



CAMERA CIVILE DI FIRENZE

Le Corti Fiorentine

Rivista di diritto e procedura civile

Quadrimestrale di giurisprudenza e dottrina

Anno IV

n. 1/2017



Edizioni Scientifiche Italiane

Direttore Responsabile: Carlo Poli

Comitato di Direzione: Francesco Alcaro, Giuseppe Caglia, Francesca Cappellini, Anna Carla Nazzaro, Carlo Poli, Vincenzo Putorti

Comitato Scientifico: Niccolò Abriani, Claudio Cecchella, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Di Nubila, Mariacarla Giorgetti, Adolfo Di Majo, Giuseppe Morbidelli, Ilaria Pagni, Massimo Palazzo, Giovanni Passagnoli, Pietro Perlingieri, Andrea Proto Pisani, Giuliano Scarselli

Comitato Editoriale: Anna Basetti Sani Vettori (coordinatrice), Agnese Alamanni, Massimo Aragiusto, Gianni Baldini, Andrea Bucelli, Giuseppe Ferrara, Lorenzo Ferrara, Antonio Gorgoni, Daniela Marcello, Enrico Mucci, Paolo Pisani, Gabriele Salvi, Emanuele Taccetti

Comitato di Valutazione: Angelo Barba, Vincenzo Barba, Roberto Calvo, Enrico Camilleri, Alessandro Ciatti, Cristiano Cicero, Maria Antonia Ciocia, Nicola Cipriani, Giorgio Collura, Maria Vita De Giorgi, Giovanni D'Amico, Massimo D'Auria, Astolfo Di Amato, Pasquale Femia, Gilda Ferrando, Fiorenzo Festi, Antonio Flamini, Manolita Francesca, Giampaolo Frezza, Stefania Giova, Attilio Gorassini, Ugo Grassi, Mariassunta Imbrenda, Elena La Rosa, Raffaele Lenzi, Lorenzo Mezzasoma, Mauro Orlandi, Stefano Pagliantini, Giovanni Perlingieri, Stefano Polidori, Massimo Proto, Geremia Romano, Vito Rizzo, Antonella Tartaglia Polcini, Saverio Ruperto, Tommaso Vito Russo, Maddalena Semeraro, Chiara Tenella Sillani, Raffaele Tommasini, Immaculada Vivas Tèson

Criteri di valutazione e di selezione dei contributi: La Rivista sottopone i contributi destinati alla pubblicazione a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*). A tale fine il comitato di direzione si avvale di due componenti del comitato di valutazione e/o di componenti esterni. Il giudizio potrà essere positivo, positivo con l'indicazione della necessità di apportare modifiche, negativo. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà il comitato di direzione a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando un'ulteriore valutazione a terzi. Il comitato di direzione ha la facoltà di nominare per il referaggio anche membri del comitato scientifico. Per i saggi che richiedano particolari e specifiche competenze in ragione del settore scientifico disciplinare cui afferiscono e/o della loro natura interdisciplinare potrà essere nominato dal comitato di direzione un *referee* esterno non facente parte né del comitato di valutazione, né di quello scientifico (c.d. componenti esterni). Non verranno sottoposti a referaggio la selezione delle massime e delle sentenze, le note bibliografiche e le note redazionali.

Hanno collaborato a questo numero: Avv. Agnese Alamanni (Foro di Firenze); Avv. Filip Bernini (Foro di Firenze); Prof. Andrea Bucelli (Università di Firenze); Prof. Avv. Francesco D'Angelo (Università di Firenze); Avv. Massimo D'Auria (Foro di Firenze); Dott. Vincenzo Di Nubila (Cons. Emerito Corte di Cassazione); Prof. Avv. Alessandra Donati (Università di Milano Bicocca); Avv. Giuseppe Ferrara (Foro di Firenze); Avv. Lorenzo Ferrara (Foro di Firenze); Prof. Anna Carla Nazzaro (Università di Firenze); Avv. Carlo Poli (Foro di Firenze); Avv. Pier Luigi Roncaglia (Foro di Firenze); Avv. Francesco Achille Rossi (Foro di Firenze).

Registrazione presso il Tribunale di Firenze n. 5966 del 9 settembre 2014

INDICE

FOCUS

ATTI DALLA GIORNATA DI STUDI DEL 4 NOVEMBRE 2016
“LE CORTI FIORENTINE:
DIALOGO TRA GIURISPRUDENZA E DOTTRINA – ANNO II”

- PROF. ANNA CARLA NAZZARO, Il contratto di assicurazione: la clausola *claims made*
p. 3
- PROF. AVV. FRANCESCO D'ANGELO, Autonomia privata, controllo giudiziale e
“fattibilità” del concordato preventivo p. 23
- PROF. AVV. ALESSANDRA DONATI, La “fotograficità” delle immagini tra tutela del
diritto d'autore e libertà di espressione p. 43
- AVV. CARLO POLI, La responsabilità da immissioni rumorose p. 63
- AVV. PIERLUIGI RONCAGLIA, La confondibilità tra marchi tra realtà e finzione
p. 73

OSSERVATORIO

- AVV. FRANCESCO ACHILLE ROSSI, Il dovere di lealtà e probità nel processo p. 87

GIURISPRUDENZA

- Corte di Appello di Firenze, decreto del 18 marzo 2016, Pres. Dott. Giulio De
Simone, Cons. Rel. Dott. Edoardo Monti, Cons. Dott. Andrea Riccucci, con
nota dell' Avv. MASSIMO D'AURIA, *Gli accordi di ristrutturazione alla prova
dell'autonomia negoziale* p. 101

RASSEGNA DI MASSIME

- Condominio degli edifici**
Impugnazioni delle delibere dell'assemblea p. 121
- Obbligazioni e contratti**
Il contratto di mutuo p. 133

Procedura Civile

L'impugnazione del lodo arbitrale

p. 143

Giurisprudenza tributaria

p. 160

FOCUS
ATTI DALLA GIORNATA DI STUDI DEL 4 NOVEMBRE 2016
“LE CORTI FIORENTINE:
DIALOGO TRA GIURISPRUDENZA E DOTTRINA – ANNO II”

ANNA CARLA NAZZARO

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE: LA CLAUSOLA CLAIMS MADE

SOMMARIO: 1. Le clausole claims made quale stereotipo di incertezza. – 2. Art. 1917 c.c.: fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione. – 3. Cass. sez. un. 6 maggio 2016, n. 9140. – 4. Principi interpretativi desumibili dalla sentenze di merito. Specificità della professione del danneggiante. – 5. Pregi e difetti delle claims made. – 6. Meritevolezza ed equilibrio contrattuale: il ruolo della definizione dell'importo del premio. – 7. Le risposte del legislatore.

1. Le clausole claims made quale stereotipo di incertezza.

Carl Assar Eugén Lindbeck, un importante economista svedese, in un saggio del 1988 argomenta come l'incertezza delle regole – anche per la miopia dei politici che antepongono gli interessi elettorali di breve a quelli di medio periodo – potrebbe essere più costosa dell'incertezza del gioco di mercato¹.

Quanto quest'affermazione sia ancora oggi attuale è testimoniato proprio dal tema oggetto del presente studio.

Muoviamo dall'art. 1917 c.c.:

“Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto”.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione (una di quelle precedenti alla recentissima decisione delle sezioni unite)² si chiede se, alla luce dell'art. 1917, comma 1, c.c., il «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» coincida con l'azione del professionista o con l'illecito civile che questa azione è idonea a produrre, ossia con la realizzazione del danno. I tre momenti individuati nella sentenza corrispondono a tre differenti politiche di assicurazione che nella prassi internazionale assumono le denominazioni di “*act committed*”, “*loss occurrence*” e “*claims made*” o “*first claim made*”.

Poiché non esiste certezza, innanzitutto economica e poi giuridica, in merito al significato da attribuire al termine claims made³, occorre individuare detto

¹ C.A.E. LINDBECK, D.J. SNOWER, *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, Cambridge, Massachusetts, 1988.

² Cass. 13 marzo 2014, n. 5791, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3247 sulla quale v. anche, N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 721 ss.

