Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Laurea

in Amministrazione

Finanza e Controllo

ordinamento ex D.M.

270/2004

Tesi di Laurea

L' efficacia temporale delle polizze di responsabilità civile: il caso delle polizze professionali

Relatore

Prof.ssa Giuliana Martina

Correlatore

Prof. Alberto Urbani

Laureando

Marco Andreolli

Matricola 815924

Anno Accademico

2015 / 2016

INDICE

L' efficacia temporale delle polizze di responsabilità civile: il caso delle polizze professionali

Introduzione pag. 4

Capitolo I

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE IN GENERALE E LA REPONSABILITA' CIVILE

1.1) Contratto di assicurazione: nozione, premio e le parti del contratto 8

1.2) Il Rischio: cessazione, diminuzione e aggravamento 10

1.3) Le dichiarazioni del contraente sul rischio: dichiarazione inesatte e reticenze 12

2) L' assicurazione di responsabilità civile 15

3) La descrizione del rischio 17

4) Le esclusioni 17

4.1) Soggetti non considerati terzi 18

4.2) Esclusioni normative e causali 18

4.3) Limitazioni territoriali 20

4.4) Limitazioni temporali 20

5) Il sinistro 22

5.1) Le spese di lite 23

5.2) Il patto di gestione della lite 24

5.3) L' obbligo di avviso 25

5.4) L' obbligo di salvataggio 26

5.5) La prescrizione 27

Capitolo II

LA DELIMITAZIONE TEMPORALE DEL RISCHIO

1) L' interpretazione dell' art. 1917 del codice civile 28

2) Il sistema loss occurrence 29

3) Le origini del modello cd. claim's made 33

3.1) L' iter del sinistro in alcune polizze di responsabilità civile 34

3.2) La clasuola claim's made 37

3.3) Vantaggi e svantaggi del modello claims made 39

4) Le diverse posizioni giurisprudenziali in Italia 41

4.1) Nullità per contrasto con l' art. 1917 c.c. e alterazioni del regime prescrizionale 42

4.2) La posizione della Corte di Cassazione 47

4.3) Nulla per contrasto con l' art. 1895 c.c. 51

4.4) Profili di vessatorietà della clausola claims made 54

4.5) Caratteri vessatori e tutela del consumatore 62

Capitolo III

I NUOVI ORIENTAMENTI SUL MODELLO CLAIMS MADE

1) Il contesto giurisprudenziale di riferimento 66

2) Le più recenti pronunce della Cassazione 72

2.1) Sentenza 22 marzo 2013 n. 7273 73

2.2) Sentenza 17 febbraio 2014 n. 3622 74

2.3) Sentenza 13 febbraio 2015 n. 2872 77

2.4) Sentenza 10 novembre 2015 n. 22891 79

3) La pronuncia delle Sezioni Unite – 6 maggio 2016 82

3.1) La contestazione delle precedenti presunte censure 83

3.2) Atipicità e meritevolezza 87

3.3) Parametri di valutazione della meritevolezza e conseguenze della relativa nullità 90

3.4) Le prime applicazioni giurisprudenziali 92

4) Alcune ulteriori riflessioni sul claims made 95

Capitolo IV

L' ASSICURAZIONE DI RESPONSABILITA' CIVILE IN AMBITO PROFESSIONALE

1) Premesse 100

2) I professionisti e la loro responsabilità 103

3) L' obbligatorietà della polizza di responsabilità civile professionale 107

4) Considerazioni sul ruolo degli intermediari assicurativi 114

Conclusioni 121

Bibliografia 128

Giurisprudenza 132

INTRODUZIONE

L' assicurazione risponde a una delle esigenze percepite come primarie dall' individuo nella società moderna: quella di tutelarsi contro le conseguenze patrimonialmente dannose legate al verificarsi di un determinato evento[1]. Nel nostro elaborato ci siamo occupati specificamente di una fattispecie di contratto assicurativo, ovvero quello di responsabilità civile e del relativo regime temporale che, per alcune tipologie contrattuali, ha assistito di recente ad un profondo mutamento rispetto a quanto originariamente previsto dal Legislatore nel codice civile. L' obiettivo era quello di comprendere, attraverso un necessario *excursus* storico, quale fosse l' ammissibilità di tali clausole nel nostro ordinamento alla luce dei considerevoli dubbi nel tempo sollevati e una tale indagine non poteva esimersi dal considerare le polizze di responsabilità civile dei professionisti, vero e proprio ambito di applicazione principale di tale innovazione.

Ritornando all' operazione economica assicurativa che in sempre maggiori aspetti diviene parte della nostra vita quotidiana, essa consiste nel trasformare quello che può essere qualificato come un rischio individuale in un rischio collettivo: è così possibile garantirsi contro i danni dovuti ad un certo evento tramite un costo di molto inferiore quello dei danni stessi e ciò è reso possibile tramite un adeguato calcolo delle probabilità che consenta di individuare il numero di volte in cui un certo evento si verifica all' interno di una data comunità[2]. In tal modo è possibile accumulare i contributi da parte dei diversi soggetti esposti ad un determinato rischio cosicchè equivalgano agli oneri dovuti a causa dei sinistri effettivamente verificatisi. E' altresì evidente che più ampio è il campione in oggetto e più può essere precisa tale sorta di compensazione: da qui sorge l' esigenza di svolgere tale attività in forma imprenditoriale e non solo ma addirittura la necessità che tale compensazione si realizzi a livello di una pluralità di imprese tramite gli strumenti della coassicurazione e della riassicurazione[3] (ove la prima consiste nell' assicurazione in quota di singoli rischi mentre la seconda nel trasferimento di parte dei rischi assicurati da un impresa ad altra).

Non può essere considerato un caso che le prime compagnie assicurative, se così si possono definire le prime forme associative di questo tipo, si sviluppano in città marittime o fluviali (tant' è che la prima società di assicurazioni nasce a Genova nel 1424 e si chiama *tam mari quam terra*):

[1] DONATI–VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2012, p. 3
[2] DONATI–VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 4
[3] DONATI–VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p.5

infatti i numerosi imprevisti legati alla navigazione non fanno che scaturire un notevole bisogno di protezione che porta a quello che può essere definito come la prima forma di contratto di assicurazione. Si tratta del cosiddetto prestito a cambio marittimo[4]: l' armatore riceve una somma di denaro da restituirsi, maggiorata degli interessi, solo se la nave arriva salva a destinazione, in questo modo l' indennizzo era pagato anticipatamente e trattenuto se la nave andava perduta.

I primi assicuratori furono gli stessi vettori, ma poco alla volta si andò delineando la necessità di una figura autonoma, e per i motivi sopraenunciati tali soggetti compresero l' opportunità di condividere tra loro tali rischi: è in questo modo che nacquero i Lloyd's di Londra[5], tuttora uno dei gruppi assicurativi più importanti a livello mondiale , che presero il nome dalla taverna in cui erano soliti incontrarsi gli intermediari londinesi e il cui proprietario, Edward Lloyd, gestiva un bollettino relativo alle navi assicurate ed in viaggio. A seguito di un gravissimo incendio, nel 1666, che danneggiò largamente la capitale fu compresa l' utilità dell' assicurazione anche per tutelarsi dalle catastrofi terrestri. Infine sempre in Inghilterra nel 1762 nasce l' assicurazione sulla vita e sorgono le prime imprese di assicurazione in senso moderno.

Le tipologie assicurative fino ad ora analizzate rispondono all' esigenza di tutelarsi rispetto alla possibilità che si verifichi un evento fortuito, accidentale. La copertura di responsabilità civile invece, più specificatamente oggetto della nostra trattazione, trae origine dall' esigenza di mantenere indenne il proprio patrimonio dal rischio di dover risarcire un danno ad un terzo. Anche tale polizza nasce in ambito marittimo: infatti la copertura per il rischio di danneggiare altre navi durante le manovre era inclusa nell' assicurazione marittima[6]. Naturale conseguenza di tale tipologia di polizza fu la copertura della responsabilità civile dalla circolazione di carrozze (nata in Francia nel 1825), poi del trasporto su rotaia ed infine, in virtù del progresso economico e tecnico ella società, di quella della circolazione automobilistica, destinata a diventare successivamente uno dei *core business* delle compagnie assicurative. In Italia proprio l' obbligatorietà di tale copertura per la circolazione dei veicoli a motore e natanti (l. 990/1969) fu un evento fondamentale sia per l' evoluzione della società, divenendo esso un rischio di massa senza eguali, sia per l' evoluzione dell' assicurazione in sé, divenendo un elemento con cui qualsiasi individuo dovette venire a confrontarsi.

[4] DONATI–VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 8
[5] DONATI–VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 8
[6] C.VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, p. 13 ss.

In seguito si moltiplicarono le materie in cui la previsione dell' obbligatorietà dell' assicurazione RC fu inevitabile a causa dell' *iter* di sviluppo economico e sociale. Ricordiamo in tal senso l' obbligo di polizza per gli esercenti impianti di energia nucleare, quello per gli aeromobili, quello per le società di revisione contabile, nonché quello per tutti gli intermediari assicurativi e riassicurativi iscritti nelle sez. a) e b) del RUI e disciplinato dal Codice delle Assicurazioni entrato in vigore nel 2005. Ma la sensibilità del tema continua ad essere in evoluzione e prova ne è la relativamente recente approvazione dell' obbligo per chi esercita le cosiddette professioni intellettuali. In poche parole si assiste alla comprensione di quella che è la funzione sociale dello strumento assicurativo intesa come una *mission pubblica*, economica e civile, ovvero come mezzo di tutela della collettività e dunque del sistema economico generale[7]. Nonostante si ritenesse da talune parti che una simile copertura non facesse che aumentare l' irresponsabilità degli imprenditori , e pertanto la litigiosità e le pretese di risarcimenti[8] (fenomeni solo in parte contrastati dalla previsione di franchigie e scoperti a carico dell' assicurato), tale esigenza cautelativa prevalse con la crescente industrializzazione e con il conseguente aumento della complessità delle relative attività e dunque si configurò sempre più come elemento essenziale di tutela degli imprenditori dal rischio di dover erogare risarcimenti evitando così di mettere a rischio i loro affari.

Premessi questi brevissimi cenni storici strumentali alla comprensione del fenomeno assicurativo ed alla relativa portata sulla vita sociale di tutti giorni oltre che sul sistema economico generale, è nostra intenzione, come si anticipava, approfondire la questione delle polizze di responsabilità civile, la cui complessità ha portato alla sostanziale previsione di due regimi temporali diversificati in funzione delle diverse tipologie di attività assicurabili. La nostra trattazione, infatti, partendo da un analisi della regolamentazione inerente il contratto assicurativo in generale e taluni aspetti più strettamente specifici di quelli di responsabilità civile, utili al fine di comprendere i meccanismi che regolano i vari aspetti di tale disciplina, si focalizza proprio sulla dicotomia tra regimi temporali emersa per alcune tipologie di polizze caratterizzate dal fatto che le relative richieste risarcitorie si manifestano a notevole distanza dai connessi fatti che le avevano generate (cd. sinistri lungolatenti). Si è pertanto cercato di indagare le cause che hanno originato la nascita di un nuovo modello contrattuale per le polizze di responsabilità civile, denominato *claims made*, ma soprattutto i relativi effetti nonché i vantaggi e svantaggi per assicuratori ed assicurati che conseguono alla sostituzione del regime contrattuale rispetto a quello stabilito dagli articoli del

[7] P. GARONNA, *L' assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive,* in *Ass.,* 2012, p. 621
[8] P. GARONNA, *op. cit.*, p. 630

codice civile. Tale tema tuttavia non è stato nel corso degli anni di così facile risoluzione dal momento che ci sono state una lunghissima serie di pronunce da parte di Tribunali e della stessa Corte di Cassazione, nonché una foltissima dottrina, che hanno propeso talvolta per un' interpretazione talvolta per un' altra generando sicuramente grande incertezza non solo tra la platea dei possibili assicurati ma tra gli stessi addetti ai lavori alla luce del fatto che più volte ne è stata affermata la presunta invalidità o vessatorietà. In questo senso abbiamo provato ad analizzare la storia della *claims* made nel nostro Paese indagando tali plurime posizioni giurisprudenziali emerse nel corso degli anni e scindendo tra un primo filone di sentenze avvenute tra la fine degli anni novanta ed il primo decennio del duemila e quelle che invece sono avvenute successivamente fino alla recentissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione risalente proprio al 2016 e che tuttavia, nonostante possa rappresentare un significativo passo in avanti, non è stata ancora in grado di dirimere totalmente la dibattutissima questione.

In questo contesto, come anticipato, ci è parso opportuno approfondire ulteriormente, nell' ultima parte, la tematica relativa alla categoria dei professionisti e le relative assicurazioni di responsabilità civile professionale, in quanto proprio in tale settore il modello *claims made* ha trovato larghissima applicazione fino a diventare praticamente l' unica alternativa rinvenibile sul mercato[9] a causa della particolare esposizione di diverse professioni ai cosiddetti sinistri lungolatenti[10]; questo riveste poi un' importanza ancora superiore in un settore che presumibilmente sarà esposto ad una forte espansione assicurativa alla luce della relativamente recente introduzione dell' obbligo di copertura assicurativa che andrà pertanto ad interessare un' ampia gamma di professionisti necessariamente coinvolti dal provvedimento. Anche tale introduzione non è rimasta scevra da complicazioni e problematiche, le quali hanno fatto sì che ad oggi ancora moltissimi soggetti interessati non risultino aver stipulato alcuna copertura assicurativa. Negli ultimi paragrafi invece è stata approfondita la questione relativa al ruolo degli intermediari assicurativi e come l' ambito delle polizze professionali possa, per essi, rappresentare un' opportunità per riqualificare e rinforzare la loro attività professionale in lento declino.

[9] M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e Resp.*, 10/2016, p. 948

[10] M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite,* in *Danno e Resp.,* 10/2016, p. 971

Capitolo 1:

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE IN GENERALE E LA REPONSABILITA' CIVILE

1.1) Contratto di assicurazione: nozione, premio e parti del contratto

La definizione del contratto di assicurazione viene dettata dal codice civile : "*L' assicurazione è il contratto col quale l' assicuratore verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l' assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana*"[11].

Sebbene la definizione offerta dall' art. 1882 c.c. sia unitaria, è ampiamente riconosciuto il carattere dicotomico di tale articolo: infatti alla prestazione dell' assicurato (il pagamento del premio) corrisponde la prestazione dell' assicuratore che viene individuata o nel risarcimento di un danno o nel pagamento di un capitale o una rendita; tale differenziazione ci consente di individuare la tradizionale distinzione tra assicurazione contro i danni e assicurazione sulla vita[12], ove le prime sono caratterizzate da una funzione indennitaria per cui la prestazione dell' assicuratore varia in funzione del pregiudizio subito dall' assicurato (chiaramente nei limiti del massimale e nel rispetto del principio che impedisce l' ingiusto arricchimento), mentre le seconde per una funzione prettamente previdenziale, posto che, tramite esse, l' assicurato mira a costituirsi una risorsa finanziaria nel caso in cui si verifichi un evento attinente alla vita umana[13] e in questo caso il capitale o la rendita sono predeterminati.

La prestazione dell' assicurato invece consiste nel pagamento del premio, individuato tramite un calcolo probabilistico relativo ai vari rischi assunti, che è unico ed indivisibile e dunque dovuto per tutto il periodo per cui è stato pagato anche qualora il contratto si sciogliesse prima della scadenza: la *ratio* di ciò sta nel fatto che le basi utilizzate per il calcolo si riferiscono all' intero periodo assicurativo. Il contratto può prevedere che il pagamento avvenga tramite premio unico o premi periodici e può accadere pure che si proceda alla sua rateizzazione, senza che ciò infici, ad

[11] Art. 1882 c.c.
[12] DONATI–VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 105
[13] I.PARTENZA, *L' Assicurazione di Responsabilità civile Generale*, Milano, 2009, p. 3

ogni modo, l' indivisibilità del premio in virtù di quanto appena spiegato e derogando alla disciplina dei contratti ad esecuzione continuata o periodica tra cui rientra pure il contratto di assicurazione; pertanto, qualora il rapporto si dovesse sciogliere nel corso dell' anno, il contraente sarebbe comunque tenuto a versare il premio per l' intero periodo (con l' eccezione della disciplina specifica detta per la RCA). Tale premio in genere rimane fisso e non può essere modificato senza il consenso delle parti, con l' eccezione dell' indicizzazione in cui il contratto è soggetto ad adeguamento automatico sulla base di modalità pre-concordate. Altro caso particolare è poi la "regolazione", ove il premio è composto da una parte fissa che costituisce il minimo acquisito dalla compagnia e una parte variabile che segue degli elementi fluttuanti individuati rappresentativi del rischio (v. polizze RC aziende o RCprofessionali sul fatturato) in modo da mantenere l' equilibrio tra premio e rischio effettivo senza derogare i principi dell' anticipazione e dell' indivisibilità.

Il premio si compone di due parti: il premio puro ed il caricamento; il primo, definito da un preciso calcolo probabilistico, è il corrispettivo per il rischio assunto dall' assicuratore e per creare l' accantonamento necessario a far fronte ai futuri sinistri, mentre il secondo copre le spese per l' acquisizione nonché la gestione del contratto.

Il premio è a tutti gli effetti elemento essenziale del contratto ed imprescindibile per la sua efficacia, deve inoltre essere pagato in via anticipata come *conditio sine qua non* affinchè la copertura sia valida e ciò perché è proprio dalla massa dei premi pagati che sono tratte le risorse per liquidare i sinistri avvenuti nel periodo, recita infatti l' art. 1901 c.c. : *"Se il contraente non paga il premio o la prima rata di premio stabilita dal contratto, l' assicurazione resta sospesa fino alle ore ventiquattro del giorno in cui il contraente paga quanto da lui dovuto. Se alle scadenze convenute il contraente non paga i premi successivi, l' assicurazione resta sospesa dalle ore ventiquattro del quindicesimo giorno dopo quello della scadenza. Nelle ipotesi previste dai due commi precedenti il contratto è risoluto di diritto se l' assicuratore, nel termine di sei mesi dal giorno in cui il premio o la rata sono scaduti, non agisce per la riscossione; l' assicuratore ha diritto soltanto al pagamento del premio relativo al periodo di assicurazione in corso o al rimborso delle spese. La presente norma non si applica all' assicurazione sulla vita"*[14].

Il contratto di assicurazione è un contratto consensuale ed obbligatorio, poiché si perfeziona con il consenso delle parti e produce reciproci obblighi tra le medesime. Infine viene richiesta la forma scritta *ad probationem* ed il relativo documento è la polizza, generalmente predisposta dall'

[14] Art. 1901 c.c.

assicuratore. Sebbene sia un mero documento probatorio e dunque generalmente non destinato alla circolazione è possibile che venga inserita la clausola all' ordine o al portatore e in tal caso il suo trasferimento comporta l' automatico spostamento del credito nei confronti dell' Assicuratore con gli effetti propri della cessione[15].

In tale tipologia contrattuale, oltre alla compagnia assicuratrice, è possibile rinvenire altre tre figure contrattuali: il contraente, l' assicurato e il beneficiario, figure che possono far capo allo stesso soggetto o addirittura a tre soggetti diversi. Si configurano così i casi dell' assicurazione in nome altrui (contraente ed assicurato non coincidono e vi è un rapporto di tipo rappresentativo)[16], dell' assicurazione a favore di terzi ove il terzo è solo il beneficiario del contratto (fattispecie tipica delle polizze vita) , dell' assicurazione per conto di terzi in cui contraente ed assicurato non coincidono perché il contraente non assicura un interesse proprio ma dell' assicurato appunto, dell' assicurazione per conto di chi spetta che rispecchia il caso antecedente ma l' assicurato è inizialmente indeterminato e viene individuato solo al momento del sinistro[17].

1.2) Il Rischio: cessazione, diminuzione e aggravamento

Il rischio viene generalmente definito come la possibilità che si verifichi un evento futuro ed incerto ed è senza alcun dubbio uno dei presupposti fondamentali del contratto di assicurazione, infatti l' art. 1895 dispone che è nullo il contratto concluso per tutelarsi da un rischio che non è mai esistito e dunque l' assicurato avrà diritto alla restituzione di quanto pagato: l'onere della dimostrazione dell' inesistenza graverà ad ogni modo sulla parte intenzionata a farla avere. Lo stesso principio vale anche per la cessazione del rischio in corso di contratto: infatti l' art. 1896 c.c. prevede in tal caso lo scioglimento del contratto fermo il diritto dell' assicuratore al pagamento dei

[15] Art. 1889 c.c:" *1. Se la polizza di assicurazione è all' ordine o al portatore, il suo trasferimento importa trasferimento del credito verso l' assicuratore, con gli effetti della cessione. 2. Tuttavia l' assicuratore è liberato se senza dolo o colpa grave adempie la prestazione nei confronti del giratario o del portatore della polizza anche se questi non è l' assicurato."*

[16] Art. 1890 c.c:" *1. Se il contraente stipula l' assicurazione in nome altrui senza averne il potere, l' interessato può ratificare il contratto anche dopo la scadenza o il verificarsi del sinistro. 2. Il contraente è tenuto personalmente ad osservare gli obblighi derivanti dal contratto fino al momento in cui l' assicuratore ha avuto notizia della ratifica o del rifiuto di questa. 3. Egli deve all' assicuratore i premi del periodo in corso nel momento in cui l' assicuratore ha avuto notizia del rifiuto della ratifica."*

[17] Art. 1891 c.c: "*1. Se l' assicurazione è stipulata per conto altrui o per conto di chi spetta, il contraente deve adempiere gli obblighi derivanti dal contratto, salvi quelli che per loro natura non possono essere adempiuti che dall' assicurato. 2. I diritti derivanti dal contratto spettano all' assicurato, e il contraente, anche se in possesso della polizza, non può farli valere senza espresso consenso dell' assicurato medesimo. 3. All' assicurato sono opponibili le eccezioni che si possono opporre al contraente in dipendenza del contratto".*

premi finchè la cessazione del rischio non gli sia comunicata o non venga altrimenti a sua conoscenza e il diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso momento della comunicazione o della conoscenza.

Sono doverose tuttavia alcune precisazioni, infatti il rischio può consistere anche in un evento certo: ad esempio nel caso di polizze caso morte a vita intera; inoltre può essere assicurato anche un evento che si sia già verificato (c.d. rischio putativo) in quanto l' incertezza soggettiva viene parificata all' incertezza oggettiva dell' evento (fattispecie che si verifica nell' ambito delle polizze marittime). Proprio dall' art. 1882 c.c. si ricava che i rischi assicurabili sono quelli che si traducono nella possibilità di un evento dannoso per l' assicurato (sia alla persona che al patrimonio) o di un evento attinente alla vita umana (morte o sopravvivenza); il rischio assicurato viene individuato nelle condizioni di polizza da un lato dalle circostanze che lo devono accompagnare e dall' altro dalle specifiche esclusioni che possono riguardare sia la causa sia il danno stesso che ne è derivato oppure delimitazioni spaziali o temporali.

E' evidente l' importanza del corretto inquadramento del rischio non solo nella fase di preparazione del contratto, ma anche in corso d' opera mantenendo un livello equilibrato tra premio e rischio; è il caso della diminuzione del rischio, caso sfavorevole all' assicurato, in cui sarà l' assicurato stesso a dover comunicare all' assicuratore i mutamenti che abbiano prodotto una riduzione del rischio tale che, se conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe portato alla stipulazione ad un premio inferiore dandogli il diritto ad ottenere una riduzione di premio: "…l' assicuratore, a decorrere dalla scadenza del premio o della rata di premio successiva alla comunicazione suddetta, non può che esigere il minor premio…" . L' assicuratore può comunque recedere dal contratto entro due mesi dalla comunicazione stessa.

Disciplina analoga è dettata per l' aggravamento del rischio che si configura come un aumento delle probabilità di un evento dannoso, a patto che tale aggravamento sia imprevisto ed imprevedibile al momento della conclusione e tale che l' assicuratore, se la nuova situazione fosse esistita al momento della conclusione del contratto, non avrebbe stipulato alle medesime condizioni. L' art. 1898 c.c. dispone che l' assicurato dia immediato avviso all' assicuratore di tali circostanze e l' assicuratore ha facoltà di recedere dal contratto entro un mese dalla ricezione della comunicazione o dal momento in cui è venuto a conoscenza dell' aggravamento, il recesso è immediato se l' aggravamento è tale che non avrebbe stipulato il contratto mentre è differito di quindici giorni qualora avrebbe richiesto un premio maggiore. Se il sinistro si verifica prima che

siano trascorsi i termini per la comunicazione e per l' efficacia del recesso invece , l' assicuratore non è tenuto al pagamento se l' aggravamento è " tale che non avrebbe consentito l' assicurazione se il nuovo stato delle cose fosse esistito al momento del contratto" , altrimenti dovrà risarcire una somma ridotta in proporzione al maggior premio dovuto se il maggior rischio fosse conosciuto al momento della stipula del contratto stesso.

1.3) Le dichiarazioni del contraente sul rischio: dichiarazione inesatte e reticenze

Proseguendo nella nostra analisi degli elementi essenziali del contratto di assicurazione, percorrendo la disciplina codicistica, rivestono particolare importanza per la nostra trattazione le disposizioni sulle dichiarazioni inesatte o reticenti come potremmo meglio comprendere nei prossimi capitoli. E' chiaro senz' altro che la tipologia, l' entità e le circostanze del rischio siano elementi di basilare importanza per l' impresa assicurativa per comprendere se un rischio sia o meno assumibile, e in caso affermativo per definire le condizioni di assicurazione. Posta dunque la necessità di capire *ex ante* la probabilità che un certo evento si verifichi, rimane da decifrare come sia possibile procedere ad una corretta analisi e valutazione, dato che una sottostima degli indennizzi conseguenti ai sinistri potrebbe far sì che tali oneri siano inferiori ai premi incassati con gravi conseguenze sullo stato di solvibilità dell' impresa ed addirittura conseguenze di rilievo pubblicistico considerando la funzione economica svolta dalle imprese di assicurazioni in termini di riallocazione dei rischi. Tuttavia un controllo preventivo di tutti i rischi da assicurare sarebbe eccessivamente complicato e costoso (ripercuotendosi ovviamente sui premi) , ed ecco perché l' assicuratore si basa di regola sulle dichiarazioni dell' assicurando che deve descrivere il rischio da assumere in modo esatto e completo, fermo restando che la disciplina legislativa prevede un caso particolare di annullamento a fronte di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente "relative a circostanze tali che l' assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose" (art. 1892 c.c., c. 1) .

Per ottimizzare la procedura di raccolta delle informazioni dal contraente, è prassi che esso risponda ad un questionario predisposto dall' assicuratore, che può avere il contenuto più svariato a seconda della natura della polizza in questione: ad esempio in una polizza malattia sarà d' interesse capire le patologie di cui soffre o può soffrire l' assicurato, in una polizza incendio l' interesse potrà essere incentrato sulle caratteristiche costruttive dell' oggetto assicurato, in una

polizza professionale l' attenzione sarà rivolta alla tipologia di attività svolta, ai fatturati, ad eventuali richieste di risarcimento già ricevute. Il questionario deve essere tarato sulle esigenze della singola polizza, richiedendo le informazioni rilevanti per apprezzare il rischio e dunque non può che essere predisposto dall' assicuratore, che svolgendo tale attività in modo professionale, ha maggiore conoscenza e consapevolezza in materia. Il questionario deve essere dettagliato e qualora l' impresa non abbia incluso nello stesso determinati quesiti evidenzierebbe un atteggiamento di indifferenza dell' assicuratore verso tali profili e dunque la loro irrilevanza con la naturale conseguenza che poi il contraente non potrà essere reputato reticente al riguardo . Ciò si configura come una ulteriore cautela nei confronti del contraente dal rischio che le imprese si richiamino alle dichiarazioni inesatte e reticenze per negare il pagamento dell' indennizzo, approfittando di una raccolta di informazioni volontariamente non troppo dettagliata ed abusando così della loro posizione e della normativa. Tuttavia un atteggiamento del genere violerebbe sia l'art. 183 c. 1 cda sia i generali principi di buona fede (art. 1337 c.c.) e correttezza (art. 1175 c.c.) che impongono un obbligo di cooperazione generale con il contraente. Rimane comunque a carico dell' assicuratore il rischio di aver dimenticato nel questionario la domanda relativa ad un rischio specifico: per questo è consigliabile inserire un quesito con cui si chiede se il contraente sia a conoscenza di ulteriori circostanze che possano influire sul rischio in oggetto ; dunque nell' ambito del reciproco dovere di collaborazione delle parti, compito dell' assicuratore sarà individuare i rischi rilevanti e porre nel questionario domande consone e a quel punto responsabile sarà il contraente che dovrà rispondere in modo veritiero e non reticente.

Presupposto per la domanda di annullamento sono dunque delle dichiarazioni inesatte o reticenze del contraente: tali informazioni devono essere tali da influenzare la prestazione del consenso dell' assicuratore , che o non avrebbe dato il suo consenso o lo avrebbe comunque dato ma a condizioni diverse. Le dichiarazioni inesatte hanno a che fare con una condotta commissiva del contraente che rilascia informazioni non veritiere, mentre le reticenze consistono in una condotta omissiva del contraente che tace una o più circostanze che avrebbe dovuto comunicare per un' adeguata rappresentazione del rischio. Entrambe le fattispecie, a dispetto della congiuntiva "e"(art. 1892 c.c.), legittimano da sole l' annullamento, pertanto sarebbe più opportuno l' uso della disgiuntiva "o" visto poi che la disposizione fa riferimento ad un alterazione del "vero stato delle cose" come *conditio* per l' annullamento e ciò può essere conseguito in entrambi i casi .

Vi è poi da affrontare il tema dell' elemento soggettivo, ovvero che la condotta del contraente deve essere caratterizzata da dolo o colpa grave garantendosi così contro un certo rischio ma a fronte di un premio minore a quello che sarebbe stato dovuto. Per dolo si intende un comportamento che tragga in inganno l' assicuratore con intenzionalità, sebbene, secondo una sentenza della Cassazione, non siano necessari artifici o altri mezzi fraudolenti ma la mera volontà del contraente di fornire una dichiarazione inesatta o reticente . Con la colpa grave invece è indicato un comportamento in cui il contraente avrebbe dovuto riconoscere l' inesattezza o la reticenza della dichiarazione inducendo così in errore l' assicuratore . In tali due casi dunque si configura il rimedio dell' annullamento, che rimane invece escluso nel caso di colpa lieve: in tal caso infatti si rientra nella fattispecie prevista dall' art. 1893 che prevede il recesso dal contratto .

L' assicuratore per potere dunque fruire del rimedio dell' annullamento deve presentare apposita domanda giudiziale e ciò deve essere comunicato al contraente entro tre mesi dal giorno in cui è venuto a conoscenza della inesattezza o reticenza, altrimenti decade dal diritto di impugnare il contratto. L' assicuratore mantiene i premi acquisiti per i periodi fino alla domanda di annullamento e pure quelli per il periodo in corso. Tuttavia se il sinistro si verifica prima del decorso dei tre mesi sopracitati o prima della conoscenza delle dichiarazioni inesatte o reticenti, non è necessario proporre l' azione di annullamento e l' assicuratore non è tenuto a pagare la somma assicurata e si limita ad invocare la violazione dolosa o gravemente colposa dell' obbligo di rendere dichiarazioni esatte e veritiere sul rischio nella fase precontrattuale . Se infine il contratto è stipulato per più persone o cose, esso rimane in vigore per quelle persone o cose cui non si riferiscono le dichiarazioni.

La stessa logica caratterizza l' art. 1893 c.c. e dunque il diritto di recesso deve essere esercitato, a pena di decadenza, entro tre mesi dalla conoscenza dell' inesattezza o reticenza; qualora il sinistro si verifichi prima di tale termine l' assicuratore non è tenuto a liquidare l' indennità se dimostra che non avrebbe stipulato il contratto conoscendo il reale stato di rischio, altrimenti potrà pagare un' indennità ridotta in proporzione al rapporto tra premio convenuto e quello relativo al rischio effettivamente corso. La *ratio* di tale disposizione, chiaramente a beneficio dell' assicuratore, risiede nell' offrire all' impresa un tempo sufficiente per valutare se le dichiarazioni siano di tale gravità da compromettere la continuazione del rapporto assicurativo .

Tali disposizioni possono essere derogate, come previsto dall' art. 1932 c.c. , dalle parti in senso favorevole all' assicurato: ricorre così di frequente, specie nelle polizze vita, la clausola c.d. "d'

incontestabilità" in base alla quale l' assicuratore rinuncia all' annullamento (solo se basato su colpa, mentre se basato su dolo rimane la possibilità di esercitarlo) o al recesso decorso un certo termine: in tal modo l' assicuratore ha il tempo ragionevole per valutare la correttezza delle affermazioni del contraente e rinuncia alla possibilità di future azioni non avendo motivi per contestare l' equità del contratto. In questo modo da un lato si crea fiducia negli assicurati, i quali sanno che, decorso un certo periodo temporale, possono fare pieno affidamento sulla validità del contratto, e allo stesso tempo sono tutelati dal rischio di dover pagare per anni i premi salvo poi trovarsi esposti all' azione di annullamento; d' altro canto può risultare tutelato pure l' assicuratore che, non correndo il rischio che il contratto venga annullato, avrà diritto al pagamento dei premi per tutta la durata contrattuale.

2) L' assicurazione di responsabilità civile

L' assicurazione della responsabilità civile trova la sua autonoma definizione nell' articolo 1917 del codice civile come quel contratto in base a cui:*" l' assicuratore si obbliga a tenere indenne l' assicurato di quanto questi, in conseguenza di un fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto*" . La funzione di tale contratto è dunque quella di traslare sull' assicuratore il rischio di eventi negativi a danno del patrimonio dell' assicurato in conseguenza di atti o fatti che siano fonte di responsabilità civile verso terzi, rientra dunque tra le cosiddette assicurazioni del patrimonio dato che tutela contro il rischio del sorgere di un debito[18]. La vera particolarità consiste nel rischio assunto, dato che l' evento futuro ed incerto deve intendersi la richiesta di risarcimento del terzo; tuttavia il rapporto riguarda sempre assicuratore ed assicurato, ed in linea di principio il primo dovrà rispondere esclusivamente nei confronti di quest' ultimo, con eccezione in alcuni casi appositamente disciplinati (ad esempio RCA) .

Tale assicurazione copre dal rischio dei danni causati colposamente dall' assicurato, nonché di quelli colposamente o dolosamente cagionati dalle persone di cui debba rispondere o ancora da cose di cui sia proprietario o detenga in custodia. Come già si diceva, data la particolarità dell' oggetto assicurato, non è possibile individuare un valore assicurabile ma deve essere individuata

[18] M.ROSSETTI, *L' Assicurazione della Responsabilità civile,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* a cura di G. Alpa*,* Torino, 2006, p. 1522

di volta in volta l' entità del danno: per tale ragione vengono in genere prestabiliti dei massimali di polizza onde evitare un' esposizione illimitata da parte della compagnia. Come determinato dall' art. 1917 ad essere coperta è la responsabilità civile, mentre non possono essere compresi tra i rischi assicurabili quelli relativi a sanzioni penali o amministrative, poiché in tal caso verrebbe meno la funzione deterrente affidata a tali strumenti ed inoltre nel codice delle assicurazioni private viene sancita la nullità dei contratti che prevedono il trasferimento del rischio di dover pagare sanzioni pecuniarie amministrative[19]. Il soggetto assicurato è colui che rischia un depauperamento del proprio patrimonio, inoltre tale assicurazione, come disciplinato dall' art. 1891 c.c. , può essere stipulata per conto di chi spetta o per conto altrui (l' esempio più lampante in tal senso è costituito dalla RC auto, in cui assicurato è colui che conduce il veicolo che viene assicurato dal proprietario) , ma beneficiario sarà sempre colui che la legge individua come civilmente responsabile in funzione dell' attività assicurata.

Da un punto di vista storico invece l' esigenza di un assicurazione di responsabilità civile sorge sin dal XIX secolo con la rivoluzione industriale e l' aumento della complessità delle attività svolte con i conseguenti maggiori rischi di arrecare danni a terzi: è infatti evidente come sarebbe scoraggiante per gli imprenditori dover affrontare determinate iniziative economiche, magari anche utili da un punto di vista sociale, con il rischio poi di non essere in grado di coprire le relative conseguenze da un punto di vista risarcitorio.

Infine per quel che concerne la disciplina di riferimento, rientrando tra le assicurazioni danni, trovano applicazione le norme civilistiche dettate per le assicurazioni in generale e nello specifico quelle contro i danni con esclusione di quelle che risultano evidentemente incompatibili in quanto dettate con specifico riferimento alle assicurazioni di cose: non è dunque applicabile l' art. 1906 c.c. ove prevede che l' assicuratore non risponde, salvo patto contrario, del pregiudizio prodotto da vizio intrinseco della cosa assicurata (manca la cosa assicurata) , l' art. 1907 c.c. in tema di assicurazione parziale, l' art. 1918 c.c. ove dispone che il contratto non si scioglie in caso di alienazione della cosa assicurata (per la RC auto vi è una normativa specifica prevista dal codice delle assicurazioni private in tema di trasferimento della cosa assicurata).

[19] Art. 12 D.lgs. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private)

3) La descrizione del rischio

L' inquadramento del rischio viene fornito dalle condizioni generali di assicurazione e dal documento di polizza vero e proprio: da essi emergono le garanzie incluse, il rischio assicurato e la disciplina contrattuale complessiva. La descrizione del rischio circoscrive l' ambito entro cui l' assicuratore si obbliga a risarcire il patrimonio dell' assicurato, onde evitare di trovarsi esposto per qualsiasi tipo di responsabilità. Proprio da tale documentazione dunque sarà possibile determinare cosa è incluso nella copertura e cosa invece rimane escluso. La dicitura che limita il rischio potrà ovviamente variare a seconda della tipologia di polizza in questione. Una volta fotografato correttamente il rischio si procede a definire il premio, che in base al tipo di polizza, può essere fisso o variabile in funzione di alcuni indici di riferimento, che in genere per le attività economiche possono essere i fatturati, le retribuzioni o il numero di dipendenti. Emerge qui in modo inequivocabile quale sia l' importanza delle dichiarazioni precontrattuali al fine di redigere una polizza che corrisponda all' attività realmente svolta dagli assicurati. Inoltre è da segnalare che le condizioni generali possono talvolta essere derogate, prevedendo restrizioni o ampliamenti della garanzia, tramite apposite specifiche nella polizza stessa o in allegati di polizza *ad hoc*.

Pare infine opportuno segnalare che le garanzie RCT e RCO consistono in due tipologie di copertura distinte tra loro, ove la prima è riferita ai soggetti qualificabili come terzi mentre la seconda ai propri dipendenti soggetti all' Inail nei casi in cui non venga garantita la sicurezza sul lavoro conformemente a quanto previsto dalla normativa in vigore. Sebbene le due garanzie sovente si accompagnino, sono su un piani concettuali diversi, e soggette a tassazioni diversificate in funzione dei diversi livelli di rischio nei due ambiti. Ad ogni modo ai fini della nostra trattazione ci soffermeremo sull' analisi della prima.

4) Le esclusioni

Posto quindi che l' assicurato non sarà tenuto indenne da ogni danno ma solo da quelli che si verificano con le modalità indicate nel contratto, è importante comprendere che esistono delle ipotesi di responsabilità che l' assicuratore non intende garantire e soprattutto analizzare tali principali esclusioni pur con la consapevolezza che esse possono variare da polizza a polizza e da

trattativa a trattativa, specie se con riferimento ai grandi rischi aziendali. Esse si possono ritrovare nelle CGA e si possono raggruppare in soggetti non considerati terzi, esclusioni su base normativa e causali, limitazioni territoriali e limitazioni temporali.

4.1) Soggetti non considerati terzi

Vi sono una serie di soggetti che non sono considerati terzi, salvo patti contrari, e la cui indicazione è riportata nelle CGA; trattasi di persone che hanno un rapporto stretto con l' assicurato, tale da poter far presumere interessi concordanti a discapito dell' assicuratore, o di persone il cui diritto al risarcimento è escluso poiché derivante da inadempimento contrattuale (per esempio l' appalto) o è garantito ma in altra sezione di polizza (per esempio dipendenti, tutelati dalla sezione RCO) .

Nel primo gruppo è da operare un distinguo se trattasi di persona fisica o giuridica: infatti qualora il riferimento sia una persona fisica non viene considerato terzo chi tiene uno stretto vincolo parentale (coniuge, genitore, figli, parenti o affini con lui conviventi) , se invece ci riferiamo a persona giuridica non è considerato terzo il legale rappresentante, il socio a responsabilità illimitata, l' amministratore nonché le persone che abbiano con tali soggetti un rapporto che comporterebbe l' esclusione se fossero persone fisiche. Non sono neppure considerate terze le società che, rispetto all' assicurato che non sia persona fisica, siano qualificabili come controllanti, collegate o controllate *ex art. 2359 c.c.* nonché gli amministratori delle medesime. Sono esclusi anche i prestatori di lavoro che subiscano il danno in occasione della loro partecipazione materiale alle attività cui si riferisce l' assicurazione; per quanto riguarda i dipendenti la *ratio* è evidente essendo tutelati dalla garanzia RCO, per ciò che invece riguarda eventuali subappaltatori e loro dipendenti che partecipano manualmente alle attività: essi sono in genere esclusi salvo apposita clausola che deroghi tali condizioni e li consideri come terzi in caso di infortuni occorsi sul lavoro (in tal caso la copertura è estesa alla responsabilità civile che derivi all' assicurato per i danni cagionati a terzi da tali soggetti nello svolgimento delle attività indicate in polizza).

4.2) Esclusioni normative e causali

Le Condizioni Generali di Assicurazione contengono sempre una serie di esclusioni, alcune operanti in tutte le polizze, altre specifiche delle singole tipologie contrattuali e in alcuni casi

derogabili con apposite clausole in funzione delle coperture richieste dalle aziende, altre ancora previste perché la relativa copertura viene fornita mediante polizze *ad hoc.* Alcune di queste esclusioni sono operanti per tutte le polizze poiché derivano da norme di legge: è il caso ad esempio di veicoli a motori assicurati con relativa polizza RCA e condotti da soggetti a ciò non abilitati in base alla normativa in essere; la *ratio* ovviamente è quella di non incentivare la violazione normativa in virtù della protezione fornita dalla copertura assicurativa.

