui essa accedeva dal perimetro del «sottotipo» dell’assicurazione di responsabilità civile”. La premessa di fondo di una simile impostazione sta nella distinzione tra *tipo* e *sottotipo* da individuarsi, ad avviso dell’orientamento interpretativo sul punto prevalente, nella causa, quanto al primo, e nei requisiti ed effetti extratipici, quanto al secondo. Sulla base di siffata premessa “volendo qualificare quella della responsabilità civile come un «sottotipo» dell’assicurazione contro i danni, il requisito extratipico suo proprio non può che ravvisarsi nella particolare tipologia del rischio per il quale l’assicuratore presta garanzia, e cioè quello inerente ai danni causati all’assicurato dalla propria responsabilità civile (correlato al suo interesse alla tutela dell’integrità del proprio patrimonio dalle altrui pretese risarcitorie). È proprio questo aspetto della fattispecie negoziale in esame che differenzia questa particolare forma di assicurazione nell’ambito del più ampio *genus* tipologico cui appartiene. (...) Certo non poteva sostenersi che un’analoga valenza distintiva possedesse l’ulteriore componente del sottotipo legale descritta dal comma 1 dell’art. 1917 c.c. (nell’interpretazione accolta dalle Sezioni Unite, e cioè quella per cui il «fatto» imputabile all’assicurato avrebbe dovuto verificarsi «durante il tempo dell’assicurazione»). Si trattava infatti di una delimitazione temporale dei danni indennizzabili in esecuzione del contratto che non incidereva per nulla sui predetti tratti essenziali caratterizzanti il relativo «sottotipo», rappresentati dal peculiare rischio assicurato e dal correlativo, specifico interesse del contraente all’assicurazione stipulata”.

⁷⁸⁶ In questi termini, S. CENTONZE, op. cit.

⁷⁸⁷ Al riguardo si rinvia al capitolo terzo del presente lavoro.

⁷⁸⁸ N. DE LUCA, op. cit., pp. 682 ss., riferisce infatti che “il trend normativo mostra chiaramente la via per eliminare per il futuro ogni residua perplessità sulla validità o sulla efficacia delle clausole *claims made*: queste sono pienamente legittime e non suscettibili di valutazioni di meritevolezza o di vessatorietà quando coprono tutti gli eventi generatori di danno passati, o almeno quelli degli ultimi dieci anni, e quando consentono all’assicurato – a sua discrezione – di mantenere la copertura

base al quale la meritevolezza rappresenta un giudizio che investe il tipo e non già la causa del contratto⁷⁸⁹.

Va da sé, tuttavia, che l'accoglimento della tesi che relega il giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici sopprimerebbe di fatto la sindacabilità in tali termini delle nuove polizze della responsabilità civile *claims made*. Ché non significherebbe altro se non eliminare, in danno del cliente/assicurato, l'unico baluardo a garanzia delle istanze di giustizia sostanziale, troppo spesso sacrificate da parte delle Compagnie assicuratrici sull'altare della sostenibilità tecnica dei nuovi rischi e della competitività internazionale del mercato assicurativo italiano. Si ricorderà infatti che, a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite, il pieno riconoscimento della legittimità di tale schema negoziale è stato raggiunto attraverso il definitivo superamento dei dubbi di nullità e di vessatorietà della clausola, non senza istituire un fortulizio per il contraente debole, rappresentato da un inedito giudizio di meritevolezza in concreto degli interessi, che suo tramite le parti intendono perseguire.

A tale improvvido arretramento della soglia di tutela del cliente-assicurato si aggiunge, peraltro, il fatto che il confinamento del sindacato di cui all'art. 1322, co. 2 c.c., ai soli contratti atipici, e per l'effetto l'esclusione di tale giudizio con riguardo alle polizze *claims made* di recente introduzione, si basa su una concezione ormai vetusta della causa, come funzione economico sociale del contratto, che ha come corollario proprio quello di legare le mani del giudice al cospetto di contratti tipici. Mette conto rilevare, a tal segno, che l'effigie odierna del requisito causale è

assicurativa, con il pagamento dei relativi premi, anche per i fatti verificatisi nel corso della validità temporale delle polizze per i quali non siano state presentate richieste di risarcimento"; C. MASIERI, in op cit., p. 764, riferisce che "il legislatore ha istituito con l'art. 11 una fattispecie legale – un sotto-tipo del contratto di assicurazione – che si basa sul duplice elemento dell'evento dannoso e della denuncia, che è esattamente uguale a della clausola *claims made*. Il che toglie ogni possibilità, d'ora in poi, di considerarla atipica, e dunque di discutere della sua meritevolezza ex art. 1322 c.c.". G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 2017, 10, p. 1200, del pari afferma che "Il giudizio di meritevolezza, infatti, richiede l'atipicità del contratto o, quanto meno, del singolo patto, inserito in un contratto tipico, mentre il sistema c.d. *claims made* è diventato, in alcuni ambiti della responsabilità civile, il modello legale dell'assicurazione del rischio risarcitorio"; P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., p. 755.

⁷⁸⁹ Per tale questione, di più ampio respiro, concernente l'individuazione del referente oggettivo del giudizio di meritevolezza, cfr. nt. 17, par. 1, cap. III.

invece quella della “sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare”⁷⁹⁰, cioè della “ragione concreta” della dinamica negoziale, da valutare in concreto e caso per caso, in relazione agli specifici interessi divisati dalle parti nel regolamento contrattuale.

Di guisa che sembra senz’altro più ragionevole doversi convenire per il riconoscimento, in capo al giudice, ora come allora, del potere di sindacare le coperture assicurative stipulate su base *claims made*: sia quelle precedenti all’entrata in vigore dello *jus superveniens* che non replicano, sotto il profilo della copertura pregressa (necessaria fino all’entrata in vigore della l. 4 agosto 2017, n. 124) e della postuma il modello oggi tipizzato, sia quelle successive che, in spregio alle prescrizioni legislative, non contengano i medesimi accorgimenti⁷⁹¹. Sia le polizze, precedenti o successive, che, pur conformi al disegno legislativo, ciononostante siano foriere di uno squilibrio, anche economico, a scapito del professionista-assicurato.

Tale ultima eventualità pare, invero, di tutt’altro che rara verifica in un contesto normativo che impone, oggi, ai sensi del novellato art. 3, comma 5, lett. e), della l. 14 settembre 2011, n. 148, alle Compagnie di proporre ai propri clienti – anche per le polizze già in corso – la copertura postuma decennale. Ebbene, una simile offerta potrebbe essere convenuta ed accettata, ad esempio, a fronte di un premio troppo alto, che difficilmente si giustificerebbe nella logica di corrispettività. Ovvero ancora, nonostante la ragionevolezza del corrispettivo versato a fronte dell’ampliamento del periodo di copertura, l’immeritevolezza potrebbe nondimeno annidarsi nella stessa scelta da parte del cliente di optare per una postuma decennale di cui, a ben guardare, non aveva necessità alcuna di dotarsi. Senza contare l’insidia, sempre dietro l’angolo, dei buchi di copertura che un formalistico ossequio da parte delle Compagnie alla nuova disciplina potrebbe ingenerare: si dia il caso di un cliente che, ad oggi, disponga di una copertura senza

⁷⁹⁰ Il recitativo riportato appartiene alla storica sentenza della Corte di Cassazione, dell’8 maggio 2006, n. 10490 (disponibile su *Banca dati Pluris*), che ha consacrato definitivamente nel nostro ordinamento la teoria della causa in concreto.

⁷⁹¹ In questi termini, S. MONTICELLI, op. cit., p. 453; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, op. cit., p. 448.

postuma e con retroattività limitata. Tale soggetto sarebbe irrimediabilmente esposto ad un buco di garanzia per tutte le richieste risarcitorie che, non avanzate nella vigenza della polizza precedente, resterebbero escluse dall'ambito di applicazione del nuovo paradigma di copertura.

L'asimmetria informativa che presiede i rapporti intercorrenti tra la Compagnia e i clienti assicurati, anche se professionisti, potrebbe giocare a sfavore di questi ultimi, soprattutto se, in fase di intermediazione e consulenza assicurativa, gli intermediari non si adoperino per valorizzare le concrete necessità dell'assicurato⁷⁹², favorendo la scelta del prodotto assicurativo più adeguato⁷⁹³ alle specifiche esigenze del cliente. Di guisa che, in situazioni come quella sopra descritta, l'obbligo della Compagnia di profilare correttamente le esigenze di rischio della propria clientela – ferma la libertà di scelta del cliente – sembra paradossalmente possa essere correttamente assolto proprio continuando a proporre polizze retroattive e senza postuma, in alternativa alla soluzione individuata dalla legge sulla concorrenza.

Ma vi è di più. La perdurante attualità di uno scrutinio di meritevolezza nonostante la sopravvenuta tipizzazione, sembra invero potersi desumere dalle stesse pieghe del testo normativo, laddove il legislatore (peraltro con una particolare enfasi) lascia salva la possibilità per le parti di negoziare soluzioni diverse da quelle stabilite dall'art. 3, comma 5, lett. e). Meritevolezza che si potrebbe, in concreto, ritenere raggiunta quante volte il regime prescelto coincida con quello originariamente coniato dal decreto ministeriale per i professionisti forensi e dalla

⁷⁹² In argomento cfr. F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2011, p. 515.

⁷⁹³ A tal proposito, l'art. 120, comma 3, Cod. Ass. e l'art. 52 Reg. Isvap 5/2006, impongono un tale obbligo di diligenza in capo all'assicuratore, che deve svolgerlo "previamente illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione".

In dottrina, cfr. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e di assicurazione*, Milano, 2012; V. SANGIOVANNI, *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. e impr.*, 2010, pp. 123 ss.; ID., *Informativa precontrattuale e norme di comportamento degli intermediari assicurativi*, in *Contr.*, 2009, pp. 510 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La valutazione dell'adeguatezza del contratto di assicurazione offerto*, in *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa*, Milano, 2011, pp. 31 ss.

legge Gelli per gli esercenti la professione sanitaria, che per tale via potrebbe andare incontro ad una sorta di “reviviscenza” pattizia.

Merita anche appuntarsi sulla considerazione che il giudizio di meritevolezza in concreto dei nuovi contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale non costituisce, a ben guardare, l'unica forma di tutela prospettabile. Ad essa si aggiunge⁷⁹⁴ (ovvero, a seconda dell'opzione interpretativa che si ritiene di seguire tra quelle sopra menzionate, subentra) il risarcimento del danno patito dal cliente: una gestione delle trattative in difformità dai parametri legislativi di riferimento si riverbererà senz'altro sulla responsabilità per *culpa in contrahendo* dell'intermediario. Qualora poi, data la chiara natura imperativa ed inderogabile delle disposizioni che vigono in *subiecta materia*⁷⁹⁵, voglia qualificarsi tale obbligo di offerta alla stregua di una “regola di validità”⁷⁹⁶, il contratto a valle stipulato, che non sia stato preceduto da un'adeguata fase informativa sull'alternativa da *claims made*, è da considerarsi illecito e, pertanto, nullo⁷⁹⁷ ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419 co. 2 c.c.⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ Sulla netta distinzione del giudizio di liceità dal giudizio di meritevolezza cfr. l'ampia disamina svolta al cap. III della presente trattazione. In giurisprudenza, danno esplicitamente conto di tale circostanza Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 e n. 10509, cit.; nonché, da ultimo, Cass., ord. 19 gennaio 2018, n. 1465, su www.dirittobancario.it.

⁷⁹⁵ L'art. 2, comma 1, del d.m. 22 settembre 2016 stabilisce che l'assicurazione “deve prevedere” le condizioni essenziali innanzi analizzate; analogamente, l'art. 11 della l. 8 marzo 2017, n. 24, impone che la garanzia assicurativa “deve prevedere” una retroattività decennale. Da ultimo, la l. art. 3, comma 5, lett. e) della l. 148/2011, come modificato dalla l. 29 agosto 2017, n. 124, prescrive che le condizioni generali di contratto “prevedono” l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per i dieci anni successivi.

In dottrina, sottolinea la natura imperativa di tali disposizioni G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss. Limitatamente all'art. 11 l. Gelli, C. MASIERI, op. cit., p. 764.

⁷⁹⁶ La norma invero appare abbastanza ambigua. Se, da un lato, depone a favore della sua classificazione quale regola di comportamento, il riferimento al dovere di offerta da parte delle Compagnie della *claims made* con postuma decennale, dall'altro lato il riferimento alle condizioni generali di contratto sembra evocare una regola che attiene alla struttura e al contenuto della polizza.

⁷⁹⁷ Il riferimento è, chiaramente, al principio affermato in maniera cristallina dalle celebri sentenze gemelle della Cassazione, Sezioni Unite, del 19 gennaio 2007, n. 26724 e 26725, proprio in tema di obblighi informativi degli intermediari finanziari.

⁷⁹⁸ E. BRIGANTI, *Nullità parziale*, in *Notariato*, 2016, 2, pp. 110 ss.; S. CLERICÒ, *Brevi note sulla nullità parziale del contratto ex art. 1419 c.c.*, in *Riv. del not.*, 2009, 1, pp. 456 ss.; L. FERRONI, *La moderna concezione di costituzionale e comunitaria di autonomia di autonomia privata e la nuova filosofia cui s'informa il regime delle invalidità*, in *Saggi di diritto civile*, Pesaro, 2003, p. 35; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1976, p. 489.

5. *L'ordinanza interlocutoria n. 1465 del 19 gennaio 2018: la parola di nuovo alle Sezioni Unite*

Dal canto suo, la giurisprudenza degli ultimi mesi sembrava essere ritornata sui propri passi. All'indomani delle sentenze gemelle del 28 aprile 2017, più sopra analizzate, la Corte di Cassazione ha fatto propri, con ben tre pronunce⁷⁹⁹, gli insegnamenti delle Sezioni Unite del 2016, contribuendo, non solo a rafforzare l'idea che l'arresto del 28 aprile dovesse considerarsi alla stregua di un mero incidente di percorso, ma anche – come è stato rilevato – a generare ulteriore confusione tra i giudici di merito⁸⁰⁰.

Si è trattato, tuttavia, di una tregua soltanto apparente, poiché la terza sezione civile della Cassazione continua a sparigliare le carte: alle soglie del nuovo anno, ha già dimenticato i buoni propositi e sferrato l'ennesimo colpo “mortale” alle clausole *claims made*. Con l'ordinanza interlocutoria del 19 gennaio 2018, n. 1465, è stata infatti rimessa al Primo Presidente, per la valutazione dell'opportunità di una (ulteriore) assegnazione alle Sezioni Unite, la controversa tematica delle coperture assicurative *claims made*, facendo abile sfoggio di un virtuosistico esercizio di teoria dell'argomentazione⁸⁰¹.

In particolare, la Corte ha formulato i seguenti principi di diritto: “a) *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,*

⁷⁹⁹ Cass., 23 novembre 2017, n. 27867, in *Diritto & Giustizia*, 189, 2017, p. 9, con nota di G. TARANTINO, *Clausola claims made: non è vessatoria in quanto non limita la responsabilità ma descrive l'oggetto del contratto di assicurazione*; nonché con nota di D. MORO, *Claims made pura: clausola vessatoria per limitazione della responsabilità o pattuizione delimitativa dell'oggetto del contratto?*, su www.ridare.it; Cass. ord., 18 maggio 2017, n. 12488 e Cass. ord., 25 maggio 2017, n. 13158.

⁸⁰⁰ 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)*, cit., p. 1214.

⁸⁰¹ Cass., III sez. civile, ord. 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Foro it.*, 2018, II, con nota di A. PALMIERI; F. DELFINI, *Le Sezioni Unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giur. it.*, 2018, 3, pp. 559 ss.; G. TRAVAGLINO, *Rassegna della Corte di Cassazione – Contrasti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, p. 430; F.A. MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 459 ss.; R. FORNASARI, *In attesa delle Sezioni Unite: brevi note circa la disciplina delle clausole claims made in Francia e Germania*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, pp. 723 ss.

*nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.; b) 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*⁸⁰².

Al fine di un'adeguata comprensione dei quesiti testé enunciati, appare necessario soffermarsi con una breve premessa sulle contingenze del fatto concreto che hanno originato la controversia.

Quanto al quesito *sub a)*, giova notare che il regolamento contrattuale stipulato dalle parti (*id est* una società costruttrice di macchine per l'edilizia e la propria compagnia assicuratrice) si compendia, per i fini che qui interessano, di ben due patti: col primo si qualificava “sinistro” la richiesta di risarcimento pervenuta all'assicurato durante la vigenza del contratto; col secondo, invece, si stabiliva che “l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato durante il periodo di efficacia dell'assicurazione e notificate alla società [assicuratrice] durante il medesimo periodo”⁸⁰³.

Di guisa che la Corte di Cassazione ha intravisto lo spiraglio per prendere di mira il primo dei due accordi, al fine di (ri)proporre, sotto le mentite spoglie della prospettiva d'indagine volta a ricercare i limiti all'autonomia negoziale delle parti nella definizione del concetto di “sinistro” rilevante nell'assicurazione della

⁸⁰² Non può mancarsi di sottolineare il tono perentorio della pronuncia, con la quale si ritiene di offrire alle Sezioni Unite «un contributo di riflessione», nonché le «soluzioni preferibili alle accennate questioni», il tutto in palese difformità dal consueto tono dubitativo, o quanto meno interlocutorio, che dovrebbe avere un'ordinanza di rinvio.

⁸⁰³ Nonostante la complementarietà dei due patti – per non dire la loro omogeneità di effetti sul piano sostanziale, in quanto preordinati a modellare la polizza sul meccanismo del *claims made* – la Suprema Corte rimarca con enfasi l'importanza di entrambi, intendendoli ed analizzandoli come accordi del tutto distinti e separati. Una traccia di ciò si rinviene al par. 8.1 dell'ordinanza, laddove si afferma che “Tutti e due sono stati invocati dall'assicuratore, al fine di negare la propria obbligazione. Pertanto, anche nell'ipotesi in cui si ritenesse invalido il patto sub (a), resterebbe da stabilire se il patto sub (b) non sia di per sé sufficiente a giustificare il rigetto della domanda di garanzia. La clausola sopra trascritta, infatti, anche se cadesse la pattuizione che eleva al rango di “sinistro” la richiesta risarcitoria del terzo, teoricamente sarebbe di per sé sufficiente a giustificare il rigetto della pretesa dell'assicurato”.

responsabilità civile di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., una chiave di lettura ostracistica nei confronti dell'ammissibilità della copertura *claims made*, che fa leva sui presupposti teorici a monte della peculiare struttura del contratto di assicurazione.

Rispetto al quesito *sub b)*, invece, emerge *ictu oculi* la differente formulazione degli assunti su cui, in ipotesi, fondare la censura di meritevolezza della clausola *claims made*, rispetto ai precedenti giurisprudenziali: non più un giudizio incentrato (solo) sulla circostanza che essa “realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione”⁸⁰⁴, e nemmeno sulla qualità dei contraenti o sulla spiccata asimmetria delle parti, ovvero ancora sulle circostanze del caso concreto – prima fra tutte l'entità del premio corrisposto dal cliente⁸⁰⁵ – ma sulle “*condizioni contrattuali* vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito”⁸⁰⁶.

Punto centrale della disamina offerta dalla Corte di Cassazione è, infatti, la riconduzione della copertura per l'evento dannoso all'interno di una delle due polizze (stipulate dalla società costruttrice con la medesima Compagnia), entrambe regolate secondo il regime della “richiesta fatta”, ma profondamente divergenti in punto di determinazione del valore della franchigia (ossia della parte di danno non coperta dall'assicurazione): la prima di soli € 4.547,00, la seconda del maggior importo di € 150.000,00, di tal guisa idonea a mandare esente dall'obbligo di indennizzo l'assicuratore, poiché il danno di cui la società è chiamata a rispondere risulta sensibilmente inferiore.

Senonché, la Corte, procede ad un inedito sindacato di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 c.c. delle polizze r.c., che ha ad oggetto una duplice

⁸⁰⁴ Questo, testualmente, il principio di diritto consegnato dalle sentenze gemelle della Cassazione, 28 aprile 2017, n. 10506 e 10509, cit.

⁸⁰⁵ Criteri, questi, posti all'interno della griglia valutativa della meritevolezza da parte delle Sezioni Unite del 2016, n. 9140.

⁸⁰⁶ Cfr. il principio di diritto espresso al par. 10 dell'ordinanza.

regolamentazione pattizia⁸⁰⁷: invero, al patto *claims made* si affianca una sopravvenuta modifica delle condizioni contrattuali (*id est* la franchigia) da parte della Compagnia, nel contesto della successione di polizze – seppur con lo stesso assicuratore – che produce, nel caso di specie, l’effetto perverso di negare l’operatività della copertura al cliente. A tanto si perviene, non già perché la richiesta di risarcimento da parte del terzo interviene a polizza scaduta, ma perché essa si colloca nell’ambito di operatività temporale del secondo contratto, presidiato da una franchigia di notevole entità⁸⁰⁸.

Preliminarmente, la Cassazione prende le mosse da una dotta dissertazione sulla nozione di sinistro⁸⁰⁹, per accertare successivamente i limiti che l’autonomia negoziale incontra nella determinazione convenzionale di tale elemento del contratto di assicurazione.

Premesso che il “sinistro” di cui è menzione negli artt. 1882 e 1917 c.c. si sostanzia nell’avveramento del rischio di cui all’art. 1895 c.c.⁸¹⁰ e che rischio e

⁸⁰⁷ Valorizza un “approccio olistico” ai fini della valutazione della meritevolezza dell’operazione negoziale, anche la successiva Cass., 2 marzo 2018, n. 4912, annotata da V. BACHELET, “No contract is an island”: *nuovi spunti in tema di claims made (attendendo le Sezioni Unite)*, in *Contratti*, 3, 2018, pp. 261 ss., e spec. p. 269, laddove l’A. sottolinea “l’originalità del passaggio nel quale l’ordinanza esaminata descrive la questione oggetto del ricorso come riguardante la “verifica di meritevolezza complessiva della garanzia”, che risulta dall’avvicendamento di una pluralità di polizze assicurative di natura diversa. La ragione per cui la sentenza impugnata viene cassata risiede, pertanto, nella circostanza che la *claims made* “pura”, inserita nel contratto efficace al momento del fatto, è stata ritenuta valida senza considerare i “profili di meritevolezza relativi anche al collegamento tra le due polizze e la circostanza che dalla successione dei contratti emerge[va] un buco di copertura”.

⁸⁰⁸ La motivazione della sentenza, al par. 8.7.4, ha cura di precisare che “l’assicuratore ha curiosamente deciso di innalzare la franchigia da 4.000 a 100.000 euro dopo l’avveramento del sinistro (che in un contesto economico sociale di una piccola città come Treviso non poté non avere avuto una certa eco: venne distrutto un magazzino, crollò una gru, si ferirono due persone) ma prima che il terzo danneggiato rivolgesse le proprie richieste all’assicurato”.

⁸⁰⁹ Per un’approfondita analisi del concetto di “sinistro”, anche nella prospettiva differenziale rispetto al “rischio”, si rinvia al par. 4, cap. I, della presente trattazione.

⁸¹⁰ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. 1, *L’impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, Cedam, 2011, p. 751, precisa che “Il rischio cui è esposto l’interesse o la persona assicurati (altrimenti detto situazione di rischio) può rimanere allo stato potenziale, oppure tramutarsi in atto, in conseguenza del prodursi dell’evento. In questo caso si parla (impropriamente) di rischio verificato, ma si badi che non necessariamente l’avveramento del rischio produce la cessazione di esso. Quest’ultima può avvenire solo nel caso in cui la situazione di rischio sia tale da non potere ripetersi due volte (ad es., l’assicurazione del raccolto agricolo contro il rischio di grandine)”.

sinistro sono avvinti da un “rapporto di circolarità”⁸¹¹, la Corte trae la logica conseguenza della necessaria confluenza dei caratteri del primo nel secondo: il sinistro, in altri termini, deve sostanzarsi in un evento dannoso e non voluto.

Tale convincimento si fonda sia su un’interpretazione letterale dell’art. 1882 c.c., sia su un’interpretazione sistematica delle norme che disciplinano la fattispecie. A tale ultimo riguardo la Cassazione dà atto di un articolato ventaglio di norme interne e comunitarie⁸¹² dalle quali si evince che “il lemma “sinistro” che compare nell’art. 1882 c.c. indica un evento avverso, dannoso e non voluto dall’assicurato”.

Se la non volizione rimanda alla circostanza che rispetto all’evento, del cui accadimento si trasla il rischio in capo all’assicuratore, l’assicurato debba vantare un interesse contrario, la dannosità richiede invece una specificazione ulteriore, giusta la sua non integrale sovrapponibilità con la nozione che si ricava in materia di illecito civile, dagli artt. 1218 e 2043 c.c.⁸¹³. In ambito assicurativo, infatti, può

⁸¹¹ Si legge infatti al par. 5.2 dell’ordinanza che “se manca il primo non può avvenire il secondo; ed il secondo deve essere conseguenza di un rischio assicurabile”. Sulla distinzione, operata in dottrina, tra rischio assicurato e rischio assicurabile, cfr. A. DONATI – G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, 2012, p. 117 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *L’assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria generale del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, pp. 70 ss.; S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Giuffrè, 2010, p. 57; ID., *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative «retroattive»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 864.

⁸¹² Al par. 5.1 della motivazione si legge che “in materia assicurativa “sinistro” sia sinonimo di “evento dannoso” emerge dal codice civile (cfr. gli artt. 1892, 1898, 1900, 1905); dal codice della navigazione (cfr. gli artt. 191, 209, 343, 353, 514, 727, 832, cod. nav.); dal regolamento di esecuzione del codice della navigazione (cfr. gli artt. 93, 94, 465, 466 bis, 523 reg. esec. Cod. nav.); dall’art. 642 c.p.; dall’art. 110 cod. pen. mil., pace; per non dire di un’infinità di fonti normative di secondo grado, quali i regolamenti ministeriali o delle autorità di vigilanza [ad esempio l’art. 1, comma 1, lettera (h-bis), d.m. 30.1.2009 n. 19, il quale definisce “sinistro” “l’azione od omissione che causa il danno patrimoniale”; ovvero, analogamente, l’art. 1, comma 1, lettera (f), del Provvedimento ISVAP 25.8.2010 n. 2827]. Che per “sinistro” debba intendersi “evento dannoso” è confermato, infine, dalla legislazione comunitaria: in tal senso infatti il lemma “sinistro” è usato nel testo italiano della Direttiva 2009/103/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009 (“Concernente l’assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e il controllo dell’obbligo di assicurare tale responsabilità”) e della Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009 “In materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II). Nell’uno e nell’altro caso il lemma “sinistro” si è tradotto il francese “*accident*”, che hanno pur essi il significato di “fatto dannoso”, e non di “richiesta risarcitoria”.

⁸¹³ M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 756, precisa che “Tuttavia il «danno» arrecato dall’evento oggetto del rischio non è nozione che coincide integralmente con quella civilistica di cui agli artt. 1218 e 2043 c.c. Il danno civile, infatti, presuppone sempre una condotta colposa o dolosa dell’uomo, anche se presunta dalla legge (ad es., ex art. 2054 c.c.). Il danno che può formare oggetto di copertura assicurativa, invece, può derivare anche da caso fortuito o forza maggiore, ovvero da causa naturali.

essere dedotto nell'oggetto del contratto anche il danno naturalistico, o quello che deriva dal caso fortuito o dalla forza maggiore, a condizione che sia pregiudizievole di un interesse dell'assicurato⁸¹⁴.

Tali requisiti – si legge nell'ordinanza – sono fondamentali al fine di tracciare una netta linea di confine, al di là della quale l'assicurazione tracima nella scommessa⁸¹⁵. È insegnamento risalente e autorevole, infatti, che qualora l'evento “non sia dannoso di per sé, ma debba considerarsi tale per patto contrattuale, costituisce giustappunto una scommessa”⁸¹⁶; del pari, un evento “al cui avverarsi l'assicurato non abbia un interesse contrario, sarebbe una scommessa e non un'assicurazione”⁸¹⁷. Tale eventualità esporrebbe, invero, il contratto in concreto posto in essere alla declaratoria di nullità, in forza dell'obbligo che incombe sull'impresa di assicurazione di limitare la propria attività alla stipula di contratti assicurativi (ex art. 11, comma 2, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209), salve le eccezioni tipicamente previste dalla legge, tra le quali non si annovera l'attività di raccolta di scommesse.

Tanto premesso circa la consistenza del sinistro nell'assicurazione contro i danni e la non derogabilità pattizia di tali criteri⁸¹⁸, la Corte passa in rassegna la possibilità di determinare, in via convenzionale e nell'assicurazione di

Anche quando il danno causato dall'evento oggetto del rischio non coincida con la nozione civilistica di danno (ad es., perché derivante da cause naturali) deve essere comunque lesivo di un interesse dell'assicurato”. In termini, N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, p. 105.