³ Per una panoramica dei significati attribuiti al termine nelle polizze internazionali v. T.R. NEWMAN, *Claims-Made Coverage: What is a Claim?*, in *FDCC Quarterly*, 2012, Vol.63 (1), p. 4 ss.

significato tramite una attenta interpretazione del testo della polizza che si rivela essenziale per la definizione del rischio assicurato⁴.

Infatti, le definizioni utilizzate dalle Compagnie di assicurazione nelle condizioni generali di polizza sono più specifiche della su richiamata disposizione civilistica: la società si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare quale civilmente responsabile, ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi, spese) di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, per lesioni personali e per danneggiamenti a cose, in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione ai rischi descritti in polizza⁵. In tal modo si risolve in parte la disputa relativa al significato da attribuire alla locuzione fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione che tanto ha impegnato la dottrina, poiché risulta chiaro che il fatto accaduto, anche se fatto materiale, deve aver causato una richiesta di risarcimento⁶.

La specificazione ulteriore si ottiene poi analizzando quella che viene definita estensione temporale della copertura assicurativa e qui, com'è noto, si contendono il campo due modelli di clausole o, se vogliamo, passato e futuro della concezione assicurativa⁷: la c.d. clausola loss occurrence e quella claims made.

Le prima copre il futuro, e cioè i fatti accaduti durante il tempo di vigenza della polizza, indipendentemente dal momento nel quale essi sono denunciati e cioè pure se la denuncia dovesse concretizzarsi (anche molto) dopo la scadenza della polizza; la seconda garantisce l'indennizzo per i fatti denunciati nel corso di vigenza della polizza, anche se accaduti in un tempo precedente⁸.

⁴ Un'ampia elencazione dei differenti modelli di clausole claims made è operata da L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529 ss.

⁵ Condizioni generali di polizza Sara. Resta tuttavia il dubbio relativo alla prassi di collocare dette clausole nell'estensione della garanzia o in parti del contratto non esplicitamente deputate a definire l'oggetto. Per queste riflessioni v. M. GAZZARA, *Sezioni unite e clausola claims made – la meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 929 ss.

⁶ Sul punto v. di recente, S. LANDINI, *L'assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera*, in S. LANDINI, M.P. MONACO, C. SILVESTRI (a cura di), *Assicurazione della responsabilità civile verso i prestatori d'opera e «nuovi danni al lavoratore»*, Napoli, 2016, p. 9 ss., spec., p. 13 ss.

⁷ Position Paper ANIA, ottobre 2014, consultabile su <http://www.ania.it/export/sites/default/it/publicazioni/Dossier-e-position-paper/Polizze-claims-made.-Piu-vantaggiose-per-assicurati-e-assicuratori-Position-paper-31.10.2014.pdf>.

⁸ Non è questa la sede per affrontare il problema della validità del c.d. rischio putativo, per la quale cfr. L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2005, p. 1035 ss.; B. TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 691 ss.; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, p. 34. Sul punto, cfr. altresì, R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 921 ss., il quale specifica che «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 di danno alla persona o al patrimonio del

Esistono però numerose variabili poiché la loss occurrence può contemplare un periodo di ultrattività e la claims made può essere impura limitando la retroattività della copertura ai fatti verificatisi in un determinato periodo di tempo⁹ (in genere 10 anni precedenti, per coprire il periodo di prescrizione¹⁰).

Seguendo le indicazioni di una recente e autorevole giurisprudenza, non si tratterebbe di estensione temporale ma di definizione dell'oggetto della copertura¹¹.

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».

⁹ È possibile, poi, che sia prevista anche una *sunset clause* che permette di aumentare il periodo di ricevimento delle denunce per un certo periodo di anni successivi alla scadenza della polizza. Su quest'ultima, tuttavia, si vedano le osservazioni critiche di 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. 545 ss.

¹⁰ La previsione di un limite di 10 anni non si rivela tuttavia soddisfacente per i danni lungolattenti perché il termine di prescrizione non decorre dall'evento dannoso, ma dalla scoperta del danno. Cfr., tra le tante, Cass. 27 luglio 2007, n. 16658, in *De-jure*; Cass. 8 maggio 2006, n. 10493, in *De-jure*. Sulla complessità del problema della prescrizione relativa ai danni lungolattenti in medicina v. M. DRAGONE, *Prescrizione del danno lungolattente: non basta l'infezione*, in *Personaedanno.it*; M. BONA, *Prescrizione e dies a quo nel danno alla persona: quale modello? (commento critico ad una sentenza da dimenticare)*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2005, e *ivi* ampi riferimenti bibliografici. Con specifico riferimento alla prescrizione in ambito assicurativo v. M. PAFUMI, S. SPAGNOLO, *La prescrizione assicurativa*, Milano, 2014, p. 198.

¹¹ Si tratta della sentenza resa da Cass., Sez. un., n. 9140 del 2016, che sarà trattata *infra*, nel testo. Il tema era comunque molto controverso tanto che poco prima una altrettanto importante sentenza della Corte di Cassazione (Cass. 10 novembre 2015, n. 22891, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 528) soffermandosi sull'ambito di operatività dell'art. 1341, comma 2, c.c., aveva definito il principio secondo cui «qualora il contratto assicurativo riconducibile all'articolo 1341 (o all'articolo 1342 c.c.) preveda la claims made nella parte del contratto, avente o meno la veste grafica di clausola, deputata in via esclusiva alla definizione dell'oggetto della copertura assicurativa, si deve ritenere che la limitazione di responsabilità sfugga all'articolo 1341 c.c., comma 2, giacché la funzione limitatrice della claims mode si estrinseca in una previsione o clausola contrattuale unitariamente deputata all'individuazione dell'oggetto del contratto e, quindi, opera all'interno della stessa previsione di tale oggetto e non in aggiunta ed all'esterno di essa. L'accordo delle parti su tale previsione si forma come accordo diretto a delimitare l'oggetto stesso del contratto e la limitazione di responsabilità fa parte ed è espressione di tale delimitazione e, dunque, vede stemperata ogni sua autonomia, sicché non assume il valore di “condizione” di per sé ed autonomamente rilevante, che necessiti del consenso qualificato. [...] Quando invece la clausola claims mode si inserisce in un contratto riconducibile alle norme degli articoli 1341 e 1342 c.c., come una specifica clausola, “condizione”, che limiti la garanzia assicurativa e, dunque, l'oggetto del contratto siccome definito e comunque percepibile da altra clausola deputata alla sua individuazione, è allora che ricorre la fattispecie della vessatorietà, perché la formale previsione della clausola dopo altra idonea a definire in modo più ampio la garanzia, l'oggetto del contratto assicurativo, non appartiene più nell'economia del contratto all'individuazione dell'oggetto del contratto, ma svolge, dopo una previsione a ciò diretta, almeno finché essa sola si legga, una funzione chiarificatrice ulteriore che assume carattere limitativo di ciò che nella precedente previsione era più ampio». Sulla distinzione tra clausole specificative dell'oggetto e clausole limitative della responsabilità cfr., Cass., 7 agosto 2014,

Ed ecco allora che l'attenzione torna prepotentemente sul fatto causativo del danno di cui all'art. 1917¹², imponendosi cioè necessariamente il quesito relativo a quale sia il significato di sinistro¹³.