Vi sono poi, come dicevamo, alcune esclusioni dettate dal particolare grado di rischio insito nelle singole attività; tra quelle che difficilmente possono essere derogate ci sono i danni alle cose oggetto di lavorazione per le sole parti direttamente interessate dall' esecuzione, in quanto è in tal caso riscontrabile un diretto difetto di diligenza-competenza professionale. Vi sono invece alcuni casi come ad esempio i danni a cose detenute o movimentate, i danni a cose altrui da incendio, i danni derivanti dalla proprietà o conduzione del fabbricato, i danni a cose nell' ambito di esecuzione dei lavori che possono essere concesse, previa una corretta analisi del rischio, a fronte di un aumento del premio, posto che il loro non-inserimento talvolta finirebbe per svuotare di significato la copertura stessa. Discorso a parte meritano invece quei danni che possono verificarsi a seguito dell' ultimazione dei lavori (c.d. danni postumi): partendo dal presupposto che non sono oggetto di tale clausola quei danni cagionati da merci o prodotti fabbricati e già consegnati a clienti poiché rientrano in una polizza di responsabilità civile prodotti da stipulare a parte, sono di nostro interesse quei danni che si verificano da installazioni, manutenzioni, riparazioni e posa in opera dopo la conclusione dei lavori (casi che in genere riguardano aziende di elettricisti, idraulici, impiantisti in genere nonché aziende edili) . Per tali rischi vi è la possibilità di estendere la copertura seppur per un periodo limitato, di solito sei mesi o un anno, anche ai danni successivi all' esecuzione della relativa attività tramite l' inserimento di una clausola aggiuntiva che preveda tale estensione ed a fronte di un appropriato sovrappremio.

Infine altre esclusioni possono essere previste perché la relativa copertura viene garantita dalla stipula di una polizza distinta in virtù della sinistrosità del rischio in questione e della conseguente differenza in termini di tariffazione: ad esempio l' esclusione dei danni da circolazione di veicoli a motore su strade pubbliche che prevede una normativa a sé stante sulla RCA obbligatoria o ancora i cd. danni da inquinamento che per la loro particolarità e gravità sono oggetto di una polizza autonoma, talvolta addirittura gestite da veri e propri *pool* di imprese assicuratrici in modo

da riuscire a fronteggiare tali rischi congiungendo risarcimento dei danni e contenimento dei rischi, mediante appositi studi e ricerche debitamente condivisi tra le compagnie partecipanti.

4.3) Limitazioni territoriali

Le polizze di responsabilità civile spesso possono prevedere delle delimitazioni territoriali, ovvero circoscrivono determinati limiti spaziali entro cui deve verificarsi il fatto assicurato affinchè il contratto mantenga efficacia. La *ratio* di un tale articolo è piuttosto evidente, dato che il rischio di R.C. non può che essere intimamente legato al contesto normativo di riferimento, e dunque a quello del paese in cui si verifica di volta in volta il fatto incriminato: possono infatti variare i regimi di responsabilità, le norme processuali e soprattutto i criteri e le cause del risarcimento. Ad esempio negli Stati Uniti è previsto il rimborso dei danni punitivi, così nelle polizze di RC prodotti, se non espressamente derogato (con appositi sovrappremi, limitazioni di copertura e franchigie/scoperti) , è in genere esclusa l' operatività per tale Paese (così come per il Canada) proprio a causa della maggiore rischiosità. Nelle polizze professionali invece l' operatività è in genera limitata all' Europa, sia per tutelare l' assicuratore dalla diversità normativa rispetto ad altri Paesi, sia per evitare che l' assicuratore non sia in grado di garantire l' assistenza in termini di competenze ed il supporto organizzativo necessari per la gestione dei sinistri. Altro tipo di delimitazione è invece quella in cui viene determinata la sede aziendale e dunque vengono coperti solo i danni che si verifichino all' interno della medesima salvo non siano espressamente inclusi i danni causati da lavori presso terzi.

4.4) Limitazioni temporali

Partendo dal presupposto che non può ritenersi limitazione temporale quella relativa alla durata stessa del rapporto contrattuale, con tale definizione si comprendono le delimitazioni nel tempo dei danni risarcibili; per altre tipologie di polizze invece, ad esempio malattia o rimborso spese mediche, possono rientrare in tale categoria eventuali interruzioni (carenze) della garanzia per determinati periodi di tempo. Ovviamente ai fini della presente trattazione è di nostro interesse la prima categoria e per orientarsi sulla normativa vigente è necessario partire dall' analisi dell' 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". Da un' interpretazione letterale dell' articolo del codice civile deriva il sistema della *loss occurrence,* il quale prevede che siano oggetto di copertura quegli eventi verificatasi durante il periodo di efficacia del contratto a prescindere dal momento in cui vengano presentate le relative richieste di risarcimento. Tuttavia la prassi commerciale diffusasi *in primis* nei mercati nordamericani[20] ha condotto alla nascita di un sistema diverso, fondato sulla clausola denominata *claims made*: tale clausola letteralmente traducibile come "a richiesta fatta" viene solitamente inserita nelle CGA nel paragrafo intitolato "Inizio e Termine della garanzia" e copre le richieste di risarcimento presentate all' assicuratore nel periodo di vigenza della polizza tralasciando il momento in cui si è verificato l' evento che ha dato origine alla richiesta stessa che può essere anche anteriore alla stipula della polizza, fermo restando che l' assicurato non deve essere a conoscenza di fatti o circostanze che possano comportare una richiesta di risarcimento; emerge così nuovamente l' importanza delle dichiarazioni precontrattuali come meglio approfondiremo nel prossimo capitolo. Ad ogni modo questa sorta di periodo di retroattività può essere delimitata nel tempo o addirittura coincidere con l' inizio stesso dell' attività (cd. retroattività illimitata) . Può inoltre essere prevista anche la cd. "garanzia postuma", la quale prevede l' estensione della copertura per un definito periodo successivo alla scadenza della polizza per fatti o circostanze avvenuti durante il periodo di vigenza della polizza stessa.

Questa particolare clausola, strutturata nell' intenzione di offrire maggiori tutele ai singoli assicurati, trova applicazione per particolari tipologie di polizze RC che per le loro caratteristiche intrinseche ben si prestano a tale sistema: sono sostanzialmente le polizze RC professionali, RC inquinamento e RC prodotti. L' elemento che accomuna tali polizze e che ha condotto all' adozione del modello *claims made* è da rintracciare nel susseguirsi di eventi che portano alla denuncia di sinistro; infatti tra il momento della condotta lesiva dell' assicurato, quello in cui il danno si manifesta al terzo e quello in cui viene presentata la relativa richiesta di risarcimento spesso intercorre un intervallo temporale piuttosto lungo. Tale sinistrosità tardiva, caratteristica che deriva proprio dal tipo di rischi in questione, rende la clausola *claims made* particolarmente adatta alle esigenze di coloro che, nella loro attività, non siano stati assicurati in modo continuativo. Inoltre rispetto al modello *loss occurrence* è riscontrabile un ulteriore duplice

[20] R.PIZZINI, *Differenze tra il regime di garanzia losses occurring e claims made,* in http://www.aecpiccolicomuni.it, 2009

vantaggio: da un lato non vi è il problema di identificare quando si è realizzato il fatto che ha dato origine al danno per poi verificare la relativa copertura assicurativa, dall' altro non si rischia che la polizza in essere al tempo del comportamento contestato risulti inadeguata in termini di garanzia o massimali nel momento in cui viene poi presentata la denuncia di sinistro. D' altro canto è evidente come tale clausola possa anche avere risvolti negativi qualora la richiesta di risarcimento arrivi una volta che il contratto assicurativo sia scaduto, con il rischio di una situazione paradossale in cui il cliente si trovi ad essere assicurato durante l' esecuzione dei lavori per poi ricevere la richiesta di risarcimento diversi anni dopo e ritrovarsi senza alcuna copertura che risponda. Anche per tale motivo la giurisprudenza italiana si è a lungo dibattuta sull' argomento, anche tenendo a riferimento le pronunce sul merito di altri paesi europei, esprimendo contrapposte posizioni che variano dalla validità della clausola fino alla nullità o vessatorietà della stessa sempre con l' obiettivo di tentare di tutelare l' assicurato, parte contrattuale debole, dalla volontà delle compagnie assicuratrici di circoscrivere i casi in cui dover accettare le richieste dei propri assicurati e liquidare i relativi sinistri.

5) Il sinistro

La sentenza ha correttamente stabilito che nelle assicurazioni della responsabilità civile il sinistro, ossia l'evento dannoso, non è rappresentato dal fatto illecito dell'assicurato-danneggiante, ma dalla richiesta da parte del danneggiato del risarcimento dei danni da quello provocati. È, infatti, intuitivo che se manca tale richiesta — che potrebbe anche non essere mai avanzata — il fatto illecito dell'assicurato non è idoneo a provocare una diminuzione patrimoniale nella sua sfera giuridica e, pertanto, non può essere considerato un sinistro in senso tecnico: sino al momento della richiesta, tale fatto costituisce semplicemente un antecedente causale eventuale del sinistro[21]. Questo è peraltro confermato dall' art. 2952 c.c. il quale fa decorrere il termine per la prescrizione del diritto all' indennità nell' ambito della responsabilità civile proprio dal momento della presentazione della richiesta risarcitoria.

[21] P.CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un' analisi a tutto campo,* in *Banca, Borsa, tit. cred.,* II, 2016, p. 656

In alcune polizze tuttavia, come quelle di cui abbiamo fatto menzione nel precedente paragrafo (RC professionali, RC inquinamento, RC prodotti) , la dinamica costitutiva del sinistro può essere ancora più complessa a causa del lasso di tempo che intercorre tra la data in cui si verifica il fatto che produce il danno e quella in cui il danno si manifesta o qualora lo stesso fatto possa dar luogo ad una pluralità di danni che sfogano i loro effetti anche in tempi diversi (cd. danni in serie). L' art. 1917 c.c. si riferisce espressamente al *"fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione",* tuttavia con la clausola *claims made* tale concetto pare mutare interpretazione da origine causale del danno a manifestazione del danno posto che essa tutela dalle richieste di risarcimento presentate per la prima volta durante l' efficacia del contratto. Addirittura per i danni in serie l' assicuratore copre i danni per i quali la richiesta di risarcimento sia successiva alla scadenza del contratto, purchè tali danni siano originati tutti da una medesima causa ed a patto che la prima richiesta sia giunta quando il contratto ancora era in vigore.

Ribadiamo infine che il rischio assicurato è quello relativo al danno che può venire recato al patrimonio dell' assicurato, per tale ragione il danneggiato può agire esclusivamente nei confronti di quest' ultimo e solo in determinati casi previsti *ex lege* direttamente nei confronti dell' assicuratore (ad esempio RCA); è tuttavia prevista la facoltà per l' assicuratore di pagare direttamente al terzo il risarcimento se previamente comunicato all' assicurato e deve considerarsi addirittura tenuto a pagare direttamente al terzo qualora sia l' assicurato stesso a presentargli apposita richiesta in tal senso[22]. Come già anticipato, non essendo definibile un valore assicurabile, l' assicuratore è obbligato a liquidare l' intero danno seppur entro i massimali previsti dalla polizza e dunque non è applicabile la regola proporzionale..

5.1) Le spese di lite

Le spese di lite possono essere definite come quelle spese sostenute al fine di resistere alle pretese del terzo danneggiato. E' tuttavia da operare un distinguo tra le spese giudiziali sostenute dall' assicurato: vi sono quelle dovute al danneggiato a seguito della soccombenza in giudizio e quelle per resistere alle richieste del terzo stesso; nel primo caso sono a pieno titolo a carico dell' assicuratore rientrando nell' ambito dell' obbligazione indennitaria[23], nel secondo caso invece è

[22] Art. 1917 c.c.
[23] I.PARTENZA, *op. cit.,* p. 77

necessario fare riferimento al terzo comma dell' art. 1917 c.c. ove prevede che tali spese di resistenza siano di spettanza dell' assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata e qualora sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato le spese giudiziali si ripartiscono tra assicurato ed assicuratore in proporzione del rispettivo interesse. Dunque l' assicuratore è da ritenersi obbligato a coprire tali spese dal momento che viene presentata la richiesta di risarcimento, indipendentemente dall' eventuale azione giudiziale intrapresa e dal possibile esito della controversia: questo in virtù del fatto che onere dell' assicuratore è sia l' indennizzo sia la difesa dell' assicurato posto che è anche nell' interesse della compagnia provare che nulla è dovuto da quest' ultimo.

5.2) Il patto di gestione della lite

Da una semplice lettura dell' art. 1917 c.c. emerge, nell' ultimo comma, come l' assicurato che riceve una richiesta risarcitoria abbia la facoltà di chiamare in causa l' assicuratore; tale facoltà si risolve generalmente in un vero e proprio obbligo, previsto contrattualmente, ad affidare all' assicuratore la gestione della lite con il terzo, espressione ancora una volta del dovere della difesa dell' assicurato a prescindere dalla fondatezza della richiesta o dall' effettivo pagamento del sinistro. Nei contratti la clausola si presenta solitamente con un testo che può essere a grandi linee il seguente: " *La Società assume fino a quando ne ha interesse la gestione delle vertenze tanto in sede stragiudiziale che giudiziale, sia civile che penale, a nome dell' assicurato, designando, ove occorra, legali e tecnici ed avvalendosi di tutti i diritti ed azioni spettanti all' assicurato stesso. Sono a carico della Società le spese sostenute per resistere all' azione promossa contro l' assicurato, entro il limite di importo pari al quarto del massimale stabilito in polizza per il danno cui si riferisce la domanda. Qualora la somma dovuta al danneggiato superi detto massimale le spese vengono ripartite tra Società ed assicurato in proporzione al rispettivo interesse. La Società non riconosce, peraltro, spese incontrate dall' assicurato per spese legali o tecnici che non siano da essa designati e non risponde di multe o ammende né delle spese di giustizia penale*"[24].

Tale patto di gestione chiaramente non pone un obbligo in capo all' assicuratore, tuttavia offre la possibilità di farsi carico della vertenza, facendo sorgere a quel punto un vero e proprio obbligo a tutelare non solo il proprio interesse ma anche quello dell' assicurato ferma la derivante

[24]Esempio di clausola tratta dalle CGA di un generico contratto della Responsabilità Ambientale Insediamenti

responsabilità in caso di inadempimento configurabile come *malagestio*. Si potrebbe parafrasare che l' assicuratore non deve gestire il sinistro nel proprio interesse bensì gestirlo finchè l' interesse c'è , e non gestirlo quando l' interesse non c' è più[25]: ovviamente potrà assumerne la gestione solo ove tali interessi siano coincidenti per poi interromperla nel momento in cui essi si rivelino in contrapposizione. Posto che la parte centrale della clausola è già stata affrontata nel paragrafo precedente dedicato alle spese di lite, nella parte finale si precisa che è sempre facoltà dell' assicuratore la designazione di legali e tecnici non rispondendo, in caso contrario, dei rispettivi oneri: tuttavia vi è sempre la possibilità che, in caso di designazione autonoma dell' assicurato e riconosciuta la validità delle relative prestazioni, la compagnia ritenga di accollarsi i relativi costi.

Ritornando infine al concetto di *malagestio*, con tale termine viene identificata una qualsiasi situazione in cui il comportamento dell' assicuratore reca un pregiudizio agli interessi dell' assicurato sia per eccessiva cura dei propri interessi sia per negligenza o trascuratezza.

5.3) L' obbligo di avviso

Come per tutte le assicurazioni danni, anche nella disciplina relativa alla RCG trova applicazione l' art. 1913 c.c.[26] inerente l' obbligo, a carico dell' assicurato, di dare avviso all' assicuratore del verificarsi di un sinistro: l' evento rilevante, da cui deve scattare la comunicazione all' assicuratore, consiste nella richiesta risarcitoria presentata dal terzo ed è da tale momento che sorge il diritto dell' assicurato all' indennizzo. Nelle assicurazioni *claims made* poi, in cui da uno stesso evento si sono succedute una pluralità di richieste di risarcimento, tale avviso deve essere reiterato ad ogni richiesta.

L' obbligo di avviso è particolarmente importante, poiché la sua omissione impedisce all' assicuratore di mettere in atto quelle procedure idonee a limitare il danno o semplicemente a svolgere le opportune procedure di accertamento; in tal senso l' onere dell' avviso può essere interpretato come un aspetto del più generale obbligo di salvataggio, oggetto del prossimo paragrafo.

[25] I.PARTENZA, *op. cit.* , p. 67

[26] Art. 1913 c.c. : *"L' assicurato deve dare avviso del sinistro all' assicuratore o all' agente autorizzato a concludere il contratto entro tre giorni da quello in cui il sinistro si è verificato o l' assicurato ne ha avuto conoscenza. Non è necessario l' avviso se l' assicuratore o l' agente autorizzato alla conclusione del contratto interviene entro il detto termine alle operazioni di salvataggio o di constatazione del sinistro. Nelle assicurazioni contro la mortalità del bestiame l' avviso, salvo patto contrario, deve essere dato entro ventiquattro ore".*

5.4) L' obbligo di salvataggio

Nell' assicurazione di responsabilità civile oltre all' obbligo dell' assicurato, sancito dall' art. 1917 c.c. terzo comma, di resistere alle pretese del danneggiato di cui abbiamo parlato nei paragrafi precedenti, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto degli assicurati a farsi restituire le somme spese per evitare o limitare il danno che costituiranno un vero e proprio credito indipendente rispetto a quello indennitario[27]. Tale previsione assume i connotati di un vero e proprio obbligo che consta nel dovere di *"fare quanto gli è possibile per evitare o diminuire il danno"*[28], obbligo che del resto è previsto anche per le altre assicurazioni danni e la cui disciplina dettata dall' art. 1914 c.c. fa espresso riferimento al valore della cosa ed al valore assicurato. La Suprema Corte sancisce infatti che: *"assumono rilievo in questo senso il secondo comma dell' art. 1914, secondo il quale le spese che rimangono a carico dell' assicuratore sono proporzionate al valore delle cose al tempo del sinistro ed il terzo comma dello stesso articolo, che pone a carico dell' assicuratore i danni materiali derivati dai mezzi disposti dall' assicurato per evitare o diminuire il danno e non quello diretto ad evitare il sinistro, per cui è di salvataggio solo l' attività che, inserendosi nel processo causale già avviato dal sinistro, si riveli idonea e necessaria ad evitare che il processo medesimo giunga ad esaurimento e produca il danno…"*[29]. Mancando un bene assicurato, per le caratteristiche intrinseche della tipologia di polizza in questione, è stato individuato nel massimale l' importo cui riferirsi per calcolare la misura della rivalsa dell' assicurato[30]. Quel generale dovere di porre in essere tutte le attività necessarie per evitare o limitare il danno, trova il suo riferimento comportamentale nell' ordinaria diligenza, commisurata, secondo un giudizio *ex-ante,* alla situazione prospettabile fin dalle prime avvisaglie di pericolo, pericolo non puramente potenziale ma attuale secondo un criterio di ragionevole prevedibilità[31].

Nel ribadire come l' obbligo di salvataggio sia dunque funzionale ad evitare o limitare il danno, pare superfluo precisare che l' interesse al non verificarsi del sinistro ed al contenimento delle sue conseguenze è comune all' assicuratore a all' assicurato[32] e le misure preventive sono tanto più efficaci quanto più tempestivamente adottate. A mero titolo di esempio è possibile citare alcune

[27] Cass. 7 novembre 1991 n. 11877, in *Dir. econ. ass.,* 1992, p. 967
[28] Art. 1914 c.c. , comma 1
[29] I.PARTENZA, *op. cit.,* p. 82
[30] Cass. 7 novembre 1991, n. 11877, in *Dir. econ. ass.,* 1992, p. 967
[31] I.PARTENZA, *op. cit.*, p. 69
[32] I.PARTENZA, *op. cit.,* p. 83

plausibili spese di salvataggio: interventi per ritirare dal mercato un prodotto difettoso prima che possa produrre altri danni, interventi per evitare lo spargimento di sostanze inquinanti a seguito di una rottura negli impianti, interventi di primo aiuto medico o psicologico a seguito di eventi che per loro natura possano richiedere un' assistenza di questo genere.

5.5) La prescrizione

Dalla lettura dell' art. 2952 c.c. emerge un generale termine di prescrizione biennale in ambito assicurativo salvo ove diversamente ed espressamente stabilito. In tema di assicurazione di Responsabilità Civile è tuttavia prevista una peculiarità dato che è priva di rilevanza la data del fatto che ha dato origine alla responsabilità ma ciò che conta è la ricezione della richiesta risarcitoria del terzo da cui sorge il diritto indennitario dell' assicurato ed infatti il secondo comma dell' art. 2952 stabilisce che nelle polizze di R.C. il termine decorre *"..dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all' assicurato o ha promosso contro di questi l' azione".* Proseguendo nella lettura dell' articolo codicistico si nota che è prevista una sospensione del termine dalla comunicazione all' assicuratore della richiesta del terzo fino al momento in cui il credito non sarà divenuto liquido ed esigibile o il diritto del danneggiato si sia estinto per prescrizione: pertanto il termine scatta dal momento della richiesta per interrompersi quando essa viene inoltrata all' assicuratore e continua il proprio decorso da quando il credito diviene liquido ed esigibile oppure il diritto del danneggiato si sia prescritto. Nonostante alcuni orientamenti[33] non ritengano equivalente alla comunicazione dell' assicurato la ricezione della richiesta del terzo da parte dell' assicuratore o comunque la relativa conoscenza dei fatti in qualsiasi modo conseguita dato che dal testo dell' art. 2952 c.c. non viene sancito un tale riferimento né sarebbe da considerare scontato che l' assicurato decida di aprire il sinistro, tuttavia la giurisprudenza appare decisamente proiettata sulla tesi contraria che tende a equiparare le diverse fattispecie sopramenzionate[34], alla luce del fatto che, qualora l' assicurato opponga un' eccezione di questo tipo, sarebbe facile controbattere che un tale atteggiamento può essere ritenuto contrario al generale principio della buona fede. Per quel che concerne poi il termine di prescrizione previsto sia nel caso di *malagestio* dell' assicuratore[35] sia nel caso di azione per ottenere il rimborso delle spese di resistenza[36], esso è

[33] I.PARTENZA, *op. cit.*, p. 79
[34] Trib. Napoli 5 agosto 1990, Cass. 17 maggio 1997, n. 4426 in I.PARTENZA, *op. cit.*, p. 79
[35] Cass. 30 agosto 1994 n. 7584 in *Giur. It.,* 1995, p. 778

sempre da intendersi biennale. Infine ritornando brevemente alle eccezioni al termine biennale di cui abbiamo detto all' inizio del paragrafo: il diritto al pagamento delle rate di premio si prescrive in un anno dalle singole scadenze[37] e i diritti derivanti dal contratto di assicurazione sulla vita si prescrivono in dieci anni[38].

Capitolo due:

LA DELIMITAZIONE TEMPORALE DEL RISCHIO

1) L' interpretazione dell' art. 1917 del codice civile

Come già abbiamo avuto modo di notare la disciplina contenuta nel codice civile è prevalentemente dettata con riferimento alle assicurazioni contro i danni in generale ed una sola norma è formulata in riferimento alla copertura per la Responsabilità Civile, trattasi dell' art. 1917 c.c. che al primo comma dispone: *" 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".* Oltre all' evidente, e già analizzata, definizione della copertura di responsabilità civile è di particolare interesse ai fini della nostra trattazione l' inciso *"fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione"* che pare porre un ben preciso limite all' efficacia temporale della garanzia: l' assicuratore deve risarcire l' assicurato qualora il danno si verifichi dopo il pagamento della prima rata di premio e prima della scadenza prevista dal contratto stesso. Ancora una volta ribadiamo che nelle polizze di responsabilità civile oggetto della copertura non è la cosa danneggiata nella sua materialità, ma il danno al patrimonio dell' assicurato che si concretizza solo nel momento in cui vi sia una richiesta risarcitoria del terzo stesso rimanendo sino a quel momento meramente potenziale: affinchè si materializzi il rischio, consistente nella possibilità che si verifichi un evento il quale rechi un danno all' assicurato, è dunque assolutamente necessaria una manifestazione di volontà del terzo, mentre il danno alla cosa è insito nell' evento che la colpisce anche quando non si manifesta immediatamente[39]. L' inciso

[36] I.PARTENZA, *op. cit.*, p. 80
[37] Art. 2952 c.c., c. 1
[38] Art. 2952 c.c., c. 2
[39] G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell' assicurazione rc*, in *Ass.,* 2010, p. 5

"*fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione"*, non significa che il sinistro si debba verificare nello stesso momento del "fatto" che ha causato un danno al terzo, come confermato anche dal terzo comma dell' art. 2952 c.c. che fa decorrere la prescrizione dal giorno in cui il terzo ha presentato la propria richiesta. E' stato obbiettato che la funzione della norma fosse esclusivamente individuare la decorrenza della prescrizione, senza precisare perché decorra dal giorno della richiesta del terzo e non da quello in cui si è verificato " il fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione". Il terzo comma tuttavia non pone una particolare deroga al secondo del medesimo articolo, il quale prevede che la prescrizione decorra "dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui il diritto si fonda": infatti nella responsabilità civile la prescrizione decorre dal fatto su cui si fonda il diritto dell' assicurato, che non sarà l' evento che ha causato un danno al terzo, ma il danno al suo patrimonio, che si verificherà solo a seguito della richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato[40].

Da un lato dunque non è possibile parlare di danno al patrimonio dell' assicurato fino a che non vi sia un' apposita azione da parte del terzo danneggiato, dall' altro è condizione essenziale ai fini dell' efficacia della garanzia che l' evento che dia origine al danno si sia verificato nel periodo di vigenza del contratto: questo sistema, unanimamente adottato in passato nel mondo assicurativo e nello specifico anche nell' area della responsabilità civile, è dettato da un' analisi letterale di quanto predisposto dal legislatore nella norma in questione ed è riferibile al modello denominato *loss occurrence,* che dunque prevede siano in copertura solo le richieste risarcitorie conseguenti a fatti illeciti avvenuti durante il periodo di vigenza del contratto.

2) Il sistema loss occurrence

Il tradizionale sistema *loss occurrence* ("insorgenza del danno"), cui si farà più volte riferimento nel proseguo della nostra trattazione, è basato su un' interpretazione letterale dell' art. 1917 c.c. e offre la copertura per i rischi previsti dal contratto ed avvenuti durante il periodo di efficacia della polizza indipendentemente dalla data dell' eventuale richiesta risarcitoria o dalla denuncia di sinistro. L' obbligo dell' assicuratore viene indissolubilmente legato al comportamento illecito posto in essere durante la vigenza della polizza e non alla richiesta di risarcimento come previsto invece nel sistema *claims made*, pertanto l' assicurato potrà far valere il suo diritto al risarcimento

[40] G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.*, p. 7

fino a decorrenza del termine prescrizionale del diritto del danneggiato al risarcimento del danno (nel caso di specie dieci anni). In buona sostanza con l' utilizzo di tale modello qualora si riceva una richiesta di risarcimento si dovrà identificare la polizza in essere nel momento in cui sono stati commessi i fatti illeciti che hanno dato origine a tale richiesta, pur nella consapevolezza delle difficoltà in cui è possibile imbattersi nello svolgimento di tale operazione, specialmente se tra il fatto in questione e la richiesta di risarcimento sia trascorso un elevato periodo di tempo. Pertanto la copertura sarà efficace per tutti quei comportamenti posti in essere nel periodo indicato nel certificato di polizza a prescindere dal momento della reale presentazione della richiesta risarcitoria: questo fa sì che il cliente sia coperto solo se regolarmente già assicurato quando commette l' errore che dà luogo poi al danno.

Tale modello è stato universalmente adottato fino a che non soppiantato per alcune tipologie di rischi da altri sistemi che si sono rivelati maggiormente efficaci in relazione alla peculiarità dei settori in questione nonché facendo riferimento ai contrapposti interessi in gioco di assicurati ed assicuratori. Detto ciò in moltissime tipologie di polizza è tuttora applicato il modello *loss occurrence*, che ben si presta in tutti quei contratti in cui non intercorre un notevole intervallo di tempo tra fatto che causa il danno e richiesta risarcitoria. Giusto per citare alcuni esempi, a titolo non esaustivo, è il caso delle maggiormente conosciute polizze obbligatorie RCA o di polizze RCT di fabbricati o RCO nel caso di infortuni di dipendenti o ancora di RCT di aziende. Infatti è chiaro che nel caso in cui vi fosse una caduta di intonaco piuttosto che di una parte di tetto da un fabbricato (garanzia inclusa nelle polizze fabbricati) che colpissero un passante, tra il momento del danno e quello in cui viene denunciato il sinistro non c' è motivo per cui debba trascorrere un cospicuo lasso di tempo e dunque non avrebbe senso l' applicazione di un modello *claims made* dato che ad operare sarebbe sempre la stessa polizza: infatti è altamente probabile che l' istante di accadimento del fatto incriminato e l' istante in cui il danno si manifesta e viene denunciato avvengano quasi simultaneamente o quanto meno tutti nell' arco dello stesso periodo di polizza. Identico ragionamento vale nel caso, ad esempio, di un' azienda di trasporti che durante il lavoro quotidiano danneggi le merci trasportate o degli oggetti nel luogo in cui esegue i lavori: è evidente come il danno sia immediatamente riscontrabile e dunque anche denunciabile. Ancora più lampante può apparire il caso di un automobilista, regolarmente assicurato, che mancando una precedenza urti un' altra autovettura: la condotta colpevole che origina il danno e la richiesta risarcitoria avvengono quasi nel medesimo momento. La coincidenza temporale tra evento che provoca il danno e danno stesso è ravvisabile pure nel caso di infortuni sia di dipendenti (RCO) sia

di terzi (RCT), mentre merita una valutazione a parte il discorso malattia che può essere riscontrata pure dopo un elevato periodo di tempo o a causa dell' esposizione a determinati fattori per un prolungato arco temporale.

Preso atto del fatto che stiamo trattando di un modello non solo fondato sull' interpretazione letterale del codice civile ma anche tuttora attuale perché largamente applicato in diversi settori assicurativi, è chiaro che esso non può considerarsi esente da distorsioni ed aspetti negativi, emersi per lo più in riferimento ad alcune tipologie assicurative caratterizzate da una sinistrosità che si manifesta in genere tardivamente (*long tail claims)* ed è nostro compito tentare di inquadrare gli aspetti chiave connessi a tale peculiarietà. Anzitutto con un sistema *loss occurrence* la compagnia assicuratrice si trova nella posizione in cui avrà dei contratti già scaduti e per i quali si sia già verificato il sinistro ma non sia ancora stato denunciato durante il periodo di decorrenza della polizza, con la conseguenza che l' assicuratore dovrà convivere con il rischio di eventuali denunce di sinistro future che rendono complesso un corretto inquadramento della sinistrosità stessa: pertanto si trova costretto a mettere in atto delle proiezioni sulla sinistrosità tardiva i cui eventuali errori di stima graveranno sulle annualità di bilancio successive rispetto a quella della polizza attiva. Le stesse ragioni fanno sì che spesso si proceda alla stima dei risarcimenti sulla base di criteri di valutazione diversi rispetto a quelli in vigore all' epoca di tariffazione. Altri problemi connessi all' intervallo di tempo trascorso riguardano la possibilità che l' impresa, nel momento di denuncia del sinistro, non sia più attiva sul mercato o ancora possono sorgere delle difficoltà nell' individuare il momento esatto di accadimento del fatto e la relativa garanzia assicurativa in vigore in quel determinato periodo. Inoltre nel caso di eventi dannosi graduali che si protraggono nel tempo, è plausibile che nelle diverse annualità siano state stipulate anche differenti coperture con differenti assicuratori con la possibilità che siano così attivabili più polizze con compagnie diverse con le conseguenti difficoltà ad individuare la polizza vigente per ciascun periodo nonché a dimostrare l' accadimento dei comportamenti incriminati proprio in quell' intervallo temporale, oltre al rischio concreto per l' assicurato di avere una copertura non omogenea, in quanto il massimale in corso nel periodo in cui si è manifestato il danno non risulti più adeguato con il passare del tempo. E' chiaro che il grosso limite di questo modello, per le compagnie assicurative, è costituito dal carattere inevitabilmente "aperto" del sistema *loss occurrence* che non prevede limiti ai futuri sinistri potenzialmente apribili se non quello di natura monetaria stabilito nel massimale di polizza e quello legato al termine di prescrizione: in tal modo inoltre l' assicuratore si prende carico dei rischi relativi ad eventuali mutamenti sfavorevoli sia delle condizioni

economiche (ad es. l' inflazione) sia di quelle guiridiche (ad es. la giurisprudenza o novazioni legislative) che si verifichino durante l' *iter* che va dal fatto illecito fino alla liquidazione del danno[41]. Se da un lato dunque si evincono una serie di criticità anche per i consumatori connesse all' utilizzo del sistema *loss occurrence*, dall' altro è palese come per le compagnie una tale esposizione in termini di rischio possa essere particolarmente gravosa per i bilanci aziendali con il naturale effetto di tradursi in un logico aumento dei premi richiesti per la stipula di tali tipologie contrattuali.

Posto che l' obbligo indennitario a carico dell' assicuratore esiste se il danno si verifica nell' intervallo di efficacia del contratto, ovvero tra il momento in cui viene pagata la prima rata di premio e la scadenza stessa prevista dal contratto, abbiamo altresì intuito che, nelle assicurazioni di responsabilità civile, l' efficacia temporale della polizza è un elemento davvero critico che può generare più di una difficoltà ed a maggior chiarimento cercheremo di riassumere le principali problematiche, connesse al tema del rapporto tra delimitazione temporale del rischio e sistema *loss occurrence*, in cui è possibile imbattersi[42]:

- Nel caso di fatti illeciti permanenti, ovvero quando la condotta illecita non sia istantanea (idonea a provocare un danno con un gesto subitaneo) ma si protragga continuativamente per un più o meno lungo periodo di tempo con la conseguenza che utilizzando la formula *loss occurrence* saranno indennizzabili solo i danni causati dalla condotta tenuta sino alla scadenza del contratto con il rischio che i danni successivamente verificatisi non saranno coperti;
- Nel caso in cui vi sia uno scarto temporale tra la commissione del fatto illecito ed il manifestarsi del danno, ovviamente la condotta illecita deve comunque tenersi in corso di contratto a pena l' insussistenza del diritto al risarcimento: infatti il rischio è da considerarsi inesistente non solo quando si sia già verificato al momento della stipula del contratto ma anche quando se ne siano verificati tutti i presupposti causali; infatti nulla rileva che l' evento si sia concretamente verificato dopo la stipula del contratto, quando l' avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti già

[41] ANIA, Position Paper, *Polizze claims made più vantaggiose per assicurati ed assicuratori,* in http://www.ania.it, Ottobre 2014

[42] M.ROSSETTI, *Assicurazione della Responsabilità civile e delimitazione temporale del rischio: la clausola claim's made,* in *Ass.,* 2011, p. 310

avvenuti prima di tale momento[43]. Più complesso è invece il caso in cui la condotta illecita sia tenuta in corso di contratto; partendo dal presupposto che il rischio assicurato è l' insorgenza di un debito risarcitorio in capo all' assicurato e che l' illecito civile si compone di due elementi essenziali che sono il fatto illecito ed il danno ingiusto collegato al primo con nesso causale, non può costituirsi obbligazione risarcitoria se non vi è un danno poiché con il danno sorge il diritto al risarcimento e solo ove vi sia tale diritto nasce l' obbligo risarcitorio del danneggiante, pertanto solo con la manifestazione oggettiva del danno sorge la responsabilità dell' assicurato. Si evince così che, qualora la condotta illecita sia tenuta nel periodo di contratto ma il danno in modo concreto si verifichi successivamente alla scadenza, l' assicuratore non è tenuto a pagare l' indennizzo poiché il rischio, vale a dire l' insorgenza del debito risarcitorio in capo all' assicurato, si è verificato solo dopo la cessazione dell' efficacia del contratto. C' è però da aggiungere che sul punto il dibattito è ancora vivo, dato che vi sono correnti secondo cui "il danno segue immediatamente il fatto che ne è causa" anche se si manifesta in modo tardivo, con la conseguenza che il danno è indennizzabile anche qualora sorga dopo la cessazione del contratto se causato da una condotta dell' assicurato che si è tenuta durante la vigenza della polizza[44];

- Nel caso in cui vi sia uno scarto temporale tra la commissione del fatto illecito e la formulazione della relativa richiesta risarcitoria, se il danno si verifica prima della stipula della polizza non sarà mai indennizzabile non rilevando il momento della richiesta risarcitoria, se invece il danno avviene durante la vigenza del contratto, e dunque sorge la relativa responsabilità in capo all' assicurato, esso sarà sempre indennizzabile anche qualora la richiesta risarcitoria pervenga dopo la scadenza contrattuale poiché la responsabilità dell' assicurato si materializza solo nel momento in cui si verifica il danno indipendentemente dalle volontà risarcitorie dei danneggiati.

3) Le origini del modello cd. **claim's made**

Nella storia dell' industria assicurativa i contratti erano sottoscritti al fine di tutelare i comportamenti posti in essere durante la vigenza del contratto (*loss occurrence*) seguendo così l' impostazione prescritta dal codice civile. Tuttavia le carenze di tale schema contrattuale sotto

[43] FANELLI, *Le Assicurazioni,* vol. I, in *Tratt. Cicu-Messineo,* Milano, 1973, p. 133
[44] DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private,* vol. II , Milano, 1954, p. 368

alcuni punti di vista sono ed erano innegabili, si pensi ad esempio ad un architetto che progetta un fabbricato il quale manifesterà poi problemi legati alla progettazione solo diversi anni dopo l' ultimazione dei lavori e solo in quel momento sarà chiesto il risarcimento dei danni arrecati dal professionista: ebbene può essere che la compagnia presso cui l' architetto era assicurato, a distanza di diversi anni, non esista più o sia fallita. Altro caso emblematico è quello verificatosi negli anni ottanta del secolo scorso con l' asbestosi, malattia polmonare causata dall' inalazione di fibre di amianto che veniva ampiamente utilizzato nell' industria edile negli anni antecedenti per coibentare le abitazioni ma le prime ricerche, che accertarono l' esistenza di una correlazione negativa tra l' esposizione a tali fibre e la formazione di gravissimi forme di tumori polmonari, anche a distanza di 20 o 30 anni dall' esposizione stessa, furono pubblicate proprio negli anni ottanta. Fu cosi che i danneggiati e i loro familiari si rivolsero ai responsabili e alle loro compagnie assicurative causando così un effetto a catena che ha portato ad un gran numero di richieste risarcitorie con la conseguenza che molte compagnie sono fallite specialmente nel mercato Statunitense (cd. *liability insurance crisis)*; si parlerebbe addirittura di oltre 60 compagnie fallite tra il 1983 ed il 1987 con un' impennata incredibile nella raccolta nel ramo responsabilità civile per fare fronte proprio alle perdite causate da tale fenomeno: si passò, infatti, dai 6,5 miliardi di dollari raccolti nel '84 ai 19,5 raccolti nel '87[45]. Inoltre il contesto storico in oggetto era caratterizzato da un crescente attivismo degli studi legali con l' effetto di un notevole aumento delle richieste risarcitorie sulle tematiche più svariate dai danni ambientali e da inquinamento a quelli per prodotti difettosi, dal campo delle libere professioni alle *malpractice* medica. Come è possibile facilmente intuire l' elemento che accomuna tutte tali fattispecie è la dinamica di formazione del sinistro che dunque cercheremo di approfondire.

3.1) L' iter del sinistro in alcune polizze di responsabilità civile

A differenza di quanto previsto da altri ordinamenti[46] come quello francese in cui l' obbligazione indennitaria dell' assicuratore viene esplicitamente fatta decorrere dalla richiesta risarcitoria del danneggiato, il nostro codice civile all' art. 1917 c.c. non pare accogliere a pieno tale nozione di sinistro quando richiama il "fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione", ove per fatto

[45] ANIA, *Position Paper, Polizze claims made più vantaggiose per assicurati ed assicuratori*, http://www.ania.it, Ottobre 2014, p. 7

[46] *Code des Assurances,* art. L 124-1

accaduto non può che intendersi il fatto illecito, nelle sue due componenti di comportamento antigiuridico e del conseguente danno, da cui derivano sia l' obbligazione risarcitoria del responsabile sia quella indennitaria dell' assicuratore[47]. Infatti la mera richiesta risarcitoria non è idonea a concretare l' ipotesi di sinistro[48], dato che è essenziale la sussistenza del fatto illecito generatore della responsabilità civile, ma è comunque determinante in quanto può ricorrere il caso in cui il danneggiato, nonostante il verificarsi del danno, decida di non far valere il suo diritto o di lasciarlo prescrivere. La poca chiarezza sull' argomento ha portato la dottrina ad una pluralità di posizioni: da chi lega il sinistro alla richiesta risarcitoria, a chi lo lega al fatto fonte di responsabilità, a chi lo lega al divenire liquido ed esigibile del credito del terzo[49]; tuttavia ci pare corretto tenere a riferimento proprio la richiesta risarcitoria dato che da lì nasce l' obbligo dell' assicuratore con tutto ciò che ne segue e da lì inizia anche a decorrere il termine prescrizionale[50].

Date queste premesse inerenti i caratteri fondamentali della dinamica dei sinistri, non è un caso che il sistema assicurativo della responsabilità civile entrò in crisi a contatto con le fattispecie che abbiamo menzionato nel paragrafo precedente. Come abbiamo già visto il sinistro nelle assicurazioni del patrimonio è un fenomeno particolarmente complesso ed in parte differente rispetto alle altre fattispecie assicurative poiché composto dallo stratificarsi di diverse fasi che si possono succedere con differenti intervalli temporali tra l' una e l' altra.