⁸¹⁴ G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, v. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1985, p. 70.

⁸¹⁵ La Cassazione ricorda, al par. 5.4, che “tutta la storia del diritto delle assicurazioni è costellata di periodici scivolamenti del contratto di indennità verso il contratto d'azzardo, per fini più o meno commendevoli; e sempre il legislatore od i giureconsulti intervennero ad impedire questo fenomeno, consapevoli che il rilievo economico-sociale del contratto di assicurazione non può tollerare degenerazioni funzionali. (...) In conclusione i giuristi di tutte le epoche hanno sempre avuto chiaro ciò: che quando, sotto la spinta degli affari, si lasciasse alle parti la facoltà di definire *quomodolibet* la nozione di “sinistro” in campo assicurativo, si finirebbe per sovvertire la funzione e la natura del contratto d'assicurazione, che si trasformerebbe da patto d'indennità in scommessa”.

⁸¹⁶ Cfr. par. 5.3 dell'ordinanza. In dottrina, v. M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 752.

⁸¹⁷ Cfr. par. 6 dell'ordinanza.

⁸¹⁸ Tale inderogabilità traspare in molti passaggi dell'ordinanza, come quello che si rinviene al par. 5.3 della motivazione, dove si ribadisce che le parti “Non hanno, invece, la facoltà di pattuire che per “sinistro” debba intendersi un evento privo dei caratteri di incertezza, possibilità, dannosità, indesiderabilità”.

responsabilità civile, il significato del lemma “sinistro” e, più nello specifico, i limiti che l’autonomia negoziale incontra nell’identificare tale requisito non già nell’evento causativo del danno, quanto nel fatto – diverso e successivo – della richiesta di risarcimento.

Ebbene, le censure mosse dalla Cassazione non si spingono fino al punto di mettere in discussione l’autonomia negoziale *tout court* delle parti in fase di stipula di una polizza di r.c. professionale, quanto – piuttosto – di contestare la possibilità di elevare a sinistro la richiesta di risarcimento ricevuta dall’assicurato da parte del terzo danneggiato, ferma restando, per le parti, la “facoltà di trascegliere quali rischi assicurare, entro quali limiti, a quali condizioni e per quale valore”.

La risposta nettamente negativa della Corte a tale questione deriva dalla considerazione, ritraibile dai principi testé illustrati, in ossequio alla quale le parti “non possono attribuire la qualifica di “sinistro” ad un evento che non sia pregiudizievole per il patrimonio dell’assicurato, ed al cui avverarsi l’assicurato non abbia un interesse contrario”⁸¹⁹.

Mette conto rilevare, a tal proposito, l’impegno motivazionale profuso dai giudici in questa sede, per dimostrare che l’autonomia privata non è illimitata quando si tratta di definire in via convenzionale la nozione di “sinistro”, ché se fosse rappresentato dalla richiesta di risarcimento si produrrebbero delle conseguenze “talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile”⁸²⁰.

Tra le più significative⁸²¹, il rilievo che la richiesta di risarcimento non si può qualificare alla stregua di “fatto dannoso” (che, invece, ricorre al momento

⁸¹⁹ Cfr. par. 7 dell’ordinanza.

⁸²⁰ Sulla portata e persuasività dell’argomentazione *ab absurdo* nell’interpretazione della legge, v. G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1980, pp. 669 ss.

⁸²¹ Giova notare che la Corte, a corredo della tesi propugnata dell’impossibilità per le parti di convenire che il sinistro possa essere rappresentato dalla richiesta di risarcimento, individua ben sei argomenti. Oltre quelli sopra ricordati, l’ordinanza fa leva anche sull’impossibilità di adempiere all’obbligo di salvataggio, nonché sull’impossibilità di copertura nell’ipotesi di assicurazione della responsabilità stipulata per conto altrui (ex art. 1891 c.c.); senza contare che anche una richiesta infondata costituirebbe un “sinistro”, e che in caso di morte dell’assicurato cesserebbe il rischio ex art. 1896 c.c., con conseguente scioglimento del contratto e scoperta per gli eredi dell’assicurato.

della condotta dell'assicurato)⁸²² e la circostanza che l'assicurato non ha un interesse contrario alla richiesta risarcitoria, ma all'opposto, positivo alla sua presentazione⁸²³.

Non passerà certo inosservato, agli esperti della materia assicurativa e, in particolare, agli studiosi attenti alle alterne vicende che hanno interessato – all'interno dei confini nazionali – le clausole *claims made* nel corso dell'ultimo decennio, che l'ordinanza in commento coglie l'occasione per portare a compimento il disegno di totale annientamento delle polizze della r.c. professionale basate su tale innovativo schema, principiato con la famosa sentenza della Corte di Cassazione del 13 marzo 2014, n. 5791⁸²⁴.

Si ricorderà come, in quella sede, la Corte si sia peritata di affrontare la tematica relativa all'interpretazione della locuzione “fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione” di cui all'art. 1917 co. 1, c.c., per constatare che essa attiene all'evento causa del danno⁸²⁵, senza proseguire oltremodo nella disamina della questione della derogabilità pattizia della norma⁸²⁶ di cui fornisce

⁸²² A tal proposito, la Cassazione aggiunge che “Anche in mancanza di tale richiesta, infatti, l'assicurato sarebbe pur sempre debitore della vittima, e nessuno oserebbe negare che l'assicurato si impoverisce non quando paga, ma quando nel suo patrimonio sorge l'obbligazione risarcitoria. Del resto, a ragionare diversamente, si perverrebbe all'assurdo che non potrebbe considerarsi “danno” lo spontaneo pagamento del debito da parte dell'assicurato, prima ancora d'una richiesta risarcitoria, così come gli imporrebbe di fare l'art. 1219 c.c.”. In senso critico, cfr. P. CORRIAS, nella Relazione tenuta nell'ambito del Convegno svoltosi a Roma, l'11 aprile 2018, dal titolo “*Assicurazione della responsabilità civile e clausola claims made: sei sicuro che ti assicuri?*”, il quale argomenta che le Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140, avevano invero, seppur implicitamente, rilevato che all'impoverimento dell'assicurato concorra in qualche modo anche la richiesta di risarcimento presentata dal terzo (in questa direzione pare si pone, in particolare, il paragrafo 8.1 della sentenza).

⁸²³ La Corte rileva che se “quella richiesta non gli pervenisse nel termine di efficacia contrattuale, egli perderebbe la copertura assicurativa”.

⁸²⁴ Su cui v. N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, pp. 721 ss.

⁸²⁵ Si legge nella motivazione della sentenza 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 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”.

⁸²⁶ Questione invece affrontata e risolta positivamente dalla coeva sentenza della Cassazione (rel. Lanzillo), del 17 febbraio 2014, n. 3622.

l'interpretazione⁸²⁷, anche se si percepiva chiaramente che laddove si fosse proceduto nella suddetta trattazione, essa avrebbe avuto soluzione negativa⁸²⁸.

A distanza di quattro anni, la Corte non perde occasione per affrontare *ex professo* tale ultimo tracciato d'indagine e portarlo alle sue estreme conseguenze, cingendo d'assedio la clausola *claims made*, probabilmente persuasa dal *trend* "invalidante" di una simile prassi negoziale, che pare doversi desumere dall'arresto della Cassazione del 28 aprile 2017, di cui innanzi. E però, mentre dalla sentenza del 2014 era dato ricavare solo implicitamente la nullità della copertura "a richiesta fatta"⁸²⁹ per l'asserito contrasto con l'art. 1895 c.c.⁸³⁰, nell'ordinanza in commento la Corte, nella consapevolezza del superamento dottrinale⁸³¹ e giurisprudenziale⁸³² di tale profilo di censura (come di quello che faceva leva sulla vessatorietà della clausola⁸³³), prende posizione senza riserve sull'invalidità di tale modello negoziale, ma attaccando le *claims made* sotto altri due profili: quello della derogabilità pattizia della nozione di sinistro (desumibile dall'art. 1917 c.c.), attraverso la sua identificazione con la richiesta di risarcimento, nonché della meritevolezza di tutela del patto *claims made*, di cui si dirà a breve.

⁸²⁷ Al riguardo, giova notare che la Cassazione con la sentenza del 13 marzo 2014, n. 5791, aveva precisato che la pronuncia d'appello cassata ha inteso "decidere la questione ad essa sottoposta "in conformità al solo dettato dell'articolo 1917 primo comma c.c.", e cioè a prescindere dall'esistenza d'eventuali clausole contrattuali che derogassero a tale previsione". Sicché la Corte di Cassazione non ha potuto "affrontare il delicato problema della derogabilità pattizia di tali principi, non essendo tale questione in discussione nel presente giudizio".

⁸²⁸ In questi termini, N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 721.

⁸²⁹ Così N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 724

⁸³⁰ Ciò che, a contrario, si rinviene dalla lettura del passaggio della motivazione riportato in nt. 186.

⁸³¹ G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro dell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 5, afferma che "perché si verifichi il sinistro è necessario che si sia verificato il danno, perché soltanto in questo caso sorge l'obbligo dell'assicuratore di indennizzare l'assicurato. Non è sufficiente che il danno sia altamente probabile in presenza dell'evento idoneo a causarlo. Non si può, in altri termini, ritenere verificato il sinistro nel momento in cui sussistono i presupposti causali che rendano in prospettiva, in base ai dati desunti dall'esperienza, "inevitabile" il danno, perché il giudizio di "inevitabilità" è pur sempre il frutto di una valutazione di tipo probabilistico, che non è sufficiente per realizzare il diritto dell'assicurato al risarcimento del danno"; N. DE LUCA, op. ult. cit., pp. 728 a 730, rileva che emerge chiaramente il fatto che "il divieto assoluto di assicurazioni retroattive o del rischio putativo, ricavato nel campo delle assicurazioni terrestri dall'interpretazione letterale dell'art. 1895 c.c. e confortato dall'assenza di una disposizione permissiva, invece presente nella codificazione marittima, non abbia adeguata giustificazione causale sotto il profilo degli interessi".

⁸³² Cfr. Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, cit.; Cass. Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140.

⁸³³ Invero, anche la vessatorietà delle *claims made* è sostenuta da M. ROSSETTI, op. ult. cit., p. 39.

In senso critico, in disparte la discordanza di opinioni, tra gli interpreti, circa la premessa su cui l'ordinanza fonda il proprio convincimento⁸³⁴ (*id est* l'identificazione del sinistro con il “fatto” rappresentato dal sorgere della responsabilità dell'assicurato, e non con il “fatto” identificato nell'inoltro di una richiesta risarcitoria), non pare seriamente predicabile nemmeno l'imposizione di limiti tanto stringenti all'autonomia privata dei contraenti, da non poter convenire che il “sinistro” possa consistere nella richiesta di risarcimento⁸³⁵.

⁸³⁴ Basti pensare che la stessa Cass. SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit., sul punto mostra una certa titubanza, allorché in un primo momento afferma che “nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo - e specularmente nessun obbligo di manleva - sorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo”. Giova notare che, tuttavia, la Suprema Corte, nell'affrontare *ex professo* la questione del profilo definitorio del “sinistro”, cade, poche righe prima, in una profonda ed insanabile contraddizione con il postulato testé riportato. Si legge, infatti, in esordio del par. 14 della sentenza, che “il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui parla l'art. 1917 c.c., non può essere identificato con la richiesta di risarcimento: non par dubbio infatti che il lemma - inserito all'interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall'area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, comma 1, ultimo periodo); in cui sono imposti all'assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi (art. 1913 cod. civ.); e in cui, infine, è espressamente sancito e disciplinato l'obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.) - si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere”.

In dottrina, hanno riproposto di recente la tesi della identificazione del “sinistro” con la richiesta risarcitoria, F. MANCINI, op. cit., p. 296.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, cit., pp. 662 ss.; G. FACCI, op. cit. p. 1145; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit.; L. BUGIOLACCHI, op. cit., p. 1032 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, p. 6; ID., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 142; R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1082; A. DE GREGORIO - G. FANELLI - A. LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 162.

⁸³⁵ Condivide, invero, l'opinione espressa dalla Cassazione con l'ordinanza interlocutoria in commento, circa l'identificazione del sinistro con la condotta illecita causativa del danno e l'impossibilità per le parti di elevare a sinistro la richiesta di risarcimento avanzata da parte del terzo nei confronti dell'assicurato, P. CORRIAS, *Claims made, rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile: prime riflessioni alla luce dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2018, il quale propone una nuova e diversa prospettiva d'indagine. L'A., infatti, si interroga sulla facoltà delle parti di incidere convenzionalmente, non già sulla nozione di “sinistro”, ma sul concetto di “rischio” assicurabile, *id est* sul danno da attrarre in copertura. In questo senso rileva che “pur essendo per molti versi condivisibili, queste affermazioni espresse nell'ordinanza non siano incompatibili con la conclusione alla quale sono giunte le Sezioni unite in ordine all'assicurabilità dei fatti pregressi e, dunque, non inficino la validità della medesima. Per dimostrare tale coerenza può essere utile modificare leggermente la prospettiva sinora seguita dalla Suprema Corte - sia dalla pronuncia delle Sezioni unite che dall'ordinanza - e appuntare l'attenzione, nel contesto dell'assicurazione della responsabilità civile, invece che sul sinistro, ossia sul momento nel quale si perfeziona il compimento del fatto illecito da parte dell'assicurato, sul danno ossia su quello nel quale si realizza la diminuzione patrimoniale in capo allo stesso: si è cercato di dimostrare, infatti, che riposa sull'incertezza in ordine a quest'ultimo elemento la

Invero, per quanto egregiamente argomentata nell'ordinanza, tale affermazione sembra assumere i connotati di una petizione di principio: se è vero che l'art. 1917, comma 1, c.c. definisce l'oggetto del contratto di assicurazione⁸³⁶ e in tale ambito il sinistro (quale "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione") costituisce l'elemento oggettivo che deve coordinarsi col criterio temporale⁸³⁷ per l'attivazione della copertura, la clausola *claims made* nel delimitare l'oggetto⁸³⁸ del contratto (e non già la responsabilità dell'assicuratore)⁸³⁹ sostanzialmente realizza

valutazione decisiva per stabilire la sussistenza o meno di una situazione di rischio. (...) Ciò consente di rimarcare che la rilevanza pattizia assegnata, in quest'ultimo contesto, alla richiesta del terzo, non si esprime e non potrebbe esprimersi sul piano del sinistro ma, come si è più volte rilevato, su quello del rischio assicurabile. Per questa ragione, come si è anticipato in principio, appare riduttivo asserire che le clausole *claims made* incidono sulla operatività temporale della garanzia; esse, invece, influiscono anche sui caratteri della copertura assicurativa e, quindi, sull'oggetto del contratto. Per effetto della clausola, tra i rischi dell'escussione relativi a obblighi dell'assicurato che potrebbero già esistere al momento della stipulazione, l'assicuratore assume quelli il cui pagamento viene richiesto nel periodo di vigenza della polizza. Non parrebbe azzardato, in definitiva, ritenere che, tramite le pattuizioni in discorso, le parti apportino all'art. 1917 c.c. una deroga che potrebbe essere rappresentata con una formulazione di tale tenore "l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo di assicurazione, (non "deve" ma) "è stato richiesto" di pagare ad un terzo". Modificando leggermente il quesito formulato dall'ordinanza – unicamente, è bene sottolinearlo, in punto di caratteri del sinistro e del rischio nella assicurazione della responsabilità civile e non di meritevolezza della clausola *claims made*, tema questo che si desidera lasciare impregiudicato in queste riflessioni - sarebbe interessante invitare le Sezioni unite a stabilire se rientra nell'autonomia privata la facoltà di considerare il danno suscettibile di copertura assicurativa (*id est*, il rischio assicurabile) l'escussione dell'obbligo dell'assicurato – della quale è espressione la richiesta del terzo danneggiato - anziché la nascita dello stesso".

In generale, nel senso di favorire l'esplicazione dell'autonomia contrattuale in capo alle parti del rapporto assicurativo, e segnatamente in ordine alla definizione convenzionale del concetto di sinistro, A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, cit., pp. 685 ss., la quale – in ottica comparatistica – esprime un giudizio affatto positivo rispetto alla scelta operata dal legislatore tedesco. A tal uopo l'A. rimarca la circostanza che "in Germania si è consolidata la scelta opposta, ritenendosi preferibile che nella assicurazione r.c. lo schema legale eviti di definire la nozione di sinistro le cui conseguenze risarcitorie vengono trasferite in capo all'assicuratore (...) Appare pertanto conforme al criterio di ragionevolezza che, alla individuazione del sinistro assicurato ed alla sua allocazione nel tempo provvedono coloro che dispongono delle informazioni che consentano di calcolare i rischi sottesi alla situazione concreta dell'assicurato, mentre il legislatore o il regolatore devono vigilare che essi dispongano di un linguaggio sufficientemente chiaro per poter programmare con ragionevole certezza gli esiti delle loro scelte contrattuali".

⁸³⁶ F. DELFINI, op. cit., p. 898.

⁸³⁷ G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, cit., p. 7, rileva che la "circostanza che l'evento causativo del danno al terzo si sia verificato nel "tempo dell'assicurazione" è quindi una condizione di efficacia della garanzia. In altri termini, secondo l'art. 1917, sono in copertura soltanto le richieste di risarcimento conseguenti a fatti illeciti verificatisi nel corso del contratto".

⁸³⁸ Che la clausola *claims made* operi sul piano della limitazione della copertura assicurativa nel tempo, è evidenziato da D. DE STROBEL, *La vicenda del "claims made"*, in *Dir. ed econ. dell'ass.*, 2006, 2, pp. 531 ss; R. SIMONE, op. cit., pp. 1079 ss.

⁸³⁹ In questi termini si è espressa, *expressis verbis*, Cass, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, cit., per il cui esame su questo punto si rinvia al par. ..., cap. II, della presente trattazione.

una definizione convenzionale della nozione di sinistro⁸⁴⁰. Esso infatti diventa, per accordo delle parti, la richiesta di risarcimento (il *claim*) pervenuta all'autore della condotta⁸⁴¹. Il che val quanto dire che le parti ben possono convenire che per sinistro debba intendersi la richiesta di risarcimento⁸⁴², ed anzi che una simile pattuizione soppianti la regola suppletiva⁸⁴³ contenuta nell'art. 1917 co. 1 c.c.

Nemmeno gli argomenti utilizzati dall'ordinanza per suffragare la tesi dell'impossibilità della derogabilità pattizia della nozione di sinistro con la richiesta risarcitoria sembrano, invero, dotati dell'assolutezza con la quale il relatore li espone.

Mette conto rilevare, infatti, che la richiesta di risarcimento – contrariamente a quanto si legge nell'ordinanza – ben potrebbe costituire un “fatto

⁸⁴⁰ N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 721 ss., rileva che “Le *civil liability policies* possono essere stipulate con riferimento all'uno [azione] o all'altro [il danno] o all'altro momento ancora [il claim], e ovviamente il testo della polizza è essenziale per la definizione di rischio assicurato”; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 142, al riguardo afferma che l'art. 1917 c.c. può interpretarsi nel senso che “il «fatto» che deve verificarsi «durante il tempo dell'assicurazione» possa essere identificato soltanto in concreto, alla stregua della volontà negoziale delle parti. In questa prospettiva la norma si limiterebbe a riprodurre, con riferimento all'assicurazione della responsabilità civile, il principio di cui agli artt. 1882 e 1905, secondo il quale l'assicuratore è tenuto a risarcire il rischio nei modi e limiti stabiliti nel contratto, precisando che la responsabilità coperta è soltanto quella che deriva dal fatto convenzionalmente previsto e accaduto nel periodo di efficacia della polizza”; S. LANDINI – M. P. MONACO – C. SILVESTRI, *Assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore», una prospettiva interdisciplinare*, ESI, 2016, p. 15 ss. Sulla necessità, ai fini dell'individuazione del “fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione” di cui all'art. 1917 c.c., di considerare il contenuto della clausola di polizza identificativa di detto fatto al fine di comprendere cosa le parti abbiano inteso ricondurre in copertura, cfr. Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 802.

⁸⁴¹ G. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente d.m. 22 settembre 2016*, cit., p. 156; ID., *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, pp. 1136 ss.

⁸⁴² N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 108, precisa che rispetto alla nozione di sinistro, “il primo evento astrattamente è sicuramente il fatto dannoso generatore della responsabilità verso il terzo. A questo possono far seguito, nell'ordine, la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, il riconoscimento giudiziale o convenzionale della responsabilità da parte dell'assicurato, il pagamento del risarcimento”.

⁸⁴³ P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. e impr.*, 2013, 2, p. 433; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., pp. 66 ss. e 142; N. DE LUCA, op. ult. cit., p. 722. Rispetto alla posizione espressa da tale ultimo autore, deduce qualche perplessità A. ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 155, la quale osserva che “la tutela dell'assicurato è garantita dalla conformità della polizza non a frammento normativo – che si è addirittura giunti a qualificare come fonte di una «regola suppletiva», in mancanza di diverse pattuizione fra le parti – ma alla realizzazione dell'interesse che l'assicurato persegue stipulando il contratto”.

dannoso”. Al riguardo, valga per tutte la considerazione che l’assicurazione della responsabilità civile rappresenta un particolare tipo di assicurazione contro i danni, qualificata tradizionalmente come assicurazione del patrimonio⁸⁴⁴, di guisa che l’interesse perseguito dall’assicurato è quello di proteggersi dalle perdite che il suo patrimonio potrebbe soffrire in conseguenza della responsabilità civile dedotta nel contratto. Ciò posto, pare difficile sostenere che l’evento dannoso nel quale si inverte il sinistro possa appuntarsi nel compimento del fatto illecito o inadempitivo, e non già nella richiesta di risarcimento promossa nei confronti dell’assicurato da parte del terzo⁸⁴⁵.

D’altra parte, nemmeno la non volizione dell’evento sembra requisito che *ex se* può valere ad estromettere la richiesta risarcitoria dal novero degli eventi che in astratto possono essere elevati dalle parti al rango di sinistro ai sensi dell’art. 1917, comma 1, c.c.⁸⁴⁶ Invero, come sembra potersi desumere dalle riflessioni di autorevole dottrina sul punto⁸⁴⁷, la non volontarietà dell’evento dannoso va rettammente intesa nell’accezione di indipendenza dalla volontà dell’assicurato, non

⁸⁴⁴ Cfr. *ex multis*, G. ALPA, *Assicurazioni, obbligazioni e contratti*, Torino, 2006, p. 1521

⁸⁴⁵ In questi termini G. MIOTTO, *op. cit.*, pp. 1390 ss.

⁸⁴⁶ In senso critico, v. anche le osservazioni svolte da F.A. MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*, cit., p. 468, a mente delle quali la Suprema Corte sembra aver fatto “finta di non aver compreso che il presupposto perché vi sia un sinistro indennizzabile è pur sempre il fatto illecito, ma che le parti hanno conferito rilievo solo ai fini della concreta operatività della garanzia dal punto di vista temporale, al momento della richiesta risarcitoria ossia a quando il patrimonio dell’assicurato viene effettivamente minacciato. Pertanto, anche nel contratto di assicurazione claims made le disposizioni di legge che hanno come riferimento l’accadimento non mutano di prospettiva e non devono essere rimodulate sulla richiesta di risarcimento, mentre la diversa opinione appare frutto di una interpretazione che volutamente trascura di considerare la specificità del contratto il quale non elide la nozione di accadimento, ma unicamente focalizza l’attenzione sul “rischio” della richiesta danni e non dell’evento in sé”.

⁸⁴⁷ Il riferimento è alle considerazioni svolte dallo stesso relatore dell’ordinanza, Marco Rossetti, nel suo pregevole manuale di diritto assicurativo (in specie *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. 1, *L’impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, cit., p. 755). L’A. afferma infatti che “non è sempre vero, in primo luogo, che l’evento dev’essere non voluto: sono infatti da sempre consentite le assicurazioni di nuzialità, e la prassi commerciale conosce non poche ipotesi in cui l’evento dipende esclusivamente dalla volontà dell’assicurato: si pensi ai «pacchetti» turistici offerti da taluni tour operator, i quali prevedono che attraverso il pagamento di una somma aggiuntiva (destinata ad un assicuratore, e quindi costituente un premio assicurativo) il viaggiatore possa ottenere dall’assicuratore il rimborso della penale pattuita col tour operator, nel caso di rinuncia del viaggio. In questo caso non v’è dubbio che l’evento (perdita della penale) dipende dalla volontà dell’assicurato, e nondimeno dubiterei della validità di tale contratto assicurativo. Dunque più che non voluto, l’evento deve essere il frutto di una scelta che per l’assicurato non sia indifferente compiere, e che comunque se compiuta lo esporrebbe a conseguenze negative bilanciate, ma non annullate, dalla percezione dell’indennizzo. Detto altrimenti, possono costituire oggetto di assicurazione eventi dipendenti dalla volontà dell’assicurato, a condizione che l’assicurazione non rappresenti rispetto ad essi un incentivo”.

identificandosi semplicemente nella circostanza che egli debba vantare un interesse contrario all'avveramento del fatto, come invece si afferma nell'ordinanza in commento. E non è seriamente revocabile in dubbio che la richiesta risarcitoria che un terzo decida, sua sponte, di avanzare nei confronti del responsabile, costituisca un evento frutto di una scelta compiuta dal danneggiato, quindi indipendente dalla volontà del responsabile⁸⁴⁸, ciò anche quando tale soggetto sia un professionista assicurato con una polizza modellata sullo schema del *claims made*⁸⁴⁹.

Non confacente risulta, peraltro, l'affermazione che si legge nell'ordinanza a chiosa dell'esposizione della tesi propugnata, per cui “è del tutto irrilevante la circostanza che l'art. 1932 c.c., nell'elencare le norme inderogabili dalla volontà delle parti, non faccia cenno dell'art. 1917, comma primo c.c.”⁸⁵⁰. Non foss'altro per la laconicità della motivazione che la Cassazione adduce per giustificare tale irrilevanza, rintracciata nella “semplice ragione che derogare all'art. 1917, comma primo, c.c., significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione della responsabilità civile”. Ebbene, in senso contrario, si deve in questa sede far menzione della recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Corte di

⁸⁴⁸ Espone perplessità sull'argomento utilizzato dall'ordinanza di remissione A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, cit., pp. 685 ss., laddove evidenzia che “altro è l'evento dannoso in sé, considerato nel suo modo di essere, ed altro è il periodo di tempo in cui si manifesta. Le due prospettive non vanno sovrapposte, perché la prima ha carattere ontologico, la seconda ha carattere relativo”.

⁸⁴⁹ Si esprime in senso critico nei confronti dell'atteggiamento di netta chiusura dell'ordinanza di remissione, L. BALESTRA, nella Relazione tenuta nell'ambito del Convegno svoltosi a Roma, l'11 aprile 2018, dal titolo “*Assicurazione della responsabilità civile e clausola claims made: sei sicuro che ti assicuri?*”. L'A., in particolare, censura l'argomento in base al quale la richiesta risarcitoria non può essere elevata dalle parti ad evento idoneo ad assurgere a “sinistro”, che fa leva sul fatto che rispetto a quest'ultimo l'assicurato debba vantare un interesse contrario, pena lo scioglimento del contratto in concreto posto in essere nella scommessa. Egli osserva, invero, che tanto il contratto di indennità quanto la scommessa sono *species* del *genus* dei contratti aleatori, i quali non vengono definiti dal legislatore codicistico e la cui disciplina si ricava soltanto dalle norme che in qualche modo vi fanno cenno. Il riferimento è, in particolare, agli istituti della rescissione per lesione (art. 1448, comma 4, c.c.) e alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1469 c.c.), che – come noto – non trovano applicazione al cospetto dei contratti aleatori.

Da tanto, l'A. deduce la conseguenza che, perlomeno dal combinato disposto di tali disposizioni, si rinvia dal tessuto normativo un certo *favor* del legislatore nei confronti della categoria dei contratti aleatori (sottratti ai rimedi caducatori di cui innanzi) e che l'autonomia negoziale delle parti non riceve nessuna compressione.

Del resto, si osserva che, quand'anche l'assicurato nutra un interesse positivo alla presentazione della richiesta di risarcimento del danno nel periodo di vigenza temporale della copertura assicurativa, tale interesse non entra nel contratto di assicurazione, come causalmente definito dall'art. 1882 c.c.

⁸⁵⁰ Cfr. par. 7.1 dell'ordinanza.