2. Art. 1917 c.c.: fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione.

Se questo è il problema interpretativo, sembra necessario chiedersi, ed è stato a lungo dibattuto dalla giurisprudenza¹⁴, se la formulazione del primo comma dell'art.

n. 17783, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass., 22 giugno 2012, n. 10619, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 519; Cass., 16 marzo 2012, n. 4254, in *Dir. fisc. assic.*, 2013, I, p. 413; Cass., 9 febbraio 2012, n. 1877, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass., 24 maggio 2011, n. 11373, in *De-jure*; Cass., 21 ottobre 2010, n. 21608, in *www.omnibusitalia.com*; Cass., 17 dicembre 2009, n. 26524, in *Guida dir.*, 2010, 5, p. 66. In generale, nel senso che la clausola claims made sia riferita alla definizione dell'oggetto del contratto e non rappresenti invece una limitazione di responsabilità cfr. Cass., 14 febbraio 2014, n. 3622, in *Foro it.*, 2014, I, p. 2168; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Assic.*, 2006, II, 2, p. 2; App. Roma, 30 settembre 2014, n. 5942, in *www.assinews.it*; Trib. Lucca, 29 aprile 2015, n. 814, in *De-jure*. Ma in senso opposto cfr. Cass., 7 aprile 2010, n. 8235, *Giust. civ.*, 2011, 1, I, 199, con nota di M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, ove un'ampia analisi delle modalità di delimitazione del rischio assicurato. La complessità del tema è bene evidenziata da I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 2014, p. 581 ss. Cfr. altresì, S. LANDINI, *La clausola claims made è vessatoria?*, in *Assic.*, 2006, II, p. 3 ss.; M. RIZZUTI, *Vessatorietà e clausole di limitazione della responsabilità*, in *Assic.*, 2010, p. 470 ss.; M. HAZAN, *La clausola claims made: quando è vessatoria? – Osservatorio di diritto e pratica della assicurazione*, in *Danno resp.*, 2016, p. 96 ss.

¹² Sul quale v. autorevolmente, G. VOLPE PUTZOLI, *La clausola claims made – Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assic.*, 2010, p. 3 ss.

¹³ Sulle diverse opinioni dottrinali v. R. CALVO, *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2012, p. 108 ss.; I. PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Milano, 2009, p. 37 ss.; D. DE STROBEL, V. OGLIARI, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Milano, 2008, p. 189 ss.; N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2004, p. 113 ss. A. ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione, la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 153; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 401. Di recente cfr. altresì, P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 656 ss., il quale desume l'essenzialità della richiesta di risarcimento per il sorgere del sinistro dal terzo comma dell'art. 2952 c.c. La difficoltà dell'individuazione della nozione è ben rappresentata anche nelle motivazioni di Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 802 ss.

¹⁴ Cfr. per i termini del dibattito, M. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 365; S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, p. 702 ss.; B. TASSONE, D. NARDO, *Le clausole claims made di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?*, in *Danno resp.*, 2016, p. 187 ss.; F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti per la responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1066 ss.; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013, p. 887 ss.; E. BOTTIGLIERI, *L'assicurazione contro i danni, Artt. 1904-1918*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo (Schlesinger-Busnelli), Milano, 2010, p. 274 s.; L. BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di*

1917 c.c. sia una scelta consapevole e inderogabile¹⁵ in favore dell'opzione *loss occurrence*¹⁶ e cioè se il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione sia l'evento causativo del danno al terzo e non anche la richiesta risarcitoria che pone le basi per il depauperamento del patrimonio dell'assicurato¹⁷.

Ciò perché, nelle assicurazioni di responsabilità civile ai due consueti fatti di rilevanza dell'insorgenza dell'obbligo assicurativo, sinistro e danno, deve aggiungersi il momento dell'azione civile di richiesta di risarcimento¹⁸. Infatti, l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo sorge soltanto a seguito della richiesta di risarcimento, la quale, dunque, non è un momento ulteriore di verifica del danno prodotto, ma essa stessa concorre a creare la fattispecie¹⁹.

assicurazione della r.c. con clausola claims made, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 922 s.; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, cit., 2013, p. 432 s.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 1030 ss.

¹⁵ L'inderogabilità del primo comma dell'articolo in parola è stata a lungo dibattuta in giurisprudenza. Favorevoli, Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103; Trib. Bologna 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. econ. assic.*, 2005, p. 710 ss. La dottrina propende per la derogabilità: E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (Artt. 1904-1918)*, in *Cod. civ. comm.* Schlesinger-Busnelli, Milano, 2010, p. 271.

¹⁶ Ma, si avverte, anche per il modello *loss occurrence* è possibile prevedere una garanzia pregressa. Cfr. F.A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 837 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1956, p. 368 ss.; G. VOLPE PUTZOLI, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, 1992, p. 63 s.; N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, cit., p. 167 s.; M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 111.

¹⁷ Richiesta risarcitoria che viene reputata quale elemento che rende rilevante il fatto generatore di danno. In questi termini, Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Dir. econ. assic.*, 2010, p. 778. Una recente ma isolata tendenza giurisprudenziale afferma che la locuzione "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" deve essere interpretata come effettiva aggressione del patrimonio dell'assicurato che si verificherebbe solo nel momento della richiesta di risarcimento. Da ciò deriva che lo schema contrattuale *claims made* lungi dal rappresentare una deroga dell'art. 1917 ne sarebbe invece attuazione: cfr. Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Contratti*, 2005, p. 1071.

¹⁸ Si vedano, tuttavia, le interessanti osservazioni di F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel b2b: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della cassazione*, cit., p. 545 ss., il quale evidenzia come «a seguire tale prospettazione si dovrebbe concludere che il sinistro può identificarsi esclusivamente con l'effettiva condanna risarcitoria dell'assicurato, dal momento che il patrimonio dell'assicurato è inciso negativamente solo dalla condanna e non già dalla mera (e potenzialmente infondata) richiesta di risarcimento». Cfr. altresì, la dottrina che evidenzia come conoscenza del fatto può non essere necessariamente una richiesta di risarcimento ma anche qualsiasi comunicazione effettuata all'assicurato: F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolattenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. econ. assic.*, 2010, p. 89; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 961 ss.; B. TASSONE, *Clausole claims made, professionisti e terzo contratto*, in *Danno resp.*, 2012, p. 717 ss.

¹⁹ I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato*

Quando l'evento assicurato è suscettibile di produrre danni che possono manifestarsi dopo un lungo periodo di tempo dal verificarsi dell'evento, il tempo gioca un ruolo fondamentale nella definizione dell'oggetto dell'assicurazione²⁰. Infatti, le polizze assicurative non coprono (e non potrebbero coprire) un lasso di tempo tanto lungo da comprendere sia il sinistro che la richiesta di risarcimento²¹; di qui la differenza tra modello loss occurrence e claims made.

Cercare una risposta nelle norme dettate per il contratto di assicurazione è arduo, poiché la stessa normativa, utilizzando nell'art. 1917 c.c. la vaga formulazione di fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, indicazione peraltro a detta unanime di dottrina e giurisprudenza derogabile liberamente dalle parti, non fa chiarezza sul punto.

Peraltro, anche la disciplina dell'obbligo di avviso, di cui all'art. 1913 c.c., che lega il decorrere del termine al verificarsi del sinistro, mal si attaglia alle assicurazioni di responsabilità civile nelle quali al sinistro potrebbe non conseguire il danno e al danno potrebbe non conseguire la richiesta di risarcimento.

giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione, cit., p. 592 ss. Cfr. altresì, le osservazioni di M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni "a margine"*, in *Riv. dir. banc.*, 5/2016, il quale rileva che «Ciò vale anche con riferimento alle cc.dd claims made and notified, il cui peculiare meccanismo di attivazione è contraddistinto dalla necessità che l'assicurato, una volta ricevuto il claim dal terzo danneggiato, ne dia altresì notizia all'assicuratore entro l'annualità di polizza». L'importanza della richiesta di risarcimento è evidenziata da alcune decisioni giurisprudenziali che reputano immeritevoli le clausole claims made proprio perché lascerebbero l'assicurato esposto alla mancanza di solerzia del danneggiato. Cfr. Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103; Trib. Roma 1 marzo 2006, in *De-jure*. Né sembra che possa essere reputata risolutiva l'eventuale presenza di clausole che diano rilevanza a denunce cautelative. In questo caso, infatti, in presenza di un diritto di recesso delle parti, l'assicuratore potrebbe esercitare il proprio diritto, lasciando di fatto scoperto l'assicurato. Per questo spunto cfr. F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel b2b*, cit., p. 545 ss. Sul punto cfr. altresì, U. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno resp.*, 2006, p. 595 ss.; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. assic.*, 2011, p. 501 ss.; L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 830 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, cit., p. 6 s.