Si deve dunque distinguere la fase in cui si verifica l' evento dannoso, che origina in astratto l' obbligazione risarcitoria nei confronti del danneggiato, da quella in cui l' obbligo di risarcimento si concreta nel suo contenuto economico[51] ovvero la fase in cui viene presentata la domanda giudiziale o stragiudiziale da parte del danneggiato nei confronti dell' assicurato e solo da tale momento sorgerà l'obbligo di avviso all' assicuratore in capo all' assicurato e successivamente l' onere indennitario in capo all' assicuratore come previsto dall' art. 2952 c.c. che fa decorrere da tale momento la prescrizione dell' assicurato all' indennità. Le caratteristiche intrinseche poi di alcune tipologie di polizze assicurative sono tali che il sinistro, inteso come l' evento dannoso, sia a sua volta composto di due fasi distinte che possono differire tra loro nel tempo anche di intervalli piuttosto lunghi: sono rispettivamente il comportamento che è causa del danno e la

[47] CESERANI F. , *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni,* in *Dir. econ. ass.,* 2011, p. 520
[48] D. DE STROBEL, *L' assicurazione di responsabilità civile,* Milano, 2004, p. 203
[49] DE STROBEL, *op. cit.,* p. 201
[50] VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano 2006, p. 180
[51] A.BAGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell' assicurazione di Responsabilità Civile*, in *Ass.,* 2009*,* p. 472

manifestazione stessa del danno, anche se tali fasi sono generalmente simultanee nella maggior parte dei casi. Come abbiamo visto gli ambiti in cui si pone tale problematica sono stati inizialmente quelli delle polizze RC Inquinamento e prodotti difettosi per poi estendersi alle coperture professionali, ma, volendo generalizzare, il sinistro è caratterizzato da questa scissione temporale tra le due fasi tutte le volte in cui vi sono dei fatti che danno luogo ad eventi dannosi ma i cui sintomi si manifesteranno solo dopo una lunga latenza, dando così forma a quel fenomeno di sinistrosità tardiva a cui si faceva riferimento in precedenza. La prescrizione per il danneggiato inoltre decorrerà da quando esso potrà far valere il suo diritto al risarcimento con la conseguenza che tra la condotta che origina il danno e il momento in cui la richiesta risarcitoria giunge all' assicuratore può trascorrere un intervallo davvero molto lungo con tutte le conseguenze cui già abbiamo accennato. Può così accadere che il fatto generatore ed il danno in sé si manifestino durante il periodo di vigenza contrattuale mentre la richiesta risarcitoria pervenga solo successivamente ed in tal caso l' assicurato sarebbe coperto con il solo sistema *loss occurrence.* Allo stesso modo può accadere che fatto generatore e danno si verifichino prima della stipula mentre la richiesta risarcitoria durante il periodo di polizza con la conseguenza che sarebbe il tal caso attivabile solo una polizza con modello *claims made.* Secondo alcuni adottare tale modello equivarrebbe ad adottare una diversa definizione di sinistro rispetto a quella di "fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione" in cui il rischio verrebbe individuato nella richiesta risarcitoria del terzo con la conseguenza di trasformare tale negozio assicurativo in atipico[52]. Ciò basandosi sul fatto che da tale richiesta decorrerebbe sia il termine prescrizionale previsto dall' art. 2952 c.c. comma 3 e sia si configurerebbe come quel fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione da cui sorgerebbe la relativa responsabilità. Il nostro ordinamento, come visto poc' anzi ed a differenza di altri, fa riferimento al solo "fatto accaduto" senza ulteriori delucidazioni: in tale costrutto tuttavia non si può ravvisare altro se non il comportamento illecito ed il conseguente danno e non certo la mera richiesta risarcitoria non potendo essa configurare da sola fattispecie di sinistro dato che si potrebbe comunque verificare un illecito con la conseguente responsabilità senza alcuna richiesta qualora il danneggiato rinunci a tale possibilità[53]. In questo senso ci pare di poter affermare che il concetto di sinistro nei 2 modelli *loss occurrence* e *claims made* rimanga il medesimo restando focalizzato sul concetto del fatto illecito come generatore

[52] I. PARTENZA, *op. cit.,* p. 175
[53] D. DE STROBEL, *op. cit.,* p. 203

della responsabilità civile e non dando così adito all' ipotesi che si configurasse un negozio assicurativo atipico come da altre parti affermato e come meglio vedremo in seguito.

Da un lato dunque la tendenza a presentare sempre più frequentemente richieste risarcitorie, accompagnata dal già citato crescente attivismo degli studi legali e dalla continua crescita della complessità del mondo industriale e commerciale[54], dall' altro alcune tipologie di rischi che in modo ineluttabile si prestano ad un prolungato lasso di tempo tra l' evento generatore del danno e la richiesta risarcitoria finale: da qui sorge l' esigenza improcrastinabile di trovare un assetto contrattuale certo in grado di individuare con certezza il momento del sinistro e di determinare in modo chiaro la risarcibilità o meno dei conseguenti danni.

3.2) La clasuola claim's made

Alla luce degli inconvenienti analizzati nel sistema *loss occurrence* e delle contrapposte esigenze di assicurati e compagnie assicurative, è stato introdotto, come detto in precedenza, un sistema che consente di traslare l' operatività della garanzia dai fatti accaduti durante la validità del contratto al momento in cui viene presentata all' assicurato la richiesta risarcitoria da parte del terzo. Tale clausola denominata *claim's made* può essere tradotta con "a richiesta fatta" in quanto pone al centro dell' attenzione proprio la richiesta del terzo prevedendo l' indennizzabilità per tutte quelle richieste presentate da terzi durante il periodo di efficacia della garanzia indipendentemente dal momento in cui si è verificato il danno e da quello in cui l' assicurato ha tenuto la condotta illecita[55]. Tale evenienza è solo parzialmente vera , in quanto sono rare in concreto le polizze in cui la compagnia assicurativa si prenda carico dei comportamenti posti in essere dal cliente in qualsiasi momento durante la propria vita professionale o aziendale, ma in genere vengono determinate delle delimitazioni temporali che prendono il nome di pregressa o retroattività, ovvero tali comportamenti devono intendersi inclusi in garanzia purchè si siano verificati entro un determinato numero di anni dalla stipula della polizza stessa, riducendo così l' esposizione dell' assicuratore.

[54] P. GARONNA, *L' assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive,* in *Ass.,* 2012, p. 621
[55] M. ROSSETTI, *Assicurazione della responsabilità civile e delimitazione temporale del rischio: la clausola claim's made,* in *Ass.,* 2011, p. 316

Partendo da quanto analizzato precedentemente sulla base del sistema codicistico e specificatamente sulla base di quanto previsto dall' art. 1917 c.c. comma 1 ove dispone, relativamente all' efficacia della garanzia, che "*nell' assicurazione di 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 ad un terzo…",* appare subito evidente come la clausola *claims made* costituisca una sorta di deroga a tale principio, pur mantenendo il medesimo oggetto della garanzia, ossia risarcire l' assicurato di quanto debba pagare ad un terzo danneggiato a causa della responsabilità dedotta in polizza.

Tale norma è agevolmente applicabile per gran parte delle assicurazioni di responsabilità civile, nei casi in cui l' illecito che è causa della responsabilità consista in un atto o una serie di atti ben individuabili nella tipologia e nel tempo in cui si sono verificati[56]: infatti l'art. 1917 c.c. è stato formulato in base alla tipologia di rischi ed alle condizioni in uso in un' epoca in cui i rischi, ora coperti dalla *claim's made*, non erano assicurabili né in Italia né in nessun altro paese[57]. La stessa norma risulta invece di difficile applicazione ove vi siano rischi caratterizzati da incertezza circa il momento in cui il fatto si verifichi. Non è un caso che la clausola sia stata introdotta inizialmente per i danni da inquinamento e da prodotti difettosi: i primi possono essere causati sia da un fatto istantaneo sia da un processo graduale e dunque non immediatamente riscontrabile con l' effetto di rendere molto complesso individuare quando il fatto si è verificato, anche perché spesso il danno si può manifestare solo dopo un certo tempo dal fatto potenzialmente lesivo come può essere il caso in cui vi sia un guasto all' impianto di depurazione dei residui liquidi scaricati in un corso d' acqua con conseguente uscita progressiva di sostanze inquinanti che saranno però riscontrabili solo nel momento in cui tali acque inquinate arrivino in una zona abitata; un ragionamento analogo si può svolgere per i prodotti difettosi, i cui danni a terzi si possono riscontrare solo nel momento in cui tali articoli siano venduti al consumatore finale e ciò può avvenire diverso tempo dopo che siano stati prodotti ed immessi sul mercato, con le conseguenti difficoltà di individuare la concreta causa del difetto. In seguito tale clausola si è radicata pure nella responsabilità civile professionale, dato che anche in questo campo i danni possono manifestarsi solo dopo una lunga latenza dal fatto incriminato, come può ben rappresentare il caso di un architetto che commette degli errori nella progettazione di un fabbricato che però divengono palesi solo una volta trascorsi diversi anni con la concomitante usura dello stesso, oltre

[56] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 658
[57] G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claim's made. Rischio e sinistro nell' assicurazione RC*, in *Ass.*, 2010, p. 7

alla difficolta di poter determinare con certezza l' istante in cui l' errore si è verificato, come ad esempio, in ambito medico, può capitare per le conseguenze dannose di una terapia che abbia previsto l' utilizzo di rimedi diversi nel suo corso[58].

Proprio in virtù di questa sorta di retroattività su cui si fonda tale modello contrattuale, che può essere più o meno estesa fino a contemplare l' ipotesi in cui sia illimitata, si rischia di incorrere in comportamenti fraudolenti da parte degli stipulanti; per gli assicuratori, proprio al fine di tutelarsi da tale eventualità, assumono pertanto vitale importanza, oltre al più generale obbligo di comportarsi secondo buona fede in capo ai contraenti, le dichiarazioni precontrattuali *ex* art. 1892 e 1893 c.c. dedicati alle dichiarazioni inesatte e reticenti (v. *supra*) , in genere raccolte tramite questionari *ad hoc* in funzione della professione svolta in modo da garantire che il rischio conservi due requisiti fondamentali ovvero di essere futuro ed incerto: diviene infatti fondamentale capire quale rischio la compagnia si assuma a fronte dell' attività dell' individuo negli anni antecedenti la stipula, con l' onere di segnalare eventuali circostanze note che possono dare adito a richieste risarcitorie ricadendo così in una situazione controversa e senz' altro lesiva dei diritti del contraente, ove, se menziona gli eventi potenzialmente dannosi, rischia di indurre la compagnia a decidere di non assumere il rischio, e se invece decide di tacerli rischia di incorrere nell' ipotesi dell' annullamento con il conseguente rigetto del sinistro o di vedersi ridotta la somma dovuta in proporzione alla differenza tra premio pagato e quello che sarebbe stato pagato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose in funzione del fatto che abbia agito con dolo o colpa grave oppure semplicemente con colpa lieve. Tale carattere lesivo del modello *claim's made* nei confronti degli interessi del contraente è solo uno degli aspetti che ha portato a denunciare la nullità di tale clausola, che è stata oggetto di una variegata serie di posizioni giurisprudenziali. Proprio da quando introdotta nei contratti di responsabilità civile professionale è stata sottoposta al vaglio dei giudici, che in merito alla liceità della stessa, hanno espresso pareri differenti ed addotto motivazioni discordanti, che cercheremo di delineare nei prossimi paragrafi.

3.3) Vantaggi e svantaggi del modello claims made

L' adozione di questo modello contrattuale sembra essere di particolare interesse soprattutto per gli assicuratori che rispetto al sistema *loss occurrence* riescono a risolvere diverse problematiche.

[58] G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.* , p. 8

In primis gli assuntori sono in grado di valutare i costi della polizza in base a criteri in uso quando la stessa viene tariffata mentre in precedenza i criteri utilizzati per il risarcimento del danno potevano essere diversi da quelli in sede di tariffazione della polizza a causa dell' ampio arco temporale intercorrente tra i due eventi. In secondo luogo non corrono il rischio di sentirsi chiedere l' indennizzo per sinistri avvenuti in corso di polizza ma non denunciati nel corso dell' esercizio (denominati anche IBNR) e ciò consente di consolidare il bilancio alla chiusura dell' esercizio e di garantirsi una corretta gestione delle riserve, che altrimenti dovrebbero affidarsi a delle proiezioni per lo stanziamento relativo agli esercizi futuri di cui sarebbe difficile avere certezza[59]. Dal lato dell' impresa assicurativa paiono piuttosto evidenti e di sostanziale importanza i benefici in termini di efficiente gestione aziendale. Inoltre gli assicuratori pongono il *focus* su altri due importanti vantaggi a favore degli assicurati: il primo, già menzionato, è quello che il massimale in vigore sarà quello della polizza in essere quando viene presentata la richiesta risarcitoria e non quello che poteva essere in vigore diversi anni prima. Il secondo, la cui portata è però necessario contestualizzare di caso in caso, è la possibilità di garantirsi la retroattività coprendo anche i fatti avvenuti prima della del contratto; questo può risultare di particolare utilità qualora l' assicurato non fosse stato in precedenza assicurato mentre in altri casi può essere superfluo anche in funzione del periodo di retroattività concessa sino ad arrivare al caso in cui evento dannoso e richiesta risarcitoria devono coincidere nel medesimo periodo assicurativo che ovviamente è senza dubbio il più sfavorevole per gli assicurati[60]. Da notare ad ogni modo che, affinchè la retroattività sia operativa, è necessario che il contraente non fosse a conoscenza di circostanze (da dichiarare in fase precontrattuale) che potevano essere tali da causare un danno risarcibile altrimenti sarebbero applicabili gli art. 1892 e 1893 c.c. ed è chiaro come sia complesso escludere con certezza che l' assicurato conoscesse eventuali tali circostanze per concretizzare la retroattività[61]. Sempre nella prospettiva dell'assicurato, la *claims made* consente di evitare di trovarsi in difficoltà nel dimostrare che il fatto dannoso si è verificato nel periodo di validità o di operatività del contratto garantendo così la copertura e questo giova allo stesso assicuratore che si trova in una posizione assai più agevole quando è sicuro che tutte le richieste del danneggiato

[59] U.CARNEVALI, *La clasuola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite,* in *Contratti,* 8-9/2016, p. 761
[60] U.CARNEVALI, *op. cit.*, p. 762
[61] U.CARNEVALI, *op. cit.*, p. 763

che giungono in un dato periodo rientrano nella copertura, a prescindere dalla verifica, faticosa ed incerta, dei fatti pregressi che ad esse hanno dato origine[62].

Ovviamente, rispetto al *loss occurrence,* la copertura si attiva solo per le richieste pervenute in corso di validità del contratto e non per quelle successive e questo senz' altro risulta svantaggioso per gli assicurati, specialmente perché la presentazione della richiesta di indennizzo non dipende strettamente dall' assicurato ma viceversa dal danneggiato. Questa limitazione poi si riflette in modo particolarmente negativo per quei professionisti che decideranno di cessare l' attività e che saranno completamente scoperti se non avranno la premura di stipulare una garanzia postuma che non si sarebbe resa necessaria con il modello *loss occurrence.*

Infine anche tali polizze prevedono la facoltà di recesso dopo ogni denuncia di sinistro a fronte del relativo rimborso del premio non goduto; in tal modo nel modello *claims made* viene meno qualsiasi garanzia dal momento che sia che il fatto sia anteriore alla stipula sia che avvenga in corso di durata del contratto non potrà più essere accolta alcuna richiesta risarcitoria pervenuta successivamente al recesso stesso, mentre nel *loss occurrence* rimanevano comunque tutelati tutti i fatti posti in essere in corso di contratto anche qualora la richiesta di indennizzo fosse presentata successivamente alla cessazione del contratto. Ovviamente il caso in questione è quello di recesso unilaterale ad opera dell' assicuratore ed esso evidenzia come questa fattispecie di recesso sia fortemente pregiudizievole e limitante per gli assicurati in presenza della clausola *claims made* ed allo stesso tempo offre alle compagnie la possibilità di venir meno a qualsiasi rapporto con eventuali assicurati non graditi: nel *loss occurrence* infatti l' assicuratore restava comunque in un certo modo obbligato e poteva solamente ridurre l' arco temporale entro cui il fatto dannoso doveva accadere, in questo caso invece viene ridotto lo stesso tempo utile per ricevere eventuali richieste di risarcimento con la conseguenza che l' assicuratore rimarrebbe libero da qualsiasi vincolo di copertura con l' assicurato e non dovrebbe *de facto* rispondere per alcun tipo di circostanza anche se avvenuta in vigenza del contratto stesso[63].

2) <u>Le diverse posizioni giurisprudenziali in Italia</u>

[62] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 658
[63] U.CARNEVALI, *op. cit.,* p. 763

Come anticipato la natura della clausola *claim's made* in Italia è controversa e dibattuta, anche rispetto a quello che è il quadro caratterizzante altri palcoscenici europei, evidenziando le difficoltà del nostro ordinamento nel cogliere le potenzialità di tale approccio, sviluppatosi nella prassi internazionale, in riferimento ai rischi di responsabilità civile lungolatenti.

In questo difficile contesto si sono alternate sentenze molto diverse tra loro che si possono riepilogare sostanzialmente in quattro filoni, spaziando dall' affermarne prima la nullità, poi la liceità poi nuovamente la nullità ed infine la vessatorietà della stessa. Verosimilmente i giudici hanno propeso verso l' inefficacia della *claims made* nel tentativo di tutelare gli assicurati in vari casi giurisprudenziali in cui spesso tale clausola si è dimostrata svantaggiosa per gli assicurati stessi. E' il caso di affermare che è stato talvolta assunto un atteggiamento di ostracismo verso l' utilizzo del modello *claims made*, non sempre supportato dalle norme del codice civile e con la conseguenza di rendere difficile al mercato assicurativo italiano poter rispondere all' evoluzione di queste tipologie di rischi; tuttavia non si vuole negare il legittimo diritto degli assicurati ad essere tutelati dai giudici nei riguardi degli svantaggi che tali clausole possono arrecare, ma solo che i rimedi capaci di fornire le tutele necessarie non vanno ricercati negli art. 1882 e seguenti del nostro codice civile.

Nei prossimi paragrafi sarà pertanto nostra intenzione individuare i principali e più largamente riconosciuti orientamenti giurisprudenziali in materia nel rispetto dell'*iter* cronologico con cui si sono succeduti, cercando di decifrare le ricostruzioni dogmatiche che sono state percorse e le relative confutazioni *ex post.*

4.1) Nullità per contrasto con l' art. 1917 c.c. e alterazioni del regime prescrizionale

Inizialmente in Italia si sono avute forti perplessità circa la liceità della clausola *claims made*[64]*:* essa infatti è stata, da diverse sentenze, inquadrata come radicalmente nulla in quanto in contrasto con la definizione dell' assicurazione di responsabilità civile prevista dall' art. 1917 c.c. , norma primaria e imperativa, che deve essere inserita nel contratto in sostituzione della clausola difforme come previsto dagli art. 1339 c.c. e 1419 c.c.[65].

[64] Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997 , in *Ass.,* 2012, p. 179
[65] Trib. Bologna 2 ottobre 2002 n. 3318, in *Dir. econ. ass.,* 2005, p. 711

Tuttavia è stato ribattuto che l' art. 1917 c.c. pur rientrando effettivamente nel novero di quelli menzionati dall' art. 1932 c.c. relativo alle norme inderogabili, vi rientra solo per i commi tre e quattro[66]; come affermato dal tribunale di Bologna però tale articolo rimarrebbe indisponibile alla volontà delle parti configurandosi come elemento strutturale del contratto assicurativo, infatti il comma 1 non ha" per sua natura necessità di essere dichiarato inderogabile" rappresentando la causa e la funzione stessa del contratto di assicurazione ovvero il trasferimento di un rischio derivante da una certa attività. E' evidente come tratto peculiare dei contratti assicurativi sia proprio l' aleatorietà relativa al trasferimento di un rischio esistente dall' assicurato all' assicuratore, a pena della nullità del contratto stesso qualora risulti privo di rischio al momento della sottoscrizione come previsto dall' art. 1895 c.c. . Una parte della giurisprudenza ha così negato la sussistenza di tale elemento nel contratto assicurativo caratterizzato dalla clausola *claims made*, spiegando che "*una clausola di questo tenore è idonea potenzialmente a far venire meno la causa del contratto qualora il terzo danneggiato, per un fatto avvenuto durante l'efficacia della garanzia, richieda il risarcimento quando ormai la garanzia non è più operativa per decorso del termine. Subordina inoltre l'operatività della garanzia alla scelta discrezionale del terzo danneggiato"*[67]. Sulle stesse posizioni si era espresso in precedenza anche il tribunale di Napoli[68] considerando invalido il costrutto offerto dal modello *claims made* in quanto tale da stravolgere la natura aleatoria del contratto *"affidandosi alla disponibilità o al calcolo delle parti il fare rientrare un dato evento nella copertura assicurativa, che vi sarebbe, o vi sarebbe esclusa in dipendenza della scelta operata da un soggetto e del tutto sganciata dal fatto colposo".*

Posto dunque che le compagnie di assicurazione possono stipulare esclusivamente contratti di tipo assicurativo al fine di garantire la solidità della propria attività principale (soprattutto in virtù della rilevanza assegnata allo strumento assicurativo confermata dai sempre crescenti obblighi di stipulazione in determinati settori), è stato ribadito che il comma 1 dell' art. 1917 c.c. determina la causa stessa del contratto assicurativo e come tale costituisce norma imperativa[69]: pertanto un contratto con causa illecita in quanto contraria a norma imperativa (art. 1343 c.c.) non può che essere nullo (art. 1418 c.c.). Infatti oggetto dell' assicurazione e presupposto per l' operatività della garanzia è l' attività fonte di responsabilità sebbene il rischio dedotto in polizza si riferisca direttamente all'eventualità che il terzo avanzi una richiesta di risarcimento e solo indirettamente

[66] Trib. Crotone 28 novembre 2004, in *Ass.*, 2004, p. 260; Cass. 15 marzo 2005 n. 5624, in *Dir. econ. ass.* , 2005, p. 711
[67] Trib. Bologna 2 ottobre 2002 n. 3318, in *Dir. econ. ass. ,* 2005, p. 711
[68] APP. Napoli 28/02/2001, sez. III, in *Dir. econ. ass. ,* 2005, 711
[69] G. LOCASCIULLI, in *Dir. econ. ass.,* 2010, p. 777

al verificarsi del comportamento colposo, con la conseguenza che una clausola in contrasto con quanto previsto dall' art. 1917 c.c. comma 1 non può che essere nulla in quanto priva di causa, individuata proprio nel trasferimento del rischio dall' assicurato all' assicuratore[70].

A queste conclusioni successivamente è giunto, precisamente nel 2008, anche il tribunale di Genova affermando l' inderogabilità del comma oggetto di discussione rappresentando "*l' essenza stessa, la funzione, del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio derivante dall' esercizio di un' attività"* ed ancora *"ciò che viene assicurato è l' attività fonte di responsabilità, non la richiesta risarcitoria"*, giungendo così alla nullità della clausola stessa, oltre a rilevare altri profili di incompatibilità con gli art. 1895, 2952 e 2965 c.c. che analizzeremo nel seguito. Nel caso specifico in carico presso il tribunale ligure l' art. 7 delle condizioni generali di assicurazione (CGA) intitolato "Inizio e Termine della garanzia" recita che " l' assicurazione vale per i danni conseguenti a comportamenti colposi, commissivi od omissivi, posti in essere dall' assicurato durante il periodo di efficacia del contratto" e fino a qui pare tutto regolare, rientrando nello schema *loss occurence* e rispettando integralmente il disposto dell' art. 1917 c.c. . Tuttavia l' art. 7 delle CGA continua in questo modo: " e per i quali le richieste di risarcimento siano presentate per la prima volta all' assicurato e da questi comunicate alla Società entro il periodo di efficacia del contratto stesso"; per completare il quadro si specifica che il contratto ha durata pari ad un anno. Pare subito piuttosto evidente come sia davvero molto complicato che in queste tipologie di rischi il fatto colposo, la richiesta risarcitoria da parte del terzo e la denuncia dell' assicurato all' assicuratore possano tutti realizzarsi e coincidere nell' arco della stessa annualità. A titolo di esempio si può pensare al caso in cui il danno si manifesti al terzo all' ultimo giorno di efficacia del contratto o sempre in tale ultimo giorno si estrinsechi il comportamento colposo dell' assicurato con la naturale conseguenza che non vi può essere coincidenza temporale tra i tre fatti sopramenzionati. L' assicurato, salvo rari casi, si trova così nella situazione in cui non vede tutelati i propri interessi e tantomeno il suo patrimonio dai rischi relativi all' attività oggetto di polizza: in tal modo viene meno la causa stessa del contratto, ovvero il trasferimento del rischio, con l' effetto che la clausola sia nulla poiché tale da rendere il contratto privo di causa. Va altresì rilevato che, la fattispecie al vaglio del tribunale ligure è tra quelle in cui è maggiormente evidente il pregiudizio arrecato all' assicurato dato che fatto illecito, richiesta risarcitoria e denuncia dell' assicurato devono coincidere nella stessa annualità di polizza mentre spesso i contratti formulati in regime *claims*

[70] Trib. Genova 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 69

made prevedono che solo gli ultimi due elementi si verifichino nello stesso periodo mentre il comportamento colposo può essere precedente purchè rientri entro un certo numero di anni fissati di volta in volta *ex* contratto.

Un altro profilo incriminato delle clausole *claims made*, sviluppato sempre dal tribunale di Genova, è quello che porta alla modifica del regime prescrizionale così come previsto dall' art. 2965 c.c. : infatti con questa struttura di polizza la richiesta risarcitoria da parte del danneggiato e la conseguente denuncia dell' assicurato devono giungere nel periodo in cui il contratto è in vigore affinchè la copertura sia effettivamente valida, modificando così i classici termini quinquiennale e decennale per la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e rendendo allo stesso tempo più complesso il diritto all' indennizzo in capo all' assicurato. Ora da varie parti è considerato[71] inverosimile che l' obbligo di comunicare tempestivamente la richiesta del danneggiato previsto da tale clausola costituisca un costrutto contrattuale idoneo a limitare l' esercizio dei diritti dell' assicurato dato che un analogo obbligo è contemplato dagli art. 1913-1915 c.c. ove è previsto che il mancato rispetto dell' obbligo di avviso in caso di sinistro sia tale da comportare la decadenza dall' indennizzo se non adempiuto dolosamente o comunque una riduzione dello stesso in funzione del pregiudizio subito qualora sia dovuto a inadempimento colposo.

Oltre a ciò, va comunque osservato che tali contratti, avendo estensione retroattiva, riprendono i fatti accaduti antecedentemente alla stipula, pur entro i limiti stabiliti dalle parti, compensando così il venir meno del più lungo regime prescrizionale. Tuttavia secondo l' orientamento del giudice genovese tali estensioni retroattive non costituirebbero un vantaggio derivante dall' autonomia contrattuale concessa alle parti, bensì delle garanzie nulle per inesistenza del rischio *ex* art. 1885 c.c. Altro profilo di nullità adombrato dal tribunale ligure è quello inerente l' art. 2952 c.c., che comunque è stato formulato con la unica *ratio* di determinare il *dies a quo* decorre il termine prescrizionale, il quale al secondo comma prevede un termine di prescrizione del diritto all' indennizzo pari a due anni (in precedenza era previsto un termine annuale) dal giorno in cui il terzo ha presentato la richiesta risarcitoria e che decorre *ex* art. 2935 c.c. dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere a pena della nullità, prevista dall' art. 2936 c.c. , di qualsiasi patto contrario a tale disciplina; pertanto seguendo tale interpretazione il regime *claims made* non potrebbe che essere viziato da nullità in quanto derogante il regime legale di prescrizione. Tuttavia viene da altri

[71] F. CESERANI, *op. cit., p. 523*

autori[72] precisato che la notifica della richiesta risarcitoria dall' assicurato all' assicuratore non ha alcuna attinenza con il regime di prescrizione del diritto all' indennizzo ma riguarda la disciplina dell' avviso di sinistro *ex* art. 1913 c.c. posto che l' obbligo di avviso sorge in questo caso non dall' accadimento del fatto dannoso ma dalla ricezione della richiesta risarcitoria: pertanto l' assicurato sarà tenuto a dare comunicazione all' assicuratore solo nel momento in cui riceva una richiesta di risarcimento o comunque ne venga in qualche modo a conoscenza, mentre incorrerà nelle sanzioni previste dall' art. 1915 c.c. solo ove non provveda alla tempestiva notifica all' assicuratore nonostante la ricezione della richiesta risarcitoria del terzo. In concreto, l' obbligo di avviso è spostato dal momento del fatto dannoso a quello della richiesta risarcitoria in linea con quanto previsto dal terzo comma dell' art. 2952 c.c. che prevede la sospensione del termine prescrizionale dal momento della comunicazione all' assicuratore sino alla soluzione della vertenza risarcitoria. Per tentare di risolvere i problemi legati a tale presunta nullità, l' autonomia contrattuale delle parti ha condotto ad una disciplina della denuncia cautelativa mediante le cosiddette clausole *claims made and reported:* vale a dire che, se durante il periodo di vigenza della polizza, l' assicurato comunica delle circostanze rilevanti che possono dare adito ad una futura richiesta risarcitoria, esso avrà diritto all' utilizzo della copertura in essere al momento del fatto dannoso anche se la futura richiesta perverrà solo a notevole distanza di tempo dalla scadenza della polizza stessa offrendogli così una più efficace protezione.

Su tutte queste interpretazioni che richiamano l' illiceità della causa o comunque altri profili di nullità della clausola si registrano posizioni contrarie nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale, *in primis* con la pronuncia della Corte di Cassazione Civile n. 5624 del 15 maggio 2005 e successivamente con la sentenza n. 3527 del 18 marzo 2010 ad opera del tribunale di Milano. Quest' ultimo, condividendo gli orientamenti dettati dalla Corte di Cassazione circa la liceità e la meritevolezza di tali contratti e pur confermando pienamente la deroga che l' applicazione della *claims made* impone al primo comma dell' art. 1917 c.c. rispetto all' inciso "*fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione"* ove il riferimento non sarà più al comportamento colposo ma alla richiesta risarcitoria, ritiene lecita tale deroga in primo luogo dato il mancato inserimento del primo comma nell' art. 1932 c.c. ma soprattutto non considerando "implicitamente inderogabile, in quanto norma primaria e imperativa" tale comma ed evidenziando inoltre che l' inderogabilità prevista dall' art. 1932 c.c. opera solamente in senso più favorevole all' assicurato e non ritenendo

[72] CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione,* Milano, 1993, p. 324

neppure sostenibile la tesi secondo cui il modello *claims made* sia sempre svantaggioso per l' assicurato (si pensi al caso in cui l' assicurato decida di adottare il modello *claims made* perché in precedenza non assicurato e voglia così tutelarsi per eventuali richieste risarcitorie inerenti fatti intercorsi negli anni antecedenti). Come abbiamo potuto analizzare, la clausola in questione non inciderebbe sui connotati tipici del contratto assicurativo della responsabilità civile né per quanto concerne la definizione di sinistro né sul rischio assicurato; solo ricomprende nel concetto di sinistro anche l' elemento della pretesa del terzo danneggiato: ma questo non giustificherebbe che si sottragga il contratto caratterizzato da quella clausola a quel tipo di assicurazione dei danni che è appunto l' assicurazione di responsabilità civile[73]. L' inciso " in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione" di cui all' art. 1917 c.c. non vale a modificare la nozione di sinistro che si desume dall' art. 1882 c.c. ed infatti il danno al patrimonio dell' assicurato è e rimane solo potenziale fino a quando non sia il terzo a far valere il suo diritto.

4.2) La posizione della Corte di Cassazione

Tra gli indirizzi non certo trascurabili vi è quello della Corte di Cassazione espresso nel 2005 e prima pronuncia sul tema da parte di tale organo: essa ritiene in buona sostanza che quanto prescritto dall' art. 1917 c.c. comma 1 sia derogabile e legittima così l' utilizzo della clausola *claims made* nei contratti assicurativi, concedendo alle parti di obbligarsi tramite un contratto atipico, frutto dell' autonomia contrattuale. Infatti la Suprema Corte con la sentenza 5624 del 15 marzo 2005 ha negato l' ipotesi di nullità sopra esposta per affermarne invece la validità in funzione della piena derogabilità dell' art. 1917 c.c.[74] per quanto riguarda il primo comma che non rientra tra quelli inderogabili secondo quanto disposto dall' art. 1932 c.c., sebbene sia tale da integrare la fattispecie di un contratto espressione di interessi delle parti meritevoli di tutela da parte dell' ordinamento[75], in quanto frutto di un assetto che entrambe le parti intendono conferire al contratto nel rispetto delle norme generali e dei rispettivi interessi: da un lato quelli dell' assicurato che si vede così tutelato per eventuali comportamenti colposi posti in essere prima della stipula, dall' altro quelli dell' assicuratore che può così garantirsi una più efficiente gestione delle riserve ed adeguare premi e massimali. La sentenza affronta il tema *claims made* indagando

[73] A. CANDIAN, *op. cit .,* p. 326
[74] Trib. Crotone 8 novembre 2004, in *Dir. econ. ass,* 2005, 712
[75] Art. 1322 c.c.

le cause che hanno condotto nella prassi all' utilizzo di tale modello (copertura nell' intervallo temporale che separa l' evento che da origine al danno dalla sua manifestazione) e ponendo a confronto i due sistemi la cui sostanziale differenza giace nella valenza da conferire al sostantivo *"fatto":* nella copertura *loss occurrence* si riferisce infatti all' illecito che da origine al sinistro mentre in quella *claims made* si riferisce alla richiesta di risarcimento pervenuta all' assicurato da parte del terzo danneggiato.

La Cassazione riconosce che il codice civile, sulla base degli art. 1913 1914 1917 2952 c.c., equipara il sinistro alla richiesta di risarcimento del danno; tuttavia essa, sebbene si configuri come l' elemento azionante la copertura assicurativa, costituisce solo l' elemento consequenziale al vero e proprio "fatto accaduto" ovvero il fatto illecito che origina l' obbligo risarcitorio non compromettendo così la natura aleatoria del contratto, e afferma inoltre che tale clausola dà così vita ad un contratto di assicurazioni di responsabilità civile atipico e di natura vessatoria[76] : atipico in quanto non rientrante nella fattispecie prevista dall' art. 1917 c.c. e vessatorio per la limitazione di responsabilità che potrebbe derivare all' assicuratore dal coprire solo le richieste risarcitorie presentate durante il periodo. Questa definizione di sinistro ci pare tuttavia coincidente con quella dettata per il modello *loss occurrence* ed incentrata sul fatto illecito e pertanto sembra mettere subito in crisi la tesi relativa alla atipicità del contratto caratterizzato dall' adozione del modello *claims made.*

Ad ogni modo la Corte esclude che si possa trattare di una limitazione di responsabilità dell' assicuratore, ravvisando piuttosto una pattuizione delimitativa del rischio trasferito da un punto di vista temporale, circoscrivendo cronologicamente l' ambito di applicazione della copertura a fronte di una minore premio di polizza; pertanto la Corte rimette qualsiasi decisione circa la vessatorietà della clausola al giudice di merito, che sarà tenuto a valutare il concreto contenuto nelle specifiche garanzie di volta in volta prestate nei singoli contratti qualora la relativa formulazione possa apparire poco trasparente o ambigua[77]. Si è così sostenuto che la *claims made* non sia di per sé limitativa della responsabilità *ex* art. 1341 c.c. dato che "*una clausola contrattuale può essere ricompresa tra quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di colui che l' ha predisposta a condizione che essa restringa (ad es. sotto il profilo quantitativo, spaziale o*

[76] A.BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell' assicurazione di Responsabilità Civile,* in *Ass.*, 2009, p. 477

[77] F.CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni,* in *Dir. econ. ass*., 2011, p. 503

temporale) l' ambito di responsabilità così come fissato, con più ampia estensione, da precedenti normativi"[78] *; "cosicchè non possono qualificarsi vessatorie quelle clausole che abbiano per contenuto una mera determinazione della effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione"*[79]*.* Come già abbiamo avuto modo di affermare in precedenza con l' utilizzo di tale clausola a fronte di quella che potrebbe apparire come una limitazione temporale della copertura (in realtà non è proprio corretta come analisi dato che in alcuni casi può anche configurarsi un' ipotesi di estensione della garanzia) vi dovrebbe essere un idoneo bilanciamento degli interessi in campo mediante una riduzione del premio da versare all' assicuratore e in quanto tale rientra come legittima delimitazione del rischio frutto della libera ed autonoma determinazione delle parti contrattuali. Nel caso specifico al vaglio della Corte stabilito che il contratto dia luogo ad un assetto contrattuale previsto dal codice civile e che riservi un trattamento all' assicurato più favorevole rispetto al sistema *loss occurrence* , vengono meno i presupposti per applicare gli art. 1341-1342 c.c.[80]. Secondo alcuni[81] inoltre tali delimitazioni rappresentano l' attuazione del modello di garanzia di responsabilità civile delineato dal codice che, per scelta del legislatore, mantiene carattere generale e dispositivo e quindi aperto alla regolamentazione integrativa ad opera dell' autonomia negoziale delle parti. In tal senso può venire in soccorso una precedente sentenza della Suprema Corte[82] che traccia la distinzione tra clausole limitative della responsabilità e limitative dell' oggetto del contratto ove queste ultime si configurano come *"mancanza ab origine di obbligazione di una delle parti, a causa della estraneità di determinate prestazioni rispetto al contenuto del contratto",* mentre quelle limitative della responsabilità come *"clausola che limita gli effetti di un inadempimento imputabile".* Sarà perciò da capire se la clausola sia tale da predeterminare le reciproche prestazioni contrattuali oppure sia tale da limitare o addirittura escludere la responsabilità di una delle parti *ex post* rispetto alla definizione delle rispettive prestazioni. Date le caratteristiche dei contratti assicurativi la delimitazione del rischio in copertura, sia in termini qualitativi che quantitativi, è un elemento imprescindibile specie per l' assicuratore che lo deve inquadrare in termini statistici-attuariali tra una moltitudine di rischi, nonché rimane una prerogativa della libera ed autonoma determinazione delle parti pur senza infrangere le altre norme previste a carattere imperativo. Ci pare così di poter asserire che queste clausole *claims made* comportino una limitazione dell' oggetto, configurandosi come una

[78] Cass. 15 marzo 2005 n. 5624, in *dir. econ. ass.* , 2005, p. 711
[79] Cass. n. 5390 del 16 giugno 1997, in *Ass.,* 2012, p. 180
[80] S.LANDINI, *La clausola claims made è vessatoria?,* in *Ass.*, 2006, p. 4
[81] E.BOTTIGLIERI, *Dell' assicurazione contro i danni art. 1904-1908,* in Il *Codice Civile Commentario*, p. 271
[82] Cass. civ. , sez. Unite, 1 luglio 1994, n. 6225, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368

delimitazione temporale del rischio di responsabilità civile a fronte di una tassazione che risulta in genere più favorevole per l' assicurato; infatti con tale impianto contrattuale l' obbligo di avviso da parte dell' assicurato sorge nel momento in cui gli viene presentata la richiesta risarcitoria e da lì la conseguente attivazione della polizza: in concreto dunque l' efficacia temporale della contratto viene circoscritta all' annualità di polizza in cui si manifestano le condizioni sopra descritte.

Tuttavia, seppur la pronuncia della Cassazione oggetto di tale paragrafo potesse apparire come un' apertura per l' accoglimento di tale garanzia nel nostro ordinamento, ad essa hanno fatto seguito alcune decisioni della giurisprudenza di merito di senso contrario, tra queste citiamo quella del trib. Genova sez. II 8 aprile 2008 già esaminata in precedenza e quella del trib. Roma 1 agosto 2006 n. 16975 che ne riafferma la nullità *ex* art. 1895 c.c. in quanto consentirebbe una copertura reatroattiva di rischi di responsabilità civile già verificatasi prima della sua decorrenza che meglio analizzeremo successivamente. Anche per quanto concerne l' atipicità viene ribattuto che contratto atipico è quello predisposto dalle parti al di fuori dei paradigmi contrattuali previsti dall' ordinamento, pertanto per valutare l' atipicità di un contratto sarà necessario verificare la sussistenza degli elementi essenziali del modello contrattuale cui le parti intendevano giungere. La clausola *claims made* non pare né snaturare il rischio oggetto del contratto che rimane sempre il comportamento colposo e non la richiesta risarcitoria del terzo da cui invece decorre l' obbligo di comunicazione all' assicuratore né, come già abbiamo spiegato, farne venire meno l' aleatorietà che costituisce l' elemento cardine dei contratti assicurativi e consiste nel trasferimento del rischio dall' assicurato all' assicuratore, ma tutt' al più modifica elementi pattizi secondari non configurando i presupposti per parlare di schema negoziale atipico[83]. Tuttavia sono da registrare anche talune posizioni giurisprudenziali di segno opposto, come quella espressa dal tribunale di Bologna con sentenza n. 3318 in data 2 ottobre 2002, orientate a negare la presenza del carattere aleatorio ove adottato il modello *claims made: "una clausola di questo tenore è idonea potanzialmente a far venire meno la causa del contratto qualora il terzo danneggiato, per un fatto avvenuto durante l' efficacia della garanzia, richieda il risarcimento quando ormai la garanzia non è più operativa per decorso del termine".*

Anche per quanto riguarda la definizione di sinistro, anch' essa *supra* analizzata, non pare ci siano gli estremi per fare riferimento ad un modello diverso o comunque novativo rispetto a quello tradizionalmente previsto dal *loss occurrence* e fondato sul codice civile.

[83] M.ROSSETTI, *La claims made è vessatoria? No, è nulla,* in *Dir. e giust*., 2005, 37, p. 17

Ad ogni modo, come afferma la Cassazione con la già menzionata sentenza n. 5624 del 15 marzo 2005, anche volendo sostenere l' atipicità del contratto caratterizzato dalla clausola *claims made,* non vi sarebbero dubbi circa la liceità di un tale tipo di contratto, in quanto non vi sono i presupposti per esitare di fronte al carattere lecito e meritevole di tutela degli interessi, di cui abbiamo fatto menzione in precedenza, reciproci delle parti alla sua conclusione come consentito dall' art. 1322 c.c. e peraltro riconosciuto dalla sentenza della Cassazione appena approfondita.

4.3) Nulla per contrasto con l' art. 1895 c.c.