Cassazione del 2016, n. 9140, che nell'affrontare il problema ha constatato, all'opposto, che tale omissione da parte del legislatore vada interpretata come un'autorizzazione implicita per i contraenti a modulare la polizza secondo le proprie specifiche esigenze⁸⁵¹. Vieppiù che la possibilità di intendere il "sinistro" in un'accezione divergente dal modello tipicamente descritto nel codice civile, è oggi consacrata dallo stesso legislatore riformista, attraverso una serie di disposizioni di legge di recente introduzione, e innanzi analizzate, che nel convalidare la prassi del *claims made* per le polizze degli esercenti le professioni regolamentate, ha in sostanza consentito che l'autonomia privata possa spingersi fino ad elevare la richiesta di risarcimento a "sinistro" rilevante ai fini dell'attivazione della copertura⁸⁵².

Il ragionamento svolto dalla Corte, non solo è totalmente avulso da ogni riferimento alle evenienze sopra richiamate, ma giunge a far discendere dall'impossibilità per le parti di una polizza r.c. professionale di qualificare come "sinistro" la richiesta risarcitoria delle "conseguenze pratiche a valle" sul piano della meritevolezza degli interessi ex art. 1322 co. 2 c.c., per questa via approdando alla seconda questione affrontata⁸⁵³.

⁸⁵¹ La corte ha in quella sede affermato che "sul piano strettamente dogmatico la tesi dell'intangibilità del modello codicistico si scontra contro il chiaro dato testuale costituito dall'art. 1932 cod. civ., che tra le norme inderogabili non menziona il primo comma dell'art. 1917 cod. civ. Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più acconcia, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito "di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", deve pagare a un terzo".

⁸⁵² In questi termini G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss., il quale rileva che "questo diverso modo di intendere il «sinistro» nell'assicurazione della responsabilità civile ha ora ricevuto definitiva conferma dal diritto positivo, per effetto delle recenti disposizioni di legge che hanno consacrato la *claims made* come contenuto «tipico» del «sottotipo» di contratto di assicurazione in esame. In questo «sottotipo» contrattuale il sinistro è l'ultimo anello di una catena causale che collega il «fatto» dell'assicuratore ai danni subiti dal terzo e questi alla richiesta di risarcimento che va, a sua volta, a minacciare il patrimonio dell'assicurato. Oggi, alla luce del nuovo scenario normativo dell'assicurazione della responsabilità civile che si è descritto, non può più seriamente dubitarsi che il «sinistro» sia una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che non si perfeziona, se non quando l'assicurato riceve la richiesta di risarcimento del danneggiato e si identifica, dunque, con quest'ultima, e non con il «fatto» dell'assicurato, di per sé solo insuscettibile di incidere sul rischio che è oggetto del contratto".

⁸⁵³ A parere di chi scrive tale consequenzialità logico-giuridica appare poco condivisibile sul piano dogmatico. Gli è che, al netto di ogni considerazione, la sanzione dal punto di vista degli effetti sull'atto riveniente da una non consentita predeterminazione della richiesta di risarcimento alla stregua di sinistro, avrebbe dovuto essere rintracciata nella nullità della pattuizione per contrasto con l'art. 1917 c.c. Tale norma, infatti, anche se derogabile, è stata punto esaltata dalla Corte (par. 7.1) fino ad affermare che "di prevedere l'inderogabilità di quella norma non v'era infatti bisogno, per

L'ordinanza dà atto del pronunciamento delle Sezioni Unite del 2016 sul tema della meritevolezza di tutela delle clausole *claims made*, ma non ravvisa l'identità di questioni, in ragione del fatto che sono all'esame profili ulteriori e diversi da quelli già decisi. Stavolta, infatti, si tratta di sottoporre alle Sezioni Unite la questione della meritevolezza di tutela di tali clausole *“non solo nella parte in cui escludano il diritto dell'assicurato all'indennizzo, ove la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato pervenga dopo la scadenza del contratto; ma anche nella parte in cui, stabilendo che per “sinistro” debba intendersi la richiesta di risarcimento pervenuta all'assicurato, fanno sì che contenuto, misura e limiti del credito indennitario dell'assicurato vadano determinati in base ai patti contrattuali vigenti al momento della suddetta richiesta, e non al momento della commissione dell'illecito da parte dell'assicurato”*⁸⁵⁴.

Il principio affermato in questa sede si registra in piena sintonia con i precedenti di legittimità dello scorso anno, annientando, con pragmatico riferimento (non al contratto, ma) al risultato, la clausola *claims made* nel giudizio in concreto, in quanto contrastante con i “principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati”.

Ripercorrendo la motivazione dei due recenti arresti a sezioni semplici del 2017, la Corte riduce ad unità il principio di meritevolezza, ricordando che essa non ricorre allorquando un contratto: *a)* attribuisca «ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra»⁸⁵⁵; *b)* ponga «una delle parti in una indeterminata soggezione rispetto all'altra»⁸⁵⁶; *c)* costringa «una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti»⁸⁵⁷; per l'effetto ritiene che la clausola *claims made* non

la semplice ragione che derogare all'art. 1917, comma primo, c.c., significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione della responsabilità civile”. Solo che, a questo punto, sarebbe emersa tutta la debolezza della tesi propugnata, che avrebbe dovuto confrontarsi con una inedita declaratoria di nullità per contrasto con una norma dispositiva (*id est* l'art. 1917, comma 1, c.c.). Di guisa che, per superare tale imbarazzo, il relatore sceglie di declinare la patologia nella ben più scivolosa chiave dell'immeritevolezza di tutela, ex art. 1322 co. 2, c.c.

⁸⁵⁴ Cfr. par. 4.2 dell'ordinanza.

⁸⁵⁵ Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit.

⁸⁵⁶ Cfr. Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit.; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit.; Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

⁸⁵⁷ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit.

appaia «destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati»⁸⁵⁸. A tali postulati, la Corte ne aggiunge un quarto, la cui genesi è strettamente connessa alla particolare concatenazione degli eventi sottesi alla dinamica assicurativa, di cui si è fatto cenno: si rileva, infatti, che “*la clausola claims made consente all’assicuratore – in contrasto con elementari regole di correttezza e buona fede – di modulare le condizioni generali di contratto, di fatto imposte all’assicurato, in base ad eventi che notoriamente sono avvenuti, ma per i quali il terzo danneggiato non abbia ancora, per avventura, fatto pervenire alcuna richiesta all’assicurato*”⁸⁵⁹.

Pur non arrivandosi ad escludere in via di principio la validità, in giurisprudenza era già emerso, dunque, un filone incline a stigmatizzare i buchi di copertura cui può esporre questa particolare articolazione dell’assicurazione per la responsabilità professionale. L’ordinanza risulta, quindi, una sorta di epilogo preannunciato⁸⁶⁰, che non delude le aspettative di quanti avevano auspicato l’opportunità di un giudizio *tranchant*: la Corte fa assegnamento nel fatto che le Sezioni Unite stabiliscano che la clausola *claims made*, qualora determini una delle due conseguenze sopra richiamate, «sia dichiarata immeritevole di tutela sempre e

⁸⁵⁸ Per l’analisi, in chiave critica, di ciascuno di suddetti argomenti, v. retro, par. 1 del presente capitolo.

⁸⁵⁹ Cfr. par. 8.7.4 dell’ordinanza. In tale sede la Corte, peraltro, illustra come tale situazione si sia verificata proprio nel caso di specie, laddove “l’assicuratore ha deciso di innalzare la franchigia da 4.000 a 100.000 euro *dopo* l’avveramento del sinistro (che in un contesto economico sociale di una piccola città come Treviso non poté non avere avuto una certa eco: venne distrutto un magazzino, crollò una gru, si ferirono due persone), ma *prima* che il terzo danneggiato rivolgesse le proprie richieste all’assicurato”.

⁸⁶⁰ B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, cit., p. 2723, il quale, in commento di una delle due pronunce gemelle di legittimità (la n. 10506/2017) e presagendo ciò che viene affermato nell’ordinanza in commento, afferma che «L’odierna statuizione non si presta punto ad applicazioni *case by case*. E quella che dovrebbe essere una valutazione casistica colpisce al cuore le clausole *claims made*, persino ove esse siano «pure» [...] tanto valeva allora dire che «tutte le clausole *claims made* sono immeritevoli, salvo che - ma l’ipotesi è di minore ricorrenza - non venga in rilievo il profilo della limitata retroattività». *Contra*: U. CARNEVALI, op. ult. cit., pp. 383 ss., il quale ritiene che la conclusione «tombale» della sentenza sia circoscritta solo ad una particolare categoria di clausole, cioè a quelle incluse in polizza che coprono la responsabilità professionale sanitaria

L’ordinanza, peraltro, esplicita e porta alle estreme conseguenze il monito avanzato in *obiter* dalle Sezioni Unite 2016, secondo il quale “il giudizio di idoneità e meritevolezza difficilmente potrà avere esito positivo in presenza di una *claims made*, la quale comunque articolata espone il garantito a buchi di copertura”.

comunque»⁸⁶¹. In buona sostanza, l'ordinanza compie un ulteriore passo in avanti⁸⁶² rispetto ai precedenti di legittimità, poiché la valutazione di meritevolezza dovrebbe portare in ogni caso alla nullità della clausola, con buona pace del giudizio in concreto prospettato dalle Sezioni Unite e, in teoria, riservato al solo giudice di merito⁸⁶³.

Il risultato della complessiva operazione di *restyling* apportata dalla Cassazione è un'incondizionata copertura *ex post*, a fronte della quale, però, è stato pagato, meno solidaristicamente, un premio ben più esiguo⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ Si legge nel corpo dell'ordinanza, al par. 8.3, che la Corte “auspica che le Sezioni Unite diano risposta stabilendo che la clausola *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 sia dichiarata immeritevole di tutela sempre e comunque”. Più avanti, al par. 10, lo stesso concetto è ribadito per la circostanza in base alla quale “deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo [siano determinati] 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”.

⁸⁶² Osserva F. DELFINI, op. ult. cit., p. 564, che “l'ordinanza in commento non contiene invece alcun passo in avanti in ordine alla esplicitazione delle conseguenze della ritenuta immeritevolezza della clausola. Ciò si comprende, perché il provvedimento non è decisorio ma interlocutorio, anche se in un provvedimento così argomentato e didascalico tale punto cruciale avrebbe dovuto essere lumeggiato, specie perché anche nella precedente propria sentenza 10506/2017 la Corte non si era diffusa sul punto”.

⁸⁶³ Per le critiche sollevate a tale *modus operandi* della Cassazione, si rinvia alle considerazioni svolte par. 1 del presente capitolo, in ragione dell'identità del postulato espresso dal menzionato arresto della Cassazione del 28 aprile 2017. Si aggiunge, in questa sede, la considerazione, svolta da S. CENTONZE, op. cit., sempre con riguardo alla pronuncia da ultimo citata (ma parimenti estendibile anche all'ordinanza che ci occupa), che solo “una *loss occurrence*, infatti, eliminerebbe del tutto quello “iato temporale” tra il tempo dell'assicurazione e “il tempo nel quale può avverarsi il rischio”, ritenuto giuridicamente intollerabile dalla Corte. La sentenza, infine, lascia davvero insoddisfatti perché non consente di capire quale potrebbe essere la durata ottimale di una postuma, idonea cioè ad eliminare qualsiasi sospetto di immeritevolezza della clausola: ci pare un'omissione di non poco conto, dal momento che, per valorizzare l'assenza di “una” postuma, sarebbe anche necessario sapere “in cosa consista” la postuma di cui si lamenta la mancanza, ossia quale sarebbe il livello di copertura ottimale che la clausola dovrebbe avere per resistere al sindacato ex art. 1322 c.c. e non essere sostituita da una *loss occurrence*”.

⁸⁶⁴ A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, cit., p. 1930, rilevano a tal proposito che «Questo modo di guardare le cose rivela un errore di prospettiva. Che consiste, a conti fatti, nel rimproverare alla clausola *claims made* di non operare come la previsione pattizia improntata al criterio di *loss occurrence*. Se, alle corte, il parametro valutativo implicito è quello testè evocato, l'esito negativo può darsi per scontato. La *claims made* fa un altro lavoro. Per meglio dire, fa lo stesso lavoro assicurativo, ma in modo diverso. E, allora, i “buchi di garanzia”, intorno ai quali si è scatenata una sorta di caccia alle streghe, non possono essere ricostruiti in chiave statica, ossia in rapporto a ciò che una polizza dell'un tipo, sottoscritta per un dato lasso temporale, non copre rispetto a quella, di diverso lignaggio, sottoscritta per lo stesso periodo». Condivide il medesimo scetticismo, L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, cit., p. 468, il quale è dell'opinione di evitare “il rischio di introdurre soluzioni generalizzate, nel senso di prevedere sempre e comunque, anche indipendentemente da

In ultima analisi, il pronunciamento della Corte, al di là della bontà intrinseca della soluzione fornita, non convince per almeno altre due ragioni.

In primo luogo, non passa inosservato il passaggio dell'ordinanza nel quale, seppur in maniera piuttosto concisa, si afferma che la scaturigine della forma di assicurazione *claims made*, deriverebbe “*dall'affermazione di principi giuridici inconcepibili nel nostro ordinamento*”⁸⁶⁵. La perentorietà di tale enunciato desta non poche perplessità, giacché sottende un implicito giudizio di incompatibilità della clausola col sistema nazionale delle assicurazioni private⁸⁶⁶. In senso

notificazioni di circostanze più o meno evidenti in corso di polizza e dalla cessazione dell'attività a rischio, l'obbligo di indennizzo in relazione a fatti avvenuti in costanza di rapporto e richiesta posteriore alla scadenza del contratto. Per tale via, infatti, mi sembra che non si introduca un correttivo al contratto ma si tenda, piuttosto, a smantellare in radice la costruzione *claims made*, quantomeno come proposta dal nostro stesso legislatore”; ID., *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., p. 843, rileva come “la polizza *claims made*, mista o pura non importa, ha un elemento insostituibile che la caratterizza assai più della retroattività ed è dato, proprio, dal fatto che l'assicuratore al termine del contratto pretende di archiviare la propria posizione obbligatoria relativa al contratto cessato; al di là del problema dato dalle lungolatenze o dai danni seriali e della prospettata soluzione con la *claims made* di problemi legati alla copertura del sinistro, è chiaro che la struttura a richiesta fatta fornisce una precisa garanzia all'assicuratore nella sua organizzazione economica, nel senso che – terminato il contratto – egli ha la situazione dei sinistri cristallizzata all'interno dei propri *bordereau*, non risultando proponibili le c.d. sinistrosità tardive. Questa è, che dir si voglia, la peculiarità economica delle *claims made* e già si comprende che ogni tentativo di scomporla nel giudizio di validità non ha grande senso”.

⁸⁶⁵ Cfr. par. 9.4 dell'ordinanza.

⁸⁶⁶ A tutto voler concedere, tale riflessione aleggiava, seppure sullo sfondo, anche nella pronuncia delle Sezioni Unite del 6 maggio 2016, n. 9140, laddove la Corte così si esprimeva: «si tratta a questo punto di verificare, alla stregua degli stimoli critici contenuti in ricorso e alla luce dei criteri innanzi in ordine al controllo, immanente nella funzione giudiziaria, della compatibilità del regolamento d'interessi in concreto realizzato dalle parti con i principi generali dell'ordinamento». In toni che lasciavano presagire un giudizio di disvalore della clausola, si esprimeva già Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, ove si legge che “La clausola *claim's made* è un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è stato in passato, e resta ancora oggi, molto distante da quello italiano: per genesi, sviluppo e contenuto”.

contrario⁸⁶⁷ milita la recente evoluzione normativa di matrice europea⁸⁶⁸ si desta la persuasione di dissentire da tale opinione⁸⁶⁹, mercé l'obiettivo delle riforme di intervenire a gamba tesa sulla solvibilità delle imprese e sulla tutela del mercato⁸⁷⁰. Come a dire che i tempi sono maturi per liberarsi da aprioristiche scorie concettuali ed avvicinarsi all'idea che, forse, le clausole in esame si candidano come strumento utile per il raggiungimento delle finalità di cui innanzi, in quanto idonee a consentire

⁸⁶⁷ L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, cit., p. 466, afferma che “oggi, oltretutto, nonostante l'espressa qualifica di alcune recenti decisioni, la clausola *claims made* non può nemmeno esser considerata atipica e realizzata in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è *assai distante dal nostro*”; A. BATINI, *Clausola claims made e polizze cyber*, su www.intermediachannel.it, dà conto del fatto che il modello *claims made* è in uso anche nel particolare settore delle polizze assicurative dei rischi cibernetici (o *cyber risks policies*), che si pone come una sorta di ultima frontiera. A tal riguardo, l'A. rileva che “il problema principale generato dall'invalidità della clausola *claims made* in una tipica polizza *cyber*, risiede nel periodo di incubazione del *malware* e del virus informatico. Più breve è detto periodo di incubazione, più veloce sarà l'acquisizione di consapevolezza da parte dell'assicurato circa il verificarsi di una intrusione non autorizzata di ignoti nel proprio sistema informatico, che potrà essere denunciata agli assicuratori come circostanza o come danno a seconda delle condizioni di polizza e dei *triggers* in vigore. Al contrario, più lungo è il tempo di incubazione, maggiore è l'interesse dell'assicurato (non dell'assicuratore) a condizioni assicurative che gli consentano di “cristallizzare” la copertura assicurativa in attesa di una richiesta di risarcimento che necessariamente non potrà che essere futura ed eventuale”.

⁸⁶⁸ Ci si riferisce alla Direttiva 2009/138 CE (*Solvency II*) e alla Direttiva 2016/97 UE (IDD). Per una disamina della nuova disciplina cfr. S. SYLOS LABINI- S. DELL'ATTI, *Governance delle imprese assicurative: cosa manca all'Italia per risultare compliant rispetto a Solvency II?*, in *Riv. banc.*, 2017, 6, pp. 101 ss.; L. VELLYSIG, *L'accesso e l'esercizio dell'attività assicurativa tra normativa europea normativa italiana: il modello Solvency II*, in *Contr. e impr. Europa*, 2017, 1, pp. 357 ss.; M. SCALISE – F. FICHERA, *Solvency II: impatti del nuovo regime sui profili pubblicistici della vigilanza assicurativa*, in *Dir. del Mercato Ass. Finanz.*, 2017, 1, pp. 119 ss.; E. PIRAS., *La strategia regolatoria per il mercato assicurativo: Solvency II*, in *Riv. Trim. di Dir. dell'Econ.*, 2015, 3, pp. 219 ss.; S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contratto impr. Europa*, 2, 2016, pp. 691 ss.

⁸⁶⁹ L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, cit., p. 466, afferma che “oggi, oltretutto, nonostante l'espressa qualifica di alcune recenti decisioni, la clausola *claims made* non può nemmeno esser considerata atipica e realizzata in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è *assai distante dal nostro*”; A. BATINI, *Clausola claims made e polizze cyber*, su www.intermediachannel.it, dà conto del fatto che il modello *claims made* è in uso anche nel particolare settore delle polizze assicurative dei rischi cibernetici (o *cyber risks policies*), che si pone come una sorta di ultima frontiera. A tal riguardo, l'A. rileva che “il problema principale generato dall'invalidità della clausola *claims made* in una tipica polizza *cyber*, risiede nel periodo di incubazione del *malware* e del virus informatico. Più breve è detto periodo di incubazione, più veloce sarà l'acquisizione di consapevolezza da parte dell'assicurato circa il verificarsi di una intrusione non autorizzata di ignoti nel proprio sistema informatico, che potrà essere denunciata agli assicuratori come circostanza o come danno a seconda delle condizioni di polizza e dei *triggers* in vigore. Al contrario, più lungo è il tempo di incubazione, maggiore è l'interesse dell'assicurato (non dell'assicuratore) a condizioni assicurative che gli consentano di “cristallizzare” la copertura assicurativa in attesa di una richiesta di risarcimento che necessariamente non potrà che essere futura ed eventuale”.

⁸⁷⁰ La *ratio* delle norme sull'esercizio dell'impresa assicurativa è “rappresentata non soltanto dalla tutela del singolo assicurato, ma anche e soprattutto dalla tutela della massa degli assicurati complessivamente considerata”. Così M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, vol. I, cit., pp. 77 ss.

il funzionamento del meccanismo assicurativo, la calcolabilità del verificarsi dei rischi e, conseguentemente, dei premi.

Viepiù che – e su questo profilo si appunta la seconda perplessità –, come prima accennato, l’ordinanza non tiene in cale gli ultimi interventi normativi che si sono avvicinati sul versante nazionale⁸⁷¹: il d.m. 22 settembre 2016 (per gli avvocati), la l. 8 marzo 2017, n. 24 (per gli esercenti le professioni sanitarie) e la recentissima legge annuale per il mercato e la concorrenza del 4 agosto 2017, n. 124 (in generale per tutti gli esercenti le professioni regolamentate) rendono, infatti, quanto mai obsoleta la convinzione della corrispondenza delle *claims made* a “*principi giuridici inconcepibili nel nostro ordinamento*”⁸⁷². È appena il caso di

⁸⁷¹ Tale omissione, peraltro, era già riscontrabile negli arresti di legittimità del 28 aprile del 2017, come rilevato da G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss., a mente del quale si osserva che “la Corte non abbia considerato le innovazioni nel frattempo introdotte nell’ordinamento dal d.m. 22 settembre 2016 e dalla legge n. 24/2017 ed i loro effetti sullo schema legale dell’assicurazione della responsabilità civile, alla luce dei quali l’atipicità della clausola, se mai è stata ipotizzabile, certamente non era più sostenibile”; in termini, S. CENTONZE, op. cit., il quale rileva che “la sentenza in commento sembra davvero inattuale e non replicabile, se si considera, da un lato, che la censura di immeritevolezza si è basata proprio e soltanto sulla constatazione che il contratto era privo di “ultrattività” e, dall’altro, che il Legislatore ha espressamente regolato tale profilo, stabilendo l’obbligatorietà di una copertura postuma solo in caso di cessazione. Ad onor del vero, occorre prendere atto della circostanza che se è vero che la pubblicazione della sentenza è intervenuta dopo la Legge Gelli, è anche vero che la decisione è stata assunta dal Collegio prima, ossia nella Camera di consiglio del 20 gennaio 2017. Ciò non toglie, però, che ai fini di un giudizio di meritevolezza (ossia dell’idoneità della clausola a perseguire “interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”) la Corte avrebbe potuto prendere almeno in considerazione il fatto che uno schema negoziale analogo – ma con retroattività illimitata – era già stato introdotto dal Decreto del Ministero della giustizia del 22.9.2016”.

⁸⁷² Vale la pena indugiare sulla *querelle* giurisprudenziale, culminata con un recente arresto delle Sezioni Unite, che seppure in un settore distante dal mercato assicurativo, ha affrontato il problema della compatibilità di un istituto d’oltralpe con il nostro ordinamento giuridico. Il riferimento è al tema controverso dei cc.dd. danni punitivi (*punitive damages*), ed in particolare alla possibilità di delibazione nel nostro ordinamento delle sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, tradizionalmente esclusa per il contrasto col principio di ordine pubblico (interno) che postula la natura esclusivamente compensativa del rimedio risarcitorio (cfr., *ex multis*, Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183). Tale impostazione è stata invero messa in discussione con l’ord. di rimessione alle Sezioni Unite del 16 maggio 2016, n. 9978, che ha rilevato come la “evoluzione del concetto di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall’ordinamento nazionale all’ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”. Raccogliendo la sfida lanciata dalla modernità, la Corte di Cassazione, con pronuncia del 5 luglio 2017, n. 16601, resa a Sezioni Unite, è giunta ad affermare la valenza polifunzionale della responsabilità civile, facendo leva, tra gli altri, anche sull’argomento in virtù del quale l’espressa codificazione di ipotesi risarcitorie dal sapore sanzionatorio, rende *in nuce* privo di fondamento il rilievo della contrarietà all’ordine pubblico della delibazione di sentenze straniere. Si legge in particolare nella sentenza, a p. 17, che “accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell’istituto è emersa una natura polifunzionale, che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono

ricordare che il legislatore ha riconosciuto, *iure condito*, il modello *claims made*, e tanto vale a decretarne nel nostro ordinamento (non già un’astratta compatibilità, ma più a monte) l’irrinunciabilità e la sicura liceità, se non addirittura – portando alle estreme conseguenze il fenomeno della tipizzazione – la “meritevolezza sempre e comunque”⁸⁷³.

Né, per fornire un qualche appiglio normativo alla soluzione proposta dal relatore dell’ordinanza, varrebbe invocare il nuovo art. 3, comma 5, lett. e) della l. 14 settembre 2011, n. 148, come modificato dalla l. 4 agosto 2017, n. 124: se è vero che esso contempla un periodo di ultrattività della polizza di r.c. professionale, è altrettanto innegabile che si tratta di una postuma decennale (e non illimitata, come sembra desumersi dall’ordinanza) e che quest’ultima non rientra tra le condizioni essenziali delle polizze, ma si atteggia a mera garanzia che le Compagnie devono necessariamente offrire ai propri clienti-professionisti, come clausola opzionale.

quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatoria – punitiva. Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l’urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all’armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall’altro dimostra, con la sua vivacità quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riconducibili alla “categoria”. Sul punto v., A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, 9, pp. 2630 ss; *ibidem.*, E. D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, pp. 2639 ss.; *ibidem.*, R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, pp. 2644 ss.; *ibidem.*, P. G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, pp. 2648 ss.; A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, p. 1792; A. CARRATO, *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell’ordinamento italiano*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2017, su www.pluris.it; *ibidem.*, G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*; ID., *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, pp. 1413 ss.; A. RICCIARDI, *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, la quale a proposito delle conseguenze rivenienti dalla tipizzazione normativa di istituti che rievocano nel nostro ordinamento risarcimenti a caratterizzazione sanzionatoria, provocatoriamente afferma che “delle due l’una: o si devono ritenere incostituzionali – in quanto contrastanti con i principi fondamentali – tutte le norme (precedentemente analizzate) che in modo diretto o indiretto perseguono funzioni sanzionatorie o, evidentemente, l’orientamento che ostinatamente continua a ritenere contrarie all’ordine pubblico le sentenze comminatorie di *punitive damages* finisce col travisare le coordinate tracciate al riguardo anche dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea, dando luogo a decisioni censurabili anche sotto questo profilo”.

⁸⁷³ Sull’idoneità del riconoscimento espresso del modello a fornire un importante indice rivelatore, di natura sistematica, per escludere che le clausole possano essere dichiarate, «sempre e comunque» immeritevoli di tutela, come l’ordinanza in commento vorrebbe, cfr. le considerazioni svolte al par. 4 del presente capitolo.

La soluzione della Corte non appare appagante nemmeno – e conclusivamente – sul versante della ricostruzione degli scenari futuri: prospettandosi la soppressione *tout-court* della clausola *claims made*, laddove accolta nei suoi insegnamenti, rischierebbe di arrecare conseguenze fatali, quali il significativo aumento dei premi e possibili falle nelle strutture organizzative delle società di assicurazione, con la probabile fuoriuscita di molte di esse dal mercato, con un grave *vulnus* dei principi solidaristici e prudenziali della tradizione assicurativa e dei recenti interventi riformatori.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

“In quale modo possa essere equo ciò che è giusto al di là della legge scritta?” era un interrogativo che già tormentava Aristotele, nella sua *Ηθικα Νικομάχεια*.

Sfrondata delle sue implicazioni filosofiche ed esaminato nella prospettiva delle conseguenze giuridiche cui dà luogo nel diritto dei privati e in particolare nel settore assicurativo, il quesito testé riportato costituisce il fulcro dell'indagine fin qui compiuta.

La trattazione ha preso le mosse dalla influenza vicendevole tra le regole di responsabilità civile e il contratto di assicurazione⁸⁷⁴, fenomeno che sorregge causalmente la nascita della contrattazione su base *claims made* nel nostro ordinamento⁸⁷⁵. Il riferimento è, in particolare, all'attività creatrice della giurisprudenza che ha contribuito a ridisegnare in senso più favorevole per il danneggiato i (mobili) confini della provincia della responsabilità civile⁸⁷⁶, agevolando l'imputabilità al professionista del danno patito dal terzo⁸⁷⁷ e, per l'effetto, radicando la convinzione che l'assicurazione della r.c. costituisca una sorta di *safe harbour*. Il che ha comportato un'incertezza per l'assicuratore, stretto dalla difficoltà di calcolare accuratamente la possibilità del verificarsi di eventi

⁸⁷⁴ Tale intima connessione è nota anche (e soprattutto) nella letteratura anglo-americana: cfr. S. SHAVELL, *On liability and Insurance*, (1982) 13 Bell. J. of Economics, p. 120, il quale rileva “the effects of liability rules and of insurance are mutually dependent”.