²⁰ Cfr. in tal senso, Trib. Genova, 23 gennaio 2012, in *Assic.*, 2012, p. 186; M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni "a margine"*, cit.; M. HAZAN, *Sezioni unite e clausola claims made – la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite ("piacer figlio d'affanno; gioia vana...")*, in *Danno resp.*, 2016, p. 929 ss. Anche la dottrina internazionale si è occupata specificamente del tema. Cfr. G. KROLL, *The "Claims Made" Dilemma in Professional Liability Insurance*, (1974-75), 22, *UCLA L. Rev.*, p. 925 ss. In questo senso, anche *Stine v. Continental Casualty Co.*, 349 N.W.2d 127, 419 Mich. 89 (1984), 97: «Since the insurer can limit the duration of its exposure to the term of the policy currently in force, the more precise actuarial data available enable it to charge a lower premium than would be necessary for an occurrence policy».

²¹ La necessità di modificare un sistema economico, quale quello basato sulla loss occurrence, che si presenta oramai insostenibile per le imprese di assicurazione è evidenziata da R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, cit., p. 921 ss.

La dottrina, sul punto, interpreta la norma in parola addossando all'assicurato un doppio obbligo di avviso: del sinistro e della richiesta di risarcimento.

3. Cass. sez. un. 6 maggio 2016, n. 9140.

A tal punto è soltanto la varietà della prassi che può essere di aiuto.

La verifica deve essere operata soprattutto con riferimento alla assicurazione della responsabilità civile applicata all'operato dei professionisti intellettuali avvertendo sin da ora che le differenze tra le diverse professioni hanno spesso portato a soluzioni specifiche dei singoli casi.

Del resto sembra questa anche l'indicazione della oramai famosa sentenza che la Corte di Cassazione ha reso a sezioni unite il 6 maggio 2016²² ove, nel comporre il conflitto relativo alla verifica della vessatorietà della clausola²³, la Corte medesima indica una terza via: il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla clausola claims made impura mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo²⁴, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno dell'assicurato. Il patto claims made

²² Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140. La sentenza, per l'importanza della questione più che per la risoluzione di esse, è stata oggetto di numerosi commenti. Cfr. R. PARDOLESI, *Le Sezioni Unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2026; M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni a margine*, cit.; A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 cc.*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2032; S. VERNIZZI, *Le polizze claims made c.d. spurie*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 861 ss.; A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss.; U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, 753 ss.; I. SABBATELLI, *Le Sezioni Unite e la clausola claims made*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, II, p. 53 ss.; R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, cit., p. 927 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, cit., p. 656 ss. Da ultimo, per una conferma dell'orientamento assunto con la sentenza in commento, v. Cass., Sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *www.altalex.com*.

²³ Affermata invece da Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, p. 254; Trib. Napoli 20 ottobre 2014, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1061 ss.; Trib. Bari 12 luglio 2012, ord., in *Giur. it.*, 2012, p. 2558 s.; Trib. Milano 18 marzo 2010, in *Dir. econ. assic.*, 2010, p. 778 ss.; Trib. Crotone 8 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 712. Il conflitto nella giurisprudenza di merito si è in passato arricchito di posizioni ulteriori rispetto alla semplice vessatorietà o non vessatorietà. Si valuti, ad esempio, la posizione di Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, cit., che reputa senz'altro vessatorie le clausole claims made impure. Nello stesso senso, Trib. Rovigo, 17 agosto 2011, in *De-jure*. In dottrina, per la svantaggiosità della clausola impura per l'assicurato v. G. FACCI, *Le claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1138 s.

²⁴ Discorrono di definizione cronologica del rischio E. BOTTIGLIERI, *L'assicurazione contro i danni*, cit., p. 27; L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2010, p. 228; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 369; G. VOLPE PUTZOLU, *Obbligazione e responsabilità*, in *Assic.*, 2011, II, p. 131 ss.

è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto più che la responsabilità. La verifica, non deve essere dunque affrontata sul terreno della vessatorietà ma su quello della meritevolezza²⁵ e allora deve essere una verifica della clausola in relazione all'equilibrio contrattuale²⁶.

In detta prospettiva la Corte esclude anche che vi sia in generale un problema di carenza causale strutturale poiché reputa “suggestiva” ma non sempre rispondente al vero l'affermazione per cui l'esclusione della copertura assicurativa di un sinistro realizzatosi durante la vigenza della polizza, ma la cui richiesta di risarcimento sia intervenuta in un momento successivo, sarebbe invalida perché elidirebbe il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo²⁷, dovendosi invece verificare la meritevolezza in relazione al sinallagma contrattuale per verificare «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»²⁸.

²⁵ Il richiamo al giudizio di meritevolezza è stato criticato da ampia parte della dottrina che lo reputa uno strumento che inserisce un elemento di incertezza nel dibattito in merito alla validità della *claims made*. In altri termini, si afferma che i giudici dopo aver liberato il campo dai dubbi più ricorrenti e con più forza sollevati dalla dottrina, in merito alla validità della clausola abbia fatto poi rientrare dalla finestra il problema di una sua eventuale invalidità. Sostanzialmente in questi termini, M. HAZAN, *Sezioni unite e clausola claims made – la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite* (“piacer figlio d'affanno; gioia vana...”), cit., p. 929 ss. Non sembra tuttavia, a parere di chi scrive, che la critica colga nel segno poiché il richiamo alla meritevolezza, lungi dall'assumere un ruolo centrale nelle motivazioni delle sentenze richiama un principio costituzionale che mai dovrebbe essere messo in dubbio. Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 560 ss.; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 735 ss.; M. PENNASILICO, “Menage à trois”: la correzione giudiziale del contratto, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss.

²⁶ La verifica dell'equilibrio influisce in modo rilevante sul procedimento ermeneutico. Cfr. S. LANDINI, *Equilibrio economico del contratto e interpretazione*, in *Danno resp.*, 2011, p. 515 ss., la quale osserva che «se si muove dall'idea che l'interpretazione non è un'attività ricognitiva di senso, ma è un'attività creativa lasciata all'opera dell'interprete il quale, nell'individuazione della regola contrattuale, argomenterà le proprie scelte, orientate dallo scopo della ricerca della “comune intenzione delle parti”, facendo leva su quelli che sarebbero meri argomenti logici indicati dal legislatore agli artt. 1362 ss., allora anche il valore delle prestazioni potrà ad ogni modo adiuvare l'interprete come dato extratestuale relativo a quella che era l'intenzione delle parti nella determinazione dell'oggetto del negozio».

²⁷ Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Guida dir.*, 2014, 19, p. 70.

²⁸ Non sembra, tuttavia, che tale riferimento alla causa possa essere inteso quale parametro oggettivo teso a delimitare il sindacato del giudice sull'equilibrio contrattuale. Così, invece, F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel b2b*, cit., p. 545 ss. Laddove il giudizio sull'equilibrio contrattuale rappresenta un corollario della giustificazione dell'autonomia privata e, soprattutto in regolamenti contrattuali connotati da uno squilibrio di forza contrattuale (senza con ciò dover necessariamente accedere alla genia dei contratti del consumatore), rappresenta un

4. Principi interpretativi desumibili dalla sentenze di merito. Specificità della professione del danneggiante.

Se queste sono le indicazioni dei giudici di Cassazione, la giurisprudenza di merito, in applicazione del suddetto principio ha già affrontato alcune questioni fornendo risposte discordanti²⁹.

In un caso deciso dal Tribunale di Milano³⁰, a seguito della condanna di un Architetto per errato adempimento e della conseguente chiamata in manleva della propria compagnia di assicurazioni, i giudici ritengono di dover valutare, sulla scia delle indicazioni della sentenza a sezioni unite poc'anzi richiamata, la meritevolezza della clausola contrattuale a norma della quale "l'assicurazione è operante per le richieste di risarcimento pervenute per la prima volta all'Assicurato durante il periodo di efficacia dell'Assicurazione, sempreché originati da errori professionali commessi durante il medesimo periodo, ovvero limitatamente all'attività di progettazione, anche precedentemente alla sua data di decorrenza a condizione che l'opera per la quale l'assicurato ha eseguito la sua prestazione non sia stata ancora iniziata", concludendo che «la clausola in questione, limitando la copertura alla 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, e 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».

passaggio importante del giudizio di meritevolezza. Uno spunto in tal senso in U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Scritti di diritto patrimoniale*, Napoli, 1992, p. 39 ss.