Il tribunale di Roma con la sentenza n. 16975 datata 1 agosto 2006 conia un nuovo e differente profilo di nullità della clausola *claims made* che si aggiunge a quello della contrarietà con la definizione offerta dall' art. 1917 c.c. nei casi in cui vi sia un' estensione retroattiva della garanzia. La sentenza infatti nega la liceità sia dell' assicurazione retroattiva, cioè quella i cui effetti si producono da una data anteriore a quella di stipula del contratto, sia del rischio putativo, ovvero l' assicurazione di rischi già verificatisi qualora le parti ne ignorino l' esistenza. Secondo i giudici capitolini appunto con l' adozione di tale clausola, che consente l' indennizzabilità di rischi che si potrebbero già essere palesati o comunque realizzati al momento della stipula del contratto, ci si troverebbe nella situazione in cui verrebbe a mancare proprio il rischio da assicurare e il contratto sarebbe così inficiato da nullità rappresentando proprio l' assicurazione di un rischio putativo e trovandosi così in contrasto con l' art. 1895 c.c. , il quale espressamente prevede che il contratto sia da considerarsi nullo qualora *" il rischio non sia mai esistito o abbia cessato di esistere prima della conclusione del contratto".* Il tribunale di Roma precisa inoltre che per rischi già verificatasi sono da 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 poiché l' avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti avvenuti prima di tale momento".* Partendo dall' assunto oramai consolidato che il rischio nelle coperture di responsabilità civile sia l' impoverimento del patrimonio dell' assicurato causato da eventuali risarcimenti derivanti da fatti illeciti dallo stesso commessi, è chiaro che il rischio sia costituito proprio dalla commissione di tali fatti illeciti e colposi di cui sopra e non dalle richieste risarcitorie dei terzi nonostante l' assicurato subisca effettivamente il danno proprio nel momento

in cui il terzo intraprende la sua azione per il risarcimento. Proseguendo con questo ragionamento quindi, la clausola *claims made* consentendo l' indennizzabilità di rischi già concretizzati ma la cui richiesta risarcitoria avvenga in corso di contratto (anche se non vi era alcuna presunzione, all' epoca dei fatti, che essi potessero condurre a future contestazioni) non potrebbe che essere nulla, come da definizione *ex* art. 1895 sopra citato, in quanto tale da offrire una copertura retroattiva di rischi di responsabilità civile già verificatisi prima della data di effetto di polizza per lo meno nei loro presupposti causali.

Nonostante questa interpretazione abbia suscitato un certo fascino[84], essa pare però tralasciare alcuni aspetti rilevanti nel costrutto della *claims made: in primis* è da sottolineare che , pur condividendo a pieno la preoccupazione per il rischio di frodi nei confronti dell' assicuratore che possono derivare dalla retroattività dell' assicurazione, quest' ultimo è tutelato dall' art. 1892 c.c. e 1893 c.c. in tema di dichiarazioni precontrattuali. In secondo luogo è evidente che l' estensione agli eventi passati è da considerarsi operante per quei fatti che, seppur già verificati, non si sono ancora palesati come tali da dare adito a future richieste risarcitorie o comunque per i quali il contraente non abbia idea che possano ragionevolmente portare ad una situazione del genere; infatti qualora ne fosse a conoscenza sarebbe tenuto a dichiararlo in sede precontrattuale con il fondato rischio che tali eventi rimangano esclusi dalla garanzia o che siano compresi nella copertura assicurativa a fronte di un inasprimento della relativa tariffazione (e con l' applicazione della disciplina prevista per le dichiarazioni precontrattuali in caso di informazioni fornite errate o eventuali omissioni). In questo modo, oltre alla evidente difficoltà di individuare l' esatto momento in cui si verificano i presupposti causali, ci si troverebbe di fronte ad una pluralità di casi in cui verrebbe determinata la nullità di polizza poiché i presupposti causali si sarebbero già verificati al momento della stipula: ad esempio, seguendo tale logica, sarebbero da ritenere nulle tutte le coperture di RC prodotti ove il processo produttivo non sia interamente svolto successivamente alla stipula del contratto dato che il sinistro altrimenti sarebbe la conseguenza inevitabile di fatti avvenuti anteriormente al periodo di efficacia del contratto; oppure ancora si provi a pensare ad un medico cui perviene una richiesta risarcitoria in corso di contratto, per una prestazione nei confronti di un paziente anteriore alla stipula e che non aveva palesato alcun sintomo negativo fino al momento della richiesta stessa. Il rischio sarebbe così di risalire a ritroso

[84] P.GABASIO, in *Modalità di validità della clausola in claims made: il pensiero dell' assicuratore,* in *Medicina e Diritto*, 2010, p.41 scrive "*questa posizione, seppur non condivisa dal mondo assicurativo perché molto formale e forse troppo legata al dato normativo classico, è sicuramente molto autorevole e da tenere in grande considerazione".*

nella ricostruzione del nesso di causalità naturale senza alcun limite, con la conseguenza di negare validità ad una copertura proprio quando essa maggiormente palesa la sua utilità andando a comprendere in garanzia quegli eventi latenti i cui anelli di concatenazione causale rimangono ignoti od oscuri emergendo solo in epoca successiva al perfezionamento del contratto e determinando così il *claim* durante la sua vigenza temporale[85] .

La posizione fino ad ora illustrata si basa sull' assunto che l' art. 1895 c.c. vieti anche l' assicurazione retroattiva, situazione diversa dall' inesistenza o cessazione del rischio, e che si configura come la possibile estensione della copertura a sinistri già verificatisi purchè i medesimi non fossero noti alle parti contraenti al momento della stipula. Tale divieto nelle assicurazioni terrestri viene desunto *a contrario* dal codice della navigazione ove l' art 514 cod. nav. prevede espressamente che la copertura sia valida non solo nel caso di inesistenza o cessazione del rischio ma anche nel caso in cui il sinistro si sia verificato prima della stipula , con una norma dal carattere derogatorio ed eccezionale rispetto alla disciplina codicistica, disponendo che *" 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, nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione".* Esempio tradizionale in ambito marittimo è quello fornito dalle polizze merci viaggianti, ove il sinistro subito dalle merci è coperto anche se occorso anteriormente alla stipula del contratto purchè non fosse conosciuto dalle parti.

Seppure è vero quindi che la norma pare avere carattere eccezionale, consentendo espressamente il legislatore in tal caso i rischi putativi, ciò vale per i casi di inesistenza o cessazione del rischio ma non per il caso dell' assicurazione retroattiva che non è oggetto di disposizione dell' art. 1895 c.c. non facendo riferimento esplicito al caso del sinistro già avvenuto, né pare si possa astrarre dall' art. 514 cod. nav. un generale divieto di estensione retroattiva nei contratti di responsabilità civile qualora sia relativa ai soli rischi latenti non ancora manifestatisi né tanto meno conosciuti da parte dell' assicurato. Non ricorre infatti assicurazione del rischio putativo qualora la garanzia decorra da un momento antecedente la stipula purchè l' assicurato non fosse a conoscenza di eventuali sinistri o eventi tali da determinarli ed in tal caso l' assicuratore sarà tenuto a risarcire le eventuali richieste risarcitorie; tale ragionamento non pare in contrasto né con l' art 1895 c.c. né con la definizione di contratto di assicurazione dato che subendo il danno un terzo spetterà a lui l' iniziativa del se e quando richiedere il risarcimento concretizzando così il rischio e rendendo noto il

[85] F.CESERANI, *op. cit.,* p. 326

danno all' assicurato. E' inoltre da precisare che la non regolamentazione del rischio putativo in ambito terrestre, secondo alcuni autori, non precluderebbe la liceità di pattuizioni in tal senso ove caratterizzate dalla buona fede delle parti e dall' incertezza al momento della stipula stante il più generale principio di autonomia contrattuale delle parti stesse[86].

Infine l' assicurazione retroattiva può comportare la nullità del contratto *ex* art. 1895 c.c. solo ove, a seguito del sinistro avvenuto prima della stipula, venga a cessare il rischio assicurato; una situazione del genere può avvenire nelle assicurazioni di cose quando il sinistro abbia distrutto la cosa oggetto dell' assicurazione, ma nella responsabilità civile affinchè ciò si verifichi, sarebbe necessario che venga meno la stessa attività da cui può derivare la responsabilità dedotta nel contratto[87]. La fragilità di tale costrutto sulla nullità della *claims made* emerge anche ove si consideri che tale clausola potrebbe essere emessa senza l' efficacia retroattiva o comunque anche in presenza della stessa rimarrebbe valida per i fatti illeciti originati successivamente alla stipula[88].

In conclusione pare di poter affermare che il tribunale capitolino, anche alla luce degli esempi sopra menzionati in cui sarebbe inefficace la copertura, ignori i vantaggi che possono derivare dall' adozione del modello *claims made* sia per le compagnie (come già visto in precedenza) sia per gli assicurati: nello specifico la possibilità di includere nella garanzia, a fronte di un adeguamento del premio, gli eventi avvenuti prima della stipula entro un determinato numero di anni costituisce un notevole supporto ai clienti che possono così essere tutelati nei confronti di quei sinistri a manifestazione graduale e latente che al momento della conclusione del contratto non si sono ancora palesati né si può avere la ragionevole presunzione che si paleseranno.

4.4) Profili di vessatorietà della clausola claims made

A seguito della sentenza della Suprema Corte che sembrava aver sancito l' ammissibilità del modello *claims made,* abbiamo assistito alla riluttanza della giurisprudenza che si è espressa con diverse sentenze di senso contrario rispetto a quella della Corte di Cassazione. Va infatti rilevato

[86] E.BOTTIGLIERI, *Dell' assicurazione contro i danni artt. 1904-1918, in Il Codice civile commentario, p. 275*
[87] G. VOLPE PUTZOLU, *op. cit.,* in *Ass.,* 2010, p. 12
[88] D.DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo,* in *Dir. econ. ass.,* 2007, p. 176 e ss.

che, nonostante la pronuncia di legittimità, non si può certo affermare sia stato individuato un orientamento condiviso alla luce delle diverse sentenze di nullità sulla base delle classiche motivazioni[89] e di alcune altre sentenze che, pur concordando con l' indirizzo dettato dalla Suprema Corte, hanno poi proposto ricostruzioni parzialmente divergenti. In tale contesto si colloca quella del tribunale di Milano che con la sentenza n. 3527 datata 18 marzo 2010 ha invertito la tendenza disponendo la liceità della clausola in oggetto seppur definendola allo stesso tempo come vessatoria in alcune sue stesure. Da un lato si può dunque affermare la discontinuità di questa sentenza rispetto alle precedenti, capace di assumere una prospettiva differente nei confronti di tale regime contrattuale della responsabilità civile e di comprenderne la portata innovativa, essenziale per garantire la sostenibilità di tali garanzie per quelle tipologie di rischio caratterizzate da sinistri a manifestazione progressiva o lungolatente che altrimenti sarebbero rimaste prive di copertura assicurativa o nella migliore delle ipotesi avrebbero potuto essere assicurati ma con costi estremamente superiori; infatti la clausola *claims made* ha il pregio, universalmente riconosciutole, di contemperare meglio della *loss occurrence* sia gli interessi degli assicuratori (esposti altrimenti al pericolo di dover pagare indennizzi senza poter apprestare idonee riserve, i c.d. *incurred but not reported claims)* sia degli assicurati, candidati altrimenti a rimanere privi di sicurtà al sopraggiungere di reclami anche elevatissimi[90]. Dall' altro è fuori dubbio che la pronuncia del tribunale sia caratterizzata da una serie di errori, che cercheremo di analizzare in questo paragrafo, relativi sia alle diverse forme in cui tale clausola può venire utilizzata sia alla sua stessa natura, i quali non fanno che evidenziare la sostanziale incomprensione di tale modello già largamente diffuso nella prassi assicurativa internazionale.

Entrando nello specifico della sentenza, la circostanza in esame verteva su un caso di *medical malpractice:* il paziente citava l' Istituto ospedaliero presso cui aveva subito un intervento chirurgico in data 11 marzo 2003, l' azienda ospedaliera aveva stipulato una copertura assicurativa con decorrenza 1 marzo 2001 e termine 1 dicembre 2003 con la seguente dicitura: *"la garanzia esplica la sua operatività per tutte le richieste di risarcimento presentate all' assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia della presente assicurazione" (claims made)* .Nonostante l' intervento fosse avvenuto durante il periodo di validità della copertura assicurativa, la richiesta di risarcimento veniva presentata all' assicurato in data 29 dicembre 2005, ovvero ben oltre la

[89] Trib. Roma 01 marzo 2006 , in *De Jure*, redazione giuffrè 2007; Trib. Roma 01 agosto 2006 in *Dir. econ. Ass. ,* 2007, p. 171; Trib. Genova 08 aprile 2008, in *Danno e resp.* , 2009, p. 103

[90] A. BOGLIONE, in *Le clausole loss occurrence e claims made nell' assicurazione di responsabilità civile,* in *Ass.*, 2009, p. 480

scadenza del contratto. L' assicurato dunque eccepiva la nullità/inefficacia della clausola sopra riportata (e la conseguente applicazione del modello tradizionale) in quanto sia non approvata per iscritto *ex* art. 1341 c.c. sia per mancanza di causa sia per contrarietà a norma imperativa e pertanto riteneva che il proprio assicuratore (nello specifico Fondiaria SAI) dovesse comunque risarcire il danneggiato. Dal suo canto invece Fondiaria SAI rifiutava di prestare manleva, in quanto riteneva il contratto perfettamente valido e la richiesta era pervenuta nettamente oltre il periodo di operatività del contratto; pertanto richiedeva fosse accertata la non vessatorietà della clausola e la sua conseguente efficacia tra le parti contraenti.

In primis la sentenza opera un distinguo tra i due sistemi *claims made* e *loss occurrence* per poi affermare il carattere derogatorio di tale clausola rispetto a quanto previsto dall' art. 1917 c.c. : nello specifico il *"fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione"* nel *loss occurrence* è da ricondurre al comportamento colposo dell' assicurato mentre nel *claims made* alla richiesta risarcitoria. Posta dunque l' indiscutibile deroga all' art. 1917 c.c. , il tribunale milanese ha ritenuto tale deroga lecita in quanto il primo comma non è considerato tra quelli inderogabili come statuito dall' art. 1932 c.c. Inoltre anche la tesi, già menzionata in precedenza, secondo cui il primo comma sarebbe da considerare implicitamente inderogabile in quanto "*norma primaria e imperativa"*[91] non è da considerare valida in quanto l' inderogabilità prevista dall' art. 1932 c.c. opera solo in senso favorevole all' assicurato e non è certo condivisibile che tale clausola sia sempre svantaggiosa per l' assicurato come già abbiamo avuto modo di constatare. Fino a qui le considerazioni dei giudici milanesi sono in linea con quella della Corte di Cassazione nel 2005, ma ne prendono invece le distanze sul tema della atipicità: infatti non pare ci siano gli estremi per riscontrare la modifica degli elementi essenziali del paradigma contrattuale di assicurazione della responsabilità civile come stabilito dal legislatore. Nello specifico rimangono presenti gli elementi essenziali del contratto, ovvero il rischio e la sua traslazione da assicurato a assicuratore (aleatorietà), permane altresì il medesimo rischio oggetto del contratto ovvero il fatto colposo dedotto in polizza. Quello che invece caratterizza tale fattispecie contrattuale è la rilevanza attribuita alla richiesta risarcitoria presentata *"durante il tempo dell' assicurazione"* e da cui prende origine la copertura di polizza, sebbene oggetto della garanzia sia sempre il comportamento colposo da cui sorge il danno e alla luce di questi elementi non si può ritenere che venga meno la tipicità del modello contrattuale in discussione. Peraltro a ribadire ancora una volta

[91] Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Giur. mer.,* 1997, p. 700, Trib. Bologna 2 ottobre 2002, n. 3318 in *Dir. econ. ass.,* 2005 p. 711, Trib. Genova 8 aprile 2008, in *Danno e resp.,* 2009, p. 103

la tipicità di questa tipologia di polizza si pensi che anche nei contratti *loss occurrence* l' obbligo dell' assicuratore di risarcire l' assicurato sorge proprio con la richiesta di risarcimento presentata dal danneggiato, momento da cui decorre anche il termine prescrizionale *ex* art. 2952 c.c. comma 3. Peraltro se proprio si volesse considerare il contratto atipico, non può essere negato l' interesse reciproco delle parti (lecito e meritevole di tutela *ex* art. 1322 c.c.) ad una stipulazione di questo genere (come già riconosciuto dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 5624/2005): da un lato quello di assicurarsi per fatti avvenuti prima della stipula e di avere massimali di polizza adeguati, dall' altro quello di poter gestire più efficientemente le riserve e poter modulare i premi in base alle mutate condizioni di rischio.

Fino a questo punto della sentenza si evince quindi come il tribunale di Milano affermi la piena liceità e tipicità del contratto assicurativo, riluttando qualsiasi ipotesi di nullità secondo un approccio pienamente condivisibile. Tuttavia nella parte seguente, relativa alla presunta vessatorietà della clausola, solleva non pochi dubbi confondendo i concetti di *claims made* cd. pura e ibrida. Tali appena citati concetti sono infatti impiegati come criterio per determinare se il contenuto della clausola sia da qualificare o meno come limitazione di responsabilità. Viene dunque qualificata come pura la clausola che copra gli eventi commessi fino ai dieci anni antecedenti la stipula, che invece è generalmente definita ibrida con retroattività di copertura (*Retroactive period clause*)[92]: la clausola infatti nella sua versione originaria (cd. pura) nei mercati internazionali, per rispondere alla crisi del settore di cui abbiamo già accennato, prevedeva che dovessero coincidere nello stesso periodo contrattuale fatto illecito, richiesta di risarcimento e relativa comunicazione all' assicuratore[93]. Come facilmente intuibile questo schema era particolare apprezzato dalle compagnie che si garantivano così andamenti tecnici decisamente più positivi e soprattutto pianificabili, mentre lo era molto meno dagli assicurati che vedevano notevolmente restringere le loro garanzie. Da qui l' introduzione delle cd. *claims made* ibride in grado di estendere la copertura sia ai fatti avvenuti prima della stipula sia talvolta concedendo la copertura per quei fatti accaduti in corso di contratto e la cui richiesta avvenga entro un certo numero di anni dalla scadenza dello stesso (ultrattività o postuma – *discovery period clause*). Nella sentenza invece viene considerata come pura una clausola *claims made* con retroattività decennale ritenendola non vessatoria poichè non limitativa della responsabilità dell' assicuratore, in quanto, citando la Corte di Cassazione, una clausola contrattuale può imporre delle limitazioni

[92] F. CESERANI, *op. cit*., p. 508
[93] F. CESERANI*, Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799

di responsabilità a vantaggio di chi l' ha disposta se "*essa restringa l' ambito di responsabilità così come fissato, con più ampia estensione, da precetti normativi*[94]*"* , pertanto *"non possono qualificarsi vessatorie quelle che abbiano, per contenuto, una mera determinazione della effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione*[95]*":* come già spiegato infatti, tale clausola delimita il rischio dedotto nel contratto da un punto di vista temporale[96] introducendo un nuovo criterio di determinazione della garanzia nel tempo e costituendo così una mera precisazione dell' oggetto del negozio assicurativo. Sempre sul tema della vessatorietà e della disciplina *ex* art. 1341 c.c. diverse pronunce hanno richiesto l' approvazione scritta della clausola in questione al fine di mettere in risalto all' assicurato il particolare assetto di interessi delineato da tale clausola; tuttavia il tribunale di Milano ha ritenuto tale considerazione irrilevante per valutarne la vessatorietà, in quanto la non conoscibilità potrebbe aver rilevanza come vizio del consenso *ex* art. 1427 e ss. c.c. oppure in tema di responsabilità precontrattuale *ex* art. 1337 e 1338 c.c. [97].

Il tribunale ha dunque ritenuto la clausola *claims made* pura (con retroattività decennale) non vessatoria in quanto non limitativa della responsabilità e si è spinto fino a scorgere un' equivalenza da un punto di vista sostanziale con il modello *loss occurrence,* dato che quest' ultimo copre le richieste per rischi verificatisi durante la validità della polizza fino al termine di prescrizione del diritto del terzo a procedere alla richiesta risarcitoria, mentre il primo copre tutte le richieste pervenute durante l' efficacia della polizza purchè inerenti i dieci anni precedenti, ovvero sino al momento in cui si potrà eccepire la prescrizione del diritto del danneggiato al risarcimento. Proseguendo in questo ragionamento, sarebbe da ritenere vessatoria anche una clausola *claims made* con retroattività decennale qualora non preveda un periodo di postuma, come nel caso in esame, in quanto restringerebbe l' ambito di copertura rispetto a una copertura *loss occurrence* che garantisce ultrattività illimitata essendo per definizione una garanzia aperta. Inoltre ci sarebbe da dibattere anche sulla congruità dell' eventuale termine offerto dalla postuma, che nel caso specifico, affinchè fosse operante la copertura, sarebbe dovuto essere di due anni ma raramente le compagnie sono disposte ad offrire periodi simili se non a fronte di considerevoli sovrappremi o in particolari condizioni (ad esempio qualora il professionista o l' azienda abbia cessato l' attività). Quel che rileva è che la *claims made*, in qualsiasi sua formula, non contiene una limitazione della

[94] Cass. civ. n. 5624/05, in *Dir. econ. ass.,* 2005, p. 711
[95] Cass. n. 5390 del 16 giugno 1997, in *Ass.,* 2012, p. 180
[96] A.D. CANDIAN, *op. cit.*, p. 306
[97] G. LOCASCIULLI, *Trib. Milano 18 marzo 2010 n. 3527*, in *Dir. econ. ass.*, 2010

responsabilità dell' assicuratore e non può a tale titolo considerarsi vessatoria[98], dato che le parti, in virtù della loro autonomia contrattuale, hanno legittimamente inteso conferire al contratto uno specifico assetto capace di soddisfare i reciproci interessi e far coincidere l' attivazione della garanzia con la presentazione della richiesta risarcitoria del danneggiato pur presupponendo sempre la responsabilità dell' assicurato[99] e garantendo così l' individuazione in modo univoco della garanzia operante in caso di sinistro.

Riportando l' attenzione al caso oggetto di esame del Tribunale di Milano, la clausola nello specifico dispone che: *"in relazione ai sinistri originati da fatti colposi posti in essere in periodi antecedenti alla validità della presente polizza, e precisamente dalle ore 00.00 del 1° gennaio 1998, la presente opererà in differenza di limiti e condizioni rispetto alle garanzie prestate dalle polizze che, qualora esistenti, esplichino l loro efficacia al momento del sinistro stesso";* si tratta dunque di una *claims made* cd. mista con retroattività quinquiennale, ovvero vi è una limitazione di estensione della garanzia così come offerta dalla *claims made* pura escludendo quei fatti commessi oltre un certo numero di anni antecedenti la stipula fermo restando che la denuncia debba pervenire durante il periodo in cui la polizza è in vigore. La *claims made* mista è infatti considerata quella in cui la clausola in esame è coniugata con altra clausola *loss occurrence* o *act committed* al fine proprio di delimitare l' ampiezza della garanzia entro un certo termine temporale come visto sopra.

In funzione di quanto già detto sopra circa la errata individuazione del modello *claims made* puro, non può derivarne che tutte le clausole in cui sia predisposta una retroattività inferiore a quella decennale, come per la sentenza in oggetto, sono da considerarsi limitative della responsabilità e in quanto tali vessatorie. Ne consegue che tale clausola necessiterebbe dunque dell' approvazione per iscritto *ex* art. 1341 c.c. comma 2 e ciò non è avvenuto nel caso in analisi. Per questa ragione l' assicurato ha eccepito la nullità/inefficacia dell' intera clausola con la conseguente invocazione dell' applicazione del regime ordinario che avrebbe visto compreso l' evento in questione[100]. Tuttavia la sentenza in oggetto rigetta questa tesi, sostenendo che la vessatorietà e la conseguente inefficacia debbano incidere solo sulla parte di clausola che limita la responsabilità, dato che pare evidente dal contratto stesso che le parti intendessero regolare le rispettive obbligazioni sulla base al paradigma dettato dal modello *claims made* e non sulla base di quello

[98] F. CESERANI, *op. cit.,* p. 512
[99] A. CANDIAN, *op. cit.,* p. 306
[100] Trib. Milano sentenza n. 5235/09, in *Dir. econ. ass.,* 2010, p. 784

previsto dal regime ordinario e pertanto si configurerebbe una violazione della libertà negoziale della parti; pertanto pare più equa la censura della clausola così come predisposta *ex* contratto e l' applicazione in sostituzione del modello cd. puro prevedendo così una retroattività decennale. Se fosse possibile sostituire la clausola con il sistema *loss occurrence* si rischierebbe di trovarsi in una situazione equivoca in cui l' assicurato avrebbe una sorta di facoltà di scelta se applicare il modello *claims made* e coprire tutti i fatti accaduti nei dieci anni precedenti oppure farne valere la nullità e utilizzare quello *loss occurrence* coprendo così i comportamenti posti in essere durante la vigenza del contratto per tutte le richieste pervenute nei dieci anni seguenti (termine di prescrizione); è evidente come non sia contrattualmente possibile concedere una tale discrezionalità ad una delle parti in causa venendo altrimenti a mancare l' equità delle rispettive prestazioni.

Nella soluzione del caso in esame il tribunale perviene alla corretta decisione circa la non operatività della garanzia in quanto la richiesta risarcitoria dell' assicurato è stata presentata ben oltre il periodo di validità della polizza (due anni oltre la scadenza) ma allo stesso tempo conferma la vessatorietà della clausola in quanto non specificamente approvata per iscritto e la conseguente inefficacia della limitazione di responsabilità ivi contenuta con l' applicazione dunque del regime inquadrato come puro. Tuttavia mentre la prima parte della sentenza che afferma la liceità e la tipicità di tale clausola è pienamente condivisibile, è decisamente più controverso il tema della vessatorietà: anzitutto vi è un evidente errore inerente la definizione di *claims made* pura con il relativo scambio con quelli che sono invece i modelli cd. misti; viene poi affermata una sostanziale equivalenza tra *claims made* pura e *loss occurrence* non condivisibile neanche sul piano sostanziale oltre che fondata su una definizione di pura assolutamente fuorviante; infine prima concorda con la Corte di Cassazione sulla natura non limitativa di responsabilità della clausola salvo poi considerarla tale qualora restringa la retroattività al di sotto del periodo decennale previsto dal termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danneggiato. Peraltro nella prassi commerciale non è semplice trovare polizze con pregressa decennale, dato che le compagnie sono solite offrire periodi più brevi onde evitare premi eccessivamente gravosi: non si può pertanto considerare il numero di anni di pregressa come criterio valido per determinare la vessatorietà o meno del singolo contratto[101]. Si provi infatti a pensare ad una polizza con pregressa decennale (quindi non vessatoria), essa potrebbe essere comunque limitativa della responsabilità qualora il sinistro resti lungolatente per un periodo superiore (ipotesi non rara per alcune tipologie

[101] F. CESERANI, *op. cit.,* p. 510

contrattuali, prova ne sia l' esempio delle malattie da amianto già citate che si possono manifestare anche dopo quaranta anni) tenendo conto che il termine prescrizionale comincerebbe nel momento in cui il terzo venga a conoscenza del carattere illecito del danno subito.

Alla luce dei molteplici vizi che caratterizzano la seconda parte di questa sentenza, pare che ancora una volta non sia stata pienamente compresa la reale portata della clausola *claims made* sia in termini di struttura che di funzione, non essendo altrimenti possibile sostenere tecnicamente delle coperture di responsabilità civile per questi rischi a manifestazione progressiva e lungolatente che rimarrebbero in questo modo non assicurabili o assicurabili a condizioni economiche particolarmente gravose e prova ne è la diffusione che tale clausola ha avuto nella prassi internazionale ove è stato compreso come essa sia in grado di contemperare i reciproci interessi delle parti senza per tale ragione dover necessariamente essere svantaggiosa per il contraente.

Ritornando ancora al caso dell' azienda ospedaliera più che sulla retroattività il *focus* avrebbe dovuto essere posto sull' eventuale postuma biennale che avrebbe fatto sì che l' evento fosse in copertura: ad essere sinceri è da specificare che in genere le polizze che prevedono una postuma la prevedono di durata ben inferiore (sei mesi o un anno) ma a fronte di una opportuna negoziazione sarebbe magari stata concessa, anche se non sappiamo se nel caso in esame sia stata rifiutata dalla compagnia o non richiesta dal contraente. Ciò che emerge è come la scopertura sia dovuta ad una scarsa conoscenza del modello contrattuale adottato, fenomeno che si manifesta soprattutto in ambito professionale quando il contratto è stipulato dal singolo professionista ma anche quando a negoziare è un' azienda che in genere dispone di un proprio ufficio assicurativo o legale. Su un settore così intricato diviene fondamentale avvalersi di figure professionali (intermediari o broker) in grado di condurre alla definizione di coperture assicurative idonee alle specifiche esigenze di volta in volta ricorrenti come vedremo meglio nel prossimo capitolo.

Nello specifico solo la postuma biennale sarebbe stata di supporto all' assicurato, dato che la richiesta non sarebbe stata evasa neanche dall' assicuratore successivo (a patto che fosse stipulata una polizza *claims made* con retroattività) in quanto in sede di sottoscrizione della polizza avrebbe dovuto menzionare l' evento nelle dichiarazioni precontrattuali ex art. 1892 e 1893 c.c. tra quelle che avrebbero potuto portare ad una futura richiesta risarcitoria (con il probabile rifiuto a stipulare da parte della compagnia o quanto meno rifiuto di inserire in garanzia lo specifico evento) e al primo intervento chirurgico ne era seguito un secondo per risolvere dei peggioramenti

causati dall' intervento, costituendo così il fondato sospetto che ci sarebbe potuto essere uno sviluppo del caso tale da poter condurre ad una futura richiesta risarcitoria.

L' unica altra alternativa sarebbe stata quella di ricorrere al modello di *clausola claims made and reported* , di cui già abbiamo fatto menzione in precedenza, già diffusa nella prassi internazionale e su cui si è già espressa la giurisprudenza nei paesi di *common law*[102]. Ancora una volta è facile intuire come sia possibile pervenire a soluzioni capaci di soddisfare i reciproci interessi purchè siano frutto di negoziazioni tali da inquadrare correttamente rischi ed esigenze del cliente e per fare ciò non si può prescindere da un lato dalla competenza e professionalità dell' intermediario e dall' altro dalla trasparenza e dalla consapevolezza dell' assicurato che si traducono in un' adeguata consulenza e conoscenza dell' informativa contrattuale.

4.5) Caratteri vessatori e tutela del consumatore

Abbiamo dunque analizzato come una clausola che comporti una delimitazione dell' oggetto contrattuale non sia qualificabile come vessatoria mentre lo sono quelle che limitano la responsabilità dell' assicuratore rispetto a quanto previsto *ex lege*[103]*;* la Suprema Corte ha ad ogni modo precisato che la valutazione in merito alla vessatorietà sia comunque da assumere caso per caso in quanto potrebbe essere anche vantaggiosa includendo nella garanzia fatti avvenuti prima della conclusione del contratto ampliando così l' estensione prevista dall' art. 1917 c.c. . In ogni caso anche per coloro che sostengono che tali clausole siano limitative sotto il profilo della responsabilità a favore di colui che le ha predisposte esse dovrebbero comunque essere dichiarate inefficaci qualora il contraente non le abbia specificatamente approvate per iscritto secondo quanto previsto dall' art. 1341 c.c. comma 2 e non esserne invece rilevata la nullità *ex* art. 1229 c.c.[104] In tal modo verrebbe garantita la validità giuridica delle clausole *claims made* purchè oggetto di specifica sottoscrizione, consentendo allo stesso tempo al contraente di assumere un' obbligazione in via totalmente consapevole ed informata con riguardo alle specifiche pattuizioni che gli possono arrecare pregiudizio. *Ratio* della norma è infatti quella di annullare una disparità

[102] 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, p. 87

[103] Ad esempio sarebbe vessatoria la clausola predisposta dall' assicuratore che escluda la responsabilità per dolo o colpa grave dei dipendenti in quanto espressamente prevista dall' art. 1900 c.c. ; Cass. 18 ottobre 1990 n. 10170, in *Giust. Civ.* ,1991, 932.

[104] F. CESERANI, *op. cit.*, p. 531

informativa iniziale dettata dal fatto che le disposizioni contrattuali siano predisposte unilateralmente dall' assicuratore ed in genere come tali accettate dall' altra parte nonché dal fatto che la controparte contrattuale forte, in questo caso proprio l' assicuratore, abbia solitamente maggiori conoscenze dal punto di vista tecnico-giuridico in tali ambiti; l' obiettivo del legislatore è pertanto quello di focalizzare antecedentemente alla stipula l' attenzione della parte contrattuale più debole sull' equilibrio complessivo degli interessi in gioco cosicchè possa compiere una scelta pienamente cosciente, dato che sono considerate vessatorie quelle clausole tra consumatore e professionista che determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto[105].

Da questo punto di vista in ambito assicurativo le precauzioni assunte a favore del contraente sono diverse e riguardano sia la fase precontrattuale che quella di esecuzione del contratto nell' intento di garantire all' aderente la possibilità di una valutazione consapevole della copertura da scegliere in funzione della specifica attività svolta. In tal senso sono di particolare supporto gli articoli 166 e 185 del codice delle assicurazioni private, ove il primo richiede che tutti i documenti consegnati dall' impresa al contraente (fascicolo informativo, condizioni generali e particolari di polizza, il contratto stesso e tutte le altre ulteriori documentazioni) siano redatti in modo chiaro ed esauriente, ovvero siano perfettamente comprensibili dal ricevente che non possiede le stesse cognizioni di chi le predispone, anche tramite evidenziazione di particolari nullità o limitazioni (il principio di trasparenza è fondamentale in fascicoli informativi e condizioni di polizza troppo spesso di difficile comprensione); il secondo invece obbliga a consegnare in sede precontrattuale nota informativa e condizioni di polizza in modo che risultino evidenti non solo le informazioni sull' impresa ma anche i rispettivi obblighi nonché eventuali limitazioni, nullità o decadenze. Ancora l' art. 183 del codice delle assicurazioni private pone a carico di imprese ed intermediari il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nonché acquisire dai contraenti le informazioni necessarie per valutare le rispettive esigenze assicurative. Questi principi con l' emanazione del Regolamento 35 del 26 maggio 2010 sono stati ribaditi con forza prevedendo uno schema standard per la nota informativa idoneo ad evidenziare le coperture offerte (art. 33), nonché rafforzando gli obblighi di trasparenza (art. 31 e 32) sia in sede precontrattuale che contrattuale prevedendo, ad esempio, "*l' utilizzo di espressioni chiare e sintetiche affinchè il contraente sia in grado di comprendere il contenuto del contratto con le relative coperture offerte"*

[105] Art. 33 comma 1, Codice del consumo

o *"l' illustrazione con caratteri grafici di particolare evidenza delle clausole che prevedono oneri e obblighi a carico del contraente e dell' assicurato, nullità, decadenze, esclusione, sospensione e limitazione della garanzia"* o ancora *"adottando criteri di stampa e accorgimenti grafico-tipografici e redazionali tali da rendere agevole la lettura"*[106].

Alla luce delle diverse tutele previste dal legislatore per consentire la formazione di un consenso consapevole in capo all' aderente, la clausola *claims made* è considerata esente da caratteri di vessatorietà se redatta in modo chiaro e trasparente nonché nel rispetto delle normative precontrattuali e contrattuali appena menzionate in tema di informativa e qualora sia conforme a tale normativa settoriale, da ritenersi prevalente sugli art. 1341 c.c. e 1342 c.c.[107], è ritenuta munita di un livello di tutela adeguato, non essendo consentito un controllo di merito più invasivo sull' equilibrio contrattuale in virtù degli insindacabili principi di autonomia e libertà previsti dalla disciplina dei contratti.

Nel caso invece in cui la clausola vessatoria non sia stata appositamente sottoscritta come previsto dalla normativa, la giurisprudenza ha condiviso la posizione[108] per cui una clausola di questo genere sia da ritenere nulla, non comportando però la nullità dell' intero contratto ma ricorrendo al meccanismo della sostituzione automatica[109], il quale fa sì che la condizione macchiata da nullità sia surrogata dalla rispettiva norma derogata al momento della sottoscrizione.

E' doveroso infine precisare che le disposizioni relative alle clausole vessatorie contenute nel codice del consumo (art. 33-38) si accostano a quelle di protezione del contraente debole previste dalle altre normative già citate ma mirano non a parificare la situazione informativa tra le due controparti contrattuali ma direttamente il contenuto del contratto che si sostanzia nell' eliminare eventuali squilibri tra diritti ed obblighi delle parti. Esse sono tuttavia dettate in riferimento al consumatore ed è quantomeno opinabile se si possa attribuire tale qualifica a professionisti e piccole imprese garantendo così anche a tali soggetti un regime maggiormente protezionista: vi è infatti una ridotta parte della giurisprudenza che sostiene un concetto esteso di consumatore, basandosi sulla distinzione tra atti della professione (estranei ovviamente al concetto di consumo)

[106] Art. 31, comma a), b), c) , Regolamento 35 del 26 maggio 2010
[107] F. CESERANI, *op. cit.,* p. 533
[108] Cass. civ. 18 gennaio 2002 n. 547, in *Dir. ec. ass.*, 2010; Cass. civ. sez. II 19 gennaio 2000 n. 569, in *Dir. econ. ass.*, 2010
[109] Art. 1419 c.c.

ed atti relativi alla professione, che seppur svolti nell' ambito della propria attività professionale non rientrano tra quelle che sono le competenze specifiche della professione stessa[110].

Ad ogni modo anche volendo accettare la tesi della qualifica di consumatore ad un professionista che sottoscrive una polizza di responsabilità civile per la sua professione, l' eventuale clausola *claims made* non sarebbe comunque vessatoria se redatta in modo chiaro ed esauriente in quanto tale valutazione *"non attiene alla determinazione dell' oggetto del contratto, né all' adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi purchè tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile"*[111]*.* Infatti la stessa direttiva europea[112], di cui il codice del consumo rappresenta l' attuazione nell' ordinamento italiano, nel 19° Considerando evidenzia come nei contratti di tipo assicurativo non siano suscettibili di valutazione di vessatorietà quelle *"clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l' impegno assicurato qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio".* Come già ampiamente affermato non pare ci siano dubbi sulla riduzione dei rischi presi in carico dagli assicuratori con l' adozione di questo modello contrattuale a fronte della riduzione dei premi tariffari rispetto a quelli adottati in regime *loss occurrence.* E' dunque possibile affermare come le clausole *claims made* siano assolutamente scevre da qualsiasi tipo di censura sia dal punto di vista formale se predisposte nel rispetto del principio di chiarezza e trasparenza e dei vari obblighi informativi richiesti, sia da quello sostanziale, che sarebbe comunque riferibile ai soli assicurati qualificabili come consumatori, qualora sia presente una riformulazione del premio in funzione del diverso rischio come appena analizzato. Pare tuttavia doveroso precisare che, essendo i contratti in regime *claims made* sempre rivolti ad attività o professioni, non ci sono comunque i presupposti per estendere anche a tali soggetti la qualifica di consumatore posto che si tratta di un atto inerente la loro specifica attività e che spesso le imprese interessate sono dotate di propri uffici di consulenza legale ed assicurativa o si avvalgono di associazioni di categoria o quanto meno possono interfacciarsi con intermediari assicurativi, quali agenti o *broker,* in grado di offrire quel *know how* necessario per operare una scelta consapevole ed informata; in questo modo viene meno quella disparità informativa inziale tra le parti contrattuali che legittima anche di una tutela sostanziale sull' equità del contenuto contrattuale in aggiunta a quella formale sulla trasparenza del contratto stesso. Spesso infatti in queste situazioni non vi è quella distanza nei rapporti di forza contrattuale tale da dover

[110] A. PALMIERI, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti,* in *Danno e resp.,* 2005, p. 933
[111] Art. 34, codice del consumo
[112] Direttiva europea n. 93/13 del 5 aprile 1993

acconsentire alle condizioni dettate dalle compagnie e che giustifica una disciplina a tutela del contraente debole (consumatore), ma essi tramite il supporto delle strutture sopra menzionate riescono addirittura a derogare le condizioni generali di polizza per adattarle alle loro necessità assicurative.

Posto dunque che le clausole *claims made* richiedono una serie particolare di disposizioni protezioniste a tutela degli assicurati, non è ancora una volta riscontrabile alcuna motivazione che possa condurre a propendere per la loro illiceità. Inoltre per diverse tipologie contrattuali, questa è la prassi negoziale ormai unanimamente riconosciuta sia nei mercati internazionali che in quello italiano, seppur con gradazioni diverse: si pensi alla maggior apertura offerta dagli ordinamenti di *common law*, fino ai continui accesissimi dibattiti giurisprudenziali che caratterizzano la questione nel nostro paese. I vantaggi offerti da questo modello contrattuale sono innegabili e consentono il bilanciamento dei reciproci interessi in gioco che già abbiamo enucleato in precedenza, inoltre anche da un punto di vista riassicurativo in ambito internazionale il *claims made* pare l' unica via percorribile. D' altro canto è pur vero che tale sistema impone una certa cautela nel coordinare le diverse coperture assicurative nel susseguirsi delle annualità con particolare riguardo alla retroattività della garanzia ed ai possibili effetti in caso di non sottoscrizione di un nuovo contratto, nonché alle possibili scoperture conseguenti al passaggio dal sistema *loss occurrence* a quello *claims made*. In questo contesto, specie per i singoli professionisti o per le piccole imprese che non sono in grado di dotarsi di propri uffici competenti all' interno della struttura aziendale, diviene essenziale il ruolo degli intermediari assicurativi che devono condurre i propri assicurati in tale passaggio fornendo il supporto necessario per la costruzione di una copertura adeguata per le proprie esigenze.