Analogamente, in Italia, svolgono riflessioni sul punto, tra gli altri, A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, pp. 2-3, secondo il quale la tematica assicurativa si atteggia a mò di un'«ombra» che accompagna invariabilmente tutte le analisi dei problemi afferenti la responsabilità civile: sarebbe infatti impossibile affacciarsi allo studio delle funzioni della responsabilità civile senza tenere in debito considerazione l'importanza assunta dall'assicurazione a copertura dei rischi che dalla prima scaturiscono. Negli stessi termini, E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione, Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORI e G. SCALFI, Milano, 1988, p. 97 ss. Analogamente A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998, p. 273; G. FANELLI, *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 589.

⁸⁷⁵ R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, Giuffrè, 2007, p. 5.

⁸⁷⁶ Il riferimento è alla felice espressione coniata da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, pp. 1 ss.

⁸⁷⁷ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, 2007, p. 232; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2010, p. 124.

dannosi da un lato, e di accantonare le c.d. riserve tecniche dall'altro, portando inevitabilmente ad una rottura degli equilibri di questo specifico "mercato".

Diviene così sempre più arduo considerare i vincoli dell'art. 2236 c.c., quale "usbergo di una responsabilità attenuata"⁸⁷⁸ del professionista, che al contrario riceve un trattamento deteriore per effetto delle *regulae juris* di elaborazione curiale. Si pensi alla riconduzione della responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria nell'alveo del paradigma di responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.⁸⁷⁹ – solo di recente superata dal legislatore, in favore della natura aquiliana⁸⁸⁰ – che ha come conseguenza più prossima l'alleggerimento degli oneri probatori in favore del danneggiato, aggravando, per contro, la posizione dell'asserito obbligato⁸⁸¹. Degno di nota è anche il processo di oggettivizzazione della responsabilità contrattuale⁸⁸² che rende più difficoltoso per il professionista l'esito positivo della prova liberatoria, incombendo su di lui anche il rischio delle cause ignote⁸⁸³. Senza contare l'emersione di nuove fattispecie di pericolo e rischio – tra

⁸⁷⁸ V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, p. 294.

⁸⁷⁹ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*

⁸⁸⁰ L'art. 7 comma 3 della l. 24/2017 infatti prevede che "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. In argomento, L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1302B, afferma che la legge in parola "rappresenta un vero e proprio evento di portata che non pare riduttivo definire «epocale», quanto meno con riferimento alla lunghissima attesa, da parte di tutti gli *stakeholder*, di un intervento del legislatore che fosse finalizzato a costruire una cornice giuridica in grado di pervenire ad un assetto complessivo della responsabilità (soprattutto civile) medica che garantisse sostenibilità del sistema sanitario senza ripercussioni negative sul legittimo diritto dei pazienti ad elevati *standard* di cura ed al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti in caso di verifica di eventi avversi".

⁸⁸¹ In giurisprudenza è di rilievo Cass., sez. un., 30 novembre 2001, n. 13533, in *Foro it.* 2002, I, 769, con nota di P. LAGHEZZA; in *Giust. civ.*, 2002, I, 1934; in *Corr. giur.*, 2001 con nota di V. MARICONDA.

⁸⁸² L. GREMIGNI FRANCINI, *Responsabilità sanitaria e tutela della persona*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, p. 1049; G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2002; G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 315; R. BREDA, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1047; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, II, *I singoli contratti*, Padova, Cedam, 2009 p. 333; G. COMANDÈ - G. TURCHETTI, *La responsabilità sanitaria tra valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004.

⁸⁸³ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3 ed., Milano, 2006, pp. 275 ss.

le quali i cc.dd. danni anonimi⁸⁸⁴ – e la possibilità riconosciuta al danneggiato di pretendere il risarcimento dei danni patiti anche successivamente al decennio utile ai fini della prescrizione⁸⁸⁵, elementi, questi, rispetto ai quali il tradizionale modello di responsabilità civile ha potuto misurare la propria inadeguatezza.

Inadeguatezza che, di riflesso, si è riverberata anche sui contratti di indennità a copertura di quelle responsabilità, costringendo le Compagnie alla creazione di un differente prodotto assicurativo che permettesse loro di determinare con miglior precisione il momento dal quale far decorrere la garanzia assicurativa, introducendo anche in Italia – attraverso un vero e proprio *legal transplant*⁸⁸⁶ – l'assicurazione della r.c. “a richiesta fatta”, caratterizzata da una significativa “contrazione” della copertura rispetto allo schema codicistico⁸⁸⁷.

L'impervio cammino del riconoscimento giudiziale di una prassi contrattuale ormai consolidata anche nell'ordinamento nazionale, ha scontato l'incertezza sul piano rimediale da parte della giurisprudenza⁸⁸⁸ – di merito prima,

⁸⁸⁴ L'espressione è stata coniata per la prima volta da L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, p. 7, e poi ripresa da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 174. Cfr. anche L. NOCCO, *Recenti evoluzioni sul nesso di causalità in responsabilità sanitaria*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Cedam, Padova, 2004, a cura di G. Comandè, e G. Turchetti, pp. 42-49; ID., *Il “giudizio di alta probabilità logica” nell'accertamento del nesso causale: prime applicazioni*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 1204 ss.; S. VERNIZZI, in *Il rischio putativo*, cit., pp. 202-203, precisa che si discorre di sinistro latente “allorquando tra l'espletamento dell'attività materiale e la successiva manifestazione delle conseguenze dannose trascorre un periodo di tempo anche rilevante, di modo che soltanto una delle componenti del sinistro («azione o accadimento ed evento di danno») si verifica nel periodo di assicurazione”; D. CERINI, V. GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011.

⁸⁸⁵ Si consideri, al riguardo, che l'art. 2935 c.c. è pacificamente interpretato nel senso che, anche in materia di responsabilità per danni iatrogeni, il termine a partire da quale matura la prescrizione del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere “non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui [la] malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche” In tal senso, *ex multis*, Cass., 3 maggio 2016, n. 8645, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21715, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

⁸⁸⁶ Così F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 2., p. 502. Al riguardo, discorre di “contratto alieno”, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, 47 ss.

⁸⁸⁷ Segnala tale genesi della copertura *claims made*, *ex multis*, P. GAGGERO, op. cit., p. 415, laddove afferma che essa “si è diffusa, principalmente, quale risposta, sul piano contrattuale ed in ambito assicurativo, al proliferare di fattispecie di illecito civile e, segnatamente, all'interno della struttura di quest'ultimo, di tipologie di danni risarcibili (...)”.

⁸⁸⁸ Si segnala, per un'efficace rassegna sistematica, il recente contributo di V. AMENDOLAGINE, *La clausola claims made nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 217 ss.

di legittimità poi – che, superando le censure di validità delle clausole in oggetto, si è peritata di ricercare una soluzione capace di contemperare gli interessi di tutte le parti coinvolte. Il riequilibrio delle posizioni è stato, di tal guisa, raggiunto dapprima attraverso il giudizio di vessatorietà della clausola ex art. 1341 c.c.⁸⁸⁹ e, successivamente, facendo un abile sfoggio del sindacato di meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti con tale pattuizione, ai sensi dell’art. 1322 c.c. capoverso, per la prima volta invocato *in parte qua*⁸⁹⁰ dalla pronuncia delle Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140⁸⁹¹.

Tale pronunciamento si apprezza soprattutto per la riconsiderazione in termini avanguardisti del giudizio di meritevolezza, quale istituto dalle potenzialità dirompenti, in grado di scardinare il dogma dell’insindacabilità dell’equilibrio (anche economico) del contratto⁸⁹². Si tratta di una ricostruzione che fa il paio con l’opzione interpretativa che identifica il sindacato di cui all’art. 1322 c.c. capoverso

⁸⁸⁹ Cfr. Cass., 15 marzo 2005, n. 5264, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 145 ss., con nota di A. ANTONUCCI, e in *Ass.*, 2006, I, 3, con nota di S. LANDINI; Cass. 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contr.*, 2013, 10, pp. 884 ss, con nota di M. GAZZARA; Cass. 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Corr. giur.*, 2015 pp. 1057 ss, con nota di A. MAGNI; Cass. 12 febbraio 2014, n. 3622, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 2168, con nota di B. TASSONE; Cass. 10 novembre 2015, n. 22891, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 529 ss., con nota di LUCARELLI.

⁸⁹⁰ Giova notare, tuttavia, che già Trib. Genova, 23 gennaio 2012, in banca dati *DeJure*, aveva condotto un giudizio di meritevolezza in concreto della polizza claims made, facendo riferimento all’entità del premio, alla potenziale estensione della garanzia e altri aspetti del rapporto contrattuale.

⁸⁹¹ Cfr., *ex multis*, U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, 8-9, p. 764; F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell’oggetto nel B2B: l’equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 548; A. MAGNI, *Le sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2602 ss; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 943 ss.; *ibidem*, V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 957 ss.; M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite*, (“*piacer figlio d’affanno; Gioia vana...*”), in *Danno e resp.*, 2016, 10, pp. 968 ss.

⁸⁹² In questi termini, *ex multis*, G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 10, 2017, p. 1199, laddove l’Autore evidenzia che “la meritevolezza viene a vagliare che l’operazione negoziale sia equa, in modo tale che se viene accertato uno squilibrio unilaterale del sinallagma la singola clausola viene dichiarata invalida oppure assoggettata a correttivi. (...) Le sentenze in commento, alla stregua di altri recenti precedenti, impiegano, quindi, il giudizio di meritevolezza degli interessi regolati convenzionalmente in funzione di protezione del contraente debole, allorchè si ravvisi una significativa alterazione dell’equilibrio contrattuale”.

con il rispetto dei principi costituzionali e, in particolare, dell'art. 2 Cost. *sub specie* di equilibrio contrattuale⁸⁹³.

In altre parole si assiste, di recente, sulla scorta del formante giurisprudenziale, ad un ampliamento del campo di applicazione del giudizio di meritevolezza, in termini non soltanto quantitativi – ovverosia con estensione alla contrattazione tipica – bensì anche qualitativi, con incursioni nell'area della c.d. giustizia contrattuale⁸⁹⁴.

Un simile atteggiamento presuppone due postulati di fondo, legati tra loro a filo doppio, sui quali non si rinviene affatto concordia di opinioni: vale a dire, la

⁸⁹³ S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, cit., p. 749, il quale rileva “il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), dunque, si trova oggi, nell'ambito del rapporto contrattuale, in un rapporto di relazione necessaria con il principio di efficienza economica, poiché il mercato garantisce la migliore allocazione delle risorse se perfettamente concorrenziale, ma la concorrenza è garantita solo dalla possibilità di compiere scelte consapevoli e informate; di qui, la necessità di correggere la disparità di potere contrattuale che pregiudica la razionalità delle scelte e di ridurre le asimmetrie informative”.

⁸⁹⁴ Come prospettato nel corso della trattazione (cfr. cap. 3), appare del tutto condivisibile la tesi che consente al giudice di sindacare la meritevolezza degli interessi convenzionalmente regolati dalle parti anche qualora queste si servano degli schemi negoziali tipicamente previsti dal legislatore. Tale convincimento appare vieppiù plausibile se solo si pone mente alla *vis expansiva* del giudizio di meritevolezza, che arriva a lambire i confini dell'equilibrio delle prestazioni negoziali: tale approdo finirebbe per perdere gran parte della sua carica eversiva, laddove si adottasse la prospettiva tradizionale, che avrebbe l'effetto di consentire di tal guisa la sindacabilità dello squilibrio solo nei contratti atipici. All'opposto, in virtù della rinnovata considerazione del giudizio di meritevolezza riferito anche ai contratti tipici (una sorta, quindi, di giudizio di meritevolezza “a tutto tondo”), si dovrebbe spiegare anche l'apertura del medesimo al sindacato sull'equilibrio contrattuale.

Giova dare atto, comunque, che tradizionalmente il problema della giustizia contrattuale è stato influenzato dalla tematica del giudizio di meritevolezza nei termini da cui si vuole in questa sede prendere le distanze. Il che val quanto dire che il sindacato sull'equilibrio contrattuale è stato variamente affrontato quanto a rimedi, anche in virtù del fatto che il giudizio di meritevolezza risultava in passato inesorabilmente ancorato alla natura atipica della convenzione.

Per questo motivo, ad es., R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008, pp. 166 ss., mette in evidenza i diversi rimedi percorsi dalla giurisprudenza per sanare lo squilibrio tra le prestazioni, a partire da quello impiegato per i contratti tipici, laddove si è ragionato in termini di mancanza di causa, essendo invece il giudizio di meritevolezza adoperato esclusivamente (e solo di recente) per i contratti atipici.

Al netto di ogni considerazione, quindi, di meritevolezza come strumento per sindacare lo squilibrio contrattuale non è sempre stato agevole parlare, non solo per le forti resistenze dal punto di vista dogmatico (di cui si darà atto *infra*) nel consentire al giudice di riequilibrare le posizioni originariamente concordate dalle parti; ma anche perché nel momento in cui l'elaborazione scientifica è giunta ad un simile approdo, la tendenza che si è registrata è stata quella di limitare tale controllo giudiziario sul contratto solo ai contratti atipici, che è il precipitato dell'adesione alla teoria che circoscrive a questi ultimi il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 comma 2 c.c. capoverso..

sindacabilità ad opera del giudice dell'equilibrio contrattuale⁸⁹⁵ e l'utilizzo del giudizio di meritevolezza quale strumento idoneo ad attuare tale sindacato.

Quanto al primo aspetto, si è dato atto dell'avvento del c.d. *governo giudiziario del contratto*⁸⁹⁶, che costituisce l'orizzonte di esperienza in cui collocare una nuova fase del contratto, incline a dare spazio alle «concezioni attuali basate sulla congruità dello scambio contrattuale»⁸⁹⁷ e inteso quale «dovere di equa negoziazione»⁸⁹⁸, con l'effetto di restringere la portata dell'autonomia privata⁸⁹⁹.

Dal secondo punto di vista, si è avuto modo di apprezzare l'estro della giurisprudenza che, complice la moderna configurazione della causa non soltanto in termini concreti⁹⁰⁰, ma addirittura da taluno ripensata alla stregua di clausola generale dell'ordinamento giuridico⁹⁰¹, ha nel tempo (più o meno espressamente) coniato un *principio di adeguatezza* del sacrificio patrimoniale imposto ad una

⁸⁹⁵ La tematica va, comunemente, sotto il nome di “giustizia contrattuale”. F. TINTI, *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale*, in *Studium iuris*, 2017, pp. 691-692, precisa che essa si pone “in contrapposizione con il vincolo contrattuale, in tutti quei casi in cui esso possa pregiudicare interessi meritevoli di tutela. La giustizia contrattuale esprime quindi una conflittualità potenziale con il contenuto del contratto. occorre quindi chiedersi se questa conflittualità sia tale da giustificare un controllo ideale di equilibrio economico e normativo e un conseguente controllo e adeguamento delle condizioni convenute dalle parti”.

⁸⁹⁶ In tal senso, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, commentata da M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 2005, pp. 501 ss.

R. ROLLI, op. cit., p. 162, afferma in proposito che “La formula sintetizza efficacemente quel ruolo del giudice come organo della società civile, stimolato dai processi di globalizzazione, mettendo capo all'idea di un possibile «governo giudiziario della discrezionalità contrattuale», largamente condivisa nei vari ordinamenti.

⁸⁹⁷ F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 925.

⁸⁹⁸ Uno degli autori più autorevoli, che ha posto le premesse per un tale dibattito, le cui riflessioni sembrano aleggiare sulla recente giurisprudenza che ha riportato in auge la tematica in oggetto, è P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2 ed., Napoli, 1991; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. civ.*, 2001, pp. 334 ss.

⁸⁹⁹ R. ROLLI, op. cit., p. 161, la quale rileva che “è sempre più un dato della moderna esperienza giuridica la nuova funzione creativa del diritto demandata al giudice, dalla quale possono nascere nuove regole che superano quelle di fonte sia legale sia contrattuale; emerge, altresì, non solo una concezione del contratto sensibile al profilo della congruità dello scambio, ma anche un'idea di contratto sempre più flessibile, plasmabile capace di recepire le evoluzioni in atto alla luce dell'applicazione delle clausole generali”.

⁹⁰⁰ R. ROLLI, op. cit., p. 231, per la quale, “occorre senza dubbio chiarire che non si vuole affermare che la causa in astratto non esiste più, ma che in sede di verifica della causa, il giudizio di rispondenza della causa in concreto alla causa in astratto si è esteso e non è più limitato a verificare l'asettica e formale congruenza tra i due parametri”.

⁹⁰¹ Si tratta della tesi propugnata da R. ROLLI, op. cit., passim, ma nello specifico pp. 247 ss. Quanto alla idoneità delle clausole generali ad essere “costantemente aperte alla possibilità di nuove applicazioni” nonché a farsi da portavoce di valori la cui rilevanza emerge progressivamente nell'ordinamento, cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, 1986, pp. 18 ss.

parte, in relazione al sacrificio della controparte, il cui difetto importerebbe un vizio della causa, *sub specie* di immeritevolezza degli interessi in concreto perseguiti⁹⁰². Il che, in ultima analisi, porta con sé la consacrazione di un *principio generale di adeguamento del contratto*⁹⁰³.

Elevata la *giustizia contrattuale* a valore dell'ordinamento, si afferma l'espandersi dell'ambito applicativo della causa a tale materia, con la conseguenza che "l'adeguatezza dei contenuti contrattuali, attraverso la clausola di giustizia contrattuale, non è più un limite esterno al contratto, ma ne rappresenta un limite interno, così che le negoziazioni devono essere ora rispettose del controllo di giustizia, perché questo è coesistente all'autonomia negoziale, che altrimenti non supererebbe il vaglio di meritevolezza"⁹⁰⁴.

⁹⁰² La giurisprudenza ha fatto applicazione di questo principio, ancora una volta, con riferimento al potere officioso di riduzione della clausola penale manifestamente iniqua. Si legge infatti nella sentenza della Corte di Cassazione, 28 settembre 2006, n. 21066, che un potere di tal fatta è riconosciuto al giudice "al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela". In termini, R. ROLLI, op. cit., p. 235, che rileva a tal riguardo che, di tal guisa, "anche il contratto tipico – la clausola penale – può essere sindacato per mancanza di causa quando persegue interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, quale, ad esempio, un vantaggio ingiustificatamente e irragionevolmente eccessivo, e dunque, gravemente incongruo". L'A., peraltro, non manca di considerare, alla nt. 298, che questa "in ultima analisi, è la *ratio decidendi* sotteso all'indirizzo giurisprudenziale che ha ammesso il rilievo d'ufficio della manifesta eccessività della penale, inaugurata da Cass. 24 settembre 1999, n. 10511. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, V, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993, p. 581, rimarca che "la clausola che preveda una penale manifestamente eccessiva è considerata clausola diretta a realizzare interessi non meritevoli di tutela".

⁹⁰³ In questi termini F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 188.

⁹⁰⁴ Così F. VOLPE, op. cit., pp. 258 ss. *Contra*, in tempi recenti, M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir. priv.*, 2017, pp. 1012 ss., per il quale, "il sindacato sull'equilibrio economico del contratto rappresenta uno strumento non solo più incisivo della debole tutela offerta dalla vessatorietà, bensì anche immune dal rischio, a dispetto del controllo sulla meritevolezza della causa, di soluzioni ideologicamente connotate"; M. HAZAN, *Polizza di responsabilità professionale: valida la clausola claims made pura?*, in www.altalex.com, per il quale "l'evocazione di una possibilità, per il giudice, di "rivedere" il rapporto sinallagmatico, non per integrarlo (*ex art. 1374 c.c.*) né per interpretarlo secondo buona fede (in caso di clausole dubbie), ma per riequilibrarlo, ove ritenuto sperequato, pare operazione rischiosa, riportando all'interno del contratto un vaglio (di correttezza e buona fede, più che di meritevolezza...) che dovrebbe invece riguardare la fase della formazione del vincolo negoziale. [...] Il valore delle prestazioni oggetto di scambio, infine, sembra elemento rimesso, più di ogni altro, alla discrezione delle parti, non rilevando neppure, ai fini dell'eventuale annullamento per errore (sul prezzo...) del contratto. Considerare la misura del premio quale criterio attorno al quale condurre quel giudizio di meritevolezza (e di eventuale, e conseguente, nullità) evocato dalle Sezioni Unite sembra, in ultima analisi, un'opzione giuridicamente azzardata e, comunque, rischiosa per la stessa sicurezza e stabilità dei traffici economici"; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 ss., per il quale si tratta di "uno stile di decisione e di argomentazione che riesce difficile condividere. [...] Finiremo con l'includere anche la categoria della causa concreta (pur così accattivante, pur così promettente) nel catalogo dei «mezzi»

La bontà della soluzione che si viene argomentando (ovvero la sindacabilità dell'equilibrio delle prestazioni, mercé il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. capoverso), non viene punto scalfita nemmeno se si volge lo sguardo ai

troppo imperfetti – troppo spesso oscillanti fra impieghi futili e impieghi perfino un po' pericolosi - per essere tranquillamente giustificati dai «fini»? Finiremo con l'ascriberla alla serie di quelle «buone intenzioni» di cui è purtroppo lastricata la via dell'Inferno? (L'Inferno – intendo- della distorsione dei concetti e della torbidezza dei ragionamenti. Dunque, dell'arbitrio delle decisioni). Non lo considero un esito ineluttabile. È sufficiente – per scongiurarlo- che gli interpreti evitino di innamorarsi superficialmente della causa concreta intesa solo come bella formula; non si appaghino di profferirla godendone il suono, ma si sforzino di afferrarne e tenerne saldamente i contenuti e i confini; rifuggano di viverla come una formula magica, come un mantra assai *trendy* ma vuoto; e si decidano piuttosto a trattarla più laicamente e più sobriamente, come strumento operativo da maneggiare con sapienza professionale per produrre giudizi al tempo giusti tecnicamente ben fondati”; M. QUAGLIERI, *Causa concreta e equo contemperamento degli interessi*, cit., p. 386, il quale osserva che l'istituto della causa, *sub specie* di giudizio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322 co., 2 c.c., “se può essere un elemento che concorre a disvelare l'assetto dei reciproci interessi delle parti (e che quindi è funzionale all'attività giurisdizionale), si pone invece quale limite all'intervento del Giudice. Fondare il potere di riequilibrare l'assetto delle prestazioni reciproche sull'elemento che le descrive finisce coll'essere un mero non senso”. L'Autore prosegue alla nota 42 discorrendo di “limite interno, poiché il semplice squilibrio nel valore delle prestazioni non comporta di per sé la nullità del patto (anche al di là dell'applicazione dell'art. 1448 c.c.), posto che la teoria della causa obbliga il Giudice a ricercare eventuali scopi individuali delle parti ulteriori alla semplice percezione del corrispettivo”; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., pp. 431-432, non condivide l'interpretazione che assegna al giudizio di meritevolezza la funzione di controllo dell'equilibrio dello scambio, perplessità che deriva non solo dalla “difficoltà di giustificare, stante la lettera della legge, una applicazione estensiva, ma anche dall'impossibilità di individuare nell'equilibrio dello scambio un fattore determinante la efficacia giuridica di un contratto. (...) Ma poiché il giudizio di meritevolezza serve per selezionare i contratti che perseguono interessi degni di protezione giuridica e non per stabilire le modalità attraverso le quali tali interessi sono in concreto realizzati, non pare corretto assumere come criterio di apprezzamento della autonomia privata la meritevolezza, quando il problema da risolvere riguarda le modalità dello scambio. In altri termini la meritevolezza delimita la giuridicità dei rapporti privati in ragione delle situazioni finali che essi creano e non può, perciò, essere sovrapposta ad altre valutazioni, quali la sussistenza dell'equilibrio negoziale. (...) Pertanto, se si vuole assumere l'equilibrio come un elemento immanente nel contratto con la conseguenza che la sua mancanza fa venir meno l'idoneità del contratto a creare un vincolo efficace, si debbono utilizzare sistemi di controllo sull'autonomia privata diversi da quello di meritevolezza”. In particolare l'A. ritiene, a p. 433, che “la realizzazione dell'equilibrio contrattuale rimane affidata alla buona fede ed all'equità: la prima diretta a modellare il contenuto negoziale secondo i canoni della correttezza e della lealtà: l'altra preposta alla determinazione della giustizia singolare. Le correzioni che si ottengono attraverso la buona fede e l'equità non sono, però, nel senso di togliere efficacia alla convenzione privata, ma di modificarne le conseguenze”. Dubbioso sull'impiego del giudizio di meritevolezza per sindacare lo squilibrio contrattuale, G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 11, p. 1527, anche nt. 32. Sull'opportunità di tenere distinti i piani del giudizio di meritevolezza e del principio di ragionevolezza (commistione cui inevitabilmente giungono quegli autori che identificano il contratto immeritevole con il contratto abusivo degli interessi dei terzi), cfr. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, cit., p. 800, laddove si precisa che si tratta “di due piani concettuali diversi che difficilmente appaiono sovrapponibili e che operano in due fasi diverse dell'esercizio dell'autonomia negoziale. La meritevolezza indica il positivo una qualità dell'atto di autonomia negoziale, individuando a priori i principi dell'ordinamento che consentono all'autonomia negoziale di superare i limiti posti dalle norme ordinarie, la ragionevolezza indica in negativo ciò che l'atto di autonomia negoziale non deve realizzare ed è principio che si applica nella fase esecutiva quando si valuta lo squilibrio tra le posizioni contrattuali”.

sistemi d'oltralpe, e segnatamente a quello francese, il cui diritto dei contratti e delle obbligazioni è stato di recente oggetto di una radicale riforma⁹⁰⁵.

Se infatti, ad una prima osservazione del rinnovato assetto dei rapporti privatistici, sembra essersi portata a compimento una inesorabile deriva anticausalista, non v'è chi non veda come in realtà il legislatore riformista, pur avendo eliminato dal *Code civil* la causa quale requisito di validità del contratto⁹⁰⁶, abbia purtuttavia salvaguardato la funzione tradizionalmente ad essa riservata⁹⁰⁷: in particolare, quella di controllo dell'equilibrio delle prestazioni⁹⁰⁸ in uno alla funzione correttiva del negozio⁹⁰⁹. Tale ultimo assioma costituisce, in particolare, la consacrazione dell'innovativo principio elaborato dalla *Court de Cassation* nel

⁹⁰⁵ Si tratta della *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, attuata in Francia con l'Ordonnance n. 2016-131, del 10 febbraio 2016. La Riforma, pubblicata sul *Journal officiel de la République Française* dell'11 febbraio 2016, è entrata in vigore il 1° ottobre 2016. Per i primi commenti sulla Riforma in parola, cfr. G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, pp. 1 ss.; ID., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.; nonché, più di recente, G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 3, pp. 695 ss.; D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2016, 1, pp. 311 ss.; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 11, pp. 1543. Per una disamina dei diversi progetti di riforma presentati in Francia v. M. GIROLAMI, *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del code napoléon nella prospettiva del giurista italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 2, pp. 243 ss.; ID., *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 27 ss.; G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2015, 2, pp. 177 ss.; G. CRICENTI, *Aspetti della causa in diritto civile francese. L'avant-project di riforma*, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 853 ss.

⁹⁰⁶ Cfr. art. 1128 Code, nuova formulazione. In dottrina, si esprimono in senso critico nei riguardi della scelta del legislatore francese di eliminare, anche solo a livello terminologico, la nozione di causa, ex multis, M. FABRE-MAGNAN, *Critique de la notion de contenu du contrat*, *ivi*, p. 639 ss., *la quale afferma che la nozione di causa « est un symbole de la culture juridique français »*, p. 646; T. GENICON, *Notion nouvelles et notion abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, in *Rev. des contrats*, 2015, pp. 630 ss.

⁹⁰⁷ Discorrono della sopravvivenza della causa nel testo della riforma francese, T. GENICON, *Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *Recueil Dalloz*, 23 juillet 2015, n. 27, p. 1551 ss.; D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n. 240, p. 38 ss.

⁹⁰⁸ In argomento cfr. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, à jour de la réforme 2016*, 2016, pp. 432 ss.

Una disposizione che sembra inserirsi in questo contesto è il nuovo art. 1169, che ribadisce la regola della nullità per mancanza di causa quando la controprestazione è «illusoire ou dérisoire»

⁹⁰⁹ Il riferimento è l'art. 1170, laddove v'è menzione delle clausole che privano di «sa substance l'obligation essentielle», che vanno ritenute non scritte. In dottrina, con riguardo al testo della disposizione introdotta dalla riforma v. P. DELEBELQUE, *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *Rev. des contrats*, 2015, p. 759 ss.

noto caso *Chronopost*⁹¹⁰, che si è mossa lungo la direttiva della causa concreta e dei principi di buona fede e ragionevolezza, per privare di efficacia una clausola particolarmente sperequata in danno di una parte⁹¹¹.