²⁹ La giurisprudenza di merito, successiva alla decisione delle Sezioni Unite, è copiosa e estremamente altalenante. A titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, si sono espresse a favore della validità della clausola Trib. Genova, 1 giugno 2016, n. 1961, *inedita*; Trib. Napoli, 20 giugno 2016, n. 7807, in *Ridare.it*, 2016, 28 novembre; Trib. Monza, 05 luglio 2016 n. 1899, in *De-jure*; Trib. Lucca, 6 luglio 2016, n. 1450, in *De-jure*; Trib. Milano, 8 luglio 2016, n. 8576, *inedita*; Trib. Bologna, 12 agosto 2016, in *Ridare.it*, 2016, 7 ottobre; Trib. Milano, 23 agosto 2016, n. 958, *inedita*; Trib. Milano, 26 agosto 2016, n. 9830, *inedita*; Trib. Lucca, 13 settembre 2016, n. 1765, *inedita*; Trib. Teramo, 23 settembre 2016, n. 1142, *inedita*; Trib. Roma, 28 settembre 2016, n. 17912, in *De-jure*; Trib. Roma, 6 ottobre 2016, n. 18526, *inedita*; Trib. Palermo, 14 novembre 2016, n. 11368, *inedita*. Si sono espresse, invece, in senso contrario, Trib. Milano, 9 giugno 2016, n. 7149, in *Ridare.it*, 2016, 19 luglio; Trib. Treviso, 10 giugno 2016, n. 1530, *inedita*; Trib. Monza, 16 giugno 2016, n. 8064, *inedita*; Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, in *Ridare.it*, 2016, 19 luglio; App. Ancona 29 settembre 2016, n. 1142, *inedita*; Trib. Roma, 17 novembre 2016, n. 21409, *inedita*.

³⁰ Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, in *Ridare.it*, 2016, 19 luglio.

La soluzione individuata dal Tribunale nel caso specifico è quella della sostituzione automatica di clausole *ex art.* 1932, comma 2, c.c. In particolare il Tribunale reputa che l'inefficacia della clausola relativa alla validità della garanzia debba essere limitata a quella parte della pattuizione, che invece di coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza, limita la garanzia ai rischi nel descritto limitato periodo temporale. Tale inefficacia non si estende a tutta la clausola relativa alla validità della garanzia che resta efficace nella parte in cui delimita l'oggetto del contratto e prevede che l'assicurazione valga per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato nel corso del periodo di validità dell'assicurazione (fino alla maturazione dei termini di prescrizione decennale, ancora non compiuti nel caso in esame).

Le deduzioni del Tribunale sollevano due ordini di perplessità.

1) La clausola è reputata invalida perché incompatibile con lo schema della responsabilità professionale di un prestatore d'opera intellettuale, o di quel genere di prestatore d'opera?

2) È corretta l'applicazione che fa il Tribunale dell'art. 1932 comma 2, c.c. riscrivendo così sostanzialmente la clausola con il risultato di ottenere una pattuizione affatto diversa sia da quella contrattuale sia dalla norma di legge?³¹

Per rispondere alla prima domanda è ancora una decisione del Tribunale di Milano³², che si rivela utile al nostro scopo.

Una signora cita in giudizio un radiologo e la struttura sanitaria nella quale opera per un caso di *malpractice* medica. In particolare, la ricorrente imputa al medico di aver disatteso le linee guida ed aver omesso di effettuare ulteriori quanto necessari accertamenti, impedendo così una diagnosi tempestiva che avrebbe evitato il successivo intervento chirurgico invasivo (mastectomia) creandole in definitiva una prognosi *quoad vitam* più favorevole. Ha quindi concluso chiedendo il risarcimento dei danni non patrimoniali subiti e, segnatamente, il risarcimento del danno biologico, del danno psichico, del danno esistenziale, del danno morale, e del danno da perdita di chance di sopravvivenza. Il medico si costituisce chiedendo la chiamata in causa delle proprie Compagnie di assicurazioni.

³¹ Critica la soluzione individuata dai giudici, M. HAZAN, *Sezioni unite e clausola claims made – la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite* ("piacer figlio d'affanno; gioia vana..."), cit., p. 929 ss. Nella stessa prospettiva, di un eccesso di protezionismo, sembra dover essere intesa la soluzione, indicata da M. GAZZARA, *Sezioni unite e clausola claims made – la meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 929 ss., in merito alla eventuale rilevanza d'ufficio della nullità della clausola.

³² Trib. Milano. 23 agosto 2016, in *Ridare.it*, 2016, 2 dicembre.

Per quanto qui ci riguarda la compagnia assicurativa eccepisce l'inoperatività della garanzia assicurativa, atteso che la prima richiesta di risarcimento era pervenuta all'assicurato quando la polizza non era più efficace da oltre 3 anni. In particolare, l'art. 3 delle condizioni generali di polizza prevedeva che: "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento relative ai fatti accaduti durante il periodo di validità dell'assicurazione pervenute per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di validità della stessa o, comunque, entro sei mesi dalla sua cessazione".

Afferma il Tribunale che «le disposizioni contenute nel citato articolo valgono a definire la polizza in oggetto come contratto di assicurazione connotato integralmente dal regime cd. "claims made" o "a richiesta fatta", in cui oggetto dell'assicurazione è proprio la richiesta risarcitoria avanzata dal terzo garantito, determinata da un evento dannoso ascrivibile a responsabilità dell'assicurato». Trattasi, dunque, per il Tribunale, di contratto assicurativo in cui l'obbligazione di garanzia non sorge con il fatto generatore di responsabilità, ma con la richiesta risarcitoria del terzo. Concludendo, a seguito di una valutazione di meritevolezza della clausola, che «il contenuto dell'art. 3 del contratto appare compatibile con lo schema della responsabilità professionale come quella in esame poiché non sembra si possa escludere che, in ragione delle caratteristiche della prestazione (esecuzione di un'indagine diagnostica), nel corso dei tre anni di validità della garanzia si realizzino sia la condotta (o l'omissione) del professionista, sia la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato».

La differenza tra i due casi è dunque rinvenibile esclusivamente nella diversa natura dell'attività svolta dal professionista che porta a soluzioni diametralmente opposte della vicenda pur muovendo il Tribunale dallo stesso principio di diritto affermato dalla sentenza di Cassazione a sezioni unite n. 9140/2016.

Tuttavia, in un caso ancora analogo, il Tribunale di Napoli³³ offre una interpretazione ancora diversa.

Il ricorrente, giunto in ospedale dove, a seguito di una frattura, veniva sottoposto ad un intervento di immobilizzazione dell'arto destro, chiede il risarcimento del danno, patrimoniale e non, patito per effetto dell'inadeguato trattamento medico subito nello svolgimento dell'attività posta in essere presso la struttura ospedaliera, ove le veniva praticato un intervento di riduzione della frattura con immobilizzazione, al quale residuava una neuropatia del nervo mediano e postumi consistenti in una invalidità commisurata al 10 %.

La struttura ospedaliera, nel resistere chiama in causa la propria compagnia di assicurazioni la quale, a sua volta, eccepisce l'inoperatività della garanzia per effetto della presenza della clausola articolata in modo tale da coprire solo i sinistri le cui

³³ Trib. Napoli, 20 giugno 2016, n. 7807, in *Ridare.it*, 2016, 28 novembre.

richieste siano state avanzate entro il periodo di durata della polizza, purché il fatto che ha dato origine alla richiesta di risarcimento sia stato commesso nello stesso periodo ma comunque non prima di tre anni dalla data di perfezionamento del presente contratto.

Il Tribunale pone a fondamento della propria decisione di validità della clausola, l'importanza della continuità di prestazioni mediche offerte dall'assicurato, quale struttura ospedaliera, «il cui interesse a vedersi tutelato per eventi verificatisi anteriormente alla entrata in vigore della polizza realizza una sufficiente meritevolezza – diversamente che nel soggetto esordiente che della copertura del rischio pregresso per nulla potrà giovare, mancando l'interesse ad assicurare inesistenti sue condotte precedenti alla stipula»³⁴. Come dire, la scelta di assicurare il passato si mostra opportuna, nel caso concreto, per l'attività svolta dal ricorrente e la clausola *claims made* viene giudicata meritevole perché copre il pregresso. Tuttavia, non viene operata alcuna valutazione in merito all'estensione di detta garanzia pregressa.