Capitolo tre

I NUOVI ORIENTAMENTI SUL MODELLO CLAIMS MADE

1) Il contesto giurisprudenziale di riferimento

Alla luce di quanto visto sinora, è pienamente emersa l' ampiezza delle oscillazioni giurisprudenziali circa la compatibilità della clausola *claims made* con la natura del contratto assicurativo; nonostante un precedente forte come quello offerto dalla Corte di Cassazione nel

2005 che ne legittimava l' adozione, dopo che negli anni antecedenti la giurisprudenza ne aveva per lo più sancito la nullità, le posizioni che ne sono conseguite ne hanno di frequente contestato la sostanza. Abbiamo infatti analizzato come la giurisprudenza successiva sia spesso stata in controtendenza con quanto affermato nella pronuncia della Cassazione , che a sua volta rimetteva il giudizio circa la vessatorietà o meno della clausola ai giudici che la dovevano affrontare caso per caso in funzione dello specifico contratto in oggetto, mentre altre volte ne hanno seguito la traccia adottata andando in alcuni casi addirittura oltre. E' il caso della sentenza del 22 marzo 2011 della Corte d' Appello di Roma[113] che considera valida e non vessatoria la clausola *claims made* anche nella sua forma spuria "perché non si tratta in concreto, di una ipotesi di limitazione di responsabilità dell' assicurazione quanto piuttosto di una delimitazione del rischio assicurato avendo le parti pattuito che l' impresa avrebbe garantito anche per fatti dannosi sorti prima della stipula del contratto a condizione che il danneggiato avesse avanzato la sua richiesta di risarcimento all' assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia dell' assicurazione"[114] . Sempre la Corte d' Appello di Roma con la sentenza del 18 gennaio 2012[115] precisa che la clausola *claims made* non potrebbe configurare un contratto atipico in quanto essa "imporrebbe uno scostamento dal modello non solo marginale ma anche già pronosticato dal legislatore, il quale ha posto con il primo comma dell' art. 1917 c.c. una disposizione derogabile dalla volontà delle parti, avuto riguardo al disposto dell' art. 1932 c.c. Sicchè sembra potersi escludere che la *claims made* determini davvero, come sostiene la Suprema Corte un fenomeno di atipizzazione del contratto di assicurazione"; essa dunque non comporta una limitazione della responsabilità dell' assicuratore ma ne determina l' oggetto del contratto in quanto "individua i fatti accaduti durante il tempo dell' assicurazione (in questo caso le richieste risarcitorie rivolte dal terzo all' assicurato), dai quali discende l' obbligazione di garanzia gravante sull' assicuratore"[116]. Sulle stesse posizioni si esprime il 12 luglio 2012 anche il tribunale di Bari[117] su un caso di responsabilità civile medica in cui il professionista cita in giudizio il proprio assicuratore a seguito del decesso di un paziente e della relativa condanna da parte dello stesso tribunale al risarcimento ai familiari; nella sentenza in oggetto si condivide la tesi circa la liceità della clausola *claims made* e si osserva che "nel caso di specie è evidente che la scelta della clausola *claims made* mista ha determinato una limitazione

[113] A.MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile,* in *Corr. giur.,* 2015, p. 1071
[114] A.MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claim made nei contratti di assicurazione della RC,* in *Corr. mer,.* 2013, p. 1168
[115] A.MAGNI, *op. cit.*, p. 1071
[116] A.MAGNI*, op. cit*., p. 1168
[117] A.MAGNI, *op. cit.*, p. 1168

per l'assicuratore dell'area di responsabilità` del rischio assicurato senza una adeguata contropartita sicchè la stessa assume evidente carattere vessatorio"[118]. Viene dunque valutato non vessatorio il modello puro in quanto non limitativo della responsabilità dell' assicuratore mentre quello misto, proprio perché limita la garanzia rispetto al *claims made* puro, è da ritenersi vessatorio e come tale richiede specifica approvazione per iscritto *ex* art. 1341 c.c. comma 2[119].

In parallelo a questo filone di pensiero si sviluppa una folta giurisprudenza avversa alla validità del modello *claims made*; andando oltre le sentenze già menzionate ed analizzate precedentemente si cerca qui di focalizzare l' attenzione sugli orientamenti più recenti. E' il caso del tribunale di Genova che, con sentenza del 23 gennaio 2012[120], pur affermando che la clausola *claims made* pura sia valida e non vessatoria, aggiunge come essa sia tale da attribuire natura atipica al contratto e dunque esso diventi oggetto di valutazione circa la meritevolezza dello schema causale adottato fermo restando che la stessa valutazione possa avere esito negativo qualora sia ravvisabile una limitazione del rischio assicurato senza alcun ulteriore vantaggio per il contraente[121]. In modo affine si sono espressi anche i tribunali di Napoli e Palermo[122] ritenendo valide e non vessatorie le clausole cd. pure, ovvero che non contengono alcuna limitazione temporale al periodo di retroattività concessa; nello specifico il giudice palermitano riteneva efficace un contratto che copriva tutti i sinistri antecedentemente accaduti mentre quello partenopeo ne escludeva la validità in quanto la copertura includeva solo i sinistri avvenuti nei cinque anni che precedevano la stipula (per lo stesso periodo di pregressa il tribunale romano di cui sopra aveva ritenuto il contratto scevro da alcuna limitazione di responsabilità).

Un' altra sentenza importante che propende per la radicale nullità del modello *claims made* è quella del 10 aprile 2013 del tribunale di Roma[123], che ritiene questa tipologia contrattuale un negozio misto e non più un contratto assicurativo tipico poiché esclude quei sinistri avvenuti in corso di contratto se non denunciati durante l' efficacia del contratto stesso; in questo modo è reso "incerto il bilanciamento tra le posizioni delle parti in quanto, pur trattandosi di un contratto di natura aleatoria, non consente di fruire dell' intera garanzia per la quale è stato pagato il premio se non rinnovando il contratto di assicurazione con la stessa assicurazione a tempo indeterminato

[118] VITO AMENDOLAGINE, *Clausola claims made e responsabilità dell' assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà,* in *Giur. it.,* 2012, p. 2562
[119] Trib. Milano 18 marzo 2010, in *Resp. civ. e prev*., 2012, p. 916
[120] A.MAGNI, *op. cit*., p. 1169
[121] A.MAGNI, *op. cit*., p. 1169
[122] A. MAGNI, *op. cit.,* p. 1072
[123] A.MAGNI, *op. cit.*, p. 1169

considerato che il termine di prescrizione per la responsabilità contrattuale è di dieci anni, comportamento in concreto neppure sufficiente dal momento che anche l' assicuratore ha la possibilità di recedere dal contratto facendo venir meno gli effetti della garanzia a suo piacimento"[124]. Il giudice prosegue ravvisando una violazione di uno dei principi chiave dell' Unione Europea ovvero quello di libera concorrenza che "costituisce uno dei principi ai quali la libertà negoziale delle parti non può derogare, in quanto viene a determinare un notevole vincolo per il cliente il quale se decide di avvalersi di una diversa compagnia per la garanzia alla scadenza del periodo assicurato, viene a perdere la garanzia stessa per tutto ciò che non sia stato già richiesto. Tale limitazione alla concorrenza non si verificherebbe solo nel caso che la polizza garantisse per i fatti avvenuti durante la vigenza della stessa o che la stessa prescindesse da ogni riferimento al fatto, garantendo tutte le richieste di risarcimento che fossero presentate"[125]. Il tribunale dunque sancisce l' invalidità di una clausola strutturata in modo tale da sbilanciare completamente le reciproche prestazioni contrattuali; nello specifico viene posto il problema con riferimento al caso in cui l' assicuratore recedesse dal contratto per evitare di garantire fino all' intero massimale e qui vi sono i presupposti per ravvisare una clausola vessatoria (con i relativi oneri in termini di sottoscrizione) , mentre nel caso in cui l' assicurato decidesse di stipulare con altra compagnia, esercitando un diritto lecito, è ravvisabile la nullità della clausola poiché tale da violare il principio della libera concorrenza deformando così lo schema tipico del contratto assicurativo.

La sentenza che decreta la nullità della clausola in questione da più punti di vista non pare però così esaustiva non approfondendo adeguatamente le diverse motivazioni a supporto della nullità; in concreto la deviazione dallo schema tipico, anche a detta del più volte citato A. Magni, non pare configurabile necessariamente come un disvalore ma proprio tale deviazione dovrebbe tutelare delle esigenze che altrimenti l' assicurato non potrebbe garantire e proprio in ciò consiste la reale portata del modello *claims made.* La clausola in oggetto viene ritenuta poi anche vessatoria in quanto tale da limitare la responsabilità in capo all' assicuratore ma senza un giudizio concreto relativo al caso specifico come invece dettato dall' orientamento espresso nel 2005 dalla Suprema Corte. Non è corretto però affermare l' astratta immeritevolezza di tale schema dal momento che esso, sebbene in alcuni casi possa configurarsi come un abuso, in altri può costituire un indubbio vantaggio per l' assicurato e non è dunque corretto inquadrarlo come illecito in sé e dannoso a

[124] Trib. Roma 10 aprile 2013, in in *Corr. mer.*, 2013, p. 1169
[125] A.MAGNI, *op. cit.*, p. 1169

priori per l' assicurato dal momento che al più meriterebbe un analisi caso per caso. Avrebbe meritato maggior approfondimento anche il tema della violazione del principio europeo di libera concorrenza e del relativo impatto sulla libertà di autodeterminazione contrattuale delle parti; infine non viene affrontato a dovere neppure il tema delle conseguenze derivanti dall' illiceità, dal momento che il tribunale si limita a decretare la nullità della clausola ed a prescriverne la sostituzione secondo il modello *loss occurrence*. La sentenza sebbene non abbia costituito un precedente esaustivo è stata comunque ripresa da un orientamento dottrinario[126] che, affrontando in modo più completo l' argomento, ne ha condiviso il giudizio di illiceità. Il *claims made* è stato così catalogato come espressione di una *malpractice* operativa delle compagnie assicurative che hanno strutturato delle condizioni contrattuali con l' intento dichiarato di favorire gli assicurati risolvendo eventuali problemi legati all' incertezza del momento esatto in cui collocare un fatto generatore di responsabilità ma in realtà prevedendo così un modello ad esclusivo vantaggio delle compagnie stesse per i motivi già ampiamente dibattuti. Allo stesso tempo un sistema così strutturato, oltre a non comportare particolari vantaggi agli assicurati, lederebbe anche il mercato e la libera concorrenza impedendo all' assicurato stesso di cambiare assicuratore se non a fronte del rischio di perdere qualsiasi copertura mentre viene lasciata alle compagnie la possibilità di recedere dal contratto. E' stato anche criticato l' orientamento della Suprema Corte che ha ritenuto il contratto con clausola *claims made* meritevole di tutela perché non viola norme inderogabili, risolvendosi tale giudizio di meritevolezza in un giudizio di liceità che svuota il contenuto dell' art. 1322 c.c. La conclusione è la necessità di ritenere che "in una lettura costituzionalmente orientata dell' art. 1322 c.c. comma 2 in combinato disposto con l' art. 3 Cost. è immeritevole il contratto o, nel caso di specie, la clausola che, pur derogando ad una norma solo dispositiva e dunque al regime ottimale individuato dal legislatore in relazione ad un certo rapporto negoziale, ha quale conseguenza l' insorgere di un rapporto connotato da forte iniquità e disequilibrio in danno del non predisponente che, peraltro non è in condizioni di reperire sul mercato alternative soddisfacenti". Secondo tale chiave di lettura anche a voler considerare derogabile l' art. 1917 comma 1 c.c. , la clausola *claims made* si porrebbe in contrasto con l' art. 3 della legge n. 287/1990 in tema di tutela della concorrenza e del mercato e con l' art. 9 della legge n. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica: ovvero non sarebbe meritevole di tutela nella prospettiva dell' art. 1322 c.c. comma 2 con conseguente sua nullità (ritenuta rimedio più

[126] MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza,* in *Danno e resp.,* 2013, p.701 ss.
GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria professionale,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2012, p. 1213 ss.

efficace rispetto alla vessatorietà di essa o di una sua parte, come sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria). Proseguendo nel ragionamento proposto da questi autori, tale nullità non colpirebbe l' intero contratto dovendosi procedere ad un' "operazione ermeneutica di riduzione teologica dell' art. 1419 c.c. " in virtù della quale l' applicazione di tale norma deve essere esclusa non solo quando è prevista una sostituzione con una regola legale inderogabile, ma anche quando la sostituzione con una regola legale derogabile si renda necessaria per non frustrare la finalità protettiva della norma che commina la nullità[127]. Resta da determinare se tale nullità possa essere rilevata solo dall' assicurato o da entrambe le parti, con la possibilità che per l' assicurato sia in taluni casi preferibile che non venga sanzionata la nullità della clausola (ad esempio se inerente una richiesta risarcitoria per un fatto risalente a prima della stipula e denunciato in corso di contratto). Questa corrente dottrinale secondo un opinione non sempre condivisa[128] privilegia il contraente debole secondo lo schema della nullità di protezione: il giudice cioè dovrebbe pertanto evitare la rilevazione della nullità se non vi sia il relativo interesse dell' assicurato (contraente debole).

Si deve constatare che nel mercato assicurativo nazionale (ma anche europeo) l' adozione della clausola *claims made* è ormai prassi consolidata[129]; in alcuni casi questo si può anche rilevare un *plus* per il cliente (se ad esempio non è mai stato assicurato sino a tale momento) mentre in altri è uno strumento assolutamente privo di senso (qualora l' assicurato abbia appena intrapreso l' attività) se non quello di recare un vantaggio alle compagnie limitando di fatto in modo netto l' arco temporale da garantire. Per tali ragioni è parso limitativo inquadrare la clausola come meramente vessatoria, anche perché i professionisti non essendo consumatori non godono del relativo regime protettivo (nullità di protezione) previsto dal codice del consumo e allo stesso tempo il tutto sarebbe aggirabile con la semplice doppia sottoscrizione *ex* art. 1341 c.c. oramai prevista da tutti i contratti assicurativi che adottano tale regime. Pertanto tale corrente di pensiero si è spinta a mettere in dubbio la meritevolezza, da altre parti affermata, di tale fattispecie contrattuale adducendo che essa sarebbe in contrasto con la normativa sulla concorrenza e sull' abuso di dipendenza economica, di cui sopra i relativi riferimenti normativi, ed esprimerebbe un abuso dell' autonomia contrattuale tale da configurarne l' illiceità[130]. Tuttavia l' indagine non deve concentrarsi aprioristicamente sulla meritevolezza dello schema atipico in sè

[127] A.MAGNI, *op. cit.,* p. 1171
[128] A.MAGNI, *op. cit*., p. 1171
[129] A.MAGNI, *op. cit.,* p. 1171
[130] A.MAGNI, *op. cit*, p. 1171

ma individuare un reale interesse dell' assicurato all' adozione del *claims made* con la possibilità di sancire l' illiceità del contratto per assenza di causa o se non meritevole di tutela l' interesse perseguito[131]. In altre parole il giudizio di vessatorietà e la relativa specifica approvazione sarebbero passaggi giuridicamente successivi all' analisi della liceità del contratto, condotta sul piano della causa dello stesso e dell' assetto di interessi concretamente perseguito dalle parti[132].

Ritornando a considerare le conseguenza dell' eventuale assenza di causa, tema che rimane assai dibattuto dato che è controversa in dottrina sia la possibile nullità dell' intero contratto sia la nullità parziale *ex* art. 1419 c.c. con sostituzione del regime *claims* con il *loss* , come previsto ad esempio nell' ultima sentenza analizzata, alcuni autori suggeriscono d' adottare il criterio della ragionevolezza[133] consentendo così la sostituzione del *claims* in *loss* sulla base della scelta dell' assicurato che potrebbe dunque adottare il regime che ritiene a lui più utile configurando una sorta di nullità punitiva per le compagnie. Tesi questa da più parti non condivisa[134], posto che, se il *claims made* non viene ritenuto uno schema lecito e dunque l' unico modello accettabile sia il *loss occurrence,* l' assicurato non può invocare l' utilizzo del primo schema ove a lui più conveniente. Pare invece più plausibile che, ove la polizza *claims* non risponda all' interesse concreto dell' assicurato, esso possa promuovere azione per il risarcimento danni *ex* art. 1338 c.c. per violazione del codice delle assicurazioni e dei regolamenti Ivass ove prevedono la valutazione dell' adeguatezza delle esigenze del cliente (art. 52 Regolamento Ivass n. 5 del 16 ottobre 2006) e l' obbligo di informativa circa i contenuti contrattuali (art. 166 e 185 cod. assicurazioni private), identificando in tal caso il danno subito con le relative somme da versare ai terzi per effetto dell' assenza della necessaria garanzia di polizza.

2) <u>Le più recenti pronunce della Cassazione</u>

Il giudizio offerto dalla Cassazione nel 2005, in cui la valutazione circa la vessatorietà del contratto veniva rimessa al giudice che avrebbe dovuto valutare il caso concreto, non ha fatto che contribuire alla formazione di una nutrita giurisprudenza sulla clausola, la cui validità è spesso stata posta in discussione come già abbiamo visto. In un tale contesto caratterizzato da forte

[131] GAZZARA, *op. cit.,* p. 1229
[132] A.MAGNI, *op. cit,* p. 1075
[133] MONTICELLI, *op. cit.*, p. 715
[134] A.MAGNI, *op. cit.*, p. 1076

incertezza la stessa Corte di Cassazione ha atteso otto anni dal primo intervento per ritornare sull' argomento, prima confermando la posizione originaria e successivamente con altre due sentenze più recenti che hanno nuovamente gettato ombre sulla già accesa disputa; ancora una volta non è riuscita a dirimere definitivamente la questione ma con tali pronunce, che analizzeremo nel seguito, ha contribuito ad alimentare dubbi e disomogenei orientamenti.

2.1) Sentenza 22 marzo 2013 n. 7273

Con la sentenza in oggetto la Suprema Corte non fa che confermare quanto già indicato nella sua prima pronuncia sul tema, ovvero nella sentenza n. 5624 del 2005; in altri termini la III Sezione ribadisce che la clausola *claims made* "non rientra nella fattispecie tipica prevista dall' art. 1917 c.c. ma costituisce un contratto atipico, generalmente lecito *ex* art. 1322 c.c. , poiché del suindicato art. 1917 c.c. , l' art. 1932 c.c. prevede l' inderogabilità - se non in senso più favorevole all' assicurato – del terzo e del quarto comma ma non anche del primo, in base al quale l' assicuratore assume l' obbligo di tenere indenne l' assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti durante il tempo dell' assicurazione, di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno, da parte del danneggiato, sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto e non solo nel periodo di efficacia cronologica del medesimo. Ciò si desume da un' interpretazione sistematica che tenga conto anche del tenore degli art. 1917, 1913 e 1914 c.c. , i quali individuano l' insorgenza della responsabilità civile nel fatto accaduto". Allo stesso tempo assecondando quanto già espresso nel 2005 viene rimesso al giudice di merito l' onere di valutare il caso in concreto, proprio alla luce del fatto che trattandosi di un contratto atipico può variare molto da caso a caso, nell' intento di determinare 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.". Ribadito tutto ciò, tale modello non inficia in alcun modo la disciplina prevista agli art. 1892 e 1893 c.c. relativa alle dichiarazioni inesatte o reticenti, che anzi assume ancora maggior rilevanza posto che la polizza non si attiverebbe se al momento della stipula l' assicurato fosse già a conoscenza di aver cagionato dei danni ad un terzo mentre non si svilupperebbero tali problematiche se esso non sia "consapevole degli illeciti commessi né

dell' intenzione del cliente in agire in responsabilità nei suoi confronti"[135] nell' istante in cui ha concluso il contratto con l' assicuratore.

2.2) Sentenza 17 febbraio 2014 n. 3622

Tale sentenza viene emanata ad un solo anno di distanza da quella commentata nel paragrafo precedente e ad opera della stessa III Sezione della Cassazione: nonostante ciò, il ritorno sulla questione *claims made* non pare così chiarificante; infatti, sebbene i giudici confermino in linea generale le posizioni antecedentemente espresse, nella seconda parte della pronuncia, con alcuni passaggi poco chiari, sembrano mettere in discussione nuovamente il meccanismo a "richiesta fatta" offrendo così ulteriori spunti al già acceso dibattito nella giurisprudenza di merito.

Entrando nello specifico del caso in esame, vengono chiamati in causa dei commercialisti rei di aver commesso degli errori o inadempimenti nella predisposizione delle dichiarazioni Iva con la conseguenza per il cliente di aver perso un credito iva; ne viene pertanto richiesto il risarcimento per responsabilità professionale, dal momento che gli illeciti riguarderebbero il periodo 1990-1991 e la polizza viene stipulata con effetto 30 dicembre 1994 ma la stessa alla clausola n. 4 del contratto prevede la dicitura "La garanzia vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all' assicurato nel periodo di assicurazione" e la richiesta risarcitoria è stata poi in effetti presentata il 19 aprile 1999 con la polizza di cui sopra ancora regolarmente in vigore. La Corte d' Appello di Roma che doveva dirimere la questione, e dunque pronunciarsi circa l' efficacia della copertura per fatti avvenuti anteriormente alla stipula del contratto, ha invece ravvisato l' inefficacia del *claims made* e dunque della clausola 4 sopra menzionata motivando che l' alea, elemento essenziale del contratto assicurativo, deve riguardare un evento futuro ed incerto e non già verificatosi prima della conclusione del contratto, e aggiunge che nella fattispecie non risulta pattuita alcuna deroga al principio previsto dall' art. 1917 c.c. L' assicurato impugna dunque la sentenza della Corte d' Appello e ricorre alla Cassazione denunciando violazione degli art. 1362 e 1322 c.c. e rivendicando la validità di siffatta clausola, che peraltro rappresenta ormai prassi nel settore assicurativo professionale, anche facendo riferimento a precedenti sentenze che la configuravano come contratto atipico *ex* art. 1322 c.c. (Cass. 25 marzo 2005, n. 5624) e adducendo

[135] Cass. 22 marzo 2013 n. 7273, in *Corr. mer.,* 2013, p.1167 e ss.

che la stessa compagnia assicurativa non avesse sollevato alcuna eccezione di validità sulla copertura stessa.

La Cassazione, interpellata sulla *quaestio*, si premura a specificare che essa si limita, nella presente circostanza, a dirimere la questione dell' efficacia della clausola con esclusivo riferimento al caso in oggetto ovvero quello in cui vi sia l' estensione della copertura a comportamenti avvenuti prima della conclusione del contratto. Viene altresì contraddetta l' equiparazione al caso dell' inesistenza del rischio in quanto "nel caso in esame un' *alea* esiste pur se di natura e consistenza diverse da quella avente ad oggetto i comportamenti colposi del professionista"; ci si riferisce non a tali comportamenti nella loro materialità ma alla "consapevolezza da parte dell' assicurato del loro carattere colposo e della loro idoneità ad arrecare danno a terzi". L' incertezza dell' accadimento, in altre parole, non deve essere necessariamente obbiettiva in quanto per mantenere il carattere aleatorio del contratto è sufficiente che l' incertezza sia soggettiva ovvero riferibile alle parti contraenti: la tecnica assicurativa consente oramai di assicurare anche eventi già avvenuti (con i relativi calcoli probabilistici e la conseguente determinazione del premio) purchè rimangano ignoti alle parti stesse, infatti l' alea riguarderebbe comportamenti dell' assicurato potenzialmente colposi ma di cui non sia ancora in grado di riconoscere la loro illiceità o comunque la loro capacità di causare un danno . E' dunque sancito che non ne può essere negata l' efficacia qualora la domanda risarcitoria giunga nel periodo in cui la polizza sia in vigore e a patto che l' assicurato non fosse consapevole degli illeciti commessi né dell' intenzione del cliente di agire in responsabilità nei suoi confronti alla data di sottoscrizione della polizza[136]. Il presunto divieto sarebbe ravvisato sulla base dell' art. 1895 c.c. secondo cui il contratto è nullo se il rischio cessa di esistere prima della stipula e dunque il rischio dovrebbe essere futuro e incerto; abbiamo tuttavia visto in precedenza come la Cassazione abbia già smontato tale obiezione confermando la liceità dell' estensione retroattiva dei contratti purchè il rischio si sia materializzato nel periodo assicurato tramite la richiesta di risarcimento e l' assicurato non fosse a conoscenza del sinistro stesso e dunque non potesse ragionevolmente presumere la futura presentazione della relativa richiesta.

La sentenza sottolinea inoltre come come "l' estensione ai comportamenti anteriori alla stipula sia frutto di una precisa scelta dell' assicuratore che di sua iniziativa inserisce la clausola fra le condizioni generali di contratto (presumibilmente a fini promozionali) sulla base di una

[136] Cass. 17 febbraio 2014 n. 3622 , in *Contratti,* 6/2014, p.530

consapevole valutazione dei rischi che peraltro vengono sapientemente circoscritti tramite altre disposizioni"; in altri termini il vantaggio per l' assicurato derivante proprio da tale retroattività è senz' altro oggetto di una precisa analisi del rischio da parte delle compagnie a cui corrisponde un' adeguata remunerativà del premio stabilito tra le parti contrattuali. Già a queste affermazioni, mirate a sostenere la validità delle coperture retroattive, è stato obiettato[137] che la Corte, composta ovviamente diversamente rispetto alle sentenze antecedenti, in questa pronuncia non abbia adeguatamente approfondito la questione non tenendo come riferimento anche i suoi stessi precedenti e quelli della giurisprudenza di merito, ed abbia in qualche modo peccato di superficialità non considerando a pieno la complessità delle problematiche connesse al tema. Infatti che la questione possa essere ridotta ad una scelta promozionale pare inappropriato a prescindere dalla tesi finale sostenuta, ma al più dimostra come l' osservazione della Cassazione sia da considerare un mero ed estemporaneo inciso nell' ambito di una più complessa questione come dimostrano anche le successive considerazioni della Corte. Proseguendo nella lettura della sentenza emerge la parte di essa che ha destato maggiori perplessità quando i giudici accennano, sempre senza il debito approfondimento sulle relative ragioni e con netta discontinuità rispetto al passato, di nutrire dubbi proprio sul funzionamento del modello *claims made:* si tratta del caso in cui la clausola *claims made* venga invocata per escludere la copertura assicurativa dal momento che il fatto colposo tale da cagionare il danno è avvenuto in corso di contratto ma la richiesta risarcitoria è pervenuta, per la prima volta, solo dopo lo scioglimento del contratto stesso e i giudici ritengono che, in tale contesto, essa "potrebbe effettivamente porre problemi di validità venendo a mancare, in danno dell' assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all' indennizzo, per il solo fatto che la domanda risarcitoria venga proposta dopo lo scioglimento del contratto (come frequentemente avviene – ben più che nel caso opposto e qui considerato – in tema di responsabilità professionale)"[138]. Nonostante la premessa della stessa Suprema Corte che precisa come la sua decisione sia circoscritta al caso concreto oggetto di diatriba, con questo orientamento essa contrasta con le posizioni assunte nel 2005 e nel 2013 rivendicanti la generale validità del *claims made*. La Cassazione non rinnega se stessa rispetto a quanto prima affermato dal momento che l' estensione retroattiva può essere applicata non solo alle garanzie in forma *claims made* ma anche a quelle *loss occurrence,* ma comunque genera nuovi dubbi sul funzionamento di tale meccanismo sebbene proprio l' incidentalità della pronuncia e la

[137] A.MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione,* in *Giur. it.*, 2014, p. 809
[138] Cass. 17 febbraio 2014 n. 3622, in *Contratti,* 6/2014, p.530

superficialità con la quale è argomentata non sembrano sufficienti a poter scrutare un ripensamento della Suprema Corte nei confronti di quanto enunciato precedentemente[139].

2.3) Sentenza 13 febbraio 2015 n. 2872

Con questa più recente sentenza i giudici tornano a distanza di un anno sull' argomento rivendicando la liceità della *claims made* e condividendo le posizioni precedentemente espresse ma soprattutto non risollevano i dubbi solo accennati nel 2014, non richiamando neppure tale sentenza, né approfondiscono le relative argomentazioni confermando come la stessa possa essere considerata un mero *obiter dictum.* Oggetto di discussione questa volta della Sezione III della Cassazione è un caso di responsabilità civile professionale medica in cui un Istituto Ospedaliero riceve una richiesta di risarcimento per danni alla persona a seguito di un intervento chirurgico: l' Ospedale ovviamente chiama in causa i propri assicuratori che sono condannati a risarcire pro quota il danno dal Tribunale di Roma; tuttavia uno degli assicuratori (nello specifico Cattolica Ass.ni) ha proposto appello sostenendo la non operatività della garanzia. La Corte d' Appello di Roma ha accolto l' impugnazione considerando la *claims made* lecita e non vessatoria sebbene nella concreta fattispecie essa prevedesse che l'assicurazione fosse valida per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta durante il periodo di efficacia della stessa, purchè il fatto che avesse dato origine alla richiesta risarcitoria fosse stato commesso nel medesimo periodo o anche in epoca antecedente tale periodo ma ad ogni modo entro tre anni dalla data di perfezionamento del contratto. A questo punto è l' Istituto Ospedaliero che a sua volta propone ricorso per Cassazione, la quale, con la sentenza di cui si tratta, conferma quanto in precedenza espresso dalla Corte d' Appello di Roma rigettando il ricorso ed imponendo l' intera compensazione tra le parti delle spese del giudizio di Cassazione.

Entrando nel merito dei motivi enunciati dalla sentenza, essa per prima sottrae la clausola al sindacato dell' art. 1341 c.c. in quanto afferma che la specifica pattuizione della quale si discute non ha la natura di formulario unilateralmente predisposto, bensì quella di una vera e propria pattuizione intervenuta tra le parti. Si tratta di un accertamento di fatto che, siccome adeguatamente e logicamente motivato, sfugge dalla censura di legittimità. Ribadisce inoltre che il costrutto *claims made* è valido ed efficace in una copertura di responsabilità civile e sarà rimesso

[139] A.MAGNI, *op. cit.*, p. 1076

al giudice l' onere di stabilire, caso per caso, se la clausola presenti o meno i caratteri della vessatorietà ai sensi dell' art. 1341 c.c. come già indicato dalla sentenza della Cassazione 7273/13. I giudici hanno poi continuato la loro argomentazione ribadendo i concetti recentemente espressi dalla stessa Suprema Corte nella sentenza n. 7273 del 22 marzo 2013 già analizzata, ovvero che tale clausola si configuri come un contratto atipico generalmente lecito *ex* art. 1322 c.c. dato che l' art. 1932 c.c. prevede l' inderogabilità, se non in senso più favorevole all' assicurato, del terzo e quarto comma dell' art. 1917 c.c. ma non anche del primo il quale individua l' insorgenza della responsabilità con il fatto accaduto durante il tempo dell' assicurazione. Con questa pronuncia però i giudici si spingono oltre con una ulteriore precisazione mancante nelle precedenti decisioni: precisano infatti che tale clausola non sia considerabile vessatoria in astratto in quanto non pone limitazioni di responsabilità a vantaggio dell' assicuratore ma definisce l' oggetto stesso della copertura assicurativa, stabilendo quali siano i sinistri indennizzabili salvo poi verificare, caso per caso, se vi sia una limitazione di responsabilità a favore dell' assicuratore come già confermato in precedenza. In dottrina già da diverse parti, era stato affermato in precedenza che tale clausola definisse l' oggetto contrattuale, non restringendo l' ambito di responsabilità fissato dalla norma ma collocandolo diversamente nel tempo[140], e non ponesse "concreti limiti di responsabilità di una delle due parti" i quali si avrebbero solo ove rendesse praticamente inoperante la garanzia[141] ; tale accordo volto a modificare l' efficacia temporale della polizza dovrebbe poi essere bilanciato da un premio di polizza adeguato di conseguenza e diversamente non sarebbe a pieno colta la funzione del patto *claims made* ed i suoi vantaggi per l' assicurato[142].

Proprio la specifica che la clausola definisce l' oggetto stesso della copertura e dunque il rischio assicurato è una discrepanza rispetto al passato di notevole importanza, non potendo a tal punto essere più considerata vessatoria in quanto limitazione di responsabilità a prescindere dall' arco temporale coperto dal contratto[143], e così si potrebbe superare la questione inerente lo scrutinio di vessatorietà, mettendo magari fine alla folta giurisprudenza di merito che si pronunciava in base all' estensione della copertura ai sinistri occorsi prima della stipula e denunciati durante la validità del contratto. Enunciando tali principi viene anche meno il dubbio avanzato tra le motivazioni dalla

[140] ANTONUCCI*, Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made,* in *Nuova giur. civ.,* 2006, p. 155

[141] LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell' assicurazione della responsabilità civile,* in *La responsabilità civile,* ottobre 2005, p. 1033

[142] COSTANZA, *L' assicurazione rc professionale in caso di insolvenza di società,* in *Fall.,* 2006, p. 443

[143] Cass. 10 febbraio 2015 n. 2469, la gurisprudenza è pacifica nel ritenere che le clausole che delimitano il rischio e l' oggetto del contratto non configurino una limitazione di responsabilità dell' assicuratore, in *Corr. giur.,* 2015, p. 1071

ricorrente riguardante la presunta illegittimità del patto per contrarietà a buona fede. Il riferimento che è stato mantenuto invece relativo all' indagine che il giudice deve svolgere per ogni singolo caso al fine di accertarne la vessatorietà, e che potrebbe sembrare a questo punto superfluo o comunque inadeguato, deve essere inteso o come una formula tralatiziamente ripresa dalle precedenti massime o riferita a profili diversi da quelli che la giurisprudenza di merito ha preso in considerazione e non strettamente connessi alla struttura della clausola[144].

2.4) Sentenza 10 novembre 2015 n. 22891

Con questa recente sentenza ad opera sempre della Sezione III della Cassazione si arricchisce di un' ulteriore pronuncia la questione ad oltre dieci anni dal primo giudizio sulla natura della clausola *claims made* (Cass. 5624/2005) e soprattutto in attesa delle considerazioni delle Sezioni Unite della Cassazione adite con decreto del 27.03.2015 del Primo Presidente, anche a seguito della recente e già citata pronuncia della Suprema Corte che poneva nuovi dubbi sulla loro validità nel caso di sinistri denunciati dopo la scadenza del contratto ma avvenuti in corso di contratto ravvisando il venir meno del rapporto di corrispettività tra il pagamento del premio e il diritto all' indennizzo[145]. Alla luce di ciò la Suprema Corte non si sofferma sulla natura e validità di tali clausole ma si concentra sull' analisi dei parametri da utilizzare per addivenire al giudizio di vessatorietà di tali pattuizioni con riferimento alla struttura complessiva del contratto.

Nello specifico caso, l' assicurazione di un' azienda ospedaliera viene chiamata in causa da quest' ultima per una richiesta risarcitoria proveniente da un paziente per un intervento chirurgico mal riuscito; l' assicuratore però eccepisce l' assenza di copertura assicurativa in quanto la richiesta risarcitoria è pervenuta oltre il periodo di validità temporale del contratto ed esso prevedeva la clausola *claims made* e dunque la copertura esclusiva per i sinistri denunciati durante il periodo di vigenza del contratto stesso. Il tribunale di Milano considera la clausola in questione come vessatoria e condanna pertanto la compagnia a risarcire il danno e l' orientamento viene anche ribadito dalla Corte d' Appello che la considera vessatoria in quanto limita la garanzia nel tempo in deroga all' art. 1917 c.c. comma 1 e pertanto comporta anche una limitazione della responsabilità a tutto vantaggio dell' assicuratore. Il caso arriva dunque in Cassazione dove viene

[144] A. MAGNI, *op.cit.,* p. 1071
[145] Cass. 17 febbraio 2014 n. 3622, in *Contratti,* 6/2014, p. 530

sostanzialmente confermato il giudizio seppur non venendo condivise le valutazioni cui sono addivenuti i giudici precedentemente interpellati.

La Corte d' Appello, pur confermando la derogabilità del modello *loss occurence* e l' atipicità delle clausole *claims made,* individua nella deroga all' art. 1917 c.c. comma 1 il parametro di valutazione per il giudizio di vessatorietà[146]. La Cassazione invece non condivide tale argomentazione dal momento che, ravvisando il carattere vessatorio nella deroga al comma 1 dell' art. 1917 c.c., ci si porrebbe in contrasto con la natura atipica riconosciuta a tali clausole in virtù ancora della sentenza della Cassazione n. 5624/2005. La Corte pertanto ribadisce ancora una volta la natura atipica di tali clausole e poi si focalizza sull' analisi dei criteri per determinare il giudizio di vessatorietà in funzione della struttura complessiva del contratto assicurativo. L' assicuratore dal canto suo ritiene che la *claims made* delimita l' inizio e il termine della garanzia definendo così le reciproche prestazioni, non ravvisando limitazioni temporali della garanzia o della responsabilità, rifacendosi anche ad una precedente sentenza della Cassazione[147] secondo la quale sono vessatorie quelle clausole che "restringono l' ambito obiettivo della responsabilità fissata con più ampia estensione da precetti normativi o altre clausole generali" escludendo così quelle che "riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e dunque specificano il rischio garantito". La Corte invece giunge ad una soluzione opposta, ravvisando l' oggetto del contratto nelle pattuizioni che specificano la durata contrattuale e in quella che obbliga l' assicuratore a tenere indenne l' assicurato in conseguenza di un fatto verificatosi in relazione all' attività svolta, presupponendo così l' intenzione delle parti a costituire uno schema *loss occurrence.* La *claims made* sarebbe così una pattuizione ulteriore tale da limitare l' oggetto del contratto e pertanto vessatoria (cui consegue l' obbligo di apposita sottoscrizione *ex* art. 1341 c.c.) . In altri termini per non assumere i caratteri della vessatorietà essa deve essere inserita nella parte del contratto che definisce l' oggetto della copertura assicurativa non comportando così alcuna limitazione a tal fine rilevante. Qualora invece sia inserita in un' altra parte del contratto, separatamente dalle pattuizioni relative all' oggetto della garanzia, essa assume una funzione diversa e tale da limitare la copertura assicurativa così come originariamente prevista ed in funzione di ciò inefficace in assenza dello specifico consenso dell' assicurato. Tale pronuncia riveste un certo interesse in quanto fornisce risposta all' incertezza che consegue alla pronuncia della Suprema Corte n.

[146] M.FERMEGLIA, *op.cit.,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 367
[147] Cass. 16 giugno 1997 n. 5390, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368

5624/2005 secondo cui sarebbero i giudici di merito di volta in volta coinvolti a dover dirimere la questione della vessatorietà della specifica clausola e in questa ottica viene individuato un criterio che sia in grado di scindere correttamente tra clausole limitative della responsabilità e determinative dell' oggetto contrattuale tenendo conto dei relativi effetti sull' assetto contrattuale e di interessi complessivo (tant'è che in alcuni casi esse senz' altro configurano una certa limitazione rispetto allo schema tradizionale, si pensi ancora una volta ad un professionista che abbia appena iniziato l' attività).

Tuttavia in tale pronuncia sono stati ravvisati diversi profili critici rispetto al criterio distintivo individuato, *in primis* perché in contrasto con altre due precedenti sentenza ad opera della Cassazione stessa: la prima, e più recente, sostiene che non siano vessatorie quelle clausole le quali "mirino soltanto a delimitare l' oggetto della garanzia prestata sotto il profilo temporale, fissando la durata entro cui i rischi restano assicurati"[148], mentre la seconda pronuncia specifica che "le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa, specificando il rischio garantito, fanno parte dell' oggetto del contratto"[149] ed in quanto tali non sono soggette a valutazione circa la vessatorietà. Si devono tenere distinti i concetti di limitazione di responsabilità come conseguenza dell' inadempimento e quello di oggetto del contratto inteso come l' assunzione di un certo rischio a determinate condizioni da parte dell' assicuratore; rappresentando la *claims made* una determinazione pattizia voluta dalle parti contrattuali essa può rappresentare una limitazione di responsabilità solo nel caso in cui renda praticamente inoperante la garanzia[150]. Ciò viene confermato anche da un' altra precedente sentenza della Cassazione[151] secondo la quale si dovrebbe ritenere limitativa dell' oggetto del contratto una clausola in cui sia assente *ab origine* l' obbligazione di una delle parti a causa dell' estraneità di determinate prestazioni rispetto al contenuto del contratto mentre si dovrebbe ritenere limitativa della responsabilità quella clausola che limiti gli effetti di un inadempimento imputabile.

Tornando direttamente alla sentenza non mancano ad ogni modo le perplessità circa l' idoneità delle clausole sopracitate, ovvero quelle che determinano durata del contratto e tipo di rischio assicurato, ad individuare l' oggetto del contratto. Tale elemento assume notevole rilevanza sia in virtù del già affermato principio di diritto secondo cui non è ammesso sindacare sulla legittimità

[148] Cass. 26 giugno 2012 n. 10619, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368
[149] Cass. 07 aprile 2010 n. 8235, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368
[150] LOCATELLI, *Clausole claim made e loss occurrence,* in *Resp. civ. prev.,* 2014, p.1035
[151] Cass. 01 luglio 1994 n. 6225, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368

delle clausole che specificano il rischio assicurato e la relativa estensione (purchè sia "*rispettosa dei canoni legali di ermeneutica contrattuale ed assistita da congrua motivazione"*[152]) sia in quanto il Collegio ravvisa sulla base di tale costrutto la volontà delle parti di costruire uno schema *loss occurrence* con la conseguenza di dover sancire l' inefficacia di quella *claims made* dal momento che limita la garanzia sotto il profilo temporale. In tal modo prima viene censurata la decisione del giudice di merito ove ritiene la *claims made* vessatoria poiché deroga all' art. 1917 c.c. e successivamente si pronuncia sulla vessatorietà della medesima in funzione della limitazione che comporta sull' oggetto contrattuale che nella fattispecie è individuato dalla Corte nello stesso schema *loss occurrence* (*"ovvero tutti i fatti dannosi per cui l' Ospedale fosse stato responsabile verso terzi e dipendenti in quanto si fossero verificati nel periodo di durata del contratto*")[153]. In tale contorto ragionamento ad opera della Corte è stata ravvisata da alcune parti[154] l' intenzione di voler sanzionare il contratto per scarsa chiarezza e trasparenza, principi affermati dall' art. 166 del codice delle assicurazioni private, e che avrebbero potuto comportare l' annullamento del contratto per errore sull' oggetto o l' inefficacia della clausola non opportunamente segnalata applicando per analogia quanto previsto dall' art. 1341 c.c. per quelle non espressamente sottoscritte dal momento che la *ratio* è sempre ottenere un consenso informato da parte del contraente. Una tale motivazione avrebbe poi comportato un' ulteriore vantaggio, ovvero quello di fungere da stimolo per un nuovo e già ampiamente auspicato intervento del legislatore, o eventualmente dello stesso Ivass, atto a chiarire la portata e i confini di liceità della clausola *claims made*.