Quanto poi alle conseguenze della eventuale declaratoria di nullità della clausola *claims made* per immeritevolezza, la Corte di Cassazione ne reclama il carattere reale, con l'applicazione dello schema *loss occurrence* ex art. 1917 co.1 c.c., così imboccando la strada della nullità parziale ai sensi dell'art. 1419 co. 2⁹¹² in combinato disposto con l'art. 2 Cost., il cui precetto “entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone di buona fede, cui attribuisce *vis normativa*”⁹¹³.

Si tratta, in tutta evidenza, di una soluzione che conduce nella direzione di preservare il diritto alla garanzia spettante all'assicurato, seppur facendo risorgere a nuovi fasti la copertura che il legislatore ritiene tipicamente idonea a fronte della responsabilità del professionista, *id est* quella descritta dall'art. 1917 c.c. Giova notare che, differentemente dalla logica dei contratti di consumo – dove al contraente “pentito” viene data la possibilità di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale – l'interesse dell'assicurato è quello di mantenere il più possibile attiva l'operatività della polizza, con la conseguenza che essa rimane valida ed

⁹¹⁰ Cass. comm., 22 ottobre 1996, n. 93-18632, in *Bull. civ.*, n. 261, IV, p. 223. La Corte parigina ha reputato non scritta una clausola contenuta in un contratto di trasporto, che limitava la responsabilità del vettore in caso di ritardo, al solo corrispettivo per l'esecuzione della prestazione, giudicandola non conforme alla causa del contratto (nella fattispecie concreta, il mittente veniva escluso dalla gara a causa del ritardo nella consegna). Più di recente v. Cass. comm., 13 février 2007, n. 05-17407, in *Rev. dr. civ.*, 2007, p. 707, con nota di D. MAZEAUD; Cass. comm., 29 juin 2010, n. 09-11.914, in *Bull. civ.*, I, n. 115.

⁹¹¹ La giurisprudenza tedesca, invece, a quanto consta, ha preferito discorrere del contratto squilibrato come di un contratto nullo per contrarietà a buon costume. Cfr. Corte Cost. tedesca, 19 ottobre 1993, in *Foro it.*, 1995, II-IV, pp. 87 ss., con nota di A. BARENGHI, che ha giudicato contraria al buon costume la pattuizione in base alla quale si realizza una situazione di dipendenza di un contraente rispetto all'altro, che si manifesta attraverso la sopportazione degli oneri economici esclusivamente da parte di uno solo di essi

⁹¹² Diversamente, l'applicazione del 1 comma dell'art. 1419 c.c. avrebbe ineluttabilmente comportato la trasmissione della nullità all'intero contratto, in quanto dovendosi ricercare la volontà presunta dei contraenti, risulta di palmare evidenza che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto senza la clausola *claims made*. Risultato questo oltremodo penalizzante per l'assicurato, che all'esito di tale operazione ne sarebbe uscito del tutto privo di copertura con la sola ben magra consolazione del diritto alla restituzione all'indennizzo. Così M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite.*, cit., p. 946. L. FERRONI, *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia privata e la nuova filosofia cui s'informa il regime dell'invalidità*, in *Saggi di diritto civile*, Pesaro, 2003, 35.

⁹¹³ Corte Cost., 2 aprile 2014, n. 77, cit.; Corte Cost. 24 ottobre 2013, n. 248, cit.

efficace, eccetto nella parte in cui dà luogo ad una contrazione della copertura, a tutto vantaggio della Compagnia. In altri termini, si sanziona quella specifica parte del contratto volta a turbare l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, così da riconsegnare al regolamento contrattuale il requisito della meritevolezza, secondo l'idea che il nostro ordinamento ha imposto in ordine alla funzione del contratto di assicurazione.

Il robusto avanzare di nuovi scenari nell'*aquis* giurisprudenziale, ha investito il legislatore del delicato problema di por mano alla regolamentazione dell'alternativa da *claims made*, in linea di continuità con quanto già accaduto in altri Paesi europei⁹¹⁴.

⁹¹⁴Nei sistemi di *civil law*, l'ammissibilità della clausola *claims made* non è stata pacifica. In Francia, in un primo momento ne è stata dichiarata l'illegittimità sulla base del rilievo che una simile clausola avrebbe privato ingiustamente l'assicurato dell'aspettativa di essere tenuto indenne dei fatti illeciti dal medesimo perpetrati vigente la copertura assicurativa, ove la richiesta del danneggiato non fosse stata tempestivamente proposta all'assicuratore. Tuttavia, con la l. 706/2003, è stata completata la disciplina generale del *Code d'assurance* e, di conseguenza, allo stato sono due i principi in materia di *garantie dans le temps* ovvero sia il *fait dommageable* o la *rèclamation* (quest'ultima limitata ai danni industriali e professionali e alla responsabilità sanitaria). Con il nuovo art. L. 124-5 il legislatore d'oltralpe ha disciplinato le clausole *claims made*, prevedendo (oltre al divieto di inserire tali clausole nelle polizze con i consumatori) la possibilità che la polizza assicurativa produca i suoi effetti anche per le richieste risarcitorie pervenute oltre la sua scadenza. Esattamente, la garanzia assicurativa, secondo il primo principio menzionato, copre gli eventi dannosi intervenuti nel periodo di efficacia della polizza, a prescindere dalla data di verifica degli altri elementi costitutivi, mentre con il sistema della *rèclamation*, quelli anteriori alla scadenza ovvero alla risoluzione del contratto, purché la richiesta di risarcimento danni sia per la prima volta formulata entro un termine stabilito nella polizza e comunque non inferiore a cinque anni, decorrente dalla scadenza del contratto o dal recesso dell'assicuratore. Il che importa l'estensione dell'oggetto della prestazione di garanzia agli eventi anteriori alla stipula della polizza, purché la richiesta di risarcimento sia avanzata vigente quest'ultima. Situazione non dissimile a quella appena citata si registra nell'ordinamento belga. Infatti, l'assicurazione di responsabilità civile, originariamente, era retta dal principio di *occurrence basis*, in virtù del quale, la protezione assicurativa è accordata solo per quegli eventi dannosi prodottisi durante il periodo di efficacia della copertura. Si trattava di norma imperativa che non ammetteva, pertanto, il ricorso al sistema del *claims made*. Tuttavia, un intervento legislativo del 1994 ha introdotto la possibilità di deroga al principio enunciato, privandolo, pertanto, della sua natura imperativa, escludendo dall'ambito di operatività della stessa le assicurazioni di massa (come le assicurazioni di responsabilità civile legate alla vita privata). Inoltre, nell'ottica di una maggiore tutela dell'assicurato, è stata introdotta una norma, che prevede l'obbligo per l'assicurato di concedere una *garantie de posterité* ovvero sia un periodo di tempo non inferiore a trentasei mesi dalla scadenza del contratto, durante il quale si considerano efficaci le richieste di risarcimento danni per i fatti accaduti vigente l'assicurazione. Anche in Spagna, all'originario atteggiamento di chiusura ha fatto seguito una riforma della legge del contratto di assicurazione. L'art. 73 della *Ley de Contrato de Seguro* prevede la possibilità di limitare la copertura assicurativa alle richieste di risarcimento proposte nel periodo di vigenza della polizza, mitigando la clausola con la concessione di un periodo di retroattività o ultrattività non inferiore a un anno. In materia, D. DE STROBEL, op. cit., pp. 531 ss.; F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, cit., pp. 814 ss.

Senonché la tipizzazione normativa non è stata affatto indolore. Vale la pena indugiare sulla tecnica di formulazione delle nuove disposizioni e sull'atteggiamento di netta chiusura che la giurisprudenza ha successivamente (e alquanto inopportunamente) serbato.

Dal primo punto di vista, ci si è ampiamente soffermati sull'incedere legislativo, che a distanza di un solo anno si è tradotto in ben due interventi di riforma che hanno toccato, tra gli altri, il tema delle polizze professionali *claims made*, segnando un definitivo congedo dalla precedente situazione di anonimato in cui versava il nostro ordinamento. Nella prospettiva coltivata, si è avuto modo di riscontrare che il legislatore, lungi dal disciplinare una volta per tutte la copertura a richiesta fatta, ha proceduto a legiferare in maniera settoriale ed adottando, a seconda della classe professionale di riferimento, soluzioni differenziate a tutela dell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni. Per gli avvocati, infatti, l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 ha previsto una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per coloro che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza; di converso, i sanitari godono di un regime di estensione temporale della garanzia che l'art. 11 della l. 24/2017 determina nella retroattività (solo) decennale e nella ultrattività per l'ipotesi di cessazione definitiva dell'attività.

Dal canto suo, la Cassazione, quasi a voler contraddire *apertis verbis* l'apertura legislativa in favore del modello *claims made*, con due sentenze gemelle del 28 aprile 2017, ha predicato l'immeritevolezza delle clausole prive di una "copertura postuma", in tal modo vanificando la *ratio* stessa del sistema "a richiesta fatta", ponendo nel nulla tutta l'elaborazione giurisprudenziale degli ultimi anni e mettendo in serio pericolo la stessa sopravvivenza e competitività del mercato assicurativo nazionale. La Corte sposta, in simil modo, il fuoco dell'indagine sul periodo posteriore al contratto⁹¹⁵, colpendo al cuore le clausole *claims made*, persino nella loro formulazione pura.

In definitiva, se nell'ottica fatta propria dalle Sezioni Unite lo svantaggio derivante dalla impossibilità di consentire l'accoglimento delle richieste presentate dopo la scadenza si riteneva bilanciabile, per le *claims made* impure, con la

⁹¹⁵ L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 1382.

previsione di un periodo di limitata retroattività, ovvero con un premio che risultasse all'uopo adeguato, o ancora con l'accertamento del rispetto delle condizioni di correttezza che devono presiedere lo svolgimento delle trattative – facendo il paio con la logica che presiede le clausole pure, ritenute sempre e comunque meritevoli, per le ragioni innanzi viste – a giudizio della Corte di Cassazione del 2017 tale impossibilità di copertura delle richieste postume è ritenuta intollerabile, al punto da rendere, di per sé sola, non meritevole di tutela le clausole *claims made*, comunque articolate. Tale “lettera scarlatta”⁹¹⁶ viene apposta *expressis verbis* solo alle clausole impure, ma il senso della pronuncia induce ad estendere tale esito anche alle clausole pure, perché del pari non consentono la copertura delle richieste postume⁹¹⁷.

Il che equivale, in sostanza, ad una vera e propria messa al bando delle *claims made*, perché il prolungamento *ex post* della garanzia⁹¹⁸, lungi dal caratterizzare la generalità delle polizze sul mercato, costituisce solo un accidente episodico⁹¹⁹.

Il “braccio di ferro” tra il legislatore e la giurisprudenza di legittimità non accenna, invero, a placarsi. La propaggine di questa “scaramuccia nazionale” ha avuto i suoi seguiti tra la fine del 2017 e gli albori del 2018.

Gli è che, come innanzi osservato, la legge annuale per la concorrenza e il mercato (l. 4 agosto 2017 n. 124) aggiunge un altro tassello al mosaico normativo che caratterizza le polizze della r.c. professionale. Infatti, l'art. 1, comma 26, ha integrato l'art. 3, comma 5, lett. e) della legge 14 settembre 2011 n. 148, operando una svolta di portata affatto trascurabile, poiché suo tramite si assiste ad un radicale *restatement* della materia. La nuova regolamentazione, se da un lato ha la pretesa di disciplinare le coperture assicurative della responsabilità civile di tutti i

⁹¹⁶ In questi termini A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, cit., p. 445.

⁹¹⁷ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, cit., p. 446, riferisce che la terza sezione civile è arrivata in sostanza “a cingere d’assedio la clausola *claims made*, la quale parrebbe ormai barricata all’interno di un fortilizio in attesa della pressoché inevitabile capitolazione”.

⁹¹⁸ A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziari*, cit., p. 447, rilevano che “il più recente responso dei giudici di legittimità suoni a mò di bocciatura per una formula che campeggia nella prassi”.

⁹¹⁹ Così A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli o no: claims made senza rete*, cit., p. 1932.

professionisti intellettuali, dall'altro provvede in concreto a tale ambizioso progetto tracciando un regime di estensione temporale della garanzia punto diverso da quelli rivenienti da ambedue i precedenti testé menzionati⁹²⁰, prospettando non pochi problemi di coordinamento⁹²¹.

Come anticipato, la terza sezione civile della Corte di Cassazione non ha tardato a sferrare l'ennesimo colpo alle clausole *claims made*, *bypassando* completamente (e ancora una volta!) le coordinate provenienti dal formante legislativo. Con l'ordinanza interlocutoria del 19 gennaio 2018, n. 1465, la Corte ha infatti rimesso gli atti al Primo Presidente, per la valutazione dell'opportunità di una (ulteriore) assegnazione alle Sezioni Unite della controversa tematica delle coperture assicurative *claims made*. Traluce dal meditato scrutinio della motivazione l'intento di (ri)proporre, sotto le mentite spoglie della prospettiva d'indagine volta a ricercare i limiti all'autonomia negoziale delle parti nella definizione del concetto di "sinistro" rilevante nell'assicurazione della responsabilità civile di cui all'art. 1917, comma 1, c.c., una chiave di lettura ostracistica nei confronti dell'ammissibilità della copertura *claims made*, che fa leva sui presupposti teorici a monte della peculiare struttura del contratto di assicurazione.

Il senso di generale insoddisfazione non si attenua nemmeno ad un rapido confronto della soluzione avanzata dalla Corte con quella offerta dal nuovo art. 3, comma 5, lett. e) della l. 14 settembre 2011, n. 148, come modificato dalla l. 4 agosto 2017, n. 124. L'immeritevolezza del patto *claims made* privo di una copertura postuma propugnata dalla Corte, non sembra, invero, ricalcare la

⁹²⁰ Come in precedenza rilevato, l'AGCM aveva a più riprese evidenziato che le polizze *claims made* attualmente in uso ostacolavano la mobilità degli assicurati da una Compagnia all'altra, per il timore di costoro di incappare in buchi di copertura dinanzi al nuovo assicuratore. Di guisa che l'Autorità richiedeva dei correttivi per ridurre gli ostacoli alla mobilità. Con l'intervento normativo in commento il legislatore ha optato per l'obbligo di offerta di un'ultrattività decennale che prescindesse dalla chiusura dell'attività, ma – a tutto voler concedere – avrebbe anche potuto puntare sulla retroattività obbligatoria o addirittura sulla imposizione di contratti stipulati sul modello *loss occurrence*. Si tratta infatti di alternative tutte ritenute valide a fungere da possibili baluardi alla concorrenza, nei pareri resi dall'Autorità nel 2014 e nel 2016.

⁹²¹ Per un'accurata disamina dell'impatto che la legge sulla concorrenza produce sulla previgente regolamentazione delle polizze *claims made* stipulate dagli avvocati e dagli esercenti le professioni sanitarie, cfr. par. 3 del presente capitolo.

disciplina di recente introduzione. In disparte il giudizio di generale inidoneità dell'alternativa da *claims made* che si desume dall'ordinanza (che già di per sé contraddice i *nova* legislativi che invece, a determinate condizioni, la impongono), se è vero che le nuove disposizioni contemplano un periodo di ultrattività della polizza di r.c. professionale, è altrettanto innegabile che si tratta di una postuma decennale (e non illimitata, come sembra desumersi dall'ordinanza) e che quest'ultima non rientra tra le condizioni essenziali delle polizze, ma si atteggia a mera garanzia che le Compagnie devono necessariamente offrire ai propri clienti-professionisti, come clausola opzionale.

La ricognizione del panorama legislativo e giurisprudenziale consolidatosi (in seppur breve tempo) nella materia che ci occupa, al di là dei progressi compiuti – anche nella prospettiva comparata – denuncia un disorientamento dilagante che si è tradotto in un pulsante duello tra i due formanti. Il che val quanto dire che, con ogni probabilità, i passi fatti finora non coprono tutta la strada da percorrere.

Fuor di metafora, sembra che non si abbiano ancora le idee chiare sulla realtà economica di riferimento⁹²² e sulla direzione che l'ordinamento italiano debba intraprendere, anche (e soprattutto) nella prospettiva di salvaguardare la competitività del mercato assicurativo nazionale. L'alternativa che si prospetta è tale che, delle due l'una: o si procede ad una totale messa al bando del regime *claims made*, ritenuto di tal guisa intollerabile per le esigenze del professionista assicurato, pagando lo scotto di una imminente fuoriuscita dall'orizzonte del mercato assicurativo internazionale; oppure ci si arrende di fronte al fatto compiuto della monopolizzazione della contrattazione ad opera delle polizze *claims*, deponendo le armi e imboccando la strada della convergenza di posizioni. L'opportunità di

⁹²² A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziari*, cit., p. 447, rileva che il modello di assicurazione *claims made* "senza essere il solo rimasto sul campo in assoluto, risulta ormai l'unico disponibile sul mercato (domestico) per quanto attiene all'assicurazione dei rischi professionali, della RC inquinamento per insediamento industriale, attività presso terzi e da operazioni di carico e scarico – ma non di committenza – e della RC prodotti". In termini, G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, cit., p. 1195, osserva che la clausola *claims made* "oltre ad aver "monopolizzato" il mercato dell'assicurazione professionale – è divenuta in ambiti assai rilevanti della responsabilità professionale, il modello legale dell'assicurazione del rischio risarcitorio".

convenire per tale ultima conclusione si apprezza, invero, se solo si pone mente alla circostanza che il meccanismo a richiesta fatta si presenta alla stregua di un'alternativa alla lievitazione massiccia del livello dei premi e alla rarefazione dell'offerta di garanzia⁹²³ che inevitabilmente si verificherebbe. Gli è che nessuna Compagnia sarebbe disposta ad assumersi il rischio di manlevare il professionista dalle conseguenze dannose dello svolgimento della propria attività senza uno sbarramento temporale alla propria esposizione, giusta la moltiplicazione delle occasioni di danno risarcibili e la generale prospettiva vittimologica, testé evocata, da cui muove la giurisprudenza. Vieppiù che il regime di obbligatorietà assicurativa è previsto unilateralmente, a carico del solo professionista.

Ad ogni buon conto, nonostante la precarietà dell'equilibrio raggiunto, un dato è certo: la tutela del professionista-assicurato passa attraverso la compiuta tipizzazione della clausola *claims made*⁹²⁴, nell'ambito – come spesso accade – di un più ampio contesto di validazione di una tipicità sociale già da tempo in atto⁹²⁵.

⁹²³ In questi termini A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 447, nt. 8.

⁹²⁴ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 447; S. MONTICELLI, *Il giudizio di meritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, cit., p. 452; L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, cit., p. 462; F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e immeritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., p. 475; N. DE LUCA, op. cit., pp. 682 ss.; B. TASSONE, op. cit., p. 2730; M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss.; S. CENTONZE, op. cit.; C. MASIERI, op. cit., p. 764; L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»)*, cit., pp. 1032; G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss.; P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., p. 755 ss.; M. GAZZARA, op. cit., pp. 988 ss.

⁹²⁵ B. TASSONE, op. cit., p. 730, afferma che gli interventi normativi degli ultimi anni “non sono che momento finale di un percorso di tipizzazione «social-giurisprudenziale» iniziato anni addietro e lungo il quale solo fasi iniziali del cammino (non certo quelle più recenti) consentivano di porsi la questione dell'eventuale atipicità della clausola”; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, cit., p. 447; G. MIOTTO, op. cit., pp. 1390 ss., efficacemente rileva che “la clausola di cui si discute è stata definitivamente sussunta dalla pratica negoziale al diritto positivo, compiendo in tal modo quel percorso di emersione dei tipi (e sottotipi) negoziali dalla prassi alla norma che la dottrina ha da tempo indicato essere una costante del fenomeno della tipizzazione”.

In dottrina, per il recepimento da parte del legislatore di tipi socialmente diffusi nella prassi, cfr. E. GABRIELLI, op. cit., p. 41; V. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 118; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro Passarelli, 1977, p. 39; C. SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, pp. 195 ss.; G. ALPA, *La causa*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I, 1, Torino, 2006, p. 587; F. GALGANO, *Il contratto e l'autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 163.

Non è superfluo ribadire che, aderendo alla prospettiva d'indagine accolta sin dall'inizio del presente lavoro⁹²⁶, le nuove disposizioni si sono semplicemente limitate a consacrare una clausola del contratto di assicurazione, nell'ambito di quella tendenza ad esaltare l'elasticità del tipo (*id est* dell'oggetto⁹²⁷) contrattuale, che vale a distogliere dalla tentazione di confinare ogni sua variante nel limbo dell'atipicità. Gli “spunti di atipicità” rivenienti dalla diffusione, nella prassi del mercato, di nuovi prodotti assicurativi nonché dall'emersione, nel tessuto sociale, di nuovi rischi e nuove esigenze da assicurare, hanno innescato un processo di rinnovamento, che non si è realizzato al prezzo della perdita di tipicità⁹²⁸ del modello contrattuale⁹²⁹. Allo stato, i recenti mutamenti legislativi rappresentano l'approdo finale di tale percorso di evoluzione del tipo assicurativo, la cui struttura e funzione (*id est* la causa) rimangono inalterati, a dispetto della sensibile “dinamicità” dell'oggetto, che lumeggia un criterio di selezione temporale dei danni indennizzabili diverso da quello delineato dall'art. 1917, 1 comma, c.c.

Con la precisazione, più volte ribadita, dei limiti intrinseci in una tipizzazione “a macchia di leopardo”, offerti *in parte qua* proprio dalla scelta legislativa circa i correttivi a garanzia dell'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, non del tutto coincidenti nell'avvicinarsi delle diverse prescrizioni normative. All'inizio impostati sulla retroazione della garanzia (illimitata o decennale), successivamente calibrati sulla postuma decennale, sganciata dalla condizione della cessazione dell'attività nell'annualità di polizza. Il tutto iscritto nell'orbita della rinnovata autonomia contrattuale in ordine all'opzione in favore

⁹²⁶ V. *amplius* par. 1, cap I.

⁹²⁷ C. MASIERI, op. cit., p. 764, afferma in proposito che “è la discrezionalità propria del legislatore – non dei magistrati – che può conformare il contenuto del contratto, per realizzare un equilibrio di interessi – o uno “squilibrio” a favore di una delle parti – frutto di una valutazione squisitamente politica”.

⁹²⁸ Per una lettura esaustiva circa la posizione interpretativa in questa sede accolta, cfr. M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Giappichelli, 2009.

⁹²⁹ Vale la pena considerare che tale fenomeno risulta conforme all'analogia tendenza che si registra più in generale nel diritto dei contratti. Sul punto v. M. LUPOI, *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 239-274; E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 779-804; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea, tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, pp. 361-384; F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 543-583; N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 727-738.

del *claims made*, che potrebbe risultare foriera di una vanificazione in ultima istanza del *novum* legislativo, quante volte il professionista faccia dipendere la propria scelta assicurativa da valutazioni prevalentemente – se non esclusivamente – di natura economica. Il che porterebbe alla determinazione di escludere sistematicamente dalle condizioni di polizza la (conveniente) copertura postuma decennale in ragione del (poco conveniente) aumento di premio corrispondente.

Tipizzazione, beninteso, che si ritiene non assurga a circostanza idonea ad infirmare la perdurante attualità dello scrutinio di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, comma 2, c.c. A tal proposito, sia consentito rilevare come non appaia condivisibile l'orientamento secondo cui il giudizio di meritevolezza, anche nella versione in astratto propugnata dalla giurisprudenza più recente, possa oggi considerarsi implicitamente compiuto in positivo, *ex ante*, dal legislatore⁹³⁰.

Sembra, all'opposto, senz'altro più ragionevole doversi convenire per il riconoscimento, in capo al giudice, ora come allora, del potere di sindacare le coperture assicurative stipulate su base *claims made*: sia quelle precedenti all'entrata in vigore dello *jus superveniens* che non replicano, sotto il profilo della copertura pregressa (necessaria, fino all'entrata in vigore della l. 4 agosto 2017, n. 124) e della postuma il modello oggi tipizzato, sia quelle successive che, in spregio

⁹³⁰ In questi termini, N. DE LUCA, op. cit., pp. 682 ss., riferisce infatti che “il trend normativo mostra chiaramente la via per eliminare per il futuro ogni residua perplessità sulla validità o sulla efficacia delle clausole *claims made*: queste sono pienamente legittime e non suscettibili di valutazioni di meritevolezza o di vessatorietà quando coprono tutti gli eventi generatori di danno passati, o almeno quelli degli ultimi dieci anni, e quando consentono all'assicurato – a sua discrezione – di mantenere la copertura assicurativa, con il pagamento dei relativi premi, anche per i fatti verificatisi nel corso della validità temporale delle polizze per i quali non siano state presentate richieste di risarcimento”; C. MASIERI, in op cit., p. 764, riferisce che “il legislatore ha istituito con l'art. 11 una fattispecie legale – un sotto-tipo del contratto di assicurazione – che si basa sul duplice elemento dell'evento dannoso e della denuncia, che è esattamente uguale a della clausola *claims made*. Il che toglie ogni possibilità, d'ora in poi, di considerarla atipica, e dunque di discutere della sua meritevolezza ex art. 1322 c.c.”. G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 2017, 10, p. 1200, del pari afferma che “Il giudizio di meritevolezza, infatti, richiede l'atipicità del contratto o, quanto meno, del singolo patto, inserito in un contratto tipico, mentre il sistema c.d. *claims made* è diventato, in alcuni ambiti della responsabilità civile, il modello legale dell'assicurazione del rischio risarcitorio”; P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, cit., p. 755.

alle prescrizioni legislative, non contengano i medesimi accorgimenti⁹³¹. Sia le polizze, precedenti o successive, che, pur conformi al disegno legislativo, ciononostante siano foriere di uno squilibrio, anche economico, a scapito del professionista-assicurato.

Tale ultima eventualità pare, invero, di tutt'altro che rara verifica in un contesto normativo che impone, oggi, ai sensi del novellato art. 3, comma 5, lett. e), della l. 14 settembre 2011, n. 148, alle Compagnie di proporre ai propri clienti – anche per le polizze già in corso – la copertura postuma decennale. Ebbene, una simile offerta potrebbe essere convenuta ed accettata, ad esempio, a fronte di un premio troppo alto, che difficilmente si giustificherebbe nella logica di corrispettività⁹³². Ovvero ancora, nonostante la ragionevolezza del corrispettivo versato a fronte dell'ampliamento del periodo di copertura, l'immeritevolezza potrebbe nondimeno annidarsi nella stessa scelta, da parte del cliente, di optare per una postuma decennale di cui, a ben guardare, non aveva necessità alcuna di dotarsi. Senza contare l'insidia, sempre dietro l'angolo, dei buchi di copertura che un formalistico ossequio da parte delle Compagnie alla nuova disciplina potrebbe ingenerare: si dia il caso di un cliente che, ad oggi, disponga di una copertura senza postuma e con retroattività limitata. Tale soggetto sarebbe irrimediabilmente esposto ad un buco di garanzia per tutte le richieste risarcitorie che, non avanzate nella vigenza della polizza precedente, resterebbero escluse dall'ambito di applicazione del nuovo paradigma di copertura.

L'asimmetria informativa che presiede i rapporti intercorrenti tra la Compagnia e i clienti assicurati, anche se professionisti, potrebbe giocare a sfavore di questi ultimi, soprattutto se, in fase di intermediazione e consulenza assicurativa,

⁹³¹ In questi termini, S. MONTICELLI, op. cit., p. 453; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, op. cit., p. 448.

⁹³² Corre l'obbligo, in questa sede, di rilevare come l'adeguatezza del corrispettivo prestatore dall'assicurato a titolo di premio, sia stata di recente enfatizzata dalla stessa Corte Costituzionale, seppur nel diverso settore delle polizze r.c. automobilistica. Con la sentenza del 6 ottobre 2014, n. 235, il giudice delle Leggi ha infatti statuito che "l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi", così elevando la congruità del premio a condizione che addirittura giustifica un arretramento del principio costituzionale dell'integrale risarcimento del danno alla persona.

gli intermediari non si adoperino per valorizzare le concrete necessità dell'assicurato⁹³³, favorendo la scelta del prodotto assicurativo più adeguato⁹³⁴ alle specifiche esigenze del cliente.

Di guisa che, in situazioni come quella innanzi descritta, l'obbligo della Compagnia di profilare correttamente le esigenze di rischio della propria clientela – ferma la libertà di scelta del cliente – sembra possa essere assolto, paradossalmente, proprio continuando a proporre polizze retroattive e senza postuma, in alternativa alla soluzione individuata dalla legge sulla concorrenza. Ovvero ancora, pattuendo la c.d. *deeming clause*^{935 936}, una clausola di denuncia preventiva, che consente al professionista di tenere in copertura anche le richieste di risarcimento pervenute dopo la scadenza della polizza, collegate però a “circostanze” che siano state dal medesimo conosciute e denunciate (*notification of circumstances*) in costanza della polizza stessa⁹³⁷. Con la conseguenza che l'assicuratore sarà tenuto ad indennizzare il danno, dovendo considerare come

⁹³³ In argomento cfr. F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2011, p. 515.