5. Pregi e difetti delle *claims made*.

Che assicurare il passato non sia in sé lesivo dell'interesse dell'assicurato è comprensibile, perché in un sistema di fisiologico succedersi di contratti assicurativi i due modelli potrebbero reputarsi tra loro indifferenti per l'assicurato, che sarebbe comunque coperto da una Compagnia assicurativa senza il verificarsi di “buchi di copertura”³⁵. La scelta tra i due modelli di estensione temporale della garanzia, invece, si presenta dirimente per l'organizzazione economica e finanziaria della Compagnia assicurativa, soprattutto in relazione a danni (c.d. lungolatenti) che potrebbero manifestarsi anche dopo un lungo lasso di tempo dal verificarsi del fatto dannoso³⁶. Il sistema *loss occurrence* evidenzia due innegabili punti di criticità:

- costringe le società a costituire e calcolare le riserve relative alla sinistralità tardiva (IBNR)³⁷;

³⁴ Riflette sull'inadeguatezza del sistema *claims made* per i professionisti esordienti, S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., p. 708.

³⁵ Ovviamente l'affermazione della meritevolezza della clausola deve essere sempre calata nel singolo regolamento contrattuale che potrebbe presentare caratteristiche tali da far reputare comunque immeritevole la clausola *claims made*. Si consideri ad esempio il caso di un assicurato ad inizio carriera. Per quest'ultimo esempio v. M. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? finalmente una risposta della cassazione*, cit., p. 365 ss.

³⁶ I vantaggi per le compagnie di assicurazione sono messi in risalto da F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 501 ss.

³⁷ Sul tema cfr. M. PROCOPIO, *Il regime assicurativo e tributario riservato ai rischi catastrofali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 415 ss.; A. LONGO, *L'infinita querelle tra imprese di assicurazione e*

- nelle ipotesi di danni lungolatenti, il massimale potrebbe rivelarsi anacronistico per l'assicurato, rispetto al mutato valore del danaro al tempo della richiesta³⁸.

Ciò perché il corretto funzionamento del sistema assicurativo necessita di un sicuro meccanismo di calcolo del premio in relazione alle probabilità di verificarsi dell'evento³⁹. Vero è infatti che nella fissazione del premio deve essere rispettata la soglia minima, pari al rapporto tra il costo complessivo dei sinistri pagati dall'assicuratore in un certo periodo di tempo assunto come base di calcolo e il numero complessivo degli assicurati⁴⁰; ma se il tempo assunto come base di calcolo è incerto, allora alle incertezze probabilistiche si aggiungono anche quelle derivanti da una non precisa definizione del tempo di vigenza della copertura⁴¹. È per questa ragione che le imprese di assicurazione, negli ultimi anni, hanno tendenzialmente modificato le clausole relative al meccanismo di estensione temporale della garanzia, passando alla definizione di clausole claims made⁴². Il meccanismo della clausola claims made, segnando un punto fermo di termine della copertura nella

fisco sulle riserve tecniche e sui diritti di delega, in *Dir. fisc. assic.*, 2013, p. 408 ss.; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 501 ss.; D. DE STROBEL, *La vicenda del "claims made"*, in *Dir. econ. assic.*, 2006, p. 531 ss.

³⁸ L'indubbio vantaggio di permettere una più corretta definizione del massimale è messo in evidenza da M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 89 s. Parla specificamente della possibilità che «i modelli act committed hanno il difetto di riferirsi ad un massimale che, nel corso degli anni, potrebbe rivelarsi anacronistico per l'assicurato, rispetto al mutato valore del danaro al tempo della richiesta», M. HAZAN, *Sezioni unite e clausola claims made – la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite ("piacer figlio d'affanno; gioia vana...")*, cit., p. 929 ss.

³⁹ Ciò a causa della struttura economica dell'operazione che anticipa gli incassi rispetto ai futuri eventuali esborsi. Sull'inversione del rapporto di scambio nel sistema assicurativo v. I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto*, cit., p. 604.

⁴⁰ Il premio è infatti calcolato avendo quale parametro la rischiosità media del settore e cioè i sinistri risarciti nel periodo di tempo nel quale dovrà essere pagato il premio. Sulla caratterizzazione del premio quale corrispettivo calcolato sulla base dei dati statistici in relazione ad una massa di rischi omogenei, v. le pagine, oramai classiche, di A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 378 ss.

⁴¹ Il fattore temporale, e cioè il periodo assicurativo, costituisce l'unità di indagine statistica elementare, rispetto alla quale l'assicuratore computa il costo della massa di rischi. L'incertezza nel meccanismo di definizione del premio potrebbe essere l'ostacolo maggiore al raggiungimento dell'equilibrio economico nel settore assicurativo, causando anche episodi di inaffidabilità delle imprese di assicurazione. Per queste considerazioni v. H.D. BOYD, *Insurance fact or fantasy*, in *Journal of Insurance Regulation*, Sep89, Vol. 8, Issue 1, p. 80 ss. Sulla necessità di certezza «di una attività che, fondata sull'inversione del ciclo produttivo e sulla corretta profilazione del rischio (in funzione della sua tariffazione), dovrebbe esser governata da regole certe e poter contare sul pieno affidamento circa il rispetto dei patti stabiliti all'atto della stipula della polizza», v. M. HAZAN, *Sezioni unite e clausola claims made – la singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite ("piacer figlio d'affanno; gioia vana...")*, cit., p. 929 ss.

⁴² L'importanza, per le imprese di assicurazione, della certezza della delimitazione cronologica della esposizione indennitaria è evidenziata da L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., 2016, p. 529 ss.

scadenza del contratto (termine entro il quale deve giungere anche la condanna al risarcimento), risolve il problema dell'incertezza temporale e si rivela conforme al rischio (come configurato in bilancio) delle imprese di assicurazione⁴³.

Si tratterebbe soltanto di portare a regime il sistema, assicurando il passato e non il futuro, poiché quest'ultimo sarà oggetto di un contratto successivo.

Il problema sorge quando questo meccanismo si inceppa a causa della predisposizione di claims made impure. In queste ipotesi la claims made tradisce il suo scopo rischiando di apparire non meritevole di tutela. In particolare sono diversi i dubbi di meritevolezza che possono sorgere:

- quando la clausola che prevede che sia l'evento che la richiesta di risarcimento si verifichino nel periodo di validità della clausola, (nelle ipotesi di durata del contratto annuale), per cui il succedersi di differenti contratti, pur con le medesime parti, creerebbe necessariamente buchi di copertura;

- quando sia prevista la clausola che attribuisce alle parti una facoltà di recesso dopo ogni denuncia di sinistro⁴⁴. In questo caso l'esercizio del diritto di recesso, terminando unilateralmente e prematuramente la copertura, lascerebbe

⁴³ È stata proprio l'insostenibilità del sistema e, in particolare, l'aumento dei premi a giustificare socialmente l'introduzione delle clausole claims made. Infatti, all'inizio degli anni '80 negli Stati Uniti il settore assicurativo ha vissuto un periodo di forte crisi a causa della (purtroppo) tristemente famosa scoperta dei danni causati dall'esposizione all'amianto. Le compagnie assicurative che avevano stipulato polizze sui danni abitativi si sono ritrovate, tra il 1983 e il 1987, a fronteggiare un numero enorme di indennizzi derivanti da condanne al risarcimento danni, formalizzatesi anche in una class actions. Un gran numero di compagnie assicurative, che non aveva appostato in bilancio riserve necessarie a fronteggiare un tale numero di richieste fallì. È chiaro che questa situazione, che è ricordata come la liability insurance crisis degli anni '80, non si è rivelata lesiva per le sole Compagnie, poiché ha rappresentato uno sconvolgimento di tutto il sistema assicurativo, con un conseguente grosso aumento dei premi.