3) La pronuncia delle Sezioni Unite – 6 maggio 2016

Per la prima volta con questa sentenza le Sezioni Unite si esprimono sul tema dell' incidenza delle clausole *claims made* sulla validità del contratto nelle polizze di responsabilità civile nel tentativo di dirimere i contrasti emersi nelle precedenti sentenze delle Sezioni Semplici relative al periodo 2013-2015 nonché i dubbi e le questioni a più riprese sollevate da giurisprudenza e dottrina in merito alla presunta nullità o vessatorietà di tale tipologia di clausole più volte affermata. L' occasione della pronuncia in oggetto deriva da una responsabilità professionale sanitaria in capo

[152] Cass. 29 maggio 2006 n. 12804, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016 p. 369
[153] M.FERMEGLIA, *op. cit.*, p. 369
[154] M.FERMEGLIA, *op. cit.*, p. 369

ad una struttura ospedaliera che proponeva ricorso per Cassazione contro la sentenza della Corte d' Appello di Roma che aveva considerato valida ed efficace la polizza rc con clausola *claims made* contratta da tale struttura e pertanto aveva rifiutato la richiesta risarcitoria in quanto il sinistro risultava fuori garanzia, ponendosi così in contrasto con quanto giudicato in primo grado (intenzione dell' assicurato invece era quella di contestare la validità di sifatta clausola affinchè trovasse applicazione lo schema dettato dall' art. 1917 c.c.). Tale sentenza di primo grado resta tuttavia fantasiosa e difficilmente spiegabile, dal momento che sia a voler considerare questa pattuizione valida che nulla e dunque sia a voler conferire al contratto la forma *loss occurrence* che *claims made* il sinistro non pare ad ogni modo indennizzabile: la polizza infatti, sebbene dotata di retroattività triennale, riguarda il periodo temporale 1996-1997 mentre la richiesta risarcitoria è stata formulata nel 2001 escludendo così l' applicazione nel caso *claims made* e d' altro canto non potendo operare neppure nel caso *loss occurrence* in funzione del fatto che l' evento generatore del danno risalirebbe al 1993[155]. La questione in giudicato pare pertanto piuttosto banale e di facile risoluzione ma ciò che è rilevante non è tanto il caso in sé quanto il fatto che si tratta della prima pronuncia sul tema delle Sezioni Unite adite dal Primo Presidente in quanto tema "di massima di particolare importanza"[156] che entrano nel merito di tali clausole *claims made* per superare i precedenti contrasti e conferire maggiore certezza alla materia attraverso un' analisi a tutto campo, ma allo stesso tempo si rivelerà l' occasione per aprire un nuovo fronte ovvero quello correlato al giudizio di meritevolezza addivenendo così ad una soluzione che da un lato sembra definire una volta per tutte alcune spinose questioni che hanno caratterizzato fin qui il dibattito ma dall' altro non pare fornire un parametro di valutazione così scevro da future possibili incertezze e discussioni.

3.1) La contestazione delle precedenti presunte censure

Rispetto ad altre precedenti pronunce che si sono addentrate nella storia delle clausole *claims made* e delle relative discussioni nel merito, in questo caso le Sezioni Unite saltano questo *step* pur definendo il funzionamento di tale modello e le motivazioni, già evidenziate in precedenza, che hanno portato le compagnie ad utilizzare in via pressochè esclusiva tale formula. Inoltre i giudici, nonostante gli usi commerciali contemplino un' ampia gamma di tipologie contrattuali, ne

[155] Cass. Sezioni Unite 6 maggio 2016 n. 9140, in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 929
[156] Art. 374 c.p.c. comma 2

individuano due principali categorie: - *claims made* c.d. pura secondo la quale impostazione sono indennizzabili tutti i sinistri denunciati finchè la polizza è in vigore indipendentemente dal momento in cui si è verificato il fatto generatore del danno; - *claims made* c.d. impura o mista la quale tutela per i sinistri denunciati in corso di validità del rapporto contrattuale ma a patto che l' evento generatore del danno sia accaduto entro un ben determinato numero di anni precedenti alla stipula del contratto stesso oppure nei casi più estremi che richiesta risarcitoria e fatto generatore coincidano nel medesimo periodo[157]. Premesso ciò tale schema non deve essere eccessivamente enfatizzato date le possibili varianti in cui può essere articolata la copertura[158]. I giudici passano poi in rassegna le precedenti censure che hanno contestato la validità delle clausole *claims made, in primis* viene negata l' asserita incompatibilità con l' art. 2965 c.c. il quale dichiara "nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l' esercizio del diritto". Si deve infatti escludere che la limitazione alle richieste di risarcimento presentate in corso di validità della polizza per fatti avvenuti fino a tre anni prima (come previsto nel caso di specie) costituisca una decadenza convenzionale, dal momento che la fissazione di un periodo convenzionale di copertura incide sulla nascita dell' obbligo indennitario in capo all' assicuratore mentre la decadenza opera rispetto ad un diritto già sorto e inoltre la stessa operatività della garanzia è rimessa all' iniziativa di un terzo estraneo al contratto. Dunque nel caso in cui la richiesta del danneggiato nei confronti dell' assicurato non pervenga entro i termini stabiliti *ex contracto*, quest' ultimo non matura il diritto all' indennizzo verso la compagnia e non sussiste pertanto la posizione soggettiva attiva che legittimerebbe il ricorso alla richiamata previsione[159].

La Suprema Corte esclude anche che il posizionamento della clausola all' interno del contratto possa configurare un' ipotesi di nullità per violazione delle regole comportamentali da seguire in sede di formazione del contratto stesso. E' noto che in genere tale clausola viene inserita nel paragrafo denominato "Inizio e termine della garanzia" all' interno delle condizioni generali di contratto non risultando così evidente il suo contenuto ed il relativo impatto sull' efficacia del contratto stesso; questo avveniva specialmente nelle polizze più datate mentre ad oggi sia l' art. 166 cda sia l' art. 31 del Regolamento Ivass n. 35 del 26 maggio 2010 prescrivono sia dato

[157] Cass. Sezioni Unite, 6 maggio 2016 n. 9140, in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 929
[158] P.CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un' analisi a tutto campo,* in *Banca, Borsa, tit. cred.,* II, 2016, p. 657
[159] M.MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni " a margine",* in *Rivista di diritto bancario,* 5/2016, p. 25

particolare risalto, anche in termini grafici a quelle clausole che contemplino eventuali nullità, decadenze, limitazioni di garanzia o particolari oneri a carico del cliente. Così la ricorrente lamentava che l' inserimento di tale clausola fosse avvenuto in modo subdolo con chiaro intento fuorviante del consenso dell' aderente. Sul punto però le Sezioni Unite sostengono la distinzione tra norme prescrittive di obblighi comportamentali e regole di validità del contratto, ove solo le seconde sarebbero tali da determinare la nullità del contratto mentre per le prime lo strumento di tutela del contraente debole non adeguatamente informato è da rinvenire nel risarcimento del danno causato da responsabilità precontrattuale *ex* art. 1337 c.c. che prescrive l' obbligo di buona fede nella formazione del contratto[160].

Il fatto che l' evento generatore del danno sia accaduto anteriormente all' inizio del contratto offre l' occasione poi di esaminare un possibile ulteriore profilo di nullità già in precedenza affrontato, ovvero quello per contrasto con l' art. 1895 c.c. che vieta sia l' assicurazione di un rischio inesistente al momento della stipula sia di un rischio già verificato al momento della conclusione del contratto ma di cui le parti ignorino l' esistenza (c.d. rischio putativo) in quanto l' esistenza di un rischio futuro ed incerto è condizione imprescindibile per la validità del contratto. Le Sezioni Unite si esprimono a favore della liceità di siffatta clausola e negano l' esistenza di un divieto di assicurare il rischio putativo (assunto *a contrario* dall' art. 514 c.nav.) confermando che, se sono ravvisate situazioni di oggettiva incertezza sulla richiesta del terzo, il sinistro non può ritenersi realizzato e dunque il rischio sussiste[161]: esso infatti si manifesta progressivamente ed è costituito non solo dal sinistro ma anche dalla richiesta risarcitoria del danneggiato e pertanto in tali casi l' *alea* non sarebbe costituita dal comportamento dannoso ma dalla manifestazione del danno e dalla conseguente richiesta del danneggiato senza la quale il fatto illecito non è idoneo a provocare una diminuzione patrimoniale e rimane pertanto un' antecedente eventuale causale del sinistro[162]. In questo modo è sanato un precedente contrasto tra pronunce delle Sezioni Semplici, ove quella del 17 febbraio 2014 n. 3622 sosteneva l' esistenza di un rischio anche in tale situazione riferito non agli eventuali comportamenti colposi dell' assicurato ma che li abbia eventualmente commessi in passato e tuttavia non sia ancora consapevole della loro idoneità a produrre danno, mentre quella del 13 marzo 2014 n. 5791 affermava che non fosse consentita l' assicurazione di un rischio i cui presupposti causali si fossero già verificati al momento della stipula a prescindere che

[160] M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite,* in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 938
[161] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 660
[162] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 660

l' effettivo pregiudizio si sia avverato successivamente alla stipula stessa non rappresentando che una conseguenza dei primi[163]. Inoltre pur invocandosi una presunta nullità *ex* art. 1895 c.c. pare difficile salvaguardare la validità del contratto ed applicare il regime *loss occurrence* che sarebbe senz' altro favorevole all' assicurato ma che desta perplessità dal momento che funzione della norma sarebbe quella di tutelare l' assicuratore da eventuali comportamenti pregiudizievoli dell' assicurato qualora volesse assicurare rischi già concretizzatisi mentre in tali casi sarebbe utilizzata con l' intento di coprire rischi la cui richiesta risarcitoria pervenga oltre la scadenza della polizza. Il vero problema di tali clausole non è costituito dall' assicurare un evento pregresso, la cui scelta è facoltà dell' assicuratore che saprà valutare eventuali rischi connessi o eventuali maggiori premi necessari posto che comunque l' assicurato è tenuto a dichiarare in sede precontrattuale (*ex* art. 1892-1893 c.c.) eventuali circostanze tali da dare adito a future richieste risarcitorie, ma dal fatto che non siano tutelati i fatti avvenuti in corso di polizza ma il cui risarcimento sia richiesto solo dopo il termine del contratto, vero motivo per cui è stata asserita tale presunta nullità che si spera sia definitivamente superata mediante tale pronuncia che conferma la liceità della copertura retroattiva senza configurare la fuorviante ipotesi di rischio putativo.

I giudici si esprimono poi sulla questione della più volte affermata vessatorietà delle clausole *claims made* su cui si sono susseguiti diversi orientamenti, divergenti sia nelle motivazioni sia nelle conseguenze che ne deriverebbero. La già riportata sentenza del tribunale di Milano[164] scinde tra *claims made* cd. pure e miste o spurie, ove solo queste ultime escludendo in tutto o in parte i sinistri avvenuti negli anni precedenti e limitando l' esposizione della compagnie paleserebbero i connotati della vessatorietà, fermo restando che tale inefficacia potrebbe far rientrare in copertura i sinistri pregressi ma mai trasformare il modello *claims made* in *loss occurrence*. Altre sentenze avevano ravvisato una situazione opposta pur condividendo il giudizio di vessatorietà delle clausole cd. spurie ovvero che tale inefficacia dovrebbe comportare l' automatica sostituzione con il regime legale previsto dall' art. 1917 c.c. o in altri termini *loss occurrence*[165]. Una recente pronuncia della Cassazione[166] inoltre conferisce rilevanza ai fini del giudizio di vessatorietà alla collocazione della clausola nel contratto, in cui se inserita nell' oggetto della copertura non è ravvisabile la vessatorietà e viceversa se invece incide dall' esterno sull' oggetto

[163] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 659
[164] Trib. Milano 18 marzo 2010 in C.LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, p. 864
[165] V. AMENDOLAGINE, *Clausola claims made e responsabilità dell' assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà*, in *Giur. It*., 2012, p. 2558
[166][166] Cass., 10 novembre 2015 n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016 *,* p.361

della copertura stessa limitandone l' estensione. La questione della vessatorietà presuppone sia ribadita la distinzione tra clausole delimitative della responsabilità *ex* art. 1341 c.c. e clausole delimitative dell' oggetto contrattuale in quanto tali non soggette al giudizio di vessatorietà: le prime sono quelle che "limitano le conseguenze della colpa o dell' inadempimento o che escludono il rischio garantito mentre attengono all' oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e dunque specificano il rischio garantito"[167], definito dalle prestazioni contrattuali cui le parti reciprocamente si vincolano prefissando i limiti di estensione della garanzia contrattuale. Le Sezioni Unite dunque decidono di confermare la tesi secondo cui non presentano carattere vessatorio le clausole che mirano a delimitare la garanzia dal punto di vista temporale come contemplato dal caso oggetto di studio in cui la clausola "mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, si iscrive nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto entro cui l' assicuratore è tenuto a risarcire il danno" delineando così " quali siano i sinistri indennizzabili, rispetto all' archetipo fissato dall' art. 1917 c.c. , così venendo a delimitare l' oggetto piuttosto della responsabilità"[168]. Inoltre è da sottolineare che, anche se si volesse condividere l' orientamento verso la vessatorietà della *claims made*, gli effetti sarebbero ben limitati in termini di concreta tutela offerta al contraente: infatti essendo generalmente tali contratti stipulati tra compagnie e imprese o liberi professionisti, non può ad essi essere applicata la disciplina prevista dal codice del consumo e dunque la tutela applicabile sarebbe meramente formale concretizzandosi nella doppia sottoscrizione *ex* art. 1341 c.c. spesso soddisfatta in maniera quasi automatica mediante un semplice richiamo nel contratto alle condizioni generali e dunque senza quella reale attenzione che meriterebbe la portata della formula in oggetto.

3.2) Atipicità e meritevolezza

Superate tali annose questioni che hanno in passato censurato sotto diversi profili la validità della *claims made,* la pronuncia delle Sezioni Unite entra nella parte di maggior interesse per la sua portata innovativa. I giudici confermano la natura non imperativa del primo comma dell' art. 1917 c.c. in quanto non rientrante tra le norme inderogabili se non in senso più favorevole all'

[167] G.CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo sostanziale?,* in *Resp. civ.,* 2007, p. 905
[168] M.MAZZOLA, *op. cit.,* p. 25

assicurato *ex* art. 1932 c.c. sulla falsa riga di quanto già in precedenza affermato dalla Cassazione con sentenza n. 5624/2005 che aveva ritenuto tale clausola lecita e tale da rendere il contratto atipico nella sua interezza. Le Sezioni Unite qualificano invece la clausola come atipica in un contratto tipico e ne confermano la liceità, in deroga al regime, salvo il richiamo al concreto sindacato di meritevolezza della deroga *ex* art. 1322 comma 2 c.c.[169]; in altri termini il fatto che la norma, seppur dispositiva e dunque non imperativa, sia derogabile non implica che essa sia sempre liberamente derogabile dall' autonomia privata ma sarà da verificare, caso per caso, se esistano obiettive ragioni tali da giustificare questo scostamento dalla disciplina legale dettata dal codice civile, specialmente in casi come quelli in discussione in cui il contratto venga predisposto unilateralmente dalla parte contrattuale forte. Il giudizio sulla meritevolezza dovrà dunque riguardare la singola clausola atipica dal momento che nulla vieta ai privati di introdurre nel negozio tipico altri elementi extra-tipici e la valutazione deve riguardare questi elementi i quali non sono affatto in sé e per sé meritevoli di tutela per il semplice fatto cioè che siano stati inseriti in una struttura tipica[170]. Rispetto alla precedente sentenza citata del 2005 la differenza è sostanziale in quanto essa valuta la liceità della clausola in quanto non viola norme inderogabili, principi di ordine pubblico e buon costume in termini astratti e dunque esula dal caso concreto, mentre con il nuovo riferimento al giudizio di meritevolezza, pur confermando la liceità in linea di principio, è richiesta un' analisi di tale deroga che "deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento cioè alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell' interprete"[171] . L' onere della decisione torna dunque a ricadere sui giudici di merito che dovranno fornire idonea motivazione per sancire la meritevolezza o meno della specifica fattispecie, non offrendo così un giudizio univoco e definitivo circa la validità o meno della clausola *claims made*. Proseguendo nella sentenza la Suprema Corte distingue tra il modello cd. puro (senza limitazioni temporali alla pregressa) per il quale non vi sarebbe alcun pregiudizio agli interessi del contraente che sarebbe tutelato per qualsiasi richiesta pervenuta nel corso di validità della polizza, da quello cd. spurio o misto: per esse, se richiesta di risarcimento e danno devono avvenire nello stesso periodo il giudizio è particolarmente severo, mentre per quei contratti che concedono la pregressa per alcune annualità viene mantenuto un atteggiamento prudente da

[169] MAZZOLA, *op. cit.,* p. 39
[170] M.GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite,* in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 942
[171] U. CARNEVALI, *La clasuola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite,* in *Contratti,* 2016, p. 765

valutare per singolo caso[172]. Detto ciò il giudizio di meritevolezza non può essere ridotto, nè vuole esserlo nelle intenzioni delle Sezioni Unite, ad un mera verifica della tipologia di clausola adottata, ma esso dovrà valutato sulla base di altri parametri indicati dalle stesse Sezioni Unite, i quali saranno indicati successivamente. Il ragionamento delle Sezioni Unite si fai poi carico di esaminare la particolare questione riguardante il rapporto tra *claims made* e introduzione dell' obbligo di copertura assicurativa per lo svolgimento di determinate attività professionali, che costituiscono il campo in cui tali clausole hanno trovato più ampio utilizzo nonché allo stesso tempo le maggiori criticità. Partendo dal presupposto che l' introduzione di un obbligo di questo genere viene regolamentato nell' intenzione del legislatore al fine offrire ai terzi una tutela maggiormente strutturata rispetto al patrimonio del singolo professionista in questione a fronte di eventuali suoi comportamenti pregiudizievoli e dunque con una *ratio* di tutela sociale[173], si deve cercare di ridurre al minimo le falle di un siffatto sistema dal momento che in caso contrario il terzo, nel cui interesse è istituita la norma, si troverebbe a dover rispondere a sue spese del danno che gli viene cagionato qualora il patrimonio del professionista risultasse incapiente; in tal senso appare appropriato il pensiero della Suprema Corte che sancisce come "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"[174]. Tale tipologia di rischio è particolarmente presente se viene adottato la clausola cd. mista o spuria ma è presente anche se viene adottato il regime puro con il rischio di trovarsi privo di copertura nel passaggio da una polizza ad un altro e con il rischio o di vedersi escluso l' evento oggetto di plausibile futura richiesta di indennizzo o di vedersi il contratto annullato per reticenza *ex* art. 1892-1893 c.c. Eventuali rimedi per evitare di arrecare un tale pregiudizio ai terzi possono essere rappresentati dalla concessione di periodi ultrattività (sebbene in genere non superano i 10 anni ovvero nulla più del termine di prescrizione ordinario) o dalle *deeming clause* che consentono di accogliere quelle richieste pervenute anche dopo la cessazione della polizza purchè i fatti incriminati siano denunciati in corso di validità del contratto. Inoltre con la *deeming clause* viene garantito all' assicurato la facoltà di cambiare assicurazione senza correre il rischio di veder venire meno la copertura, superando dunque un elemento fortemente pregiudizievole per l' assicurato, il quale qualora avesse deciso di cambiare compagnia avrebbe potuto trovarsi nella situazione in cui il nuovo assicuratore non accettasse il rischio relativo a determinati fatti suscettibili di comportare una futura richiesta risarcitoria e per

[172] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 663
[173] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 663
[174] Cass. SS.UU, 6 maggio 2016 n. 9140, in *Danno e resp.,* 10/2016 p. 929

tali fatti non avrebbe nemmeno più dovuto rispondere il precedente assicuratore in quanto non più attiva la polizza. Tali contromisure sarebbero pertanto provvedimenti necessari per garantire l' efficacia della copertura assicurativa, specialmente ove presente un regime di obbligatorietà, e in tal senso sarebbe non solo opportuno ma necessario un intervento per renderne almeno alcune obbligatorie insieme ad una disciplina minima contrattuale che consenta adeguata tutela non solo agli assicurati ma anche agli stessi terzi ed allo stesso tempo garantendo di superare positivamente la valutazione di meritevolezza; và altresì segnalato che un' operazione di questo tipo è già in atto sia per le professioni sanitarie che per gli avvocati ma l' auspicio è quello che possa in futuro essere esteso anche ad altre categorie professionali.

3.3) Parametri di valutazione della meritevolezza e conseguenze della relativa nullità

La novità introdotta dalla Suprema Corte relativa al giudizio da esprimere caso per caso viene accompagnata da una serie di criteri che dovrebbero fungere da strumento di supporto nell' orientare le scelte dei giudici di merito onde evitare un' insieme di pronunce dalle posizioni più disparate come accaduto nella giurisprudenza precedente. Oltre al già citato parametro della tipologia di clausola adottata, sono stati indicati come riferimenti nello scrutinio di meritevolezza: l' asimmetria informativa tra le parti, che richiede un' adeguata informativa al contraente non predisponente; l' incisione della libertà contrattuale del cliente non predisponente come effetto riflesso delle condizioni della stipula; le circostanze relative al caso concreto, con specifica menzione per quanto attiene al premio pagato dall' assicurato[175]. Poste queste linee guida che rimangono comunque difficili da applicare concretamente nella pratica, rimane da capire come i giudici debbano agire per addivenire al giudizio di meritevolezza di tutela della deroga al regime legale previsto dall' art. 1917 c.c. e individuato dal legislatore come tale da configurare il più equilibrato assetto di interessi. I giudici di merito dovranno dunque verificare due elementi essenziali per poter formulare un giudizio: - se vi sono interessi meritevoli di tutela dell' assicuratore per modificare tale assetto di interessi; - se la tutela di questi interessi comporta un giusto *trade off* con i vantaggi compensativi per l' assicurato[176]. Interesse principale delle compagnie è quello di non rimanere esposte per sinistri che potranno essere denunciati dopo

[175] U. CARNEVALI, *La clasuola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, p. 768
[176] U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 768

molti anni ed esso è considerato meritevole di tutela per una gestione finanziaria efficace[177]. E' da capire invece, di volta in volta, quale dovrà essere il vantaggio compensativo da mettere in contropartita per l' assicurato: in tal senso le soluzioni possono essere diverse in funzione principalmente della tipologia di attività svolta e della responsabilità che ne consegue nonché le relative tempistiche in cui può emergere il danno; inoltre può dipendere dalla situazione specifica del singolo professionista, dal momento che per un professionista il quale ad esempio lavora da venti o dieci anni sarà opportuna una determinata retroattività, mentre per uno che ha appena iniziato l' attività la retroattività non servirebbe a nulla ma potrebbe essere vantaggioso un periodo di ultrattività o l' inserimento di una *deeming clause.* Alla luce di tali elementi si può intendere come un equilibrio in grado di bilanciare i contrapposti interessi sia rinvenibile solo di caso in caso costruendo la polizza sulle specifiche esigenze del contraente onde superare il *gap* iniziale dettato dalla mancata adozione dello schema *loss occurrence* e superare così il giudizio di meritevolezza; qualora invece venissero adottate delle clausole standard senza alcuna aderenza al rischio specifico sarà complicato sia superato l' appena introdotto scrutinio e dunque sarà inevitabile un giudizio di invalidità. Anche su questo tema la Corte entra nel merito per chiarire quali debbano essere le conseguenze relative alla dichiarazione di nullità per immeritevolezza, dato che anche su tale tema si erano palesate opinioni contrastanti. La soluzione a cui i giudici sono pervenuti prevede l' identificazione di una nullità parziale con l' effetto di sostituire lo schema concordato dalle parti con il regime legale, ovvero *loss occurrence*, in applicazione analogica dell' art. 1419 c. 2 c.c. il quale dispone la sostituzione automatica della clausola nulla con lo schema legalmente previsto in caso di norma inderogabile[178]. Tuttavia, esso può, appunto per via analogica, essere applicato anche a tali casistiche al fine di tutelare opportunamente l' assicurato che, nel caso la nullità fosse estesa all' intero contratto, si troverebbe nell' assurda situazione di non avere alcuna copertura ed al più di poter ottenere il rimborso del premio pagato. Più complesso è invece il tema inerente il chi sia legittimato a rilevare la nullità della clausola e soprattutto se essa sia rilevabile o meno d' ufficio; vi possono infatti essere casi in cui la declaratoria di nullità può essere contraria agli interessi dell' assicurato qualora la polizza sia in grado di coprire un determinato evento non coperto da altra polizza sebbene essa non configuri un equilibrato assetto di interessi nella sua concreta formulazione: in tali casi il giudice non dovrebbe rilevarne la nullità in funzione di una finalità di tutela del contraente debole (che pur

[177] P.CORRIAS, *op. cit.,* p. 658
[178] M.GAZZARA, *op. cit.*, p. 946

sempre si trova in posizione di asimmetria informativa nonché di squilibrio tra reciproci obblighi contrattuali) come previsto per le cd. nullità di protezione, generalmente applicate nei rapporti di consumo ma che vengono utilizzate anche in particolari rapporti tra imprese squilibrati[179]. Nel caso opposto invece, ovvero nella situazione in cui l' eventuale nullità fosse favorevole all' assicurato, il giudice sarebbe legittimato a rilevare la nullità contrariamente a quanto disposto nell' altro caso. E' evidente che un quadro così costruito comporti un pregiudizio particolarmente rilevante nei confronti delle compagnie che si troverebbero in balia dei contraenti i quali sarebbero così liberi di far agire la copertura *claims* o *loss* sulla base della loro convenienza[180]. Seppur è presente il rischio di un una protezione forse eccessiva verso l' assicurato, anche in virtù del fatto che si parlerebbe di professionisti che come tali non godono delle tutele previste dal codice del consumo, sono le stesse Sezioni Unite che riconoscono come tali soggetti siano esposti a una strutturale asimmetria informativa nonché costituiscano parte contrattuale debole con la minima capacità di incidere sul contenuto del contratto oltre al fatto che tale debolezza "non sarebbe di per sé problematica se vi fosse chiarezza dal lato dell' offerta circa le caratteristiche del prodotto assicurativo e se il mercato fosse sufficientemente competitivo da garantire al consumatore possibilità di scelta tra diverse alternative"[181]. Condizioni entrambe disattese dal mercato, la prima per il posizionamento di esse nelle condizioni contrattuali (spesso non nell' oggetto contrattuale come già visto) e per la scarsa comprensibilità che le caratterizza rispetto a chi non si affaccia professionalmente a tale materia, la seconda dal fatto che è praticamente introvabile sul mercato una polizza *loss occurrence* per poter operare anche un reale confronto di premi in virtù della diversa estensione di garanzia[182], situazione peraltro aggravata dal fatto che per tali soggetti è stato introdotto il più volte menzionato obbligo di copertura assicurativa con le conseguenti problematiche di cui si è detto sopra.

3.4) Le prime applicazioni giurisprudenziali

A seguito dell' importante pronuncia appena analizzata è lecito attendersi un significativo impatto sul contenzioso, specie in riferimento al mancato accoglimento delle richieste presentate tardivamente rispetto alla vigenza della polizza che finora era stato una costante nella

[179] M.GAZZARA, *op. cit.*, p. 947
[180] M.GAZZARA, *op. cit.*, p. 948
[181] MONTI, *Buona fede e assicurazione,* Milano, 2002, p. 24
[182] M.GAZZARA, *op. cit.*, p. 948

giurisprudenza ma che ora andrà valutato di caso in caso sulla base del giudizio di meritevolezza. Le prime casistiche giurisprudenziali in riferimento a tale scrutinio si sono espresse sia in un senso che nell' altro. In particolare ne hanno riconosciuto la meritevolezza:

- tribunale di Genova con sentenza del 1 giugno 2016[183]: oggetto di discussione erano alcune polizze stipulate dall' Università per i propri dirigenti con clausola *claims made,* una dotata di retroattività illimitata e postuma quinquiennale mentre le altre la medesima postuma ma retroattività pari a due anni; nonostante ciò le stesse non sono state attivate in quanto la richiesta di risarcimento è pervenuta fuori dai termini. Il giudice ha confermato l' equilibrio contrattuale, a prescindere da una concreta valutazione del premio pagato, basandosi sulla causa dello stesso e sulla asimmetria informativa essendo tali contratti "stipulati con dirigenti addetti e pratici di assicurazioni"[184].
- tribunale di Napoli con sentenza del 20 giugno 2016[185]: è stata valutata una *claims made* con retroattività triennale e si è giunti ad un giudizio di meritevolezza nonostante la polizza non sia stata attivata in quanto la richiesta risarcimento è pervenuta oltre i termini di vigenza del contratto. La considerazione svolta è stata quella di ritenere meritevole il contratto in quanto il vantaggio della copertura pregressa è stato ritenuto tale da giustificare la mancanza di copertura dopo la scadenza del contratto in virtù della continuità delle prestazioni erogate dall' assicurato.

Con altre sentenze i giudici si sono spinti ad affermare la non meritevolezza delle specifiche clausole, talvolta anche con soluzioni piuttosto creative:

- tribunale di Milano 9 giugno 2016[186]: con tale sentenza il giudice ritiene nulla in quanto immeritevole una *claims made* la quale prevedeva che sia la richiesta risarcitoria sia l' errore professionale, nel caso di specie si trattava di un geometra, fossero pervenuti nel medesimo periodo ovvero in vigenza del contratto assicurativo (con una lieve eccezione inerente la semplice attività di progettazione) non offrendo di fatto praticamente alcuna pregressa; il tutto a fronte di un premio annuo pari a € 475,00 ritenuto eccessivo rispetto alla remotissima possibilità che i due eventi sopra citati potessero manifestarsi nel

[183] V.ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite,* in *Danno e resp. , 10/2016,* p. 957
[184] V.ALLAVENA, *op. cit.,* p.958
[185] V.ALLAVENA, *op. cit.,* p. 958
[186] V.ALLAVENA, *op. cit.,* p. 958

medesimo periodo assicurativo. A fronte di tale nullità il giudice prospetta la sostituzione con il regime legalmente previsto salvo poi avventurarsi in un costrutto creativo che non rispecchia assolutamente quanto previsto dal modello *loss occurence* pur nel tentativo di concedere l' opportuna tutela alla parte contrattuale debole*;* esso infatti dispone che la polizza sia operante non solo per le richieste presentate in corso di validità del contratto ma anche per i sinistri eventualmente avvenuti nei dieci anni precedenti, rientrando così in copertura lo specifico caso in oggetto. In questo modo il giudice applica un regime del tutto peculiare, in cui emerge il rischio di come la discrezionalità concessa da tale scrutinio possa sacrificare il sindacato di meritevolezza, soprattutto in assenza di criteri dirimenti chiari e certi, trasformando il contratto in un mero giudizio di convenienza a favore dell' una o dell' altra parte[187]. Esso costituisce oltretutto una distorsione che rischia di minare profondamente il corretto svolgimento dell' attività assicurativa e un' adeguata profilazione del rischio da parte degli assicuratori dal momento che in questo modo a parità di premio pagato viene completamente modificata l' estensione del rischio assicurato, non garantendo così nemmeno alle compagnie il necessario affidamento nei contratti assicurativi stipulati strumentale per un attività che richiede certezza *in primis* per una corretta tutela dei soggetti terzi.

- tribunale Monza 16 giugno 2016[188]: è stata sancita la non meritevolezza di uno schema *claims made*, dotato di postuma pari a sei mesi e pregressa non specificata dalla sentenza; la polizza è stata rinnovata più volte ed è scaduta il 31 dicembre 1999 a fronte di un sinistro avvenuto nel 1997 a cui è conseguita la presentazione della richiesta risarcitoria nel giugno del 2006. In questo caso il giudice non si sofferma sull' entità del premio ma ravvisa l' immeritevolezza in quanto non vi sarebbe la necessaria corrispettività tra premio pagato e diritto di indennizzo. Rimarrebbe da capire se il giudice di fatto sia intervenuto sulla polizza in essere nel 1999 (così prevedendo sia l' estensione della postuma che una pregressa) o su quella del 1997, come pare più ragionevole, così limitandosi a sostituire il *regime claims* made con il *loss occurrence*. Nulla viene infine detto circa il rapporto di asimmetria informativa tra le parti che non pare così oggettivo dal momento che la controparte è costituita da una banca i cui preposti dovrebbero essere in possesso delle informazioni necessarie.

[187] M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite,* in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 971
[188] V.ALLAVENA, *op. cit.,* p. 958

In questi casi dunque è possibile notare come i giudici nell' applicare quanto espresso dalle Sezioni Unite della Suprema Corte non riescano ancora a tracciare un *iter* inequivocabile e scevro da incertezza e perplessità, *in primis* poiché i parametri dettati dalla Corte per addivenire al giudizio di meritevolezza, pur venendo presi in considerazioni dai giudici di merito di volta in volta coinvolti, lo sono stati con modalità e secondo modulazioni ed intensità differenti che hanno visto emergere talvolta un criterio talvolta un altro senza determinare così un metodo indiscusso e inequivocabile che sia in grado di generare sicurezze nelle parti coinvolte. Ad aggravare il quadro vi sono state talune sentenze[189] in cui addirittura la valutazione di meritevolezza è stata completamente omessa nonostante l' attualità di quanto espresso dalla Cassazione e si ritorna così ancora alle considerazioni circa la derogabilità dello schema legale *ex* art. 1917 c.c. , ai giudizi sulla vessatorietà o alla compatibilità con l' art. 1895 c.c. Come si evince il contesto, sebbene il giudizio delle Sezioni Unite sia ancora decisamente recente, non è ancora stato razionalizzato e gli scenari in cui purtroppo risulta possibile imbattersi sono molteplici non sembrando così tale la portata della sentenza da riuscire a dirimere le perplessità che caratterizzano la questione sebbene, in attesa di nuovi interventi legislativi chiarificativi, vi sia la speranza che si formi una giurisprudenza radicata in grado di dettare dei parametri uniformemente adottati al fine di poter garantire maggior coerenza tra le pronunce dei diversi giudici di merito coinvolti.

4) Alcune ulterori riflessioni sul claims made

Dopo l' *excursus* sulle svariate e controverse posizioni giurisprudenziali emerse negli anni più o meno recenti ed alla luce degli ultimi orientamenti della Cassazione, ultimo ma non per importanza proprio quello appena analizzato espresso dalle Sezioni Unite, pare decisamente auspicabile un definitivo intervento del legislatore per chiarire, una volta per tutte, la natura, la validità ed i confini della clausola *claims made* non potendo affidare ogni decisione in merito alla sola attività interpretativa dottrinale e giurisprudenziale. Il contesto del settore della responsabilità civile professionale è infatti caratterizzato da un lato dalla recente introduzione dell' obbligatorietà della polizza di responsabilità civile per i professionisti e dall' altro da una prassi assicurativa che ormai vede spodestato il sistema *loss occurrence* a vantaggio di quello *claims*

[189] Trib. Milano 7 luglio 2016, Trib. Milano 8 luglio 2016, Trib. Monza 18 luglio 2016, Trib. Benevento 31 maggio 2016 in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 959

made. Nonostante le correnti già ampiamente analizzate, che sostengono chi la vessatorietà del *claims made* chi la contrarietà alla normativa sulla concorrenza e sull' abuso di dipendenza economica e nonostante la sentenza della Cassazione del 17 febbraio 2014 n. 3622 che pareva gettare nuove ombre sulle questioni, si può confermare ancora una volta, in virtù delle ultime sentenze della Suprema Corte nonché alla luce di quanto espresso dalle Sezioni Unite e soprattutto alla luce di quanto proposto effettivamente dagli assicuratori sia in Italia che in Europa, la validità di siffatta clausola i cui confini però devono essere adeguatamente delimitati onde evitare un contesto di incertezza sugli effetti del contratto in funzione della decisione assunta di volta in volta dai giudici, che danneggia sia le compagnie sia gli assicurati sia soprattutto gli stessi terzi di volta in volta coinvolti e che risulta palesemente in contrasto con il principio di trasparenza più volte sancito dal legislatore stesso anche nel codice delle assicurazioni. Il legislatore avrebbe anche avuto l' occasione per regolamentare tale questione proprio nel momento in cui è stato introdotto l' obbligo per i professionisti di assicurarsi per la responsabilità civile[190] ma non è stata colta dato che non è stato previsto *ex lege* un contratto, né ha introdotto l' azione diretta o l' obbligo a contrarre come già previsto ad esempio nel ramo rc auto; in questo modo, non essendoci alcuna prescrizione legislativa, tale obbligo è in un certo senso frustrato dalle clausole che di volta in volta possono limitare la garanzia o addirittura dal rifiuto a contrarre delle compagnie stesse danneggiando non solo i professionisti ma anche e soprattutto i terzi contraddicendo così la stessa principale *ratio* della normativa.

Si era altrimenti auspicato che ad intervenire fosse l' IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle assicurazioni) ovvero l' Autorità amministrativa indipendente che si occupa della vigilanza sul mercato assicurativo italiano, seguendo la traccia di quanto avviene in altri settori economici, tra cui specialmente quello bancario in cui si è assistito ad una sorta di delega per quel che concerne la disciplina dei modelli contrattuali dal legislatore ordinario all' organo di vigilanza del settore cui viene attribuita la facoltà di "prescrivere che determinati contratti o titoli abbiano un contenuto tipico determinato"[191] conferendo in questo modo "all' autorità amministrativa un potere di conformazione nell' attività negoziale nel settore, dettata certo con finalità di 'trasparenza' nell' operazione economica ma realizzata tramite lo strumento della tipizzazione e della complementare descrizione del contratto[192] così come accaduto per la Banca d' Italia cui è stato

[190] d.P.R. 7 agosto 2012 n. 137
[191] De Nova, *Trasparenza e connotazione,* in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ. ,* 1994, p. 935
[192] V. CUFFARO, *Descrizione legale e contenuto del contratto,* Milano, 2000, p. 4.

conferito il potere di decretare il contenuto standard di determinati tipi contrattuali[193]. Tuttavia l' IVASS pur nella sua continua attività di "conformazione nell' attività negoziale"[194] anche se di dubbia legittimità, non è ancora intervenuto per evitare che le polizze di responsabilità civile secondo lo schema *claims made* contengano determinate limitazioni di garanzia tali da danneggiare ingiustamente gli assicurati offrendo così nuove tutele a questi ultimi, sebbene ciò avrebbe comunque potuto comportare che o gli assicuratori coniassero nuovi modelli contrattuali a protezione dei propri interessi o ad un nuovo drastico aumento dei premi assicurativi. Anche per tali ragioni l' intervento dell' Autorità di Vigilanza non sarebbe forse comunque sufficiente per dirimere definitivamente la questione. Alla luce del prevedibile futuro aumento del numero delle polizze di responsabilità civile, conseguenza inevitabile del predetto recente obbligo, assume ancora maggior rilevanza la necessità di una disciplina precisa, idonea ad evitare ulteriori futuri conflitti tali da recare danno sia agli assicurati che ai terzi a causa di carenze di garanzie nei singoli contratti nonché l' aumento del contenzioso civile che già caratterizza a sufficienza il nostro Paese; pertanto non rimane che sollecitare un ulteriore intervento del legislatore, che probabilmente costituisce l' unica via di uscita da tale situazione di *impasse* in cui attualmente ci si trova bloccati, al fine di definire i confini di validità della clausola *claims made* e risolvere così le problematiche correlate che la stessa si presta ad originare. A riprova di ciò vi è anche il fatto che anche il tanto auspicato ed atteso intervento delle Sezioni Unite della Cassazione, riservato ad argomenti di particolare complessità ed impatto, non è stato capace di dirimere definitivamente la questione come appare dalle sentenze che abbiamo visto esserne conseguite nonostante sia indubitabile che si possa trattare di un passo in avanti sebbene forse con un certo ritardo alla luce della evidente conflittualità tra le sue stesse precedenti pronunce. Vengono infatti, si spera definitivamente, superate le questioni inerenti le presunte nullità e vessatorietà, le quali hanno portato negli anni ai giudizi più disparati ed assolutisti tali da generare profonda confusione; viene invece introdotto questo nuovo criterio valutativo della clausola ovvero appunto il giudizio di meritevolezza che consente di tenere in considerazione il concreto assetto di interessi definito dal contratto in funzione della specificità della singola situazione al fine di decretarne la giustificabilità o meno evitando così un giudizio a priori. Come si è potuto constatare tuttavia è innegabile e difficilmente eliminabile l' arbitrio che viene anche in questo caso concesso al giudice di merito nella valutazione della specifica fattispecie, il quale non può che condurre ad un quadro variegato,

[193] Art. 117 c. 8, T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia – d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385
[194] A. MAGNI, *op. cit.,* p. 1076

soprattutto alla luce del fatto che i parametri da applicare al giudizio indicati dalle Sezioni Unite non sono rigorosamente chiari nelle loro modalità applicative e nella pratica delle più immediate seguenti sentenze sono stati utilizzati in modo e con priorità differenti di caso in caso pervenendo così a soluzioni divergenti sulla base degli elementi considerati. In questo senso dunque nonostante le problematiche ancora persistenti a causa di tale discrezionalità pare si possa affermare che, rispetto al passato, la situazione sia più chiaramente definita e in un certo senso razionalizzata con indubbi vantaggi in termini di certezza ed affidamento nel sistema. Allo stesso tempo è pur vero che, a fronte dell' ampia discrezionalità attribuita ai giudici per valutare la meritevolezza o meno sulla base di un giudizio sostanzialmente economico dell' operazione, sarà ragionevole aspettarsi una crescita ulteriore del contenzioso in essere con particolare riferimento alle richieste risarcitorie presentate tardivamente[195], le quali una volta erano pacificamente accolte mentre ora saranno da considerare sulla base della configurazione del caso specifico; tali incertezze circa il modello da adottare e i conseguenti rischi in termini di somme da accantonare non potranno che riflettersi in ultima istanza su una lievitazione generale dei premi assicurativi a tutto svantaggio degli assicurati, minando la ragione stessa che aveva condotto all' adozione del modello *claims made* ovvero la formazione di un mercato assicurativo professionale i cui costi fossero economicamente sostenibili per entrambe le parti contrattuali coinvolte. Le maggiori problematiche tuttavia persistono sul tema dei rimedi da applicare qualora sia ravvisata l' eventuale immeritevolezza: la traslazione automatica infatti dal modello *claims made* a quello *loss occurrence* porta con sé un completamente innovato assetto contrattuale sulla base del fatto che viene concessa una garanzia assicurativa profondamente diversa e senza dubbio relativa ad un arco temporale ben più esteso rispetto a quanto in precedenza concordato a fronte di un premio che rimane quello calcolato con l' adozione della clausola *claims made* e che pertanto ne risulta assolutamente non proporzionato. Nonostante vi fosse chi sosteneva che la ravvisata immeritevolezza potesse comportare la rimozione dell' intero contratto, sebbene la mera restituzione del premio versato non poteva certo ritenersi un rimedio efficace per il contraente, e chi invece affermava che la soluzione andasse inquadrata sul piano dei rimedi risarcitori[196](anche alla luce delle stringenti regole procedurali che caratterizzano il collocamento dei prodotti assicurativi come i doveri di correttezza, trasparenza, adeguata informativa già più volte richiamati e la cui violazione può comportare rimedi risarcitori i cui effetti sul piano dell' equilibrio del

[195] M.GAZZARA, *op. cit.,* p. 951
[196] M.HAZAN, *op. cit.,* p. 960

contratto paiono quelli che le Sezioni Unite perseguivano), la Cassazione ha invece optato per la nullità della singola clausola atipica che viene pertanto sostituita dallo schema codicistico previsto dall' art. 1917 c.c.