⁹³⁴ A tal proposito, l'art. 120, comma 3, Cod. Ass. e l'art. 52 Reg. Isvap 5/2006, impongono all'assicuratore di proporre o consigliare un “prodotto adeguato”, e a tal fine prevedono un obbligo di diligenza a suo carico, da adempiere “previamente illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione”.

In dottrina, cfr. R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e di assicurazione*, Milano, 2012; V. SANGIOVANNI, *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. e impr.*, 2010, pp. 123 ss.; ID., *Informativa precontrattuale e norme di comportamento degli intermediari assicurativi*, in *Contr.*, 2009, pp. 510 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La valutazione dell'adeguatezza del contratto di assicurazione offerto*, in *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa*, Milano, 2011, pp. 31 ss.

⁹³⁵ Sia consentito rinviare, per un'opinione circa l'opportunità dell'inserimento nei *wording* negoziali della *deeming clause*, già prima dell'avallo legislativo ad opera della l. n. 24 del 2017, a R. MUGAVERO, *Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*, in *Giur. Comm.*, 2017, 6, pp. 992 ss.

⁹³⁶ Si veda sul punto F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. Ed econ. Ass.*, 2007, pp. 814 ss.; ID., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle “coverage trigger disputes”*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, pp. 59 cit., 90 ss.

⁹³⁷ Il testo di una *deeming clause* normalmente recita:

“L'assicurato dovrà dare immediata comunicazione scritta agli Assicuratori durante il periodo di assicurazione di:

1. qualsiasi richiesta di risarcimento presentata all'Assicurato;
2. [omissis]
3. qualsiasi circostanza di cui l'Assicurato venga a conoscenza che si presuma possa ragionevolmente dare origine ad una richiesta di risarcimento nei confronti dell'Assicurato, fornendo le precisazioni necessarie e opportune con i dettagli relativi a date e persone coinvolte. L'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alle comunicazioni specificate ai punti ...[omissis]... 3 sarà considerata come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione”.

sinistro in garanzia la iniziale comunicazione di mere circostanze di fatto, a nulla rilevando la data in cui poi sia stata formalizzata la richiesta risarcitoria⁹³⁸.

Tale clausola (di cui si ritrova una traccia nell'art. 11 della l. 24/2017⁹³⁹), nel consentire la realizzazione di indubbi vantaggi per entrambe le parti del rapporto, garantirebbe l'adeguatezza del prodotto assicurativo, mercè il riequilibrio delle posizioni contrattuali, indice positivo della meritevolezza della polizza che deve essere verificata in concreto dal giudice⁹⁴⁰.

Ma vi è di più. La perdurante attualità di uno scrutinio di meritevolezza in concreto nonostante la sopravvenuta tipizzazione, sembra invero potersi desumere dalle stesse pieghe del testo normativo, laddove il legislatore (peraltro con una particolare enfasi) lascia salva la possibilità per le parti di negoziare soluzioni diverse da quelle stabilite dall'art. 3, comma 5, lett. e). Meritevolezza che si potrebbe, in positivo, ritenere raggiunta quante volte il regime prescelto coincida proprio con quello originariamente coniato dal decreto ministeriale per i professionisti forensi e dalla legge Gelli per gli esercenti la professione sanitaria, che, per tale via, potrebbe andare incontro ad una sorta di “reviviscenza” pattizia.

⁹³⁸ G. FACCI, op. cit., p. 162. In tal senso, anche M. GAZZARA, op. cit., pp. 988 ss.; L. LOCATELLI, op. ult. cit., p. 468, conclude quindi che “Con questo particolare accorgimento, qualsiasi comunicazione effettuata dall'assicurato con cui si notifica all'assicuratore l'esistenza di una circostanza che potrebbe dare origine a un danno o a una richiesta di risarcimento, viene trattata come richiesta presentata e denunciata durante il periodo di assicurazione”.

⁹³⁹ In questi termini, M. HAZAN, op. cit., p. 89; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, “code lunghe” e ostracismi giudiziali*, cit., p. 447; M. MONTICELLI, op. cit., p. 459; L. BUGIOLACCHI, op. ult. cit., pp. 1032 ss.,

⁹⁴⁰ Recentemente, si dirige nella prospettiva coltivata, F. DELFINI, *Le Sezioni Unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, cit., pp. 566 ss., il quale rileva che “costituisce “esterofilia di maniera”, ed alquanto provinciale, l'insistenza – che spesso si rinviene nella dottrina più appiattita sulle esigenze dell'industria assicurativa – circa l'impossibilità di impedire l'ingresso in Italia del modello contrattuale anglosassone *claims made* – paventando una marginalizzazione economica del Paese – senza richiamare, come si dovrebbe, l'intero contesto di riferimento ove l'istituto contrattuale è sorto e vive, cioè il sistema giuridico di origine: e così proprio le cautele – tra cui le possibilità di denuncia di “circostanze” non ancora tradottesi in *claim* – che la giurisprudenza di origine prevede a garanzia della fairness e reasonability della polizza. Basterà dunque ricordare a tal proposito, ed in conclusione, che il modello anglosassone di importazione, di cui si discute, deve di per sé, (...) dare copertura all'assicurato non solo per i “*claims made during the policy period*” (cioè a cui “campioni nazionali” delle *claims made* vorrebbero limitare la copertura), ma altresì per i “*claims made after the policy period arising, from circumstances first known during the policy period*”.

Ciò posto, altro è lo scrutinio di meritevolezza in concreto, effettuato dal giudice *ex post* e sulla base di una valutazione complessiva del rapporto e delle prestazioni in relazione alle concrete esigenze delle parti, altro è l'immeritevolezza *ex se* della clausola *claims made*, ovvero sol perché priva della copertura postuma, che la giurisprudenza più recente, in preda ad una sorta di "rigurgito di astrazione"⁹⁴¹, professa.

Appare, invero, ingiustificato il furore che anima la campagna giurisprudenziale contro le *claims made*⁹⁴².

In primo luogo, l'atteggiamento di sfavore contro i patti sulla operatività della garanzia in deroga al regime di cui all'art. 1917 c.c. si rivela aprioristico, se non addirittura miope: esso infatti non tiene conto della circostanza che l'enucleazione degli innumerevoli svantaggi che da esso discenderebbero per l'assicurato, non si prestano punto ad essere eliminati se questo fosse coperto da una polizza *loss*. Come è stato efficacemente rilevato, entrambe le tipologie di polizze, *loss occurrence o claims made*, di per sé espongono l'assicurato a "buchi di copertura" non sempre tempestivamente preventivabili⁹⁴³.

Senza contare gli inconvenienti derivanti dai sinistri a manifestazione ritardata o di lunga latenza, difficilmente fronteggiabili da una polizza di tipo tradizionale. A tal riguardo, non è superfluo far menzione del *position paper* redatto

⁹⁴¹ In questi termini, A. PALMIERI – R. PARDOLESI, op. ult. cit., p. 1928.

⁹⁴² A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, cit., p. 1930, i quali, condivisibilmente, pongono il seguente quesito: "l'atteggiamento di sfavore fatto proprio dall'odierna pronuncia, può dirsi coerente con altri segnali che possono cogliersi a livello del sistema nel suo complesso?"

⁹⁴³ N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, cit., pp. 682 ss., efficacemente rileva che "è affermato ma per nulla dimostrato che la formula *claims made* conduca "inevitabilmente" a buchi di copertura che, invece, la formula *loss occurrence* escluderebbe. (...) L'esempio dimostra che eventuali buchi di copertura possono dipendere non dalla formula, *claims made o loss occurrence*, bensì dalla sussistenza di una polizza di assicurazione nel momento in cui il sinistro, come definito dalla legge o dalla polizza, si verifica". In termini, L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, cit., p. 463, rileva che "La premessa è che ogni sistema non può dirsi immune da elementi critici. Spesso si è parlato di squilibrio sinallagmatico nel rapporto tra i contraenti, con uno sbilanciamento a favore dell'assicuratore. Tuttavia, non va dimenticato che se la clausola *claims made* riduce il periodo effettivo di copertura negando ingresso alle richieste posteriori al termine del contratto, su altro versante essa consente ciò che l'art. 1917 c.c. esclude: l'assicurazione retroattiva purché relativa a fatti non conosciuti".

dall'ANIA (Associazione Nazionale per le Imprese Assicuratrici) nell'ottobre del 2014, col quale si sono rimarcate le problematiche più frequenti dello schema *loss occurrence*: tra le più rilevanti, esso impone alle imprese di stimare un importo di risarcimento sulla base di criteri valutativi non più in uso al momento della tariffazione, ovvero di appostare consistenti riserve IBNR (*Incurring but not reported*), ovvero ancora di effettuare proiezioni statistico-attuariali sulla sinistralità tardiva i cui eventuali errori gravano su annualità di bilancio future rispetto a quella della polizza attivata, per non dire delle difficoltà in ordine alla fissazione nel tempo del momento esatto che rende operante la garanzia.

Per tali ragioni, è stato sostenuto in molti luoghi dalla dottrina che il modello *claims made* sia l'unico effettivamente idoneo a gestire i rischi connessi alla lungolatenza dei danni, il che induce le Compagnie a farvi sovente ricorso per far fronte ai problemi di sostenibilità tecnica dell'operazione assicurativa⁹⁴⁴. Esigenza, quest'ultima, oggi ancor più avvertita, a seguito del regime introdotto dalla direttiva *Solvency II*⁹⁴⁵ che, al fine di tutelare il sistema e proteggere gli assicurati, ha regolato l'attività d'impresa, imponendo dei vincoli funzionali, adeguati requisiti di capitalizzazione, requisiti di onorabilità e professionalità per la *governance* e la valorizzazione della sana e prudente gestione, che assurge a vera e propria regola di condotta. Il che val quanto dire che la stabilità dell'impresa assicuratrice, baluardo fondamentale per gli assicurati e gli aventi diritto alle prestazioni assicurative, è un valore primario per la salute del mercato assicurativo, preservabile proprio attraverso le clausole in esame tanto osteggiate.

⁹⁴⁴ *Ex multis*, M. MAZZOLA, op. cit., pp. 1012 ss., che mette in luce “un inconveniente tutt'altro che trascurabile per gli interessi dell'assicurato: è concreto il rischio che la riserva, prevista per i sinistri accaduti ma non ancora denunciati, calcolata mediante proiezioni statistico-attuariali in termini di numerosità e base storica disponibile, venga sovrastimata, con inevitabile riflesso in aumento sui premi”.

⁹⁴⁵ Per una disamina della disciplina introdotta dalla normativa comunitaria, cfr. S. SYLOS LABINI-S. DELL'ATTI, *Governance delle imprese assicurative: cosa manca all'Italia per risultare compliant rispetto a Solvency II?*, in *Riv. banc.*, 2017, 6, pp. 101 ss.; L. VELLYSIG, *L'accesso e l'esercizio dell'attività assicurativa tra normativa europea normativa italiana: il modello Solvency II*, in *Contr. e impr. Europa*, 2017, 1, pp. 357 ss.; M. SCALISE – F. FICHERA, *Solvency II: impatti del nuovo regime sui profili pubblicistici della vigilanza assicurativa*, in *Dir. del Mercato Ass. Finanz.*, 2017, 1, pp. 119 ss.; E. PIRAS., *La strategia regolatoria per il mercato assicurativo: Solvency II*, in *Riv. Trim. di Dir. dell'Econ.*, 2015, 3, pp. 219 ss.; S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contratto impr. Europa*, 2, 2016, pp. 691 ss.

La ricognizione delle caratteristiche che s'offrono da un'accurata analisi del modello di gestione del rischio assicurativo c.d. *claims made*, consente di evidenziare il (troppo spesso trascurato) bilanciamento dei contrapposti interessi che suo tramite si viene definendo: quello dell'assicuratore, ad una migliore predisposizione delle riserve, ad una contrazione della responsabilità e ad una più efficiente quotazione del rischio, del premio e dei massimali, senza tralasciare la fidelizzazione del cliente⁹⁴⁶; quello del professionista-assicurato, sempre più frequentemente esposto a richieste risarcitorie a distanza di molto tempo dalla commissione del fatto illecito o inadempitivo, per questa via adeguatamente tutelato con la previsione di una copertura pregressa (come si ricava dalle disposizioni del d.m. 22 settembre 2016 e dalla legge 8 marzo 2017, n. 24) ovvero di una postuma (ai sensi dell'art. 1 co. 26 della l. 4 agosto 2017, n. 124), che soccorre quante volte la pretesa sia azionata successivamente allo scadere dell'annualità di polizza. Infine, l'interesse del danneggiato, alla reintegrazione del proprio patrimonio, meglio soddisfatto se a prenderlo in carico è un soggetto istituzionalmente deputato a farvi fronte.

Sembra quindi che un equilibrio, in astratto, sia rinvenibile anche sottoscrivendo una copertura *claims*, che attua comunque un trasferimento del rischio sulla Compagnia, “nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto”, i quali tuttavia possono non essere “adeguati” rispetto alle esigenze specifiche dell'assicurato, di tal ché soccorre il più volte ribadito giudizio di meritevolezza degli interessi, di cui all'art. 1322 capoverso c.c. La contrazione dell'esposizione della prima si giustifica, in un'ottica di corrispettività, con una rimodulazione del premio di tariffa, di gran lunga inferiore rispetto a quello in essere per le polizze tradizionali di cui all'art. 1917 c.c.⁹⁴⁷

⁹⁴⁶ N. DE LUCA, op. ult. cit., pp. 682 ss., critica l'opinione secondo la quale la clausola *claims made* determinerebbe un *vulnus* al principio di libera concorrenza. L'A. precisa che “non è affatto vero che l'assicurato che cambi compagnia al termine di un periodo di assicurazione perde la garanzia per tutto ciò che non sia stato già richiesto. Al contrario, non solo lo stesso è libero alla scadenza della polizza di rinnovarla con il medesimo o con un altro assicuratore, ma anzi – a ben osservare – è proprio la formula *claims made* che consente di sopperire ad eventuali buchi di copertura”.

⁹⁴⁷ G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., p. 1527; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, cit., p. 1930, rileva che “una congrua fissazione del corrispettivo potrebbe far venire meno l'impressione che l'assicurato si

Quanto sin qui esposto porta ad avvertire che, soprattutto a seguito della recente novella introdotta con la legge per il mercato e la concorrenza, l'offerta del mercato assicurativo è in grado di fornire un servizio *tailored made*, cioè “cucito su misura” rispetto alle esigenze del singolo assicurando.

Con dire più smussato, la disciplina attuale è tale che alle Compagnie è fatto obbligo di offrire ai propri clienti l'alternativa da *claims made* con tanto di postuma decennale a copertura delle richieste tardive; è tuttavia fatta salva l'autonomia negoziale delle parti che, a seconda delle specifiche esigenze del singolo operatore professionale, può esitare nella scelta di un diverso modello di gestione del rischio.

Viene in tal modo virtuosamente rispettata l'esigenza di copertura dei nuovi rischi emergenti, a costi accessibili per l'assicurato e favorendo la sostenibilità tecnica dell'assicuratore, attraverso una valorizzazione dell'autonomia privata delle parti del rapporto assicurativo, che presuppone una costante attività di analisi e profilazione dei rischi da parte delle Compagnie, onde consigliare al cliente l'alternativa migliore, senza escludere che essa possa appuntarsi, ad esempio, su una polizza retroattiva ovvero su una priva di copertura postuma.

Il legislatore mostra di considerare l'offerta della copertura *claims made* con ultrattività decennale come il regime ottimale di assicurazione della responsabilità professionale, ma ad esso si affiancano tutte le altre variazioni di copertura disponibili sul mercato, che vengono rimesse alla libera contrattazione dei privati, sulla scorta di un'adeguata attività informativa da parte degli intermediari. La qual cosa sembra possa considerarsi, al netto di ogni valutazione, un buon compromesso, consci che la salute del mercato assicurativo di domani confermerà il pregio della rotta intrapresa oggi.

trovi sempre e comunque in posizione deteriore rispetto al tracciato delineato dallo schema codicistico. Ignorando del tutto il ruolo del premio nell'assetto negoziale e svalutando la capacità di negoziare di soggetti tutt'altro che ingenui e disinformati, finiremmo con l'applicare la logica del significativo squilibrio normativo anche quando il contraente che stipula la polizza non è un consumatore sprovvisto”.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2005.

AA.VV. *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini – *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 3, tomi * e **, Torino, 2005.

AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

AA.VV., *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato* – Atti del XVI colloquio biennale dell'Associazione italiana di Diritto Comparato svoltosi a Pisa nei giorni 22-24 maggio 2003, a cura di G. Comandè e G. Ponsanelli, Torino, 2004.

ACHILLE D., *La funzione ermeneutica della causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, pp. 37 ss.

ALLAVENA V., *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 957.

ALPA G., *Assicurazioni, obbligazioni e contratti*, Torino, 2006, p. 1521.

ALPA G., *Il contratto in generale*, I. *Fonti, teorie, metodi* in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Giuffrè, 2014, pp. 442 ss.

ALPA G., *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, pp. 1 ss.

ALPA G., *La causa*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, I, 1, Torino, 2006, p. 587.

ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 315.

ALPA G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.

ALPA G., *Rischio contrattuale*, in *Noviss. Dig. it.*, 1986, App. VI, pp. 836 ss.

ALPA G., *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1, pp. 1 ss.

ALPA G., *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 175.

ALTOMARE C., *Assicurazione obbligatoria e validità temporale: l'impatto della Gelli sul comparto assicurativo*, in www.ridare.it.

AMBROSOLI M., *La sopravvivenza contrattuale*, Milano, 2002, pp. 165 ss.

AMENDOLAGINE V., *Clausola claims made, alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile*, in *I contratti*, 2014, pp. 530 ss.

AMENDOLAGINE V., *La clausola claims made nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 217 ss.

ANGELONI V., *Assicurazione della responsabilità civile (voce)*, in *Enc. dir.*, 1958, pp. 554 ss.

ANTONUCCI A., *Prassi e norme nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, pp. 145 ss.

ASCARELLI T., *Perfezione ed efficacia del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1928, 152 ss.

ASCARELLI T., *Sul momento iniziale nella decorrenza della prescrizione della assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 1934, II, p. 194.

ASTONE A., *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 7-8, pp. 1115 ss.

BACHELET V., “No contract is an island”: *nuovi spunti in tema di claims made (attendendo le Sezioni Unite)*, in *Contratti*, 3, 2018, pp. 261 ss.

BAKER T. – SIMON J., *Embracing risk*, Chicago-London: The University of Chicago Press, 2002.

BALSAMO TAGNANI S., *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contratto impr. Europa*, 2, 2016, pp. 691 ss.

BARALDI M., *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contratto e impr.*, 2005, pp. 501 ss.

BARCELLONA E., *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di Maffei, Milano, 2014, pp. 91 ss.

BARCELLONA E., *I derivati e la causa negoziale (parte II). Il controllo di meritevolezza e i derivati (anche) di protezione conclusi dalle banche*, in *Contr. e impr.*, 2014, 4-5, pp. 890 ss.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Giappichelli, 2006.

BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, 2015.

BARCELLONA M., *La causa del contratto e il “prezzo vile”*: giudizio causale e trasparenza negoziale, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 4, 2016, p. 506.

BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, 1969.

BATINI A., *Clausola claims made e polizze cyber*, su www.intermediachannel.it

BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, vol XVI, Torino, 1992, p. 773.

BECK V. U., *La società del rischio*, ed. it., a cura di W. Privitera, Roma, 2000.

BENATTI F., *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. Civ.*, 1988, pp. 403 ss.

BENATTI F., *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., II*, Torino, 1988, pp. 397 ss.

BERTI DE MARINIS G., *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rate swap*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, pp. 899 ss.

BESSONE M., *Eventi prevedibili, limite del rischio assunto e risoluzione del contratto per inesigibilità dell'adempimento*, in *Foro it.*, 1978, p. 209.

BESSONE M., *Il "consumerism" negli anni '80*, in *Pol. Dir.*, 1983, p. 357.

BETTI E., *Causa del negozio giuridico*, in *Nov.mo Dig. it.*, Torino, 1957, pp. 38 ss.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, 1971.

BETTI E., *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e note da aggiungere)*, in *Rend. ist. lom. sc. e lett.*, 74, 1940-1941, pp. 310 ss.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, Giappichelli, 1952, p. 84 ss.

- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, 1990.
- BIANCA C. M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 258 ss.
- BIANCA C. M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1984, p. 455.
- BIANCA C. M., *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 3.
- BIANCA M., *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, pp. 789 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., BRECCIA U., BUSNELLI F.D., NATOLI U., *Diritto civile. I. Fatti e atti giuridici*, Giappichelli, 1987, p. 516.
- BIN M., *Commentario al codice delle assicurazioni*, Cedam, 2006.
- BOFFA R., *La cause, une assurance toute risques*, in *Dalloz*, 2016, p. 458.
- BOITI C., *Alcune considerazioni sul contenuto economico del contratto*, in *Corti umbre*, 2016, pp. 3 ss.
- BONACCORSI F., *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 525 ss.
- BORGONOVO RE D., CORTESE F., FLORENZANO D., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Giappichelli, 2015, pp. 64 ss.
- BOSA S., *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 256 ss.
- BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro in danni (artt. 1904-1918)*, in *Busnelli F.D. (diretto da), Cod. civ. comm.*, Milano, 2010, pp. 73 ss.

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

BRECCIA U., *Causa*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, III, Torino, 1999, p. 97.

BRECCIA U., *Immagini della giuridicità contemporanea, tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, pp. 361 ss.

BRECCIA U., in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, in *Dei Contratti in generale*, a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Utet, 2011, p. 247, *sub art.* 1325 c.c.

BRECCIA U., *Le nozioni di “tipico” e “atipico”: spunti critici e ricostruttivi*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, a cura di F. D. BUSNELLI, Milano, 1983, pp. 3 ss.

BREDA R., *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1047.

BRIGANTI E., *Nullità parziale*, in *Notariato*, 2016, 2, pp. 110 ss.

BROWNSWORD R. – HOWELLS G., *The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts – Some Unresolved Questions*, in *JBL*, 1995, p. 243.

BRUNO F. – ROZZI A., *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 604 ss.

BUGIOLACCHI L., *Clausola di regolazione del premio, condotta delle parti e ruolo della buona fede*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1068.

BUGIOLACCHI L., *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2012, pp. 922 ss.

BUGIOLACCHI L., *L'assicurazione obbligatoria della r.c. da sperimentazione clinica dopo il d.m. 14 luglio 2009*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1434.

BUGIOLACCHI L., *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli-Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1068 ss., pp. 1068 ss.

BUONANNO L., *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*, in *Contratti*, 2016, p. 906.

BUONOCORE V., CALANDRA BUONAURA V., CORSI F., COSTI R., GAMBINO A. e JAEGER P.G., *Un revirement della Cassazione in materia di sindacati di voto?*, in *Giur. comm.*, 1997, pp. 58 ss.

BUTTARO L., *“Assicurazione in generale”*, in AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958, p. 48.

CAFAGGI F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, pp. 543 ss.

CALVO R., *Clausole claims made tra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 927 ss.

CALVO R., *I contratti del consumatore – Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXXIV, Padova, 2005.

CALVO R., *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, Giuffrè, 2012, p. 149.

CANDIAN A., *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, pp. 685 ss.

CANDIAN A.D., *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e «resistenze»*, in *Contr. e Impr.*, 2006, pp. 1289 ss.

CANDIAN A.D., *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 56 ss.

CANDIAN A.D., *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. econ. ass.*, 2002, pp. 539 ss.

CAPALDO G., *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, pp. 196 ss.

CARADONNA G., *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*, in *Contratti*, 2012, pp. 993 ss.

CARASSALE I., *Il contratto di assicurazione della responsabilità civile. Rischio e autonomia privata*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca. Atti del X incontro nazionale*. Firenze 25-26 gennaio 2008, a cura di Collura, Milano, 2009.

CARASSALE I., *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 103 ss.

CARASSALE U., *Assicurazione danni e responsabilità civile*, Giuffrè, 2005, p. 242.

CARASSALE U., *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e resp.*, 2006, pp. 595 ss.

CARAVELLI C., voce «alea», in *Nuovo Dig. it.*, 1, Torino 1937, pp. 307 ss.

CARAVITA B., *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, Giappichelli, 2009, pp. 230 ss.

CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, p. 294.

CARBONETTI E. F., *La formazione e il perfezionamento del contratto*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, Giuffrè, 2007, pp. 61 ss.

CARINGELLA F., *Manuale di diritto civile*, vol. II, *Le obbligazioni*, Giuffrè. 2008, p. 752.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 1, p. 232.

CARNEVALI U., *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.*, 2017, p. 388.

CARNEVALI U., *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2016, pp. 753 ss.

CARRATO A., *Danni punitivi: semaforo verde per il loro riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2017, su www.pluris.it.

CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo, continuato da Mengoni, Giuffrè, 1987, pp. 244 ss.

CARRESI F., *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1960, I, pp. 125-126.

CARRIERO G., *Usura sopravvenuta. C'era una volta?*, in *Foro it.*, 2017, 11, pp. 3832 ss.

CARUSI D., *Contratto illecito e soluti retentio*, Esi, 1995, pp. 101 ss.

CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli, I contratti in generale*, I, 1, II, ed. Torino, 2006, p. 532.

CASO G., *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pp. 997 ss.

CASSESE S., *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2004.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Giuffrè, 1995, pp. 147 ss.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, 3 ed., Milano, 2006, pp. 275 ss.

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, pp. 37 ss.

CASTRONOVO C., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 34.

CATALANO R., *Profili di convergenza tra «impresa» e «professionista»: la questione dell'ambito del divieto di abuso di dipendenza economica*, in *Rassegna di diritto civile*, 2015, 4, p. 1173.

CATALANO R., *Rilevanza giuridica delle disparità tra contraenti e abuso di dipendenza economica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, n. 11, p. 2355.

CATAUDELLA A., *I contratti. Parte generale*, Torino, 1994, pp. 100 ss.

CATAUDELLA A., *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Scritti sui contratti*, Cedam, 1998, pp. 63 ss.

CATAUDELLA A., *Intuitus personae e tipo negoziale*, Studi in onore di F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, p. 626.

CATAUDELLA A., *La struttura del contratto*, in *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, pp. 187 ss.

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1974, pp. 409 ss.

CAVALLO BORGIA R., *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni. *Responsabilità e assicurazione*, a cura di R. Cavallo Borgia, Giuffrè, 2007, p. 88.

CECCHERINI G., *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo di tipo sostanziale*, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 905 ss.

CELESTI R. – MOLINELLI A. – PICCHIONI D. M. – VENTURA F., *La copertura assicurativa nella sperimentazione clinica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 117

CENTONZE S., *Claims made senza garanzia "postuma": immeritevoli per la Cassazione (ma non per il legislatore)*, in www.quotidianogiuridico.it.

CERINI D., GORLA V., *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011, pp. 295 ss.

CESARO M.V., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.

CESERANI F., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2011, pp. 501 ss.

CESERANI F., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, pp. 3 ss.

CESERANI F., *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, pp.832 ss.

CESERANI F., *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. econ. ass.*, 2009, pp. 151 ss.

CHINE' G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, vol. I, pp. 435 ss.

CIAN G. – TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, in *Breviaria iuris*, Cedam.

CIOFFI N., *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, p. 1515.

CIVALE F., *L'art. 120 del TUB versione 2016: il "valzer" degli interessi nei rapporti bancari*, in www.dirittobancario.it, 15 aprile 2016.

CLERICÒ S., *Brevi note sulla nullità parziale del contratto ex art. 1419 c.c.*, in *Riv. del not.*, 2009, 1, pp. 456 ss.

COMANDÈ G. – TURCHETTI G., *La responsabilità sanitaria tra valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004.

COPPO L., *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa / Europa*, 2016, 1, pp. 311 ss.

CORRIAS P., *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 319.

CORRIAS P., *Claims made, rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile: prime riflessioni alla luce dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2018.

CORRIAS P., *I contratti derivati finanziari nel sistema dei contratti aleatori*, in *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, a cura di D. Maffei, Giuffrè, 2014, p. 208.

CORRIAS P., *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di durata*, in *Resp. civ., prev.*, 2016, p. 11.

CORRIAS P., *Il contratto di assicurazione. Profili strutturali e funzionali*, Napoli, 2016, p. 85 ss.

CORRIAS P., *Il problema dell'onerosità-gratuità nel contratto di assicurazione e nei contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 66 ss.

CORRIAS P., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2016, pp. 655 ss.

CORRIAS P., *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, pp. 749 ss.

COSTANZA M., *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Società*, 2016, p. 731.

COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 3.

COSTANZA M., *L'assicurazione r.c. professionale in caso di insolvenza di società*, in *Il fallimento*, 2006, pp. 442 ss.

COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 431.

COTTINO G. - IRRERA M., *Il contratto di assicurazione in generale*, in O. CAGNASSO, G. COTTINO, M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Padova, 1002, p. 99.

COTTINO G., *Anche la giurisprudenza canonizza i sindacati di voto?*, in *Giur. it.*, 1996, pp. 164 ss.

COTTINO G., *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, 2, pp. 347 ss.

COURBAGE C. – LIEDTKE P.M., *L'assicurabilità e i suoi limiti*, in *Il mondo assicurativo dopo l'11 settembre, Quaderni di impresa assicurativa – supplemento a Dir. econ. ass.*, n. 1/2003, pp. 3 ss.

CRICENTI G., *Aspetti della causa in diritto civile francese. L'avant-project di riforma*, in *Europa e diritto privato*, 2007, pp. 853 ss.

CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. Perlingieri*, Esi, 2008.

CRISCUOLO F., *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*.

CUOCCI V., *La riforma della legge sul contratto di assicurazione in Germania: novità, problemi e prospettive*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 706 ss.

D'AIELLO G. M., *Il controllo di meritevolezza delle clausole claims made nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Assicurazioni*, 2016, p. 477.

D'ALESSANDRO E., *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, pp. 2639 ss.

D'AMICO G., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico – S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Saggi, Torino, 2013, pp. 225 ss.

D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Il contratto in generale. Trattato Bessone*, Giappichelli, 2004, p. 19.

DAMIANI E., *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, pp. 25-26.

DE CANDIDO ROMOLE E., *La clausola di regolazione del premio: Le Sezioni Unite ritrovano la buona fede*, in *Danno e resp.* 2007, p. 1017.

DE GIORGI M. – SAVINI G., *La legge annuale di semplificazione: il nuovo modello di semplificazione*, in *Nuova rass.*, 2003, pp. 2451 ss.

DE LUCA N., *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2015, pp. 721 ss.

DE LUCA N., *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di). *Responsabilità e assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 108.

DE LUCA N., *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 6, pp. 682 ss.

DE MATTEIS R., *La responsabilità in ambito sanitario*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. VISINTINI, II, *I singoli contratti*, Padova, Cedam, 2009 p. 333.

DE MATTEIS R., *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, 2007, p. 232.

DE MAURO A., *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra i privati*, Giuffrè, 2000, pp. 22 ss.

DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2010, pp. 47 ss.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 59 ss.

DE NOVA G., *La modificazione delle condizioni economiche del contratto tramite il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 15.

DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1976, p. 489.

DE ROBERTIS A. – GAMBI G., *Le clausole vessatorie e i contratti di assicurazione: profili di tutela del consumatore*, in *Quaderni Isvap*, Roma, 2001.

DE STROBEL A., *Claims made e rischio putativo*, in *Dir. econ. e ass.*, 2007, pp. 171 ss.

DE STROBEL D.– OGLIARI V., *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Giuffrè, 2008, 54 ss.

DE STROBEL D., *Accidentalità: una sentenza confortante*, in *Dir. econ. ass.*, 1992, pp. 623 ss.

DE STROBEL D., *L'assicurazione della responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Giuffrè, 2008, p. 641.

DE STROBEL D., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, 2004, p. 203.

DE STROBEL D., *La vicenda del “claims made”*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, pp. 531 ss.

DEL CONTE E., *Ancora qualche riflessione sull'accidentalità, quale requisito per la responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, pp. 1136 ss.

DEL PRATO E., *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 23 ss.

DEL PRATO E., *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 3, pp. 801 ss.

DEL RE V., *Assicurazione della responsabilità civile e ampiezza delle esclusioni convenzionali del rischio assicurato: nullità della clausola ex art. 1229 c.c.?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, pp. 1262 ss.

DELEBELQUE P., *Article 1168: clause privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat*, in *Rev. des contrats*, 2015, p. 759 ss.

DELFINI F., *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2017, pp. 198 ss.

DELFINI F., *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2016.

DELFINI F., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 5, p. 898.

DELFINI F., *Le Sezioni Unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giur. it.*, 2018, 3, pp. 559 ss.

DELLACASA M., *Annuario del contratto*, 2009, a cura di A. D'ANGELO e V. ROPPO, Giappichelli, 2009, pp. 157 ss.

DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332.

DI GIANDOMENICO G., in G. DI GIANDOMENICO-D. RICCIO, *Il rischio*, in *I contratti speciali. I contratti aleatori*, pp. 54-56.

DI GIANDOMENICO G., *La qualificazione giuridica del contratto di assicurazione*, in *I contratti speciali. I contratti aleatori*, a cura di G. Di Giandomenico – D. Riccio, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Giappichelli, 2005, pp. 49 ss.

DI MAJO A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 201.

DI MAJO A., *Risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, p. 1792.

DI MARZIO F., *Deroga abusiva al diritto positivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 673 ss.

DI MARZIO F., *Gentlemen's agreement e contratto*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1177.

DI MARZIO F., *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno, in Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, in *Quaderni della Rass. dir. civ.*, a cura dello stesso, Napoli, 2004.

DI RAIMO R., *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, pp. 982 ss.

DI VICO D., *Contratto di assicurazione di responsabilità civile professionale e clausola "claims made"*, in *I contratti*, 2011, pp. 70 ss.

DIES R., *Gli ultimi interventi della Cassazione in tema di dichiarazioni inesatte o reticenze del contraente quale causa di annullamento del contratto di assicurazione a norma dell'art. 1892 c.c* in *Resp. civ. e prev.*, 2000, pp. 341 ss.

DIES R., *Il fatto accidentale nella assicurazione della responsabilità civile: un dilemma irrisolto (o irresolubile?)*, in *Resp. civ.*, 1993, p. 605.

DIES R., *In margine ad una conferma della Cassazione sul «fatto accidentale» e sulla «mala gestio» nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1995, pp. 528 ss.

DIGREGORIO P., *Contratto di assicurazione: la Cassazione al vaglio delle nuove tendenze*, in *Giur. it*, 2006, p. 477.

DONATI A. – VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, 2012, p. 117 ss.

DONATI A., *La causa del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1950, I, pp. 228 e ss.

DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956.

D'ORSI V., *La responsabilità civile del professionista*, Giuffrè, 1981, pp. 89 ss.

DUSI E., *Gli effetti della direttiva 93/13 sul contratto di assicurazione in Italia*, Atti del Convegno AIDA tenutosi a Milano il 1° ottobre 1993, in *Quad. dir. eco. ass.*, Milano 1994, pp. 86 ss.

EWALD F., *The return of the Crafty Genius: an Outline of a Philosophy of Precaution*, in 6 Conn, Ins, L. J., 47.

FABRE-MAGNAN M., *Critique de la notion de contenu du contrat*, *ivi*, p. 639 ss., *la quale afferma che la nozione di causa « est un symbole de la culture juridique français »*, p. 646.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, à jour de la réforme 2016*, 2016, pp. 432 ss.

FACCI G., *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 10, 2017, p. 1199.

FACCI G., *Il contratto di assicurazione*, in *Diritto delle assicurazioni*, a cura di Franzoni, Zanichelli, 2016.

FACCI G., *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente d.m. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 156.

FACCI G., *La responsabilità civile del professionista*, Cedam, 2006, pp. 763 ss.

FACCI G., *Le clausole claims made e i cd <<fatti noti>> nella successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, p. 760.

FACCI G., *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1145.

FACCI G., *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11, 2016, p. 1527.

FANELLI G., *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 589.

FANELLI G., *Le assicurazioni*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973.

FANELLI G., *Le questioni fondamentali del diritto delle assicurazioni private nella giurisprudenza italiana*, in *Ass.*, 1940, I, 363 ss.

FANELLI G., voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, p. 7.

FANELLI V., *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1948, p. 931 ss.

FANELLI V., *L'assicurazione mutua e norma varie in materia di assicurazione*, Roma, 1943, sub art. 2952, p. 357.

FARENGA L., *Codice delle assicurazioni*, in *Codici commentati con la giurisprudenza*, a cura di L. Farenga, La Tribuna, 2011.

FARENGA L., *Diritto delle assicurazioni private*, Giappichelli, 2006, p. 184.

FARINA V., *La (ennesima) resurrezione dell'anatocismo bancario*, in *Contratti*, 2016, 7, pp. 705 ss.

FAVA P., *Le obbligazioni*, Giuffrè, 2008, p. 405.

FAVALE R., *La responsabilità civile del professionista forense*, Cedam, 2011.

FEBBRAJO T., *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 2785 ss.

FEDERICO A., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in Bellavista e Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 339.

FEDERICO A., *Profili di integrazione del contratto*, Milano, 2008, pp. 180 ss.

FEDERICO G., *Il denaro e il tempo. Brevi note su SS.UU n. 24675 del 18 luglio 2017 in materia di "usurarietà sopravvenuta"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2017, 29.

FEOLA A., BERNARDEL E., MARSELLA L. T., *Luci ed ombre delle polizze assicurative per responsabilità professionale medica con clausola claims made*, in *Riv., it. Med. Leg.*, 2016, 2, pp. 721-722.

FEOLA D., *Nullità della rendita vitalizia per difetto di alea*, in *Contr.*, pp. 388 ss.

FERMEGLIA M., *Le Sezioni Unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 5, p. 624.

FERMEGLIA M., *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione*, *Nuova giur. civ. comm.*, pp. 365 ss.

FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002.

FERRARI V., *Introduzione allo studio giureconomico del rischio*, Cosenza, 1993.

FERRI G. B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 87.

FERRI G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, pp. 8 ss.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella categoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, p. 252.

FERRI G.B., *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, pp. 715 ss.

FERRI G.B., *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, a cura di Angelici-Ferri, Torino, 1997, pp. 97 ss.

FERRI L., *L'autonomia privata*, Giuffrè, 1959, p. 314.

FERRONI L., *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia privata e la nuova filosofia cui s'informa il regime dell'invalidità*, in *Saggi di diritto civile*, Pesaro, 2003, p. 35.

FORNASARI R., *In attesa delle Sezioni Unite: brevi note circa la disciplina delle clausole claims made in Francia e Germania*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 2, pp. 723 ss.

FORNASARI R., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, pp. 1372 ss.

FORNI S., *Assicurazione e impresa. Manuale professionale di diritto delle assicurazioni private*, Giuffrè, 2009, p. 24.

FRANCHI L., *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, Milano, 1892.

FRANZONI M., *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 78.

FRANZONI M., *Il professionista e i criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto impr.*, 2015, pp. 587.

FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2010, p. 124.

FRANZONI M., *La responsabilità professionale nel diritto civile*, in *Ass.*, 2012, pp. 593 ss.

FRANZONI M., *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, 1966, p. 397.

FRIGNANI A., *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologia dei contratti e rimedi*, Milano, 1992.

FUSCO F., *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, in *Dir. econ. Ass.*, 2004, pp. 806 ss.

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, Estratto da E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Utet giuridica, 2006, p. 10,

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Id.* (a cura di), *Trattato del contratto*, I, Torino, 1999, 37 ss.

GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione di responsabilità civile claims made*, in *Contr. e imp.*, 2013, pp. 401 ss.

GAGLIARDI M., *Equilibri informativi e diritti fondamentali nel contratto di assicurazione*, in *Diritto Privato Europeo e Diritti Fondamentali*, a cura di G. Comandè, Torino, 2004, p. 181 ss.

GAGLIARDI M., *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Giappichelli, 2009.

GALGANO F., *Autonomia privata, creazione del diritto, concetto di politica*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 336.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, V, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, Padova, 1993, p. 581.

GALGANO F., *Il contratto e l'autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 163.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, poi da Schlesinger, Giuffrè, 2002, pp. 145 ss.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 925.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, pp. 1 ss.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, IV ed., 2001; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

GALGANO F., *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1993, pp. 149 ss.

GALGANO F., voce *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 948.

GAMBINO A., voce *Assicurazione (Contratto di assicurazione: profili generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 8.

GAMBINO F., *Normalità dell'alea e fatti di conoscenza*, Milano, 2001, pp. 61 ss.

GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Giuffrè, Milano, 2004.

GAMBINO G., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 76.

GARDANI CONTURNI-LISI L., *Contratti atipici*, in *Giur. Sist.*, diretta da Bigiavi, Torino, 1997, pp.1 ss.

GARELLO A. – PISELLI D. – SCUTO S., *La responsabilità dell'avvocato*, Giuffrè, 2006.

GAROFALO A. M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, pp. 573 ss.

GAROFALO A. M., *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, pp. 1205 ss.

GASPERONI N., *Assicurazione della responsabilità civile (voce)*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, pp. 1209 ss.

GATTI S., *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, pp. 439 ss.

GAZZARA M., *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *I contratti*, 2013, pp. 887 ss.

GAZZARA M., *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 57.

GAZZARA M., *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, Esi, 2016, pp. 7-8.

GAZZARA M., *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 935 ss.

GAZZARA M., *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contratto e impr.*, 2017, pp. 988 ss.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. priv.*, 1978, pp. 52 ss

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, 2006, p. 787.

GENICON T., *Notion nouvelles et notion abandonnées, réflexion sur une révolution des mots*, in *Rev. des contrats*, 2015, pp. 630 ss.

GENTILE G., *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, pp. 93 ss.

GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1998, p. 1318.

GIDDENS A., *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford, 1991, p. 244.

GIGLIOTTI F., *Relazioni sociali, vincolo giuridico e morivo di cortesia*, Napoli, 2003.

GIROLAMI M., *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 27 ss.

GIROLAMI M., *Modernità e tradizione nel diritto dei contratti: i progetti di riforma del code napoléon nella prospettiva del giurista italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 2, pp. 243 ss.

GIUDICI G., *Sperimentazioni cliniche e polizze assicurative: note comparative con la disciplina svizzera*, in *Dir. comm. intern.*, 2010, p. 493.

GIUDICI P., *Interest rate swap e nullità del contratto: sui pericoli sistemici dei derivati*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, pp. 501 ss

GOBBO G., *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Giur. comm.*, 2008, II, pp. 344 ss.

GODARD O. – HENRY C. – LAGADEC P. – MICHEL E. – KERJAN,
Traité des nouveaux risques, Gallimard., 2002.

GOLLIER G.- JULLIEN B.- TREICH N., *Scientific Progress and Irreversibility: an Economic Interpretation of the “Precautionary Principle”*, in 75 *J. Public Economies* [2000].

GORGONI M., *Delimitazioni del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al contenuto del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 359 ss.

GORLA G., *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, *Riv. dir. comm.*, 1952, p. 178.

GORLA G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e statistico, I, Lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954.

GORLA G., *Quid dei pacta adiecta ex intervallo? Spunti per una ricerca comparatistica*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 262 ss.

GRAZIANI A., *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1961, p. 232.

GRECO F., *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, pp. 476 ss.

GREMIGNI FRANCINI L., *Responsabilità sanitaria e tutela della persona*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, p. 1049.

GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.

GUADAGNO S., *Squilibrio contrattuale: profili rimediale e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 744 ss.

GUARNIERI A., *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 1, pp. 1 ss.

GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. Disc. priv.*, 1994, pp. 324 ss.

GUARNIERI A., *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, p. 276.

GUIZZI G., *Le Sezioni Unite e il de profundis per l'usura sopravvenuta*, in *Corr. giur.*, 2017, 12, p. 1495.

HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno e resp.*, 2017, 1, p. 77.

HAZAN M., *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della r.c. sanitaria (e il regime delle eccezioni)*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 301 ss.

HAZAN M., *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite, ("piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, p. 968.

HAZAN M., *Polizza di responsabilità professionale: valida la clausola claims made pura?*, in www.altalex.com.

HODGIN R., *Insurance Law. Text and Materials*, 2 edition, Cavendish Publishing, 2002, 14.

IPPOLITO R., *L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1982, pp. 476 ss.

IRTI N., *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in *Dir. e Soc.*, 2005, pp. 131 ss.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

IRTI N., *L'ordine del mercato*, Roma-Bari, 1998

IZZO N., *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*, in *Corriere giur.*, 2010, pp. 60 ss.

JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, trad. it. a cura di M. Graziadei, Milano, 2001.

JORGES C., *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*, in *European Law Journal*, 3, (1997) (Section IV A 2), p. 381.

JOSSERAND L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, p. 7.

KLESTA L., *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 11, pp. 1543.

LA TORRE A., *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998, p. 273.

LAGHI P., *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Cedam, 2012, pp. 97 ss.

LAMICELA M., *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giur.*, 2016, pp. 211 ss.

LANDINI S. – M. P. MONACO M. P. – SILVESTRI C., *Assicurazione della responsabilità civile verso prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore»*, una prospettiva interdisciplinare, ESI, 2016, p. 15 ss.

LANDINI S., *Assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, 2004, p. 66.

LANDINI S., *La clausola claims è vessatoria?*, in *Ass.*, 2006, p. 4.

LANOTTE A., *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332.

LANZANI C., *Clausole claims made: legittime ma vessatorie*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1083 ss.

LANZANI C., *La travagliata storia della clausola claims made: le incertezze continuano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 864 ss.

LANZILLO R., *La proporzione tra le prestazioni contrattuali*, Cedam, 2003.

LANZILLO R., *Regole di mercato e congruità dello scambio*, in *Contratto e impr.*, 1985, pp. 309 ss.

LENER G., *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 2035 ss.

LEVI A., *Attività lecita individuale e attività discrezionale amministrativa*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, II, p. 84.

LIGUORI M., *Clausola claims made bye-bye: l'assicurazione obbligatoria della RC dei professionisti vira inaspettatamente verso la loss occurrence*, in www.ridare.it.

LIPARI N., *Fonti del diritto e autonomia dei privati (Spunti di riflessione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 727 ss.

LIPARI N., *La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana*, in *Parlamento*, 12/1989, p. 17.

LISERRE A., *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 153 ss.

LISERRE A., *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Jus*, 2008, pp. 83 ss.

LISERRE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 67.

LOCASCIULLI G., *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*, in *Dir. e fisc. Ass.*, 2010, pp. 784 ss.

LOCATELLI L., *Assicurazione obbligatoria degli avvocati: le condizioni minime di garanzia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 2097B.

LOCATELLI L., *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 529 ss.

LOCATELLI L., *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 829 ss.

LOCATELLI L., *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 467.

LOCATELLI L., *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, p. 1382.

LOMBARDI G., *Un'interessante pronuncia della Cassazione in tema di patti parasociali*, in *Corriere giur.*, 1996, pp. 193 ss.

LOPILATO V., *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2006, p. 9.

LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92.

LUPOIM., *La legge nel divenire delle fonti del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 239 ss.

LYOTARD J.F., *La condition postmoderne*, Paris, 1979, trad. it., *La condizione postmoderna*, Milano, 1989.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1966, p. 16.

MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.

MAFFEIS D., *La causa del contratto di interest rate swap e i costi impliciti*, in www.dirittobancario.it, p. 7.

MAGNI F. A., *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 459 ss.

MAGNI F. A., *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 *Corr. giur.*, 2017, pp. 1213-1214.

MAGNI F. A., *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Ragiusan*, 2011, pp. 54 ss.

MAGNI F. A., *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 1066 ss.

MAGNI F. A., *Le Sezioni Unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che “la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa”)*, in *Giurispr. It.*, 2016, p. 2607 ss.

MAGNI F. A., *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 804 ss.

MAJELLO U., *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. priv.*, 1987, pp. 38 ss.

MALVAGNA, *Legge 49/2016 e disciplina dell'anatocismo bancario: questioni di diritto intertemporale*, in *Atti convegno AssoCTU, Roma 12-13 maggio 2016*.

MANCINI F., *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 275B ss.

MANTOVANI M., *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MARCIA V., *Clausole claims made: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Assicurazioni*, 2016, p. 484.

MARICONDA V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e di validità*, *Giur. it.*, 2008, 2, pp. 347 ss.

MARIOTTI P. – SERPETTI A., *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Giuffrè, 2011.

MARTINI F., *Le criticità sulla “claims made” dopo le Sezioni Unite: i nodi vengono (subito) al pettine*, in www.ridare.it.

MASIERI C., *Contratti bancari - «importo massimo garantito nella fideiussione omnibus e nullità di clausole sugli interessi»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 6, pp. 787 ss.

MASIERI C., *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 5, p. 752.

MASTRORILLI A., *Autonomia privata, mercato e contratti di impresa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 117 ss.

MAZEAUD D., *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*, in *Droit et patrimoine*, octobre 2014, n. 240, p. 38 ss.

MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.

MAZZAMUTO S. – NIVARRA L., *Principi generali e legislazione speciale: l'attualità del codice civile italiano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 531.

MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, pp. 365 ss.

MAZZOLA M., *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir. priv.*, 2017, pp. 1012 ss.

MAZZOLA M., *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»*, in *Riv. dir. banc.*, 5, 2016, p. 9.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, pp. 1 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, 1986, pp. 18 ss.

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, pp. 209 ss.

MILITERNI I., *I negozi atipici nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Dir. e Giur.*, 1988, pp. 211 ss.

MILIZIA G., *Il giudice può sostituire la clausola vessatoria del mutuo nulla con una norma suppletiva*, in *Dir. e giust.*, 2014, p. 17.

MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, pp. 933 ss.

MIOTTO G., *Dalle Sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 1390 ss.

MIOTTO G., *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 210.

MOLLER H., *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sull'evoluzione del diritto della responsabilità civile e dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1961, p. 386.

MONATERI P. G., *I danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2017, I, pp. 2648 ss.

MONATERI P. G., *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 389.

MONTI A., *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002, pp. 10 ss.

MONTI A., *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 743.

MONTICELLI S., *Il giudizio di meritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 458.

MONTICELLI S., *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, in *Danno e resp.*, 2013, pp. 701 ss.

MORANDINI G., *Molte ombre e poche luci intorno al sindacato giudiziale sul contratto ex art. 1322, comma 2, c.c.*, in *Contr.*, 2016, p. 302.

MORISI L., *Il tramonto dell'usura sopravvenuta*, in *I Contratti*, 2017, 6, pp. 640 ss.

MORO D., *Claims made pura: clausola vessatoria per limitazione della responsabilità o pattuizione delimitativa dell'oggetto del contratto?*, su www.ridare.it.

MUGAVERO R., *Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: punti fermi e nuove prospettive*, in *Giur. comm.*, 2017, 6, pp. 992 ss.

NAPPI G., *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, pp. 1175 ss.

NATOLI R., *Il contratto "adeguato". La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

NAVARRETTA E., *Art. 1343 – Causa illecita*, in *Comm. Cod. Civ.*, Torino, 2011, pp. 614 ss.

NAVARRETTA E., *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, pp. 779 ss.

NAVARRETTA E., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, pp. 666 ss.

NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 214.

NICOLETTI G., voce *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. Dig. it.*, 1970, pp. 836 ss.

NICOLÒ R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024.

NOCCO L., *Il "giudizio di alta probabilità logica" nell'accertamento del nesso causale: prime applicazioni*, in *Danno e resp.*, 2003, pp. 1204 ss.

NOCCO L., *Recenti evoluzioni sul nesso di causalità in responsabilità sanitaria*, in *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Cedam, Padova, 2004, a cura di G. Comandè, e G. Turchetti, pp. 42 ss.

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 29.

OCCELLI F., *Abuso di dipendenza economica, possibili rimedi e regola di buona fede*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, 11, p. 2413.

PACE A., *Libertà «del» mercato o «nel» mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, pp. 327 ss.

PAGLIANTINI S., *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. Dir. priv.*, 2015, pp. 391 ss.

PAGLIANTINI S., *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 417.

PAGLIANTINI S., *L'usurarietà sopravvenuta ed il canone delle SS.UU.: ultimo atto?*, in *Corriere giuridico*, 2017, pp. 1490 ss.

PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, Giuffrè, 1970.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 449.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, pp. 2630 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 197 ss.

PALMIERI A. – PARDOLESI R., *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, p. 1927.

PALMIERI A., *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Foro it.*, 2016, 2032 ss.

PALOMBELLA D., *Nulla la clausola del contratto assicurativo che limita a dismisura le garanzie*, in *Diritto & Giustizia*, 2010, pp. 217 ss.

PALUMBO R., *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giur. it.*, 2013, pp. 308 ss.

PAPANICE A., *Condizioni generali claims made ed estensione territoriale...con delimitazione dell'oggetto*, in *Diritto & Giustizia*, 30, 2018, p. 11.

PARDOLESI R., *Il principio di precauzione a confronto con lo strumentario dell'analisi economica del diritto*, in G. COMANDÉ, *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, p. 16.

PARDOLESI R., *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto della tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, p. 2030.

PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 2035 ss.

PARTENZA I., *Assicurazione di r.c. delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Ass.*, 2010, pp. 686 ss.

PARTENZA I., *Curare, guarire, risarcire. Profili liquidativi e assicurativi del danno alla persona da responsabilità sanitaria*, Milano, 2013, p. 147.

PARTENZA I., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, 2009, p. 35.

PATTI F. P., *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 742 ss.

PATTI F. P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, 7, pp. 571 ss.

PECCENINI F., *L'assicurazione*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, 2007, p. 174.

PENNASILICO M., *La correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 215.

PERCHINUNNO M. C., *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, p. 746.

PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Giuffrè, 2005.

PERLINGIERI P., «Controllo» e «Conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, pp. 204 ss.

PERLINGIERI P., *Appunti di "Teoria dell'interpretazione"*, 1970.

PERLINGIERI P., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Esi, 2000, p. 332.

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, pp. 334 ss.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, 2006, pp. 326-327.

PERLINGIERI P., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. Dir. civ.*, 2010, pp. 184 ss.

PERLINGIERI P., *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 49.

PERLINGIERI P., *Relazione conclusiva al Convegno Mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento*, Camerino, 16 e 17 settembre 2016.

PERNAZZA F., *Validità delle convenzioni di voto: un anticipatory overruling?*, in *Società*, 1996, pp. 37 ss.

PERRECA M., *La congruità dello scambio contrattuale*, Jovene, 2006

PICARD M., BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en droit français*, 3, Paris, 1943, p. 288.

PIGNALOSA M. P., *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 7- 8, pag. 411.

PINO A., *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I, p. 242.

PIPIA U., *Trattato delle assicurazioni terrestri*, Roma, 1906, p. 226.

PIRAINO F., *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, pp. 233 ss.

PIRAS E., *La strategia regolatoria per il mercato assicurativo: Solvency II*, in *Riv. Trim. di Dir. dell'Econ.*, 2015, 3, pp. 219 ss.

PONZANELLI G., *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984.

PONZANELLI G., *Le sezioni unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 10, pp. 1413 ss.

PONZANELLI G., *Le Sezioni Unite sulla delibazione di sentenze straniere di condanna a danni punitivi*, in *Quotidiano giuridico*, 7 luglio 2017.

PORRINI D., *Aspetti economici nella normativa sul contratto di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 2000, pp. 3 ss.

PRIEST G.L., *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, (1987) 96 Yale L.J. 1521, 1547.

QUADRI E., *Indennizzo e assicurazione, Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. COMPORTE e G. SCALFI, Milano, 1988, p. 97 ss.

QUAGLIERI M., *Causa concreta ed equo contemperamento degli interessi*, in *Foro pad.*, 2012, pp. 370 ss.

QUAGLIOTTI L., *Sui limiti di durata dei sindacati di voto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, pp. 208 ss.

REDDENTI E., *Sulla nozione di "eccessiva onerosità"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, pp. 347 ss.

RESCIGNO P., *Azione diretta e azione surrogatoria del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1952, p. 82 ss.

RESCIGNO P., *Contratto in genere*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, pp. 14 ss.

RESCIGNO P., *I contratti in generale*, in *Tratt. Lipari-Rescigno*, Vol. III, tomo 2, Milano, 2009, pp. 15 ss

RESCIGNO P., *La "forma" del codice: storia e geografia di un'idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 29 ss.

RICCI A., *Errore sul valore e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2001, pp. 987 ss.

RICCIARDI A., *Finalmente le Sezioni Unite aprono la porta ai punitive damages*, in corso di pubblicazione su *Giur. comm.*, 2018.

RIVA I., *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 2014, p. 606.

RIZZUTI M., *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 837 ss.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 174.

RODOTÀ S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, pp. 1 ss.

ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, Cedam, 2008, pp. 166 ss.

ROLLI R., *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2007, pp. 1496 ss.

ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 4, pp. 957 ss.

ROPPO V., *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 118.

ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto*, in *Politica dir.*, 2007, p. 455.

ROPPO V., *Il contratto*, Giuffrè, 2011, p. 409.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2001, pag. 425.

ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 525 ss.

ROSSELLO C., *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, p. 269.