⁴⁴ La questione era stata segnalata già, molti anni orsono da, F. DELFINI, *Clausole di esonero da responsabilità e di determinazione dell'oggetto*, in *Contratti*, 1997, p. 255 ss. Il medesimo problema si creerebbe anche in caso di scadenza nelle polizze che prevedono una durata limitata, per queste ragioni si afferma che il modello claims made indurrebbe l'assicurato a rinnovare la polizza con la medesima compagnia di assicurazioni. In questi termini, M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutele dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 461 ss. La pericolosità della previsione del diritto di recesso è fortemente avvertita dal legislatore che nei due casi recenti nei quali ha disciplinato l'assicurazione di r.c. professionale, e cioè la responsabilità del medico e quella dell'avvocato, ha dettato normative che limitano tale possibilità. Quanto al primo infatti la L. 8 novembre 2012, n. 189, prevede tra i requisiti minimi e uniformi dei contratti di assicurazione di r. c. sanitaria, la possibilità di disdetta della polizza «solo in caso di reiterazione di una condotta colposa dell'assicurato accertata con sentenza definitiva»; per gli avvocati, invece, il Decreto Ministero Giustizia, del 22 settembre 2016, Recante Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato, impone che «l'assicurazione deve contenere clausole che escludano espressamente il diritto di recesso dell'assicuratore dal contratto a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività» (art. 2, comma 2).

l'assicurato esposto per quelle richieste di risarcimento che dovessero presentarsi successivamente, pur se l'evento generatore del danno sia avvenuto nel periodo di vigenza della polizza⁴⁵. L'ipotesi è ancora configurabile anche se fortemente limitata dal legislatore in tema di assicurazione del medico e dell'avvocato;

- quando, in sede di rinnovo della polizza, o di mutamento di compagnia, il professionista sia consapevole di aver commesso un errore professionale che lo esponga ad una pretesa risarcitoria da parte di terzi, ma non abbia ancora ricevuto una richiesta in tal senso⁴⁶. In questo caso l'applicazione dell'art. 1892 c.c. in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti potrebbe portare all'impossibilità di ottenere il rinnovo della polizza o al fatto che comunque quel particolare rischio possa rimanere senza copertura⁴⁷. Sul punto occorre ricordare che non è qui richiamabile il rischio putativo⁴⁸, ma la conoscenza di un proprio comportamento che sia

⁴⁵ In questo senso, F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel b2b*, cit., p. 545 ss., il quale denuncia che in tal modo l'assicuratore potrebbe liberarsi dal contratto sgradito creando di fatto una scadenza non naturale della polizza.

⁴⁶ In senso critico si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Assic.*, 2006, II, 2, p. 2, ove si rileva che «con riferimento ai fatti (intesi sempre nel senso predetto) avvenuti prima del periodo di assicurazione claims made ma con la richiesta di risarcimento presentata nel periodo, va rilevata l'insostenibilità della tesi secondo cui sarebbero tutti comunque coperti. Tale tesi omette infatti di considerare tutte le problematiche (concernenti la sussistenza del rischio risarcibile e la buona fede) relative alla conoscenza dei fatti stessi da parte dell'assicurato; non a caso gli assicuratori, nel predisporre le clausole del contratto, limitano talora la loro responsabilità ai fatti (intesi nel senso suddetto) accaduti nell'anno o nei due anni precedenti alla conclusione del contratto; e non a caso nell'assicurazione claims made viene generalmente richiesto all'assicurato, al momento della stipulazione del contratto, di dichiarare se è a conoscenza di sinistri risarcibili già verificatisi; il che a sua volta implica l'esplicita od implicita volontà di stabilire l'applicabilità degli artt. 1892, 1893 e 1894 c.c. relativi alle dichiarazioni di rischio. Da ciò discende che, anche in considerazione della diversità dei rischi professionali in questione (ad es. un chirurgo è generalmente in grado di accorgersi di un suo eventuale errore in un lasso di tempo breve; altri professionisti possono ignorare di aver commesso atti colposi per tempi anche molto lunghi) è in realtà tutta da dimostrare (caso per caso) l'affermazione che l'assicurazione claims made copre (in misura maggiore o minore) i fatti dannosi antecedenti alla stipulazione del contratto; va rilevato che detta affermazione potrebbe comunque avere solo un rilievo essenzialmente statistico e probabilistico; e che appare in ogni caso ben difficilmente ipotizzarle l'ipotesi che vengano coperti effettivamente tutti i fatti antecedenti (purché la richiesta di risarcimento sia stata fatta nel periodo di efficacia del contratto), tra l'altro in quanto ciò implicherebbe che nella specie è da escludere con certezza che l'assicurato, al momento della stipulazione del contratto, fosse effettivamente a conoscenza di qualche possibile suo comportamento produttivo di danno risarcibile».

⁴⁷ M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, cit., p. 887 ss. Lo stesso a., in uno scritto specifico sulle clausole claims made (*Sezioni unite e clausola claims made – la meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*, cit., p. 929), lo considera «un argomento significativo anche al fine di smentire la tesi, accolta dalle SS.UU. nella sentenza in parola, e diffusa in Giurisprudenza e dottrina, secondo cui un problema di meritevolezza (o secondo un'altra impostazione di vessatorietà) potrebbe porsi solo con riferimento alle claims spurie, mentre le pure dovrebbero considerarsi esenti da censure e pienamente valide».

⁴⁸ La questione è ben riassunta da Cass. 17 febbraio 2014 n. 3622, in www.itagliure.giustizia.it.

passibile di richiesta di risarcimento del danno⁴⁹. Certo il confine è labile. Ad esempio, a seguito della morte di un paziente, ove il medico sia convinto di non aver commesso errori, è difficile affermare la rilevanza o meno del fatto poiché se ciò che rileva è soltanto il comportamento passibile di responsabilità, comunque non c'è dubbio che tale dichiarazione debba essere resa ai sensi dell'art. 1892 per non incorrere nel vizio del contratto.

6. Meritevolezza ed equilibrio contrattuale: il ruolo della definizione dell'importo del premio.

Se la ragione che giustifica la previsione di una *claims made* è proprio la possibilità di conciliare le uscite con la riscossione dei premi, rendendo programmabili gli indennizzi e correlandoli con il periodo di pagamento dei premi per individuare dati (statisticamente) certi sulla base dei quali valutare le riserve da appostare in bilancio, allora la previsione di un periodo di riduzione della copertura⁵⁰, relativamente ai fatti verificatisi in un determinato periodo di tempo, ha effetti negativi sul singolo contratto e sul sistema assicurativo nel suo complesso⁵¹. È vero

it: «L'alea non concerne comportamenti passati nella loro materialità, ma la consapevolezza da parte dell'assicurato del loro carattere colposo e della loro idoneità ad arrecare danno a terzi». In senso diametralmente opposto invece, Cass. 13 marzo 2014, n. 5791, in *Foro it.*, 2014, I, p. 3247: «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».

⁴⁹ Non si tratta cioè di affermare la nullità del contratto per assenza del rischio, come pure in passato (ma isolatamente anche di recente) un filone giurisprudenziale aveva affermato: cfr., App. Roma, 31 luglio 2007, n. 3417, in *Leggiditalia*; Trib. Roma, 1 marzo 2006, in *De-jure*; Trib. Roma, 1 agosto 2006, in *Dir. econ. assic.*, 2007, p. 171; Trib. Roma, 5 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, p. 352; Trib. Roma 10 aprile 2013, in *Corr. mer.*, 2013, p. 12; Trib. Genova 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss.; Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, in *Dir. econ. assic.*, 2005, p. 711. Ma v. in senso contrario, Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622, in www.laprevenienza.it, che cassa la sentenza di App. Roma citata in questa nota. In dottrina prevale la tesi della validità: cfr., S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., p. 701; F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., p. 501; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made – Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, cit., p. 3; A. BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (r.c.)*, in *Assic.*, 2009, I, p. 469; D. DE STROBEL, *La vicenda del "claims made"*, cit., p. 531; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., p. 529 ss. Per una recente rassegna giurisprudenziale sul tema v. G. BIZZARRI, *Le sezioni unite sulle clausole claims made: un'indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi*, in *Giust. Civ. online*, 28 settembre 2016.