L' evidente squilibrio che tale soluzione comporta è stato pienamente percepito dalle Sezioni Unite che tuttavia hanno inteso privilegiare gli interessi degli assicurati (e di conseguenza dei terzi coinvolti) assumendo un atteggiamento protezionistico[197] tale da mantenere in essere il contratto pur a fronte della rilevante rettifica di cui sopra. Tale opzione adottata in una logica di conservazione del contratto si dimostra senza dubbio punitiva e lesiva degli interessi delle compagnie e di conseguenza pericolosa per lo stesso stato di salute generale del mercato assicurativo[198], nonostante il comprensibile intento di fungere oltre che da mero correttivo anche e soprattutto quale deterrente per le compagnie stesse qualora intendessero formulare un contratto non rispondente agli interessi concreti degli assicurati, che sono pur sempre controparte contrattuale debole, con la conseguenza di prevedere un nuovo equilibrio contrattuale particolarmente pregiudizievole in capo agli assicuratori in modo che ciò possa rivelarsi come un effettivo incentivo a costituire un assetto contrattuale bilanciato in funzione degli specifici interessi coinvolti ed osservando con rigore i doveri comportamentali sia in fase precontrattuale che nella gestione del contratto evitando così evidenti problematiche correlate alla presentazione di future richieste risarcitorie ed a riserve da stanziare maggiori rispetto a quelle già accantonate che potrebbero rendersi necessarie a seguito dello stravolgimento imposto dal giudice al contratto. Questo assume particolare rilevanza specialmente alle luce del recepimento del regime *Solvency II*[199] che pone particolari requisiti di solvibilità e capitalizzazione in funzione dei rischi assunti e che dunque potrebbero comportare dei controeffetti non da poco in capo alle compagnie nel caso di cambio del regime adottato ad opera delle corti di merito che pertanto dovranno prendere atto della forte responsabilizzazione sul tema cui sono soggette[200]. Allo stesso tempo è inevitabile in un sistema così strutturato che persistano degli elementi di discrezionalità che mal si conciliano con i requisiti di certezza e affidamento richiesti dal sistema assicurativo e che anche nella più totale buona fede è pur sempre presente il rischio di non addivenire ad un reale bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte o di trovarsi in disaccordo coi giudici sull' eventuale giudizio di meritevolezza. Proprio alla luce di tali elementi e nonostante la più recente

[197] M.GAZZARA, *op. cit.,* p. 948
[198] M.MAZZOLA, *op. cit.,* p. 20
[199] D.Lgs. 12 maggio 2015 n. 74 che recepisce la direttiva 2009/138/CE
[200] M.HAZAN, *op. cit.,* p. 975

pronuncia della Cassazione qui analizzata emerge ancora una volta l' importanza di un nuovo e già auspicato intervento legislativo, già in qualche modo in corso per alcune categorie professionali, tale da integrare quanto già fino ad oggi regolamento in modo da fissare finalmente i connotati e i requisiti minimi che un determinato contratto assicurativo deve possedere risolvendo così gran parte delle incertezze che hanno caratterizzato fin qui il sistema e riducendo al contempo il numero delle possibili future controversie; questa operazione, oltre a garantire l' accessibilità economica al sistema, ne garantirebbe soprattutto la stabilità e sarebbe accettabile anche a fronte di un eventuale lieve aggravio dei costi purchè adeguatamente compensato, e correttamente spiegato ai potenziali assicurati, da un rafforzamento della garanzia offerta[201].

Capitolo quattro

L' ASSICURAZIONE DI RESPONSABILITA' CIVILE IN AMBITO PROFESSIONALE

1) Premessa

Il settore della responsabilità civile professionale rappresenta un mercato destinato ad una futura importante espansione sia in Europa sia in Italia vista anche l' introduzione dell' obbligatorietà dell' assicurazione di responsabilità civile per i professionisti e viste le incertezze che ne hanno fino ad ora caratterizzato il modello *claims made*, su cui è ormai fondata la totalità delle coperture professionali, e che sembrano finalmente superate dagli ultimi orientamenti della Cassazione e dai recenti provvedimenti legislativi settoriali. La nostra trattazione tuttavia si sofferma su questa tipologia di contratti piuttosto che su altre forme contrattuali che adottano il meccanismo *claims made* (come ad esempio la rc prodotti o la rc per danni da inquinamento) non solo per il loro prevedibile futuro esponenziale aumento in termini numerici con il conseguente impatto sulla vita socio-economica globale ma anche perché questi contratti sono in larga parte stipulati da

[201] M.GAZZARA, *op. cit.,* p. 952

professionisti singoli o comunque studi associati di medio/piccole dimensioni che non hanno la possibilità di negoziare le condizioni contrattuali delle relative polizze, come può invece accadere nel caso di grosse aziende dotate di propri uffici assicurativi o comunque legali maggiormente edotti sul settore ed in possesso di una forza contrattuale (anche in virtù degli ingenti premi versati alle compagnie) tale da poter addivenire ad un punto di incontro o comunque ad una reale e concreta contrattazione con gli assicuratori. Essi sono così 'costretti' ad accettare delle condizioni standard predisposte unilateralmente dalle compagnie ed offerte in tale formato ad intere categorie professionali senza la reale possibilità di rinvenire sul mercato, in cui le condizioni tra prodotti equiparabili tendono ad essere molto simili, una polizza sul modello *loss occurrence* anche qualora essi la ritenessero maggiormente confacente alle loro specifiche esigenze assicurative. In un tale contesto che pone la maggior parte dei professionisti in una situazione di effettiva 'inferiorità' rispetto alle compagnie, sebbene essi non siano assimilabili alla stregua di consumatori, è dunque fondamentale essere pienamente consapevoli del prodotto che si va a sottoscrivere, delle relative caratteristiche tecniche e dei meccanismi che lo regolano onde evitare di incappare in spiacevoli situazioni di carente assicurazione, cosa che si potrebbe evitare attraverso una migliore conoscenza dell' ambito assicurativo di riferimento, che fa pur sempre parte della propria attività professionale, ma che nella realtà dei fatti è spesso mera utopia vista l' ampia incompetenza nel settore sia da parte degli assicurati che talvolta degli stessi intermediari assicurativi.

Le polizze di responsabilità civile professione dovrebbero fungere da protezione a difesa del patrimonio del libero professionista nel caso di errori, omissioni o negligenze inerenti l' esercizio della propria attività professionale che possano provocare danno a terzi. Negli anni si è assistito all' inasprimento del contenzioso tra professionisti e clienti, nonostante la cosiddetta *malpractice* professionale nel nostro Paese si sia sviluppata con un certo ritardo rispetto alle esperienze di altri Paesi europei e sia emersa in tutta la sua portata nel settore della sanità (con le gravi conseguenze che approfondiremo in seguito) mentre ancora pare agli inizi negli altri settori professionali a confronto con l' *iter* avvenuto in altri Paesi[202]. L' aumento di denunce nei confronti dei professionisti può certamente essere spiegato da un lato con la maggiore consapevolezza dei clienti per quel che riguarda i propri diritti resa possibile da una crescente facilità nell' accedere alle informazioni soprattutto tramite internet, dall' altro si deve rilevare l' ampliamento dei diritti e

[202] P. GARONNA, *L' assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive,* in *Ass.,* 2012, p. 630

dei risarcimenti riconosciuti dai tribunali[203]. Questo senz' altro dovrebbe portare ad un più efficace funzionamento dei sistemi professionali e ad una maggiore tutela dei consumatori, ma d' altro canto porta con sé il rischio inevitabile di frodi e speculazioni[204]. L' immediata conseguenza dell' aumento del contenzioso è infatti proprio l' aumento dei costi delle coperture, sia a causa dell' aumento dei costi per i risarcimenti sia dei costi indiretti per le attività che le compagnie devono mettere in atto per tutelarsi. Come in un circolo vizioso alla crescita dei costi consegue una riduzione della domanda da parte dei professionisti che peraltro nel nostro Paese, in cui non è particolarmente radicata la cultura assicurativa, spesso percepiscono la polizza come non strettamente necessaria, sebbene proprio tale costo dovrebbe rimanere alla portata del professionista in modo da garantire la possibilità di sottoscrivere una copertura che gli consenta di non dover accantonare somme per risarcire eventuali futuri danni e soprattutto garantisca la tranquillità necessaria per svolgere nel miglior modo la propria professione[205], adempiendo così a pieno a quella che è la *ratio* dello strumento assicurativo.

L' Italia alle polizze di responsabilità civile professionale è storicamente arrivata con un certo ritardo rispetto ad altre esperienze europee, basti pensare che ad esempio in Francia tale assicurazione è obbligatoria per gli architetti dal 1943, per i notai dal 1956 ma addirittura i primi dibattiti in ambito giurisprudenziale risalgono al 1835 con una sentenza della Cassazione francese che condanna un medico per responsabilità professionale. Nel nostro Paese invece, i dati ANIA agli inizi degli anni '90 denotavano una situazione molto frammentata in cui erano pochi i professionisti ad avvalersi dello strumento assicurativo: il 50% tra i medici, il 15% dei notai, il 25% dei commercialisti, 3% tra gli avvocati e il 15% tra ingegneri ed architetti. Come già anticipato il settore è in forte sviluppo in Europa tant' è che una ricerca Finaccord stima che nei seguenti dieci paesi europei - Austria, Belgio, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi, Polonia, Spagna, Svizzera e Regno Unito – si avrà una raccolta complessiva di 7,5 miliardi di euro entro il 2017 nel mercato delle assicurazioni professionali, proseguendo così uno sviluppo che ammontava a 6,78 miliardi di euro di premi nel 2013 e di 6,15 nel 2009 negli stessi paesi con una raccolta che aveva visto crescere i premi incassati tra il 2009 e 2013 in tutti i Paesi analizzati eccetto la Spagna e che aveva i principali attori rispettivamente in Regno Unito, Germania e Francia[206].

[203] P. GARONNA, *op. cit*,, p. 630
[204] P. GARONNA, *op. cit.*, p. 631
[205] P. GARONNA, *op. cit.*, p. 632
[206] *RC professionale: in Europa un mercato da 7,5 mld nel 2017*, 9 gennaio 2014, in *www.assinews.it*

Da questi dati è possibile evincere come i numeri indichino che anche nel nostro Paese il settore sia in espansione, come confermato anche dal dott. Maurizio Ghilosso, amministratore delegato di Dual Italia S.p.A. , il quale afferma che dai suoi dati il mercato assicurativo italiano della rc professionale contava a fine 2013 900mila professionisti ed i tassi di crescita di questo mercato sono degni di nota, dal 2006 al 2010 si è registrato un tasso del 3% anno su anno al netto del mondo sanitario ed era previsto un incremento ulteriore della crescita del 6% dal 2010 al 2014[207] anche alla luce dei nuovi obblighi normativi introdotti. Tali dati seppur importanti ed indicatori della via intrapresa non possono comunque lasciare gli operatori pienamente soddisfatti: i professionisti iscritti ad albi professionali ammontano a circa due milioni in Italia, evidenziando come una grossa fetta di mercato non abbia ancora stipulato alcuna copertura assicurativa, anche a causa di una legge sull' obbligatorietà introdotta a partire dal 2012 ma non certo dotata di quell' efficacia che avrebbe invece dovuto avere per regolamentare adeguatamente il settore.

2) I professionisti e la loro responsabilità

Sono definiti professionisti coloro che esercitano professioni intellettuali, ovvero attività da sempre contraddistinte per via del loro preminente carattere intellettuale tale da richiedere adeguati studi, preparazione tecnica e cultura nonchè un' idoneità in termini di requisiti non solo da un punto di vista didattico ma anche morale, in genere prescritta da codici deontologici previsti dai rispettivi ordini di riferimento. Il lavoro intellettuale ha storicamente sempre avuto un' altissima considerazione tanto da essere posto al vertice della piramide sociale dallo stesso Adam Smith il quale sentenziava che "noi affidiamo la nostra salute al medico, la fortuna e talvolta anche la vita e la reputazione all' avvocato e al procuratore. Tanta fiducia non si potrebbe sicuramente riporre in persone di bassa condizione o *status* sociale". La situazione dei professionisti è oggi profondamente mutata, con i suoi pro e i suoi contro, non essendo più appannaggio esclusivo di una cerchia ristretta ma divenendo un fenomeno di massa tale da rappresentare l' eterogeneità dell' intera piramide e non più espressione del solo vertice della stessa[208]. Di fatto l' importanza universalmente riconosciuta di queste occupazioni ed i rispettivi privilegi, ha fatto sì che queste professioni costituissero una meta da perseguire per molti; inoltre il benessere economico degli ultimi decenni ha consentito a molti di potersi permettere gli studi allargando così enormemente

[207] *L'assicurazione obbligatoria dei rischi professionali: lo stato dell'arte*, 27 settembre 2013, in *www.assinews.it*
[208] P. GARONNA, *op. cit.,* p. 625

la platea, supportata anche dall' affermarsi dei principi della concorrenza e del libero mercato che consentono oggi di accedere alla maggior parte delle professioni. Vi è così stata un' esponenziale crescita nel numero dei professionisti; gli avvocati rappresentano il caso più emblematico in Italia se si considera che nel 1985 erano 48.327 e a fine 2015 sono arrivati a 237.132[209], ma questo *trend* vale anche per le altre categorie: basti pensare che tra il 2000 ed il 2009 le professioni economiche-giuridiche sono cresciute del 28% mentre quelle tecniche del 29%[210]. In parallelo si sviluppa un altro fenomeno ovvero quello della proliferazione delle categorie professionali: vi è infatti una richiesta continua di riconoscimento dello *status* di professione nei campi più disparati come, a mero titolo di esempio amministratori di condominio, grafici, pubblicitari, guide turistiche (e l' elenco potrebbe continuare dato che si contano nel nostro Paese circa duecento categorie ma la tendenza è in continua espansione), taluni dotati di propri albi ed associazioni di categoria ed altri invece no ma comunque tutti rivendicanti la professionalità della loro attività nonché un' idonea regolamentazione e tutela. L' aumento dei professionisti in generale ma soprattutto quello a dismisura delle tipologie professionali ha fatto sì che l' attività professionale perdesse quei connotati di moralità ed etica necessari in virtù dei servizi prestati e che li caratterizzavano rispetto alla normale attività d' impresa. In un contesto di questo tipo l' universalizzazione del modello professionale ha fatto sì che ne venisse minata la sua stessa specificità portando paradossalmente alla situazione opposta ovvero di perdita della professionalità e della considerazione dei servizi offerti; questo processo di normalizzazione del modello professionale ne fa perdere, oltre al prestigio particolare in precedenza riconosciuto, il senso stesso delle professioni e soprattutto l' imprescindibile fiducia che dovrebbe legare i professionisti al loro pubblico di riferimento, sicchè è proprio in tale ottica che è possibile ritenere si stia percorrendo una fase di crisi per il mondo delle professioni[211].

Sotto il profilo della responsabilità, il professionista intellettuale è solitamente chiamato a svolgere la propria attività sulla base di un contratto d' opera intellettuale siglato con il cliente nel momento in cui viene conferito il relativo incarico configurando così gli estremi di una responsabilità di tipo contrattuale che possa derivare dall' inadempimento o dall' inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto; tale contratto non deve essere necessariamente formale né oneroso (nel diritto romano l' onorario non era un corrispettivo per l'

[209] *www.laleggepertutti.it*
[210] G.REBECCA-I.ZANCONATO, *I redditi dei commercialisti e delle principali categorie di professionisti,* in *Il Commercialista Veneto, N. 203/204* - Settembre/Dicembre 2011
[211] P. GARONNA, *op. cit.*, p. 625

attività svolta ma come una donazione dal cliente in segno di gratitudine) ma può anche essere concluso per *facta concludentia*. Vi sono tuttavia dei casi in cui la natura contrattuale del rapporto viene meno a causa della tipicità stessa della prestazione (si pensi ad esempio ad un intervento d' urgenza di un medico) e in queste situazioni si può essere indotti a intravvedere i connotati di una responsabilità extracontrattuale con violazione del principio del *neminem laedere*. Tale distinguo è stato ormai oltrepassato da dottrina e giurisprudenza concordi nel ravvedere natura contrattuale nella responsabilità a carico del professionista intellettuale, dal momento che si configurerebbe una cosiddetta responsabilità da "contatto sociale"[212], sorta in ambito medico e qualificata non per un pregresso rapporto contrattuale tra le parti bensì di fatto originata proprio dal "contatto sociale"; i relativi obblighi di comportamento verso il cliente infatti sorgerebbero dal mero contatto con lo stesso, *in primis* l' affidamento nella corretta esecuzione della prestazione professionale (si pensi al caso sopracitato del medico che opera un intervento d' urgenza) dovendo così rispondere a titolo contrattuale dei danni cagionati nell' esercizio della propria attività. Il danneggiato dovrebbe così limitarsi a provare l' esistenza di un contatto o contratto e l' inadempimento del debitore (ovvero l' insorgere di una patologia o l' aggravamento di una preesistente) tale da cagionare un danno al primo, salvo poi che sarà il debitore stesso a dover dedurre le relative prove liberatorie *ex* art. 1218 c.c. (dimostrando che la prestazione è stata eseguita in modo diligente e che i sopraggiunti effetti negativi siano dovuti a cause a lui imprevedibili)[213]. L' assetto così costituito per la responsabilità dei medici è stato lo stesso utilizzato per le altre categorie professionali sebbene con alcune precisazioni: le altre figure professionali (avvocato, commercialista, architetto ecc…) intervengono infatti sulla base di un contatto con il cliente venendo così meno la *ratio* del contatto sociale ideato in ambito sanitario, rimane invece immutato l' onere della prova, ovvero il cliente dovrà dimostrare il titolo della prestazione ed il relativo inadempimento mentre la controparte dovrà opporre le eventuali prove liberatorie. Infine è da rilevare che i criteri da seguire nelle due ipotesi sono i medesimi, ovvero gli obblighi di diligenza, prudenza e perizia che connotano il "buon professionista" in ambito contrattuale sono gli stessi la cui violazione determina una responsabilità extracontrattuale dello stesso[214].

[212] M.FRANZONI, *La responsabilità professionale nel diritto civile,* in *Ass.,* 2012, p. 601
[213] Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Mass. Foro it.* , 2004
[214] MONATERI, *La responsabilità civile,* in *Tratt. Dir. Civ,* diretto da Sacco, III, Torino, 1998, p. 745 ss

Un ulteriore aspetto da approfondire in tema di responsabilità professionale è quello relativo alla natura dell' obbligazione del professionista, che in dottrina e giurisprudenza ha condotto alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Tale distinguo fonda la sue radici nel contenuto della prestazione del debitore: nelle obbligazioni di mezzi infatti l' adempimento è identificato nella condotta diligente tesa al raggiungimento del risultato da parte del debitore senza però poterlo garantire, in quelle di risultato invece l' adempimento si identifica con il risultato stesso e pertanto in caso di mancato raggiungimento l' inadempimento sarà inevitabile a prescindere dalla diligenza impiegata nell' esecuzione della prestazione. Questo assetto comporta delle conseguenze in termini di onere probatorio dal momento che l' inadempimento non può essere necessariamente legato al raggiungimento del risultato nelle obbligazioni e sarà il creditore che dovrà provare la scarsa diligenza del debitore rovesciando il sistema previsto *ex* art. 1218 c.c.

Le prestazioni delle professioni intellettuali sono storicamente rientrate tra le obbligazioni di mezzi dato che il raggiungimento del risultato, cui è mirata la prestazione, può spesso prescindere dalla diligenza impiegata nell' attività stessa da parte del professionista non rientrando direttamente nella sua sfera di controllo[215]; successivamente le prestazioni dei professionisti sono state divise a seconda dei casi tra obbligazioni di mezzi e risultato: si pensi ad esempio ad un medico che può provare un intervento di particolare difficoltà, rientrando nella prima categoria, o un semplice intervento di routine rientrando in questo caso tra quelle di risultato; lo stesso esempio si può fare per un ingegnere dove fa differenza se l' oggetto dei lavori siano gli interni di una casa o un ponte di particolare difficoltà per cui non ve ne siano già esempi in essere. Questo distinguo ha però generato diversi problemi dal momento che lo stesso professionista può imbattersi in obbligazioni di diverso tipo con la conseguente difficoltà ad inquadrare talvolta una prestazione in uno schema piuttosto che nell' altro. Questa distinzione, da sempre oggetto di discussione in dottrina, è stata ad oggi definitivamente superata con una pronuncia della Cassazione[216] datata 2005 la quale criticava la distinzione tra obbligo di comportamento e di risultato dal momento in cui anche nelle obbligazioni di mezzi è rinvenibile un risultato che può ad esempio essere rappresentato dall' eseguire tutte le regole e le pratiche previste per lo svolgimento di una determinata attività. In quest' ottica un " risultato è dovuto in tutte le obbligazioni, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato anche se in proporzione

[215] C.CAVAJONI, *La responsabilità del professionista intellettuale tra contratto e fatto illecito,* in *Resp. civ. prev.,* 2013, p. 310
[216] Cass. Sez. Un. 28 luglio 2005 n. 15781, in *Giur. it.* , 2006, p. 1380

variabile"[217] rimanendo la disciplina della responsabilità per inadempimento unitaria in ambo le situazioni, con il cliente che dovrà provare l' inesattezza dell' inadempimento e il professionista che dovrà dedurre le relative prove liberatorie.

2) L' obbligatorietà della polizza di responsabilità civile professionale

Dall' analisi del contesto generale sopra analizzato emerge chiaramente come il quadro in tema di responsabilità civile professionale nel sistema italiano abbia dei marcati connotati di arretratezza rispetto alle esperienze di altri Paesi Europei. Nel 2012 tuttavia è stato compiuto un passo importante verso lo sviluppo del settore delle libere professioni ovvero l' introduzione dell' obbligo per i professionisti di stipulare idonea assicurazione per i rischi derivanti dall' attività professionale e a comunicare al cliente gli estremi della polizza al momento dell' affidamento dell' incarico. La riforma sugli ordinamenti professionali nacque nel 2009 su sollecito dell' Autorità garante della Concorrenza e del Mercato in ottemperanza ai principi concorrenziali stabiliti dalla precedente riforma Bersani (d.l. n.223/2006 convertito dalla l. n. 148 del 2011). Il d.l. n. 138/2011 convertito dalla legge n. 148/2011 ha definito i caratteri che doveva assumere la riforma delle professioni regolamentate (tra cui appunto l' obbligo di apposita polizza assicurativa) che sarebbe stata poi approvata entro un anno dal già menzionato decreto. Si perviene così al regolamento che riforma gli ordinamenti professionali, ovvero il d.P.R. 7 agosto 2012 n. 137 che ha prescritto all' art. 5 l' obbligo di cui sopra, precisando al comma 3 che esso sarebbe divenuto operativo decorsi 12 mesi dall' entrata in vigore del d.P.R. stesso pertanto a partire dal 15 agosto 2013 prorogando così di un anno l' entrata in vigore dell' obbligatorietà. La norma è riferita ai soli professionisti che risultino iscritti ad un apposito albo di riferimento, i quali dovranno comunicare ai relativi clienti l' esistenza di una polizza assicurativa e il relativo massimale (in genere inserendo l' identificativo di polizza nel contratto o già nel preventivo); inoltre è stata prevista anche la possibilità che la copertura sia stipulata tramite convenzioni collettive negoziate dai relativi Ordini di appartenenza. Elemento più critico è costituito dal fatto che tale polizza, seppur obbligatoria, non sia *conditio sine qua non* per l' iscrizione all' albo, pur con alcune sporadiche eccezioni, e lo svolgimento della prestazione dal momento che il mancato assolvimento comporta un mero illecito disciplinare cui non sono collegate sanzioni né altre forme di punizioni predisposte dai relativi Ordini di categoria, venendo

[217] Cass. Sez. Un. 28 luglio 2005 n. 15781, in Giur. it. , 2006, p. 1380

così seriamente minata l' efficacia della norma stessa dal momento che l' obbligo diviene una mera formalità cui il professionista può adempiere o meno secondo propria coscienza ma senza che ciò comporti eventuali conseguenze, con il risultato che, come si evince dai dati in precedenza menzionati, una larga fetta dei professionisti interessati dal provvedimento risultano a tutt' oggi sprovvisti di copertura assicurativa e solo una percentuale piuttosto ridotta ha ottemperato all' obbligo nelle tempistiche richieste e tra l' altro con non poca disinformazione e confusione da parte delle competenti associazioni di categoria; in questo modo inoltre non viene risolto neppure il problema di selezione avversa, per cui essendo previsto un obbligo cui non consegue alcuna effettiva punizione, saranno più portati ad assicurarsi solo coloro i quali hanno già commesso qualche errore o che comunque svolgono attività più esposte a rischio con conseguente aumento dei rischi anche per la compagnia che si rifletterà inevitabilmente su un aumento dei costi finali.

L' introduzione dell' obbligo di responsabilità civile professionale è comunque assolutamente in linea con quanto previsto dai principali altri ordinamenti europei (Francia, Spagna, Inghilterra, Germania, Olanda)[218] quanto meno per le principali categorie professionali quali (a titolo non esaustivo): avvocati, notai, commercialisti, revisori contabili, intermediari finanziari ed assicurativi, medici, intermediari immobiliari, architetti e ingegneri. L' obbligo nel nostro Paese è stato accolto con positività dagli Ordini professionali e dalle relative associazioni di categoria alla stregua di una maggiore protezione e garanzia per i clienti che avrebbero di fronte la maggiore solidità finanziaria delle compagnie rispetto al patrimonio del professionista nel caso in cui quest' ultimo commettesse qualche errore o negligenza nell' esercizio della propria attività professionale. Tuttavia quello della mancanza di sanzioni non è l' unico problema emerso a seguito di tale intervento legislativo, dal momento che il legislatore non è riuscito a ricreare un sistema complesso come quello previsto nel ramo rc auto ma ha tralasciato alcuni aspetti che non sono di facile risoluzione. *In primis* non ha previsto alcun requisito minimo per il contratto assicurativo né in termini di condizioni specifiche né di massimale o durate e non ha neppure demandato a farlo i relativi Ordini professionali lasciando piena autonomia alle compagnie assicurative mettendo così talvolta in dubbio l' operatività della garanzia, soprattutto alla luce del fatto che ormai la totalità di tali tipologie contrattuali è emessa sul modello *claims made* con le relative limitazioni annesse; attraverso un confronto con quanto previsto dalle esperienze dei Paesi sopra citati si nota che in genere il legislatore o le associazioni di categoria richiedono taluni elementi di spiccata

[218] M.M.GIULIANI, *Comparazione tra alcune soluzioni assicurative sviluppate in Paesi europei in merito alla responsabilità professionale. Spunti di riflessione dell' osservatorio assicurativo londinese,* in *Ass.,* 2012, p. 640

rilevanza[219]: un adeguato massimale di base in grado di tutelare il contraente debole; una retroattività minima obbligatoria (in alcuni paesi addirittura illimitata); postuma gratuita qualora l' assicuratore decida di non rinnovare il contratto e l' assicurato non trovi un' altra compagnia per stipulare un nuovo contratto; postuma minima automatica in caso di morte o pensionamento dell' assicurato; *deeming clause* ovvero possibilità di segnalare qualsiasi circostanza che si presuma possa ragionevolmente dare luogo ad una futura richiesta risarcitoria seppur in assenza di una reale e specifica richiesta risarcitoria. A questa mancata prescrizione legislativa di quelli che dovrebbero essere gli elementi essenziali del contratto, non si è neppure accompagnata l' introduzione di un obbligo a contrarre in capo alle compagnie, come appunto previsto nel ramo rc auto, offrendo così la possibilità agli assicuratori di rifiutare la stipula di un contratto e allo stesso tempo esponendo talvolta l' assicurato ad una concreta difficoltà a ricercare una copertura assicurativa adeguata; inutile negare che in contrapposizione ad un obbligo assicurativo sarebbe un onere assolutamente necessario a tutela degli interessi dei contraenti in modo da garantire la presenza sul mercato di coperture idonee, soprattutto alla luce del diritto di recesso che la compagnia (in genere tale diritto è comunque previsto per ambedue le parti contrattuali) può esercitare a seguito di un sinistro (o ad ogni modo a scadenza ove siano stipulati contratti senza il tacito rinnovo) con l' effetto di lasciare l' assicurato privo di copertura assicurativa e con il fondato rischio di avere palesi difficoltà a rinvenire sul mercato un' altra compagnia disposta ad assicurarlo. Altro elemento caratterizzante tale esperienza nel nostro Paese, è stato quello della mancata reale partecipazione degli Ordini professionali nel controllo delle condizioni di polizza delle varie offerte proposte dalle compagnie (l' ideale sarebbe proprio stato la previsione di *minimum terms*) o quanto meno sarebbe opportuno fossero messe in atto delle campagne informative affinchè vi sia una maggiore conoscenza da parte dei professionisti degli elementi essenziali del contratto, anzitutto proprio gli effetti dell' adozione del modello *claims made* ma anche la presenza di clausole che legittimano il recesso delle compagnie dopo un sinistro, per poi passare alle varie garanzie specifiche presenti o escluse dalle condizioni generali di polizza in funzione della specifica attività svolta. In tal senso è da puntualizzare che alcuni Ordini hanno previsto delle convenzioni per talune categorie (la stipula di una copertura *standard* per tutta la categoria era tra le possibilità espressamente disposte dal decreto del 2012) in modo da essere in grado di garantire la presenza di determinate condizioni a tariffe agevolate, ma ciò non dovrebbe avvenire semplicemente su base locale ma a livello nazionale in modo da avere maggiore

[219] M.M. GIULIANI, *op. cit.,* p.641

specializzazione nel settore e un numero di contraenti tali da consentire un reale vantaggio economico in funzione del maggior bacino di rischi simili assumibili; alcune esperienze hanno anche previsto che con la quota di adesione all' Ordine fosse automaticamente stipulata una copertura assicurativa garantendo così uniformità di copertura e la reale assicurazione di tutti gli iscritti seppur a discapito della libertà del singolo configurandosi così una sorta di assicurazione collettiva per tutti professionisti del ramo idoneamente iscritti, come avviene ad esempio, anche in Italia, per i notai a partire già dal 2006.

Nonostante tutte le criticità appena evidenziate non bisogna tralasciare che il modello *claims made* è stato introdotto nell' intento di coprire i rischi lungo latenti che avevano causato notevoli problemi di solvibilità per diverse compagnie[220], ed in secondo luogo il *claims made* consentiva di offrire coperture assicurative a costi decisamente più accessibili rendendo così più invitante la stipula di una polizza di responsabilità civile professionale; inoltre, sebbene anche nel nostro Paese tale modello abbia oramai decisamente abrogato quello previsto dall' art. 1917 del codice civile, un ritorno al passato non sarebbe comunque percorribile dal momento in cui renderebbe complicata se non impossibile la riassicurazione sui mercati europei non essendo così sostenibile per le nostre imprese, senza tralasciare che nel mercato nazionale oltre agli operatori locali sono sempre più frequentemente presenti compagnie straniere, specie di matrice anglosassone, che adottano esclusivamente il modello *claims made* e che spesso sono veri e propri *leader* di mercato in questi specifici settori (ad esempio *Lloyd's of London*). In questo senso il professionista sul mercato non sarebbe nemmeno in grado di ritrovare una polizza sul modello *loss occurrence* ma deve comprendere pienamente il funzionamento del *claims made* al fine d' essere in grado di gestirlo in modo proficuo. Infatti se il professionista mantenesse in atto la propria polizza di responsabilità civile per tutta la propria vita lavorativa o quanto meno dal momento della prima stipula di un' assicurazione professionale in poi non incorrerebbe in vuoti di copertura dal momento che sarebbe sempre attivabile la polizza in essere nel momento della presentazione della richiesta risarcitoria con poi la possibilità di stipulare una garanzia postuma qualora decida di interrompere l' attività, cosa che avrebbe certamente un costo (qualora non automaticamente previsto dall' ultima polizza in essere come poc'anzi segnalato in alcune analoghe esperienze europee) ma comunque inferiore rispetto a quello di stipulare una polizza *loss occurrence* per tutto l' arco della propria vita lavorativa. Fattispecie più spinosa si configurerebbe nel momento in

[220] CESERANI, *op. cit.,* p. 804

cui l' assicurato decida o comunque sia costretto a cambiare assicuratore: infatti se il professionista avesse dei sinistri precedenti che lo rendono troppo esposto a rischi vi sarebbe la possibilità che nessuno sia disposto ad assicurarlo, è proprio per tale caso che sarebbe dovuto essere previsto un obbligo a contrarre in capo alle compagnie; in alternativa o meglio ancora in supporto all' obbligo a contrarre si dovrebbero sperimentare delle nuove formule di collaborazione tra amministrazione pubblica e aziende private con la previsione di fondi per fornire coperture a dei costi sostenibili in quei casi in cui il mercato non sarebbe in grado di proporre un assicurazione, ma dovrebbe ovviamente trattarsi di casi residuali come già previsto con il Fondo Vittime per la strada in campo rc auto e come dovrebbe essere previsto anche in campo sanitario con il ddl Gelli in via di approvazione definitiva per quei rischi altrimenti non assicurabili in modo tale da poter rendere sostenibile il sistema anche per le imprese assicurative che come tali perseguono per definizione il profitto anche in questo ramo come negli altri. Ma ancora più critica sarebbe la situazione in cui versa il professionista che si accinge a cambiare assicuratore e non abbia ancora ricevuto alcuna domanda risarcitoria ma tuttavia sia a conoscenza di talune circostanze che potrebbero in futuro ragionevolmente far presupporre una richiesta risarcitoria: l' assicurato sarà tenuto ad indicarle in sede precontrattuale tramite gli appositi questionari normalmente predisposti dalle compagnie a fronte della concreta possibilità che queste ultime non accettino integralmente il rischio od escludano comunque la specifica fattispecie; in tali casi è evidente come l' eventuale cambiamento dell' assicuratore sia da valutare con estrema cura onde evitare il rischio di rimanere privi di copertura sebbene ciò possa costituire una limitazione della libertà del professionista nonché dello stesso libero mercato. Tuttavia una possibile soluzione è già stata proposta in altri mercati tra quelli in precedenza presi in considerazione[221] e consente di evitare la fidelizzazione univoca ed obbligata del cliente ed allo stesso tempo di evitare pericolosi vuoti di copertura: si tratta o della previsione di una garanzia postuma o in alternativa della cosiddetta *deeming clause* ovvero quella clausola già menzionata precedentemente che prevede che pur in assenza di specifica richiesta di risarcimento danni, venga comunicata qualsiasi circostanza che si presuma possa ragionevolmente dare origine ad una futura richiesta di risarcimento nei confronti dell' assicurato equiparando così tali circostanze alla richiesta risarcitoria vera e propria garantendo in tal modo all' assicurato piena continuità nella propria copertura assicurativa anche qualora decida di cambiare assicuratore (in tal caso la nuova compagnia ovviamente non si assumerebbe il rischio relativo alla fattispecie evidenziata che dovrà

[221] M.M. GIULIANI, *op. cit.,* p. 642

essere opportunamente segnalata nelle dichiarazioni precontrattuali ma esso rimarrà a carico della prima compagnia cui tali circostanze sono state denunciate necessariamente nel corso del rapporto contrattuale equiparando dunque nei fatti l' evidenziazione di tali presupposti alla vera e propria richiesta risarcitoria).

Come si è cercato di segnalare, gran parte dei dubbi avanzati circa l' efficacia del *claims made* potrebbero essere risolti attraverso la presenza di una copertura assicurativa continuativa durante l' intera vita professionale dell' assicurato e questo a partire dall' agosto 2013 non avrebbe più dovuto essere una mera supposizione ma un dato di fatto in virtù dell' obbligo introdotto a carico di tutti i professionisti iscritti ad apposito albo. Tuttavia ancora una volta il Legislatore si è mostrato timido nel suo operato non riuscendo ad introdurre un vincolo reale a causa della mancata previsione delle relative sanzioni nei casi di inottemperanza e ciò è evidente alla luce dei numeri in precedenza analizzati che denotano quanto sia elevata ancora la quota di professionisti sprovvisti di assicurazione. Inoltre alcuni accorgimenti replicabili da altri ordinamenti (come appunto la postuma in caso di cessata attività, la *deeming clause,* l' obbligo a contrarre e il Fondo di garanzia) garantirebbero le tutele necessarie ai professionisti configurando in questo modo un modello molto simile in termini di tutele e diritti a quello vigente in regime *loss occurrence* ma coniugando tali tutele ad una sostenibilità economica in termini di costi sia per i professionisti che dovrebbero essere attratti alla stipula dalle tariffe più accessibili sia per le compagnie in grado di gestire relativi premi e rischi semplificando notevolmente la gestione delle riserve. Quello che emerge è la palese superficialità dell' intervento legislativo che pare solo un abbozzo di quello che avrebbe dovuto essere, incapace di ricreare un sistema organico e complesso come quello nel settore rc auto ed in grado di ottenere un equilibrio tra le esigenze di protezione dei professionisti e dei terzi nonché con le esigenze finanziarie delle imprese assicurative. Un nuovo intervento in questo settore pare pertanto improcrastinabile, *in primis* per confermare definitivamente gli ambiti di validità del *claims made* mettendo fine all' evoluzione della giurisprudenza sul tema che genera continua incertezza e successivamente per apportare tali accorgimenti atti a non esporre gli assicurati a pericolosi rischi di scopertura, che inevitabilmente ricadrebbero in ultima istanza sui terzi consumatori; esso dovrà avvenire necessariamente attraverso un' azione coordinata con le reciproche associazioni di categoria in modo da far sì che le proposte offerte dalle diverse compagnie abbiano dei connotati minimi obbligatoriamente presenti. Inoltre l' obbligo assicurativo dovrà necessariamente divenire reale, a conferma della positività con cui è stato accolto dalle associazioni dei diretti interessati, corroborato da adeguate misure punitive tali che

chi non ottemperi sia posto nelle condizioni di non operare ed una tale verifica non può che provenire dai relativi Ordini di appartenenza che dovranno non solo provvedere a tale accertamento ma anche instaurare un processo informativo nei confronti dei propri iscritti (mediante l' organizzazione di conferenze, corsi formativi in aula od online o quant' altro possa essere utile sia in ambito locale che nazionale) in modo da far comprendere la portata ed il funzionamento del modello *claims made* che ad oggi sono ancora in larga parte ignorati specie dai singoli professionisti o dalle imprese professionali di piccole dimensioni: continuità assicurativa e conoscenza del meccanismo *claims made* sono infatti gli strumenti attraverso i quali è possibile non incorrere in limitazioni di copertura e tutelarsi per quei fatti che fossero stati messi in atto prima che l' obbligo di polizza assicurativa fosse instaurato (esso potrebbe senz' altro fungere da importante incentivo per coloro che dovessero assicurarsi per la prima volta nella loro vita professionale ovvero un ampia fascia nella sfera delle libere professioni, mentre per coloro che cominciano la loro attività professionale per la prima volta non comporterebbe ovviamente alcun vantaggio in sede di prima stipula di polizza). Inoltre con l' introduzione dell' obbligo di assicurazione si risolverebbe il problema inerente le attuali ridotte dimensioni del mercato pertanto incapace di ripartire i rischi e di realizzare la necessaria mutualizzazione: tale carenza verrebbe così meno garantendo allo stesso tempo un effetto positivo sui costi e sui relativi premi delle coperture, considerando che ciò gioverebbe a contrastare il già citato fenomeno della selezione avversa che porta a far sì che solo i casi più rischiosi siano indotti ad assicurarsi su base volontaria. Questo dovrebbe consentire una più efficace misurazione e identificazione dei rischi migliorando le basi dati a disposizione, fondamentali nell' ottica di un corretto inquadramento tariffario ed una corretta gestione dei rischi; attualmente quello della mancanza di dati è certamente un problema vivo[222] dovuto appunto alla ristrettezza del mercato di riferimento e alla scarsa esperienza nel settore. D' altro canto nel nostro Paese la scarsa diffusione della copertura assicurativa in ambito professionale è anche da attribuire ad alcune peculiarietà del nostro mercato rispetto ad altri paesi europei[223]: in primo luogo l' elevata imposizione fiscale (22,5%), la quale contraddistingue l' Italia da altri paesi in cui addirittura non è prevista alcuna tassazione (come ad esempio Polonia, Danimarca, Svezia, Ungheria) e non può che incidere pesantemente sui prezzi dei prodotti offerti. Ma anche la pratica di non applicare franchigia alle spese per resistere all' azione del reclamante incide negativamente sul rapporto perdite/premi netti accantonati.

[222] P.GARONNA, *op. cit.,* p. 632
[223] M.M.GIULIANI, *op. cit.,* p.643

Infine dagli operatori londinesi, sempre più diffusamente presenti nel nostro mercato e con essi i relativi usi assicurativi , è stata ravvisata una relativamente bassa regolamentazione del regime *claims made* e della effettiva trasparenza informativa precontrattuale.

Alla luce di tutto ciò che si è detto non rimane che ribadire l' auspicio di un nuovo intervento legislativo in grado di riordinare il regime della responsabilità civile professionale superando così questa fase di transizione che seppur portatrice di importanti evoluzioni non ha avuto una forza tale da ridisegnare in modo efficace un mercato delle professioni sostenibile sia per gli assicurati che per gli assicuratori. Al Legislatore spetta dunque intromettersi nella conformazione dell' attività negoziale indicando contenuti minimi ed essenziali della garanzia che la compagnia è tenuta a fornire al professionista o eventualmente demandare tali attività agli Ordini poc' anzi menzionati ma purchè il loro potere dispositivo in materia abbia un efficacia vincolante verso i relativi professionisti e ciò valga per tutte le categorie di professionisti previste dal provvedimento legislativo del 2012 uniformando così il contesto disciplinare di tali soggetti dal momento che attualmente sono solo poche le professioni che richiedono imprescindibilmente una copertura assicurativa (ad esempio è vincolante proprio per gli intermediari assicurativi, notai, intermediari immobiliari che hanno un vero e proprio obbligo di esibizione per la relativa iscrizione ad apposito albo). In questo modo sarebbero garantite da un lato il legittimo affidamento sull' efficacia di tali tipologie di polizze che il nostro sistema socio-economico richiede per offrire la necessaria certezza sia ai terzi che agli assicurati, dall' altro sarebbero garantite quelle misure di protezione che costituiscono un indispensabile corollario al regime *claims made* per tutelare in modo certo e trasparente gli assicurati come peraltro già in vigore in altri sistemi giuridici presi in esame sotto forma di *minimum terms*[224] obbligatoriamente previsti dal contratto.