ROSSETTI M., *Caratteri generali del contratto di assicurazione*, in *Le assicurazioni private*, a cura di G. Alpa, Giappichelli, 2006, pp. 801- 802.

ROSSETTI M., *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, pp. 200 ss.

ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, Vol. I, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, Cedam, 2011, p. 752.

ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni. Vol. III. Le assicurazioni di responsabilità civile. Le assicurazioni sulla vita. La riassicurazione. Assicurazione e prescrizione. Assicurazione e processo*, Cedam, 2103, p. 2.

ROSSETTI M., *La clausola claims made è vessatoria? No, è nulla*, in *Dir. e giust.*, 2005, pp. 20 ss.

ROVELLI L., *I principi del diritto contrattuale europeo: tendenze e prospettive*, in *Il codice europeo*, Milano, 2001, p. 117.

RUBINO D., *La compravendita*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 3.

RUSSO C., *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione. La prospettiva dell'analisi economica del diritto*, Padova, 2001, p. 35.

RUSSO E., *L'interpretazione delle leggi civili*, Giappichelli, 2000.

SABATELLI E., *Validità del prodotto finanziario My way e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, pp. 363 ss.

SACCO R., in SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, Utet, 1993, p. 422.

SACCO R., *La qualificazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1993, 425 ss.

SALANDRA V., *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 365.

SALANITRO A., *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Giuffrè, 2003, p. 186.

SALANITRO U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: la ratio decidendi e obiter dicta delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pp. 432 ss.

SALVESTRONI U., *Teorie negoziali, principi generali e principi costituzionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, pp. 337 ss.

SALVI C., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1192.

SANFILIPPO P.M., *Controlli di meritevolezza e statuti di Società. Una tecnica in cerca di autonomia*, consultabile sulla rivista on line *Orizzonti del diritto commerciale*.

SANGERMANO F., *Responsabilità del fiscalista per errata presentazione delle dichiarazioni Iva*.

SANGIOVANNI V., *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, in *Contr.*, 2012, pp. 130 ss.

SANGIOVANNI V., *Il contratto di intermediazione finanziaria*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 776.

SANGIOVANNI V., *Informativa precontrattuale e norme di comportamento degli intermediari assicurativi*, in *Contr.*, 2009, pp. 510 ss.

SANGIOVANNI V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contratti*, 2008, pp. 221 ss.

SANGIOVANNI V., *L'informazione precontrattuale degli intermediari assicurativi*, in *Contr. e impr.*, 2010, pp. 123 ss.

SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, 2017, p. 521.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 173.

SARTORI F., *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, S.U. 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *Dir. fall.*, 2008, II, pp. 1 ss.

SAY M.L., voce *Assurance*, in *Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique*, Parigi, 1900, p. 94.

SCALFI G., *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, p. 61.

SCALFI G., voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino 1987, p. 345.

SCALISE M. – FICHERA F., *Solvency II: impatti del nuovo regime sui profili pubblicistici della vigilanza assicurativa*, in *Dir. del Mercato Ass. Finanz.*, 2017, 1, pp. 119 ss.

SCARANO L., *Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, pp. 61 ss.

SCARPA A., *La clausola che vieta al conduttore di ospitare estranei al nucleo familiare*, in *Immobili & dir.*, 2010, pp. 39 ss.

SCHLESINGER P., *Codice Civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pp. 403 ss.

SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 231 ss.

SCHLESINGER P., *L'interpretazione della legge civile e prassi delle Corti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 531 ss.

SCIBETTA V., *Il fatto accidentale nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2000, pp. 911 ss.

SCODITTI E., *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, 5, pp. 417 ss.

SCODITTI E., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 2035 ss.

SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it*, 2008, I, pp. 784 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 147.

SCOGNAMIGLIO C., *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, p. 711.

SCOGNAMIGLIO C., *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. 189/2012*.

SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Giuffrè, 2006, pp. 177 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, 1977, p. 125.

SCOGNAMIGLIO V., *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Società*, 2008, pp. 449 ss.

SCUOTTO G., *Sulla validità della clausola claims made relativa al contratto di assicurazione*, in *Gazzetta forense*, 2016, pag. 653 ss.

SELINI V., *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 317 ss.

SENIGALLIA R., *Decentramento legislativo, moltiplicazione dei codici e differenziazione sistematica*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 137 ss.

SENIGALLIA R., *Il vizio di alea nel contratto costitutivo di rendita vitalizia*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 10 ss.

SERRAO D'AQUINO P., *Aspetti controversi del contenzioso sui prodotti della finanza strutturata*, in *Giur. mer.*, 2010, p. 320.

SHAVELL S., *On liability and Insurance*, (1982) 13 *Bell. J. of Economics*, p. 120.

SICCHIERO G., *Appunti sulla causa del contratto*, in *Giur. it.*, 1995, pp. 553 ss.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, pp. 774 ss.

SILVER L.S. – STEVENS R.E. – CLOW K.E., *Concise Encyclopedia of Insurance Terms*, New York, NY-Abingdon, UK, 2010, p. 34.

SIMONE R., *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, pp. 1079 ss.

SIMONE R., *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, pp. 2644 ss.

SIMONE R., *Le sezioni unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà alla (im)meritevolezza*, in *Foro it.*, 2016, p. 3194.

SIRENA P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 821.

SIRENA P., *La categoria dei contratti di impresa e il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 425.

SOTGIA S., *L'assicurazione della responsabilità civile nel codice e nelle polizze*, in *Ass.*, 1950, I, p. 142.

STABILINI A., *Il concetto di dipendenza economica e la generale applicazione della disciplina relativa all'abuso di dipendenza economica*, in *Le Società*, 2017, n. 11, p. 1283.

STEIN A. M., *L'accidentalità*, in *Dir. econ. ass.*, 1993, pp. 135 ss.

STELLA F., *Il rischio da ignoto tecnologico e il mito delle discipline*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, pp. 3 ss.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, 1961, ristampa, p. 29.

SYLOS LABINI S. - DELL'ATTI S., *Governance delle imprese assicurative: cosa manca all'Italia per risultare compliant rispetto a Solvency II?*, in *Riv. banc.*, 2017, 6, pp. 101 ss.

TARANTINO G., *Clausola claims made: non è vessatoria in quanto non limita la responsabilità ma descrive l'oggetto del contratto di assicurazione*, in *Diritto & Giustizia*, 189, 2017, p. 9.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1980, pp. 669 ss.

TARR A.- TARR J.R., *Utmost Good Faith in Insurance: Reform Overdue?*, 2002, 10, *Asia Pacific LR*, 171.

TASSONE B. – NARDO D., *Le clausole claims made di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis. Commento Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872*, in *Danno e resp.*, 2016, pp. 187 ss.

TASSONE B., *Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto"*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 717 ss.

TASSONE B., *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *La responsabilità civile*, 2012, pp. 689 ss.

TASSONE B., *La clausola claims made secondo la Cassazione: atto terzo ma non ultimo*, in *Foro it.*, 2014, pp. 2173 ss.

TASSONE B., *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, p. 2037.

TASSONE B., *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro it.*, 2017, 9, p. 2727.

TASSONE B., *Uno sguardo di sintesi e nuove prospettive sulle clausole claims made*, in *La responsabilità civile*, 2012, pp. 774 ss.

TASSONI G., *Assetto anticoncorrenziale e immeritevolezza di tutela del contratto atipico ex art. 1322, 2° comma, c.c.*, in *Riv. dir. ind.*, 2013, pp. 365 ss.

TERLIZZI G., *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 3, pp. 695 ss.

TINTI F., *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale*, in *Studium iuris*, 2017, pp. 691 ss.

TONETTI S., *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, pp. 1301 ss.

TOSCHI VESPASIANI F., *La violazione di obblighi informativi da parte dell'intermediario finanziario: il rimedio risarcitorio*, in *Resp. civ.* 2008, pp. 525 ss.

TRAVAGLINO G., *Clausola di regolazione del premio e buona fede oggettiva*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 961.

TRAVAGLINO G., *Rassegna della Corte di Cassazione – Contrasti giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 3, 2018, p. 430.

TREBILCOCK M. J., *The limits of freedom of contract*, Cambridge, 1993.

TRICOLI G., *L'accidentalità nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 2005, pp. 143 ss.

TRIMARCHI P., *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 6.

TRUBIANI F., *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 140 ss.

TUCCI A., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 147.

TUCCI A., *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso May way*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 376.

VELLUZZI V., «4 you»: *c'è spazio per il contratto immeritevole di tutela?*, in *Contratti*, 2006, pp. 891 ss.

VELLYSCIG L., *L'accesso e l'esercizio dell'attività assicurativa tra normativa europea normativa italiana: il modello Solvency II*, in *Contr. e impr. Europa*, 2017, 1, pp. 357 ss.

VERNIZZI S., *Il rischio putativo*, Giuffrè, 2010, pp. 67 ss.

VERNIZZI S., *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative «retroattive»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 864.

VERSACI G., *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, pp. 855 ss.

VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 37.

VETTORI G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europ. e dir. priv.*, 2006, p. 56.

VICARI A., *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. comm.*, 2, 2018, pp. 301 ss.

VIDIRI G., *Sui sindacati di voto a tempo indeterminato*, in *Giust. civ.*, 1996, pp. 80 ss.

VISINTINI G., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2002

VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Giuffrè, 1936, p. 119.

VIVANTE C., *Del contatto di assicurazione*, Torino, 1936, p. 74.

VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004.

VOLPE PUTZOLU G., *Clausole vessatorie e rischio assicurativo*, in *Dir. econ. ass.*, 1998, pp. 515 ss.

VOLPE PUTZOLU G., *Contratto di assicurazione e clausole abusive*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, pp. 515 ss.

VOLPE PUTZOLU G., *L'assicurazione privata contro gli infortuni nella teoria generale del contratto di assicurazione*, Milano, 1968, pp. 70 ss.

VOLPE PUTZOLU G., *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione di r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 7.

VOLPE PUTZOLU G., *La valutazione dell'adeguatezza del contratto di assicurazione offerto*, in *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa*, Milano, 2011, pp. 31 ss.

VOLPE PUTZOLU G., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992.

WATSON A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, Charlottesville, Va, 1974, in ed. it.: *Il trapianto di norme giuridiche: un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984.

WEIGMANN R., *L'importanza del questionario per valutare le reticenze dell'assicurato*, in *Giur. it.*, 1991, pp. 1029 ss.

ZWEIGERT K. – KÖTZ H., *Introduzione al diritto comparato*, V, II, *Istituti*, III ed., Giuffrè, Milano, 2011, edizione italiana a cura di A. Di Majo-A. Gambaro, p. 11.

GIURISPRUDENZA

- Cass., 25 marzo 1999, n. 2815.
- Cass., 20 novembre 1990, n. 11206.
- Cass., Sezioni Unite 28 febbraio 2007, n. 4631.
- Cass. 18 febbraio 2005, n. 3370.
- Cass., 20 novembre 1990, n. 11206.
- Cass., Sezioni Unite, 5 luglio 2017, n° 16601.
- Cass., 21 febbraio 1934.
- Cass., 18 luglio 1987, n. 6341.
- Cass., 8 gennaio 1999, n. 103.
- Cass. 17 luglio 1993, n. 7971.
- Cass., 6 febbraio 2002, n. 8216.
- Cass., 8 gennaio 1999, n. 103.
- Cass. civ., sez. III, 7 settembre 1977, n. 3907.
- Cass., Sezioni Unite, 29 aprile 1967, n. 799.
- App. Roma, 25 novembre 1992.
- Trib. Torino, 29 marzo 1990.
- Cass., 24 aprile 1961, n. 919.

Cass., 18 settembre 1961, n. 2033.

Cass., 16 febbraio 1977, n. 718.

Cass., 3 luglio 1991, n. 7300.

Cass., 30 gennaio 1968, n. 298

Cass., 22 dicembre 1996, n. 27458.

Cass., 11 aprile 2016, n. 6974.

Cass., 30 giugno 2011, n. 14410.

Cass., 30 ottobre 1985, n. 5319.

Cass., 18 maggio 1971, n. 1462.

App. Milano, 14 aprile 1995.

Trib. Roma, 9 febbraio 1988.

Cass., 24 gennaio 1997, n. 750.

Cass., 29 luglio 2004, n. 14462.

Cass., 24 maggio 2004, n. 9902.

Cass., 4 aprile 2001, n. 4946.

15 luglio 2016, n. 14422.

Cass., 10 febbraio 2015, n. 2469.

Cass., 7 aprile 2010, n. 8235.

Cass., 11 gennaio 2007, n. 395.

Cass., 29 maggio 2006, n. 12804.

Cass., 9 marzo 2005, n. 5158.

Cass., 4 febbraio 2002, n. 1430.

Cass., 7 novembre 1997, n. 10947.

Trib. Parma, 15 ottobre 2003.

Cass., 27 luglio 2001, n. 10290.

Cass., 1 dicembre 1998, n. 12190.

Cass. sez. III, 13 marzo 2014, n. 5791.

Trib. Roma, 12 settembre 2007.

Trib. Roma, 12 gennaio 2006.

Trib. Roma, 1 agosto 2006.

Trib. Roma 5 gennaio 2007.

Cass., 28 febbraio 2008, n. 5300.

Cass., 24 febbraio 1995, n. 2103.

Cass., 18 luglio 1987, n. 6341.

Cass., 25 ottobre 1984, n. 5442.

Cass., 8 aprile 1997, n. 3044.

App. Genova, 27 ottobre 1994.

Cass., 21 novembre 1966, n. 2779.

App. Milano, 9 marzo 1965.

App. Bologna, 26 maggio 1964.

Trib. Belluno, 26 marzo 1958.

Cass., 4 febbraio 1992, n. 124.

Cass., 30 aprile 1981, n. 2652.

App. Genova, 25 novembre 2004.

Trib. Pordenone, 12 gennaio 2000.

Cass., 26 giugno 2013, n. 16108.

Cass., 23 febbraio 2013, n. 4799.

Cass., 30 marzo 2010, n. 7766.

Cass., 28 febbraio 2008, n. 5273.

Cass., 24 gennaio 2000, n. 752.

Cass., 10 aprile 1995, n. 4118.

Cass., 5 aprile 1990, n. 2863.

App. Firenze, 16 agosto 2010.

App. Napoli, 9 aprile 2009.

App. Genova, 11 gennaio 2008, n. 48.

App. Milano, 16 ottobre 2001.

Trib. Monza, 17 settembre 2012.

Trib. Piacenza, 14 febbraio 2012.

Trib. Bari, 27 marzo 2008.

Trib. Nocera Inferiore, 25 febbraio 1999.

Trib. Milano, 18 maggio 1995.

Cass., 15 marzo 2005, n. 5624

Cass., 22 marzo 2013, n. 7273

Cass., 10 novembre 2015, n. 22891

Cass., Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140.

Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527.

App. Roma, 30 settembre 2014.

Trib. Genova, 8 aprile 2008.

Trib. Napoli, 20 ottobre 2014.

Trib. Palermo, 26 novembre 2014.

Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547.

Cass., 19 novembre 1999, n. 12825.

Cass. civ. 10 ottobre 1992, n. 11094.

Cass., 3 maggio 2016, n. 8644.

Cass. SS. UU., 11 gennaio 2008.

Cass., 15 luglio 2009 n. 16463.

Cass., 27 luglio 2007, n. 16658.

Cass., 8 maggio 2006, n. 10493.

Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645.

Cass., 28 luglio 2000, n. 9927.

Cass., 5 luglio 1989, n. 3206.

Cass., 24 marzo 1979 n. 1716.

Trib. Genova, 8 aprile 2008.

Cass. 13 marzo 2014, n. 5791.

Trib. Genova, 8 aprile 2008.

Trib. Roma, 12 settembre 2007, n. 17197.

Trib. Roma, 5 gennaio, 2007.

Trib. Roma, 1 agosto 2006, n. 16975.

Trib. Roma, 1 marzo 2006.

Trib. Roma, 12 gennaio 2006.

Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318.

Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997.

Trib. Roma, 10 aprile 2013.

App. Napoli, 28 febbraio 2001.

Trib. Bologna 2 ottobre 1998.

App. Roma, 18 gennaio 2012 n. 312.

Cass. SS. UU., 2 dicembre 2016, n. 24645.

Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872.

App. Roma, 22 marzo 2011.

Trib. Benevento, 11 maggio 2017, n. 895.

Trib. Bologna, 12 agosto 2016.

Trib. Bologna, 20 novembre 2014, n. 3331.

Trib. Napoli, 11 febbraio, 2010.

Trib. Crotone, 28 novembre 2004.

Trib. Milano, 5 luglio 2005.

Cass., 15 luglio 1993, n 7844.

Cass., 4 aprile, 2003 n. 5324.

Cass., 20 novembre 1992, n. 12401.

Cass. 14 settembre 2012, n. 15449.

Cass., 12 novembre 2009, n. 23941.

Cass., 8 maggio 2006, n. 10490.

App. Milano. 13 gennaio 2015.

Trib. Bari, 12 luglio 2012.

Trib. Catania, 12 ottobre 2009.

Trib. Bari, 3 febbraio 2017, n. 640.

Trib. Bologna, Sez. II, 12 agosto 2016.

Cass., 28 aprile 2017, n. 10506.

Cass., 28 aprile 2017, n. 10509.

Trib. Milano, 10 gennaio 2012.

Cass. 6 marzo 1951, n. 522.

Cass. Sezioni Unite, 17 febbraio 2017, n. 4224.

Cass., Sezioni Unite 6 marzo 2015, n. 4628.

Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625.

Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521.

Cass. 24 aprile 2008, n. 10651.

Cass. 24 luglio 2007, n. 16315.

Cass. civ., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

Cass. SS. UU., 1 luglio 1994, n. 6225.

Cass., 28 ottobre 2014, n. 22806.

Cass., 7 agosto 2014, n. 17783.

Cass., 16 marzo 2012, n. 4254.

Cass., 7 aprile 2010, n. 8235.

Cass., 10 novembre 2009, n. 23741.

Cass., 11 gennaio 2007, n. 395.

Cass., 29 maggio 2006, n. 12804.

Cass., 9 marzo 2005, n. 5158.

Cass., 4 febbraio 2002, n. 1430.

Trib. Roma, 25 novembre 2014.

App. Roma, 18 gennaio 2012, n. 312.

Trib. Roma, 16 marzo 2016.

Trib. Napoli, 20 ottobre 2014.

Trib. Rovigo, 17 agosto 2011.

Trib. Roma, 10 aprile 2010.

Trib. Napoli, 11 febbraio 2010.

Cass., 11 gennaio 2017, n. 417.

Cass. SS. UU., 2 dicembre 2016, n. 24646.

Cass., SS. UU., 22 febbraio 2012, n. 2572.

Cass., 10 novembre 2015, n. 22950.

Cass., 13 agosto 2008, n. 21575.

Cass., 3 agosto 2001, n. 10750.

Cass., 21 novembre 2000, n. 15004.

Cass. 30 settembre 2015, n. 19559.

Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612.

Cass., 30 aprile 1984, n. 4738.

Cass., 10 marzo 1980, n. 1602.

Cass., 19 ottobre 1974, n. 2859.

Cass., 5 luglio 1971, n. 2091.

Cass., 6 giugno 1967, n. 1248.

Trib. Milano, 28 aprile 1990.

Trib. Genova, 17 settembre 1984.

Trib. Monza, 19 gennaio 1982.

Trib. Torino, 13 giugno 1971.

App. Napoli, 24 gennaio 1945.

Cass., 2 luglio 1975, n. 2578.

App. Milano, 10 febbraio 1982.

Trib. Vicenza, 10 novembre 1984.

Trib. Vigevano, 14 dicembre 1972.

Pret. Roma, 22 marzo 1986.

App. Milano, 22 gennaio 1982.

Trib. Bologna, 27 settembre 1984.

Cass., 28 ottobre 1983, n. 6390.

Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222.

Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949.

Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900.

Cass., 10 novembre 2015, n. 22950.

Cass., 30 settembre 2015, n. 19559.

Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080.

Cass., 19 giugno 2009, n. 14343.

Cass., 20 settembre 1995, n. 9975.

Cass. 19 luglio 2012, n. 12454.

Cass. 1° aprile 2011, n. 7557.

Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288.

Cass., 2 novembre 2000, n. 14330.

Cass., 5 gennaio 1994, n. 75.

Trib. Trieste, 23 settembre 2005.

Cass. SS.UU., 18 febbraio 2010, n. 3947.

Cass. SS.UU. 11 novembre 2008, n. 26972.

Cass., 3 aprile 2014, n. 77761.

Cass. 14 settembre 2012, n. 15449.

Cass., 12 novembre 2009, n. 23941.

Cass., 8 maggio 2006, n. 10490.

Cass., 19 luglio 1979, n. 4293.

App. Napoli, 3 marzo 2010.

Trib. Napoli, 15 aprile 2009.

Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26725.

Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724.

Cass., 4 novembre 2015, n. 22567.

Cass., 17 settembre 2013, n. 21255.

Corte Cost. 24 ottobre 2013, n. 248.

Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 77.

Cass., 17 settembre 2013, n. 21255.

Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855.

Cass., 24 settembre 1999, n. 10511.

Cass., 18 novembre 2010, n. 23273.

Cass., 30 giugno 2014, n. 14776.

Cass. 20 ottobre 2000, n. 14172.

Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.

Cass. 11 febbraio 2005, n. 2855.

Cass., Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 24675.

Cass., 25 gennaio 2000, n. 805.

Trib. di Bergamo, Sez. IV, 4 gennaio 2017.

Trib. Bari 6 maggio 2002.

Trib. Bari, ord. 22 ottobre 2004.

Trib. Bari, ord. 6 maggio 2002.

Trib. Taranto 17 settembre 2003.

Trib. Roma 5 novembre 2003.

Trib. Catania 5 gennaio 2004.

Trib. Trieste 21 settembre 2006.

Trib. Torre Annunziata, ord. 30 marzo 2007.

Trib. Roma 30 novembre 2009.

Trib. Roma, ord. 17 marzo 2009.

Trib. Catania, ord. 09 luglio 2009.

Trib. Torino 11 marzo 2010.

Trib. Torino 21 novembre 2013.

Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

Cass., Sezioni Unite, 25 novembre 2011, n. 24906.

Cass., 23 luglio 2014, n. 16787.

Cass., 12 aprile 2017, n. 9405.

Cass., 17 agosto 2016, n. 17150.

Cass., 11 gennaio 2013, n. 602.

Cass., 11 gennaio 2013, n. 603.

Cass., 25 maggio 2004, n. 10032.

Cass., 13 giugno 2002, n. 8442.

Cass., 17 novembre 2000, n.14899.

Cass., 22 aprile 2000, n. 5286.

Cass., 19 gennaio 2016, n. 801.

Cass., 27 settembre 2013, n. 22204.

Cass., 17 dicembre 2009, n. 26499.

Cass., 30 novembre 2007, n. 25016.

Cass., 19 marzo 2007, n. 6514.

Cass., 22 luglio 2005, n. 15497.

Cass., 25 marzo 2003, n. 4380.

Cass., 24 settembre 2002, n. 13868.

Cass., 26 giugno 2001, n. 8742.

Cass., 20 novembre 1992, n. 12401.

Cass., 28 agosto 1993, n. 9144.

Cass., sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932.

Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398.

Cass., 28 agosto 1993, n. 9144.

Cass., 19 aprile 2013, n. 9640.

Cass. Civ., I sez., 4 novembre 2015.

Cass., 28 settembre 2006, n. 21066.

Cass., 2 novembre 1998, n. 10926.

Cass., 6 giugno 2002, n. 8222.

Cass. 19 novembre 1998, n. 11669.

Cass. 25 maggio 2004, n. 10032.

Cass. 2 agosto 2004, n. 14786.

Cass. 8 marzo 2005, n. 5003.

Cass., 30 maggio 2003, n. 8813.

Cass., 4 aprile 2003, n. 5324.

Cass., 19 aprile 2002, n. 5691.

Cass., 5 agosto 2002, n. 11701.

Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172.

Pret. Salerno, 23 febbraio 1993.

Cass. comm., 22 ottobre 1996, n. 93-18632.

Cass. comm., 13 février 2007, n. 05-17407.

Cass. comm., 29 juin 2010, n. 09-11.914.

Corte Cost. tedesca, 19 ottobre 1993.

Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900.

Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949.

Cass. 10 novembre 2015, n. 22950.

Cass., 3 aprile 2014, n. 7776.

Cass., 5 febbraio 2013, n. 2736.

Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584.

Cass., 19 maggio 2005, n. 10598.

Trib. Brindisi, 8 luglio 2008.

Trib. Salerno, 12 aprile 2007.

Trib. Brindisi, 21 giugno 2005.

Trib. Torino, 8 maggio 2009.

App. Milano, 18 settembre 2013.

App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836.

Trib. Pisa, 25 febbraio 2016.

Trib. Viterbo, 20 gennaio 2016.

Trib. Ravenna, 8 luglio, 2014.

Trib. Cosenza, 18 giugno 2014.

Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014.

Trib. Salerno, 2 maggio 2013.

Trib. Milano, 31 maggio 2013.

Trib. Modena, 23 dicembre, 2011.

Trib. Civitavecchia, 20 aprile 2007.

Trib. S. Maria Capua Vet., 21 novembre 2012.

App. Milano, 18 settembre 2013.

Trib. Ravenna, 8 luglio 2014.

Trib. Cosenza, 18 giugno 2014.

Trib. Torino, 17 gennaio 2014.

Trib. Salerno, 2 maggio 2013.

Trib. Torino, 8 maggio 2009.

Trib. Parma, 22 settembre 2004.

Trib. Bari, 12 luglio 2012.

Trib. Catania, 12 ottobre 2009.

Trib. Genova, 23 gennaio 2012.

App. Napoli, 24 gennaio 1945.

Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622.

Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248.

Corte di Giustizia UE, 21 gennaio 2015, Rel. Levits, “Unicaja Banco”.

Corte di Giustizia UE, 30 aprile 2014, caso Kàsler/OTP Jelzàlogbank Zrt.

Trib. Milano, 9 giugno 2016.

Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149.

Trib. Udine, 3 maggio 2017.

Trib. Livorno, 27 luglio 2016.

Trib. Bologna, Sez. II, 12 agosto 2016.

Trib. Roma, 19 dicembre 2016.

Trib. Roma, 5 luglio 2016.

Trib. Milano, 17 giugno 2016.

Trib. Monza, 16 giugno 2016.

Trib. Bari, 3 febbraio 2017.

Trib. Roma, 22 novembre 2016.

Trib. Udine, 3 maggio 2017.

Trib. Milano, 22 febbraio 2017.

Trib. Roma, 24 gennaio 2017.

Trib. Roma, 17 novembre 2016.

Trib. Milano, 9 giugno 2016.

Trib. Roma, 21 febbraio 2017.

Trib. Treviso, 10 giugno 2016.

Trib. Genova, 1 giugno 2016.

Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149.

Trib. Milano, 18 maggio 2017.

Trib. Milano, 14 aprile 2017.

Trib. Napoli, 20 giugno 2016.

App. Torino, 14 luglio 2016.

Trib. Palermo Sez. III, 13 settembre 2017.

Trib. Milano, 7 luglio 2016.

Trib. Monza, 18 luglio 2016.

Trib. Milano, 8 luglio 2016.

Trib. Benevento, 31 maggio 2016.

Cass. ord. 18 maggio 2017 n. 12488.

Cass. ord. 25 maggio 2017 n. 13158.

Cass., 22 aprile 1999, n. 589.

Trib. Varese, 26 novembre 2012.

Trib. Arezzo, 14 febbraio 2013.

Trib. Caltanissetta, 1 luglio 2013.

Trib. Firenze, 12 febbraio 2014.

Cass., 17 aprile 2014, n. 8940.

Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030.

Cass., 3 maggio 2016, n. 8645.

Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21715.

Cass. 22 settembre 2016, n. 18606.

Cass. 27 luglio 2007, n. 16658.

Cass. 8 maggio 2006, n. 10493.

Cass. 3 novembre 2010, n. 22358.

Trib. Taranto, 12 gennaio 2016.

Tribunale di Bari, ord. 14 giugno 2011.

Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527.

Cass., ord. 19 gennaio 2018, n. 1465.

Cass., 23 novembre 2017, n. 27867.

Cass. ord., 18 maggio 2017, n. 12488.

Cass. ord., 25 maggio 2017, n. 13158.

Cass., III sez. civile, ord. 19 gennaio 2018, n. 1465.

Cass., 14 marzo 2006, n. 5444.

Cass., sez. III, 19 gennaio 2007, n. 1183.

Cass., 5 luglio 2017, n. 16601.

Cass., sez. un., 30 novembre 2001, n. 13533.

Cass., 3 maggio 2016, n. 8645.

Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21715.

Cass., 24 settembre 1999, n. 10511.

Cass., 15 febbraio 2018, n. 3694.

Cass., 2 marzo 2018, n. 4912.