⁵⁰ Critica la giustificazione delle *claims made* impure A. MONTI, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 748 ss.

⁵¹ La giustificazione del sistema *claims made* nei contratti di r.c. professionale è negata anche da

infatti che, soprattutto se le durate contrattuali sono annuali o comunque brevi, la polizza rischia di tradursi in un contenitore privo di contenuto, ossia in una sorta di chimera che crea l'apparenza di una garanzia pressoché inservibile se non di fronte a situazioni estreme in cui la manifestazione del pregiudizio è sostanzialmente immediata alla condotta imperita del professionista-assicurato⁵².

Dunque, come da ultimo suggerito dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione, la validità o invalidità della clausola non può essere affermata in astratto, ma deve essere valutata nel concreto regolamento contrattuale, e in particolare deve essere valutata la circostanza che si verifichino eventuali buchi di copertura; allora deve essere rintracciata innanzitutto la ragione giustificatrice della clausola e la funzione che ricopre all'interno del regolamento contrattuale.

A ciò si aggiunga che se è vero che la meritevolezza deve essere valutata nel concreto schema negoziale, è necessario utilizzare tutti i parametri disponibili e soprattutto evitare di commettere l'errore, in materie come questa, connotate dal trasferimento del rischio, di compiere una valutazione *ex post* del risultato raggiunto e non una *ex ante* dell'equilibrio contrattuale⁵³.

Ma nell'equilibrio contrattuale, si sa, un ruolo importante è assunto dalla definizione del corrispettivo, cioè dell'entità del premio⁵⁴. E invece, sembra che

coloro i quali affermano che in queste ipotesi non è difficile individuare il fatto che ha dato origine al danno. Cfr. 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, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., p. 705. Per vero, l'affermazione non può essere condivisa *in toto* soprattutto se rapportata ad alcuni settori, come quello riguardante la responsabilità medica, ove la complessità della professione e la sempre più frequente sua configurazione procedimentale e di equipe, rendono ardua proprio l'individuazione del fatto generatore del danno.

⁵² Pressoché testualmente, R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, cit., p. 921 ss.

⁵³ V. Trib. Roma 8 gennaio 2016, in <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/14416>, il quale ha dichiarato la nullità per difetto di causa di un derivato IRS, poiché «l'alea bilaterale, ovvero l'incertezza sull'andamento dei due differenziali contrapposti, [...] rappresenta un elemento la cui effettiva presenza consente di effettuare con esito positivo, sul presupposto della sussistenza di un'apprezzabile componente di rischio in capo ad entrambi i contraenti, il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. circa l'operazione atipica posta in essere». La sentenza citata è stata commentata da A.A. DOLMETTA, *Della ricerca giurisprudenziale di contenere entro "ragionevoli limiti" l'operatività dei derivati*, in *Società*, 2016, p. 709 ss.

⁵⁴ V. le interessanti riflessioni di N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali*, cit., p. 721 ss., il quale evidenzia che «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». Cfr. altresì, M. GORGONI, *Favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 359 ss. Per una distinzione tra rischio medio e rischio individuale dell'assicurato, cfr. S. LANDINI, *Equilibrio economico*

nelle decisioni richiamate non si dia il giusto rilievo alla valutazione dell'entità del premio⁵⁵. L'entità del premio pagato, infatti, gioca un ruolo decisivo nell'economia complessiva dell'operazione negoziale: una copertura assicurativa ridotta può essere giustificata da una drastica riduzione del premio nell'ambito dell'equilibrio del sinallagma contrattuale. Il premio di una polizza claims made per la prima annualità e senza periodo di retroattività, riflette esclusivamente l'esposizione dell'assicuratore per le richieste risarcitorie formulate e denunciate in quella stessa annualità in relazione agli eventi di danno in essa verificatisi: esso, sulla base di dati statistici, può essere determinato in una misura del 40% rispetto alle coperture in loss occurrence⁵⁶.

Il discorso però deve essere arricchito, come è stato fatto dai giudici, da considerazioni relative all'introduzione dell'obbligo assicurativo per i professionisti⁵⁷ e al ruolo che l'assicurazione deve necessariamente rivestire in questo nuovo sistema. La *ratio* delle norme che introducono tale obbligo è, infatti, certamente, quella di tutelare non soltanto il patrimonio del danneggiante (quale scopo classico dell'assicurazione di responsabilità civile)⁵⁸ ma anche (e, forse, soprattutto) di tutelare il danneggiato dal rischio di incapienza di quel patrimonio⁵⁹. È fin troppo ovvio, allora, che la meritevolezza delle claims made debba essere valutata con riferimento a questo sistema. E in questa prospettiva appare forse condivisibile l'opinione che introduce quale parametro di controllo della meritevolezza il rispetto della funzionalità del tipo, per cui non sarebbe certamente meritevole di tutela contratto che evocando un tipo lo svuoti poi di contenuto nelle pattuizioni concrete⁶⁰.

del contratto e interpretazione, cit., p. 516.

⁵⁵ A differenza di altre, per vero poche, decisioni più risalenti: App. Roma, 22 marzo 2011, in *leggiditalia.it*; Trib. Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Dir. econ. assic.*, 2010, p. 778; Trib. Bari, 12 luglio 2012, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7533.php>; Trib. Rovigo-Adria, 17 agosto 2011, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7018.pdf>; Trib. Crotone, 8 novembre 2004, in *Assic.*, 2004, II, p. 260.

⁵⁶ F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. assic.*, 2007, p. 834.

⁵⁷ Introdotta, com'è noto, dall'art. 3, d.p.r. n. 137/2012.

⁵⁸ Obbligo che tuttavia non deve produrre l'effetto di rendere antieconomico l'accesso alla professione. In questi termini, anche se in un caso differente, v. Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1483 ss.

⁵⁹ Cfr. art. 3, comma 5, lett. e), D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con L. 14 settembre 2011, n. 148, ove si funzionalizza l'obbligo assicurativo alla tutela del cliente. Tutela desumibile anche dagli obblighi informativi relativi alle caratteristiche della polizza. Cfr. in dottrina, A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 327 ss.

⁶⁰ F. DELFINI, *Clause claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel b2b*, cit., p. 545 ss., il quale lo reputa un atteggiamento «di creazione di affidamento e di sua consapevole delusione

7. Le risposte del legislatore.

In due casi, il legislatore sembra che stia correndo ai ripari:

- nel settore dell'avvocatura, il recente Decreto Ministero Giustizia, del 22 settembre 2016, Recante Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato, impone all'art. 2, che «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».

- nel settore sanitario la l. 8 marzo 2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie), dopo aver imposto all'art. 10 l'obbligo assicurativo, si occupa specificamente, nell'art. 11 dell'estensione della garanzia assicurativa dettando una disciplina che media tra le opposte esigenze: «La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto 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 efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta».

Queste norme rappresentano un tentativo di regolamentazione dell'estensione della garanzia assicurativa, nella consapevolezza della necessità di una soluzione che realmente contemperì le diverse esigenze in ragione di un buon funzionamento del sistema nel suo complesso, suscitando così l'impressione che la centralità del comparto assicurativo nel sistema di gestione dei rischi professionali non possa essere assegnato alle altalenanti pronunce giurisprudenziali, pur basate sul fondamentale richiamo alla meritevolezza, ma necessiti di regole certe a tutela non soltanto degli assicurati ma soprattutto dei danneggiati e, in definitiva, con riguardo al funzionamento complessivo del mercato di riferimento. E se «il giudizio di meritevolezza si concreta di una valutazione che impone la coerenza con i principi e i valori dell'ordinamento, nel rispetto anche dell'interesse non patrimoniale come elemento che concorre nel giudizio» ricordando che «l'atto va valutato, non soltanto isolatamente, ma nell'ambito dell'attività della quale è parte

(abusiva, perché contraria al precetto di buona fede)».

integrante»⁶¹, tutto induce a chiedere un rafforzamento del ruolo dell'IVASS, quale Authority del mercato assicurativo, perché possa effettivamente svolgere anche la sua funzione di controllo.

⁶¹ P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ss.