4) Considerazioni sul ruolo degli intermediari assicurativi

Sempre dall' analisi comparativa menzionata poco sopra e pubblicata nel 2012[225] emerge come, rispetto ad altre esperienze europee, non sia comune nel nostro Paese promuovere convenzioni sia a livello locale che nazionale da parte delle diverse categorie professionali a favore dei propri associati garantendo così una specifica valutazione delle garanzie offerte nel contratto tramite

[224] M.M.GIULIANI, *op. cit.,* p.645
[225] M.M.GIULIANI, *op. cit.,* p.644

apposite commissioni o gruppi di studio capaci di comprendere pienamente le esigenze dei professionisti in questione e supportarli nella scelta della più adeguata soluzione assicurativa. Le strade percorribili al riguardo sono sostanzialmente due: la prima prevede la negoziazione di accordi tra compagnie o broker assicurativi ed associazioni di categoria con la possibilità per gli associati di sottoscrivere quella determinata offerta senza però alcun vincolo lasciando in questo modo piena autonomia e libertà di scelta ai propri professionisti; la seconda invece prevede una sorta di inclusione "a pacchetto" della polizza nella quota di adesione all' associazione di riferimento, come abbiamo già visto avviene per i notai, non lasciando così scelta alcuna agli assicurati che sono dunque obbligati alla relativa sottoscrizione; tale soluzione presenta senz' altro l' indubbio vantaggio che tutti gli aderenti risultino gioco forza regolarmente assicurati con delle condizioni minime prefissate e garantite, d' altro canto in questo modo viene meno qualsiasi forma di negoziazione e libertà di scelta da parte dell' aderente. La prima ipotesi invece è quella più frequentemente applicata dalle diverse categorie, specialmente da quando è stato introdotto l' obbligo assicurativo, in quanto consente di mettere a disposizione dei propri associati una possibilità assicurativa presumibilmente a condizioni di particolare vantaggio senza imporre alcun obbligo ma lasciando comunque piena autonomia. Esempi di queste convenzioni in ambito nazionale ce ne sono diversi, sia strutturate direttamente con compagnie assicurative sia intermediate da broker assicurativi: nella prima fattispecie rientra quella stipulata a favore degli avvocati, tramite la quale Assicurazioni Generali (che conta circa 50mila professionisti assicurati) ha direttamente ha attivato, già a partire dal 2002 a dire il vero, una convenzione con la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza Forense, che concede agli avvocati condizioni agevolate nella stipula di polizze di assicurazione della responsabilità civile professionale con la predisposizione di diversi massimali e garanzie da poter scegliere in funzione dell' attività effettivamente svolta; nella seconda tipologia invece il broker incaricato sonda diverse compagnie per determinare quale sia in grado di proporre la soluzione maggiormente competitiva ed è quanto è stato fatto dal broker Willis Italia con l' Ordine degli Architetti a partire dal giugno del 2012 siglando un accordo con Inarcassa (la Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti) per una nuova convenzione relativa alla responsabilità civile professionale che si sostituiva alla precedente in essere con Unipol Assicurazioni e consente di coprire tutte le attività di competenza dell' assicurato a prescindere da quella specifica esercitata nonché consente di stipulare anche altre tipologie di polizze connesse come quelle di tutela legale o Merloni. Sempre in ambito nazionale si è organizzata anche la Cassa dei dottori commercialisti ed esperti contabili

mediante una convenzione attiva già dal 2010 e gestita da AON congiuntamente con altri tre broker. Chiaramente l' affidamento dell' incarico ad un broker dovrebbe teoricamente garantire una più ampia possibilità di scelta in funzione della terzietà e dell' indipendenza da vincoli rispetto ad una o più specifica compagnia, riuscendo così a valutare diverse proposte ed a determinare con l' Ordine di categoria interessato quella più conveniente in funzione di criteri maggiormente oggettivi; va altresì detto che spesso in questo tipo di situazioni le stesse compagnie sono pronte a negoziare, derogando anche fortemente ai propri capitolati, pur di assicurarsi la stipula di tali convenzioni acconsentendo alle richieste dei diversi Ordini.

L' introduzione dell' obbligo alla stipula di una copertura assicurativa ha interessato, come si diceva, le professioni dotate di un proprio albo di categoria mentre sarà da valutare quale sarà la disciplina per le professioni non regolamentate e non ancora dotate di un proprio Ordine professionale in quanto anche per tali attività, in crescente sviluppo sia come numero di soggetti interessati sia come pluralità di tipologie professionali esercitate, aumenta la richiesta di coperture assicurative *ad hoc*. Da parte degli Ordini professionali interessati dal provvedimento, circa venticinque, vi è stato da subito il tentativo di offrire ai propri iscritti una copertura a condizioni di particolare vantaggio scaturendo così una corsa alla stipula di una convenzione entro il termine previsto per ottemperare all' obbligo. Il passaggio attraverso gli organismi associativi consente *in primis* di comprendere a pieno le diverse e specifiche esigenze dei soggetti interessati nonché di sviluppare negli intermediari assicurativi quelle competenze necessarie per garantire un' adeguata personalizzazione delle coperture e gestione dei sinistri; infine ma non meno importante vi è il fattore prezzo, esso infatti può divenire particolarmente conveniente qualora una compagnia sia in grado di assicurare intere platee di rischi omogenei assicurando tutti e realizzando così a pieno il principio della mutualità dei rischi. Non sarebbe dunque errato muoversi in tal senso in un mercato assicurativo in forte espansione come quello professionale alla luce dei fattori poc'anzi evidenziati pur conservando i principi del libero mercato tali da garantire un' adeguata competizione tra i diversi assicuratori.

Nel nostro Paese come abbiamo avuto modo di vedere sono rari i casi in cui sia prevista la stipula automatica di una copertura assicurativa con l' adesione al relativo Ordine di appartenenza come avviene per i notai, pertanto il singolo professionista avrà la possibilità di scegliere liberamente dove stipulare la propria copertura assicurativa e se eventualmente aderire alle convenzioni di categoria qualora siano previste. In entrambi i casi, nonostante le eventuali indicazioni e

consulenze fornite dagli Ordini di appartenenza, diviene dunque di fondamentale importanza il confronto con gli intermediari assicurativi per costruire una copertura assicurativa consona alle esigenze dell' assicurato. Gli intermediari assicurativi, come da definizione dettata dal codice delle assicurazioni private all' art. 106, sono quei soggetti la cui attività consiste nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall' incarico, concludere contratti o collaborare alla gestione o all' esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati. Rispetto a diversi anni fa, dove l' attività assicurativa era svolta senza particolari regolamentazioni e dunque esercitata da diversi soggetti in via accessoria all' attività principale, oggi la regolamentazione è piuttosto stringente e richiede determinati requisiti nella fase di iscrizione nonché svariati obblighi nella fase di commercializzazione e contrattualizzazione dettati per lo più dal Regolamento Ivass n. 5. L' intermediazione richiede un' apposita iscrizione ad un albo, ovvero il Registro Unico degli intermediari assicurativi e riassicurativi (RUI), tenuto dall' Ivass e che prevede diverse sezioni nelle quali si è inseriti in funzione della diversa funzione svolta: agenti, *broker,* produttori diretti, banche o società di intermediazione ed infine i collaboratori degli iscritti nelle precedenti sezioni ovvero la sezione con il più elevato numero di iscritti. Tutti questi soggetti dunque si occupano, con diverse forme e modalità, di intermediazione assicurativa senza contare poi il fatto che è sempre più diffusa la stipula di coperture assicurative direttamente in internet superando così di fatto l' intermediario stesso ed offrendo allo stesso tempo premi più bassi dal momento che vi è una inevitabile riduzione dei costi dovuti agli intermediari ed alle relative strutture. Ciò può ben funzionare ove si tratti di prodotti standardizzati, le cui caratteristiche siano ben note ai consumatori e restino le medesime da compagnia a compagnia come ad esempio oggi nel settore rc auto, nel quale gran parte dei clienti si affida alle polizze via internet generalmente meno costose . Tuttavia in un settore complicato come quello della responsabilità civile professionale in cui è di fondamentale importanza la personalizzazione della copertura assicurativa l' assenza di un intermediario preparato a supporto della pianificazione delle opportune scelte può causare effetti distorsivi e relative carenze assicurative: è proprio in questi ambiti infatti che assume ancora rilievo il ruolo degli intermediari che, proprio alla luce di ciò, dovrebbero concentrarsi su tali attività ancora capaci di generare un valore aggiunto mediante la consulenza, il supporto e un' adeguata informativa tali da consentire al cliente di trovarsi nelle condizioni di poter ponderare correttamente le proprie scelte assicurative. Assumono in tal senso notevole rilevanza gli obblighi espressi nel Regolamento 5 Ivass in tema di modalità di esercizio delle attività di intermediazione

con particolare attenzione ai comportamenti nei confronti della clientela sia in fase precontrattuale che contrattuale. Nello specifico gli intermediari che entrano in contatto con la clientela sono tenuti a comportarsi con diligenza, correttezza, trasparenza e professionalità nei confronti dei contraenti e degli assicurati nonché ad acquisire tutte le informazioni che possano risultare necessarie a valutare le esigenze assicurative dei contraenti stessi ed operare in modo che questi ultimi siano sempre adeguatamente informati; infine è previsto anche un tanto generale quanto scontato obbligo ad agire in modo da non recare pregiudizio agli interessi dei contraenti e degli assicurati[226]. A garanzia di ciò ed in funzione della complessità del contratto offerto, gli intermediari nella fase precontrattuale sono anche tenuti ad illustrare al contraente le caratteristiche, la durata, i costi e i limiti della copertura, gli eventuali rischi finanziari connessi alla sottoscrizione ed ogni altro elemento utile a fornire un'informativa completa e corretta[227]. Come si può ben intendere, specialmente nelle polizze *claims made* i cui meccanismi di funzionamento sono spesso ignorati dal relativo pubblico di riferimento, diviene fondamentale il ruolo interpretato dagli intermediari che devono non solo comportarsi secondo i connotati già espressi ed informare i contraenti circa i contenuti contrattuali ma anche applicare tale tipologia contrattuale nella maniera adeguata affinchè non sia arrecato alcun pregiudizio o comunque alcuna forma di scopertura agli stipulanti. Per garantire dunque una corretta guida nei confronti dei clienti è di cruciale importanza *in primis* una completa informativa verso il cliente ed un' adeguata esplicazione delle caratteristiche del modello *claims made* ed in secondo luogo è fondamentale la raccolta delle informazioni nella fase precontrattuale in modo tale che l' intermediario sia in possesso degli strumenti necessari per cucire una veste che sia aderente alle esigenze dell' assicurato in funzione della sua attività e del suo *background* di esperienze professionali. In tal senso il Regolamento Ivass n. 5 e l' art. 120 del codice delle assicurazioni private prevedono l' obbligo per gli intermediari di far compilare il questionario di adeguatezza: si tratta di formulari generalmente *standard* predisposti unilateralmente dalle compagnie nell' ambito di tutti i diversi rami assicurativi; essi formano di fatto parte della documentazione contrattuale consegnata al contraente all' atto della stipula e dovrebbero consentire, nella fase precontrattuale, una corretta acquisizione delle informazioni utili al fine di proporre un contratto che sia per l' appunto adeguato alle esigenze assicurative del contraente. Inoltre è anche previsto a carico degli intermediari un generale onere di acquisire dal contraente ogni informazione che

[226] Art. 47, Regolamento Ivass n. 5 del 16 Ottobre 2006
[227] Art. 49 c. 4, Regolamento Ivass n. 5 del 16 Ottobre 2006

ritengano utile in funzione delle caratteristiche e della complessità del contratto offerto, conservandone traccia documentale[228] costituendo così una norma di chiusura del sistema, capace di sopperire alle eventuali carenze previste dal questionario in funzione della specificità della tematica affrontata e non prestando così spazio a facili giustificazioni da parte degli intermediari. Infine l' eventuale rifiuto di fornire una o più delle informazioni richieste deve risultare da apposita dichiarazione, da allegare alla proposta, sottoscritta dal contraente, nella quale è inserita specifica avvertenza riguardo la circostanza che il rifiuto del contraente di fornire una o più delle informazioni pregiudica la capacità di individuare il contratto adeguato alle sue esigenze[229]. In buona sostanza la *ratio* della norma è quella di obbligare gli intermediari ad una precisa e puntuale analisi dei diversi casi oggetto di assicurazione, con tanto di onere conservativo della relativa documentazione probatoria, attraverso la traccia offerta dai questionari di adeguatezza ma con il dovere di andare oltre a quanto ivi contenuto, qualora fosse necessario, nell' ottica di acquisire tutte quelle informazioni che possono giovare alla opportuna individuazione e strutturazione della soluzione assicurativa più adatta alle concrete necessità dell' assicurato nel rispetto di quei generali principi di buona fede, diligenza e correttezza già più volte richiamati. Tutte queste prescrizioni legislative e regolamentari non possono che enfatizzare l' importanza del ruolo degli intermediari i quali sono così messi nelle condizioni di svolgere al meglio il proprio operato garantendo allo stesso tempo la tutela dei consumatori nel percorso di sottoscrizione della opportuna copertura assicurativa. Gli intermediari, sulla base delle informazioni acquisite, devono infatti guidare gli assicurati orientandoli a scelte consapevoli, non assumendo comportamenti opportunistici a vantaggio proprio o delle compagnie: ciò è particolarmente rilevante nel caso di polizze del ramo vita o comunque di natura finanziaria ma anche nel ramo danni specialmente per quei contratti in cui sono maggiori i margini di personalizzazione. Tra questi rientrano sicuramente le polizze di responsabilità civile professionale dove il contratto deve essere costruito in base alla specifica tipologia di attività e dove le novità introdotte dal modello *claims made* sono ancora più o meno sconosciute alla maggior parte della platea di riferimento. In questo senso la funzione divulgativa ed informativa sulle caratteristiche del *claims made* è senza dubbio di cruciale importanza per l' evoluzione di questo settore assicurativo, ancora in buona parte inesplorato come abbiamo avuto modo di vedere nel nostro Paese. Inoltre la conoscenza dei meccanismi che regolano tale clausola farebbe sì che i professionisti fossero in grado di gestire i possibili vantaggi

[228] Art. 52 c. 2, Regolamento Ivass n. 5 del 16 Ottobre 2006
[229] Art. 52 c. 4, Regolamento Ivass n. 5 del 16 Ottobre 2006

che possono derivare dall' utilizzo di tale modello nonché la capacità soprattutto di poterli sfruttare a proprio favore. Superando il mero vantaggio economico che consegue all' adozione del *claims made* che già abbiamo avuto modo di sottolineare, è da rilevare che, eccetto quei professionisti che versano in qualcuno dei casi in precedenza elencati che possono dare luogo ad effettive difficoltà assicurative (ad esempio nel caso di circostanze già verificate che possono portare a future richieste risarcitorie), l' attivazione della copertura in vigore nel momento della presentazione della richiesta risarcitoria presenta un enorme beneficio per una moltitudine di soggetti che ad oggi non sono mai stati assicurati ma lo dovranno essere in futuro: garantirebbe infatti anche la copertura delle attività pregresse sanando così tale precedente mancanza e vi sono compagnie che tramite un congruo ma non eccessivo sovrappremio sono disposte ad estendere la pregressa anche con forma illimitata. Questo potrebbe costituire un grosso vantaggio per tutti coloro che si assicurano per la prima volta, che nel nostro Paese abbiamo visto sono la maggior parte dei professionisti, ed allo stesso tempo garantirebbe sia assicurati che consumatori con efficacia retroattiva anche per i fatti accaduti anteriormente all' introduzione dell' obbligo di copertura assicurativa permettendo di evitare conflitti anche per fatti posti in essere in precedenza. In tal senso riemerge dunque la crucialità del ruolo consulenziale dell' intermediario, ormai perduto in diversi altri rami ma che deve necessariamente riacquisire valore in tali nuovi settori per poter sopravvivere, il quale dovrà guidare attraverso il suo *know how* alla corretta estensione della polizza sia in termini temporali, ovvero consona copertura della pregressa ma anche della postuma, sia di attività esercitata consentendo una copertura assicurativa piena e continuativa ed allo stesso tempo permettendo di fruire dei benefici offerti dalla clausola *claims made* e non ricadendo in quelle limitazioni di copertura che da più parti ne hanno fatto rivendicare l' illiceità e che sono in buona parte superabili tramite un' opportuna ponderazione e caratterizzazione dei contratti di volta in volta da sottoscrivere, garantendo allo stesso tempo maggiori tutele verso tutte le parti sociali coinvolte e compiendo un passo importante anche verso il superamento delle continue discussioni sulla validità e la convenienza per gli assicurati di tale modello contrattuale.

CONCLUSIONI

Alla luce della comprensione del funzionamento del modello *claims made* dovrebbe risultare palese come questa clausola sia tale da modificare in modo sostanziale il meccanismo contrattuale rispetto a quanto eravamo abituati ad osservare in precedenza secondo lo schema *loss occurrence.* Tali clausole, che pur hanno trovato origine in altri ambiti e sono state dettate da specifiche esigenze che già abbiamo esplicitato, sono state poi applicate per la maggior parte in ambito di responsabilità civile professionale[230] con i conseguenti effetti pregiudizievoli che ne potevano scaturire a discapito degli assicurati in virtù anche della particolare tipologia di contraenti in questione: si tratta infatti in genere di singoli professionisti che si configurano nettamente come controparte contrattuale debole in situazioni di evidente disparità informativa e di fatto impossibilitati ad esercitare una reale contrattazione sulle condizioni contrattuali, tant' è che ad oggi risulta praticamente impossibile rinvenire sul mercato soluzioni alternative al *claims made* per quanto concerne le coperture assicurative professionali[231]. Proprio queste motivazioni ci hanno indotto a svolgere la nostra indagine mirata a determinare la sorte assegnata alle *claims made* nel nostro sistema giuridico con specifico riferimento a tali attività professionali il cui mercato assicurativo è stato *de facto* rivoluzionato, spesso nell' inconsapevolezza degli stessi possibili contraenti che poco conoscono gli strumenti assicurativi , e i cui effetti saranno nel prossimo futuro ancora maggiori[232] dato l' obbligo assicurativo recentemente introdotto di cui già si è ampiamente detto ma che ancora risulta largamente disatteso dagli interessati.

Il nostro percorso tra la varie posizioni giurisprudenziali e dottrinali è partito dalla fine degli anni novanta con le prime pronunce di nullità, per trovare la prima fondamentale pronuncia delle Cassazione risalente al 2005 la quale nell' affermare l' atipicità e la validità di un costrutto così articolato ne rimetteva il giudizio circa l' eventuale vessatorietà ai giudici di merito che avrebbero dovuto procedere a valutazione caso per caso, con la conseguenza di dare origine ad una pluralità di sentenze sovrapposte e divergenti tali da animare dibattiti e incertezze. A seguito di tale pronuncia la Cassazione non interverrà sull' argomento per diversi anni, ma tornerà ad esprimersi in merito diverse volte (per la precisione le quattro sentenze contenute nel terzo capitolo) nel biennio che va dal 2013 al 2015 confermando in buona sostanza quanto già espresso nel 2005 con l' eccezione del controverso giudizio del 2014 in cui emergono nuovi dubbi circa la validità di tale

[230] CORRIAS, *op. cit.,* p. 658
[231] M. GAZZARA, *op. cit.*, p.948
[232] HAZAN, *op. cit.,* p. 960

formula nel caso di richieste risarcitorie pervenute successivamente alla cessazione del contratto. Le due deliberazioni della Corte che seguono sul tema tuttavia sembrano fugare ogni dubbio relativamente a quanto in precedenza ravvisato e confermano la validità di siffatta clausola focalizzando la loro attenzione, pur con diverse criticità esplicate nei relativi paragrafi, la prima, in ordine temporale, sulla negazione del giudizio di vessatorietà in astratto e la seconda sull' individuazione di un criterio in base al quale pervenire a tale scrutinio non rimettendo così la valutazione alla mera discrezionalità dei giudici di merito.

Tuttavia neppure questa serie di pronunce è parsa riuscire a dirimere definitivamente la natura controversa di tale clausola non risolvendo i dubbi che continuavano ad accompagnarla ed allora nel 2016 si è arrivati alla prima e molto attesa sentenza al riguardo da parte delle Sezioni Unite della Cassazione. Essa ha senz' altro profondamente innovato la questione[233], anche alla luce della rilevanza attribuita a tale istituto dal nostro ordinamento, ed ha anzitutto ribadito, censurando le precedenti posizioni che ne rilevavano la presunta nullità, la validità di tale clausola e ne ha rilevato pure l' atipicità (non estesa però all' intero contratto bensì limitata alla singola clausola). Allo stesso tempo ha coniato un nuovo giudizio ovvero quello di meritevolezza facendo venire meno così la questione della vessatorietà ma non eliminando comunque tutte le criticità che in un certo senso appaiono semplicemente traslate. Tale giudizio di meritevolezza infatti viene comunque rimandato ai giudici di merito che di volta di volta dovranno valutare lo specifico assetto di interessi delineato nel contratto per decretare se lo stesso sia meritevole o meno di tutela giuridica; a tal fine sono anche stati delineati alcuni parametri da utilizzare nella relativa valutazione che tuttavia non sono stati specificati con la necessaria oggettività e chiarezza quanto alle modalità d' utilizzo con il risultato che già dalle prime sentenze successive non sono stati applicati con la necessaria univocità[234]. Fin dalle prime esperienze è stato dunque possibile stabilire che anche in questo caso l' arbitrio concesso ai giudici risultava essere eccessivo per un sistema che dovrebbe avere come prerogative affidabilità e certezza nell' interesse di tutte le parti coinvolte. Inoltre la previsione che all' immeritevolezza conseguisse la nullità parziale e la sostituzione con lo schema legale *ex* art. 1917 c.c. , pur di sicuro vantaggio per gli assicurati, rischia di essere estremamente lesiva non solo verso le compagnie, nei cui confronti è comprensibile la relativa *ratio* punitiva, ma rischia di divenire pregiudizievole per la salute dell' intero settore assicurativo professionale alla luce delle maggiori riserve tecniche che sarebbe

[233] CORRIAS, *op. cit.,* p. 664
[234] U.CARNEVALI, *op. cit.,* p. 768

necessario accantonare nel modello *loss occurrence* rispetto a quello *claims made* per eventuali sinistri tardivi[235] e che nello specifico non sarebbe possibile stimare correttamente *ab origine* se la trasformazione dovesse avvenire in corso di contratto su imposizione giudiziaria.

Nonostante dunque sia stato compiuto un passo importante rispetto alle sabbie mobili dell' attività interpretativa in cui si era paralizzati pervenendo a nuovi criteri valutativi di tali clausole, non sembra essere arrivati a destinazione ma ancora una volta appare improcrastinabile un nuovo intervento del Legislatore, che già sarebbe stato opportuno in sede di introduzione dell' obbligo di copertura assicurativa, oppure in alternativa dell' organo di vigilanza del settore assicurativo che però anch' esso fino ad ora non ha in alcun modo provveduto. La questione infatti non pare altrimenti risolvibile tramite la mera attività interpretativa che, nel corso degli anni, ha prodotto un tale quantitativo di opinioni da genere profonda confusione e su questo *trend* si pone anche l' ultima pronuncia della Cassazione sebbene affronti la questione secondo una nuova prospettiva.

Le polizze *claims made* sono oramai un elemento certo nel settore assicurativo delle coperture professionali che non intende in alcuna maniera ritornare sul precedente modello contrattuale in nome di una efficiente gestione imprenditoriale che richiede criteri certi nello stanziamento delle riserve tecniche a confronto con polizze scadute da diversi anni e nell' inquadramento dei rischi assunti, anche alla luce dei possibili mutamenti normativi tra la data di stima del rischio e quella di erogazione del risarcimento cui consegue l' impossibilità di corrette previsioni attuariali. Questi requisiti di certezza non sono compatibili con il *loss occurrence* specialmente con riferimento alle fattispecie inerenti i sinistri che si manifestino a notevole distanza di tempo e dunque non è pensabile un ritorno a tale sistema tanto più che in questo modo si rischierebbe di vedere uscire le stesse compagnie assicurative dal mercato della responsabilità civile professionale con l' effetto di frustrare l' obbligo assicurativo da poco introdotto[236] e la cui *ratio* è quella di tutela in ultima istanza dei soggetti terzi interessati[237]. Non bisogna inoltre dimenticare che la crisi patita dal modello tradizionale di cui si è fatta menzione è stata dovuta proprio ad inefficienze gestionali del rischio da parte del modello stesso a fronte dei cosiddetti sinistri tardivi o lungolatenti in riferimento alle problematiche appena esposte, mentre con il *claims made* è possibile avere bilanci più rigorosi dal momento che quando una polizza smette di generare entrate smette anche

[235] MAZZOLA, *op. cit.,* p. 45
[236] HAZAN, *op. cit.,* p. 975
[237] GAZZARA, *op. cit.,* p. 950

di generare uscite[238]. Infine ribadiamo che un ritorno al precedente sistema codicistico non sarebbe neppure sostenibile sul piano della riassicurazione, dal momento che, come abbiamo potuto constatare, il modello *claims made* è quello principalmente, se non unicamente, utilizzato per tali rischi in ambito europeo e non solo[239].

Quello che è auspicabile è pertanto l' introduzione di quei correttivi che si rendono necessari per un corretto impiego di tali clausole e per fugare ogni dubbio sulla loro liceità o meritevolezza in modo da tutelare davvero tutte le parti coinvolte, comprese le stesse compagnie che non correrebbero il rischio di vedersi stravolgere in corso d' opera il contratto originariamente previsto. La soluzione, che come detto richiedeva un intervento dall' esterno, non è stata apportata dal legislatore attraverso un' univoca disciplina ma mediante un intervento per singola categoria professionale mirato a determinarne i requisiti minimi contrattuali risultando così di più semplice attuazione e maggiormente rispondente alle concrete e specifiche esigenze della singola categoria. In Italia è quanto sta avvenendo per le categorie delle professioni sanitarie e degli avvocati: il primo campo è da anni palcoscenico particolarmente critico a causa dell' elevato numero di richieste risarcitorie e della loro onerosità[240] tant' è che queste polizze hanno subito negli anni uno spropositato aumento dei costi fino addirittura a portare alcune compagnie a rifiutare determinate tipologie di tali rischi; senza entrare eccessivamente nel dettaglio negli ultimi anni prima con il c.d. Decreto Balduzzi (legge n. 158 del 13 settembre 2012) entrato in vigore nel 2014 che già prevedeva l' obbligo di copertura assicurativa per i professionisti e successivamente con il ddl Gelli già approvato alla Camera nel gennaio 2016 e in attesa di approvazione al Senato hanno previsto un profondo mutamento in tema di colpa professionale medica nel tentativo di correggere uno schema che si è mostrato non sostenibile confermando l' obbligo di copertura assicurativa sia per le strutture sanitarie che per i professionisti; altre interessanti novità riguardanti il tema assicurativo , più strettamente connesso alla nostra indagine, sono date dalla previsione dell' azione diretta (come già contemplato nella rca) da parte dei danneggiati nei confronti delle compagnie dei responsabili, dall' istituzione presso la Consap di un Fondo di garanzia per i danni da responsabilità sanitaria al fine di rispondere nei casi di danno eccedente il massimale previsto nel contratto del danneggiante o nei casi che l' impresa del danneggiante si trovi in stato di insolvenza o liquidazione coatta amministrativa, infine, altro aspetto molto

[238] F.CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali,* in *Dir. econ.ass.*, 2011, p. 811
[239] M.M. GIULIANI, *op. cit.,* p. 640
[240] GAZZARA, *op. cit.,* p. 951

interessante, viene prevista la concessione obbligatoria di un periodo minimo di ultrattività in tali contratti di cinque in caso di cessazione del contratto o dieci anni qualora venga cessata definitivamente l' attività per eventuali fatti compiuti in corso di validità del contratto. Inoltre viene disposto che il Ministro dello Sviluppo Economico, di concerto con il Ministro della Salute e con quello dell' Economia e delle Finanze nonché sentito l' Ivass e le relative associazioni di categoria, debba emettere un decreto a cui sia affidata la determinazione dei requisiti minimi di queste polizze professionali sanitarie, nonostante alcuni paletti già fissati dallo stesso disegno di legge, sia in termini di garanzia sia di operatività con specifico riferimento all' ipotesi di trasferimento del rischio nel caso di subentro di una nuova copertura assicurativa[241] dimostrando così di aver compreso finalmente le maggiori complicazioni per gli assicurati causate dall' adozione delle *claims made.* Anche per quanto concerne gli avvocati è stato di recente approvato dal Ministero della Giustizia il decreto attuativo 22 settembre 2016 che recepisce l' obbligo assicurativo previsto dalla legge 247/2012 ma soprattutto fissa gli elementi essenziali di tali contratti. Tale decreto entrerà in vigore tra un anno ma le nuove polizze emesse dovranno già essere adeguata alla nuova normativa; viene previsto che debba essere tutelata la responsabilità civile dell'avvocato per tutti i danni che questi possa causare, per colpa anche grave, a clienti e a terzi nello svolgimento dell'attività professionale (anche per eventuali soggetti di cui si avvalga) e per qualunque tipo di danno: patrimoniale, non patrimoniale, indiretto, permanente, temporaneo, futuro. Il decreto fissa quindi le attività basiche che devono sempre essere incluse nella copertura oltre a lasciare aperta la possibilità di estendere la garanzia anche ad altre attività eventualmente svolte; ma soprattutto viene stabilito che la polizza debba necessariamente prevedere retroattività illimitata e ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza (anche a favore degli eredi) e inoltre viene escluso il diritto di recesso dell'assicuratore dal contratto a seguito di sinistro nel corso della durata del contratto o del relativo periodo di ultrattività; infine sono anche individuati dei massimali minimi di polizza da adottare sulla base dei fatturati di riferimento del singolo professionista. Come si può constatare il percorso tracciato in questi due settori professionali costituisce l' unica via percorribile per risolvere le controversie che hanno accompagnato le clausole *claims made*; appurato infatti che esse rappresentano l' unica alternativa percorribile dalle compagnie per assicurare i rischi professionali garantendo da un lato la gestione economicamente sostenibile per gli assicuratori

[241] Disegno di legge n. 2224, approvato dalla camera dei deputati il 28 gennaio 2016

tramite una adeguata ed efficiente valutazione del rischio[242] dall' altro l' accessibilità in termini di costi per gli assicurati, sarà necessario esportare questo schema di regolamentazione per singolo settore anche agli altri ambiti professionali interessati dall' obbligo assicurativo e sarebbe apprezzabile che tale processo avvenisse in tempi brevi visto che tale obbligatorietà, già prevista dal 2012, rappresenta la norma anche per i nostri *competitors* europei. Tali interventi legislativi dovrebbero anche prevedere delle efficaci conseguenze in caso di mancata ottemperanza all' obbligo assicurativo, capaci di imporre la reale assicurazione dei soggetti coinvolti dalla normativa garantendo così da un lato la continuità assicurativa degli assicurati che così non incorrerebbero in vuoti di copertura, particolarmente pericolosi con le *claims made* come già abbiamo spiegato, e dall' altro garantirebbero contro il rischio di selezione avversa dal momento che ad assicurarsi dovrebbero essere tutti i professionisti e non solo coloro che sono maggiormente consapevoli dei rischi cui sono esposti o di eventuali circostanze che possono comportare una richiesta risarcitoria consentendo così una piena applicazione del peculiare principio mutualistico[243] che dovrebbe consentire anche di contenere gli attuali costi. Posto che dunque sia questo l' unico schema contrattuale applicabile per lo sviluppo di un mercato assicurativo professionale non rimane che determinare i requisiti che tali contratti devono possedere *in primis* per determinarne con certezza la liceità e garantire il legittimo affidamento delle parti coinvolte; in secondo luogo ciò garantirebbe la possibilità di apportare quei correttivi tali da poter rettificare le eventuali distorsioni che accompagnano tale modello e che rischiano di arrecare pregiudizio alle parti contrattuali deboli. Stabilito infatti che una retroattività minima è opportuno venga concessa ma la sua estensione rimane da definire di caso in caso con riferimento alla specifica attività esercitata dal momento che essa sarebbe sempre vantaggiosa per chi non era in precedenza assicurato mentre si dovrebbe ponderare correttamente per chi già fosse assicurato, tenendo anche presente che l' obbligo di polizza dovrebbe imporre continuità assicurativa per l' intero arco di vita professionale; resterebbe necessario correggere la circostanza che alla scadenza della polizza il contratto faccia venire meno qualsiasi effetto con il rischio di rimanere scoperti per eventuali fatti commessi in corso di polizza ma denunciati dopo la scadenza: è allora necessaria la concessione di un periodo minimo di ultrattività *ex lege* (già stabilito con il nuovo decreto in ambito sanitario) replicando ad esempio l' esperienza coniata dall' ordinamento francese che all' art. 80 della legge 1 agosto 2003-706 novellando il *code des assurances* con il nuovo art. L 124-5 ha previsto la

[242] CORRIAS, *op. cit.,* p. 658
[243] MAZZOLA, *op. cit.,* p. 45

copertura delle richieste presentate entro cinque dalla scadenza della polizza o dal recesso dell' assicuratore fermo restando che il fatto incriminato debba essersi determinato in corso di contratto[244]. Una previsione di questo tipo è stata peraltro già contemplata nel nostro sistema giuridico pur con diversa estensione temporale, facendo presumere pertanto che già il legislatore abbia svolto delle opportune riflessioni sull' arco temporale da tutelare, si tratta della fattispecie inerente gli stessi intermediari assicurativi nel cui obbligo di polizza deve essere anche inclusa l' estensione alle richieste risarcitorie pervenute entro tre anni dalla scadenza contrattuale[245]. Alternativa alla garanzia postuma poteva essere inoltre offerta dalle già descritte *deeming clause* (in base a cui l' assicurato deve comunicare all' assicuratore durante la vigenza contrattuale eventuali circostanze che possano cagionare future richieste di risarcimento e tale comunicazione assume valore di richiesta risarcitoria anche se quest' ultima dovesse giungere oltre i termini contrattuali) le quali però, a differenze che nel mercato anglosassone, non hanno avuto diffusione nel nostro Paese sebbene avessero potuto essere di supporto agli assicurati sia a fronte di richieste giunte dopo la scadenza contrattuale sia nei casi di eventuale cambio di compagnia[246].

Premesso pertanto che questo genere di contratti richiede una necessaria ponderazione nella loro redazione, la quale non può prescindere dagli interessi del caso specifico nella cui valutazione assume valore il ruolo di supporto e consulenza dell' intermediario assicurativo, rimane la convinzione che la strada intrapresa nel determinare dei requisiti minimi di tali contratti sia l' unica percorribile e l' auspicio è quello che tale modello, di recente applicazione per avvocati e professionisti della sanità, sia poi in breve tempo esteso alle altre professioni che richiedono la copertura obbligatoria. La soluzione infatti non può prescindere dall' individuare un compromesso tale da un lato da garantire la permanenza delle compagnie sul mercato e dall' altro da tutelare i terzi coinvolti; questo punto di incontro si deve rinvenire nell' estensione della garanzia strettamente prevista dal regime *claims made* sia in termini di retroattività sia soprattutto con riferimento alle richieste successive alla scadenza contrattuale. Alla luce dell' adozione di tali contromisure in alcuni settori l' *iter* intrapreso anche nel nostro Paese pare finalmente quello corretto ed in grado di condurre ad un punto di equilibrio in cui sia garantita la tenuta del mercato assicurativo professionale attraverso l' eliminazione delle incertezze palesate, la sostenibilità

[244] HAZAN, *op. cit.,* p. 964
[245] HAZAN, *op. cit.,* p. 974
[246] U.CARNEVALI, *op. cit.,* p. 770

economica per tutte le parti coinvolte e l' indispensabile determinazione di una tutela minima degli assicurati.

Bibliografia:

V.ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite,* in *Danno e Resp.,* 10/2016*,* p. 952

V.AMENDOLAGINE, *Clausola claims made e responsabilità dell' assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà,* in *Giur. it.,* 2012, p. 2558

V.AMENDOLAGINE, *Clausola claims made alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile,* in *Contratti,* 6/2014, p. 532

ANIA, Position Paper, *Polizze claims made più vantaggiose per assicurati ed assicuratori,* in *http://www.ania.it*, Ottobre 2014

ANTONUCCI*, Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made,* in *Nuova giur. civ.,* 2006, p. 155

A.BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell' assicurazione di responsabilità civile,* in *Ass.*, 2009, p. 469

E.BOTTIGLIERI, *Dell' assicurazione contro i danni art. 1904-1908,* in *Il Codice Civile Commentario*, Milano, 2010, p. 271 ss.

CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione,* Milano, 1993

U.CARNEVALI, *La clasuola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite,* in *Contratti,* 8-9/2016, p. 759

C.CAVAJONI, *La responsabilità del professionista intellettuale tra contratto e fatto illecito,* in *Resp. civ. prev.,* 1/2013, p. 310

G.CECCHERINI, *Clausole abusive e contratto di assicurazione: verso un controllo sostanziale?,* in *Danno e resp.,* 2007, p. 905

F.CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni,* in *Dir. econ. ass.,* 2011, p. 501

F. CESERANI*, Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799

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, p. 87

P.CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un' analisi a tutto campo,* in *Banca, borsa, tit. cred.,* II, 2016, p. 656

COSTANZA, *L' assicurazione rc professionale in caso di insolvenza di società,* in *Fall.,* 2006, p. 443

V.CUFFARO, *Descrizione legale e contenuto del contratto,* Milano, 2000

DE NOVA, *Trasparenza e connotazione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ. ,* 1994, p. 935

D.DE STROBEL, *L' assicurazione di responsabilità civile,* Milano, 2004

D.DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo,* in *Dir. econ. ass.,* 2007, p. 176

DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private,* vol. II , Milano, 1954

DONATI–VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2012

FANELLI, *Le Assicurazioni,* vol. I, in *Tratt. Cicu-Messineo,* Milano, 1973, p. 133

M.FERMEGLIA, *Quando la claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione,* in *Nuova giur. Civ. comm.,* 2016, p. 365

M.FRANZONI, *La responsabilità professionale nel diritto civile,* in *Ass.,* 2012, p. 601

P.GABASIO, in *Modalità di validità della clausola in claims made: il pensiero dell' assicuratore,* in *Medicina e Diritto*, 2010, p.41

P.GARONNA, *L' assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive,* in *Ass.,* 2012, p. 621

GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1229

M.GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite,* in *Danno e resp.,* 2016, p.935

M.M.GIULIANI, *Comparazione tra alcune soluzioni assicurative sviluppate in Paesi europei in merito alla responsabilità professionale. Spunti di riflessione dell' osservatorio assicurativo londinese,* in *Ass.,* n. 2012, p. 639

M.HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite,* in *Danno e Resp.,* 2016, p. 960

L'assicurazione obbligatoria dei rischi professionali: lo stato dell'arte, 27 settembre 2013, in www.assinews.it

S.LANDINI, *La clausola claims made è vessatoria?,* in *Ass.*, 2006, p. 4

C.LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2010, p. 864

G.LOCASCIULLI, *Trib. Milano 18 marzo 2010 n. 3527*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 784

LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell' assicurazione della responsabilità civile,* in *La responsabilità civile,* ottobre 2005, p. 1033

LOCATELLI, *Clausole claim made e loss occurrence,* in *Resp. civ. prev. ,* 2014, p.1035

A.MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile,* in *Corr. giur.,* 2015, p. 1066

A.MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claim made nei contratti di assicurazione della RC,* in *Corr. mer.,* 2013, p. 1164

A.MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione,* in *Giur. it.*, 2014, p. 804

M.MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni " a margine",* in *Rivista di diritto bancario,* 5/2016, p. 25

MONATERI, *La responsabilità civile,* in *Tratt. Dir. Civ,* diretto da Sacco, III, Torino, 1998, 745 ss.

MONTI, *Buona fede e assicurazione,* Milano, 2002

MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza,* in *Danno e resp.,* 2013, p. 701

A.PALMIERI, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti,* in *Danno e resp. ,* 2005, p. 933

I.PARTENZA, *L' Assicurazione di Responsabilità civile Generale*, Milano, 2009

R.PIZZINI, *Differenze tra il regime di garanzia losses occurring e claims made,* in *http://www.aecpiccolicomuni.it*, 2009

RC professionale: in Europa un mercato da 7,5 mld nel 2017, 9 gennaio 2014, in *www.assinews.it*

G.REBECCA-I.ZANCONATO*, I redditi dei commercialisti e delle principali categorie di professionisti, in Il Commercialista Veneto, N. 203/204 - Settembre/Dicembre 2011*

RESCIGNO, *Obbligazioni*, in *Enc. dir*. , XXXIX, Milano, 1979, p. 191

M.ROSSETTI, *La claims made è vessatoria? No, è nulla,* in *Dir. e giust*., 2005, 37, p. 17

M.ROSSETTI, *L' Assicurazione della Responsabilità civile,* in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale a cura di G. Alpa,* Torino, 2006, p. 1522

M.ROSSETTI, *Assicurazione della responsabilità civile e delimitazione temporale del rischio: la clausola claim's made,* in *Ass.,* 2011, p. 310

C.VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936

VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano 2006

VOLPE PUTZOLU, *La clausola claim's made. Rischio e sinistro nell' assicurazione RC*, in *Ass.*, 2010, p. 5

Giurisprudenza:

Cass. 18 ottobre 1990 n. 10170, in *Giust. Civ.,*1991, p. 932

Cass. 7 novembre 1991 n. 11877, in *Dir. econ. ass. ,* 1992, p. 967

Cass. Sez. Unite 1 luglio 1994 n. 6225, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368

Cass. 30 agosto 1994 n. 7584, in *Giur. it.,* 1995, p. 778

Cass. 17 maggio 1997 n. 4426, in I.PARTENZA, *op. cit.*, p. 79

Cass. 16 giugno 1997 n. 5390, in *Ass.,* 2012, p. 180

Cass. 19 gennaio 2000 n. 569, in *resp. civ. prev*., 2012, p. 916

Cass. 18 gennaio 2002 n. 547, in *resp. civ. prev*., 2012, p. 916

Cass. 28 maggio 2004 n. 10297, in *Mass. Foro it.*, 2004

Cass. 15 marzo 2005 n. 5624, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 711

Cass. Sez. Unite 28 luglio 2005 n. 15781, in *Giur. it.*, 2006, p. 1380

Cass. 29 maggio 2006 n. 12804, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 369

Cass. 07 aprile 2010 n. 8235, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368

Cass. 26 giugno 2012 n. 10619, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 368

Cass. 22 marzo 2013 n. 7273, in *Corr. mer*., 2013*,* p.1167

Cass. 17 febbraio 2014 n. 3622, in *Contratti,* 6/2014, p. 530

Cass. 10 febbraio 2015 n. 2469, in *Corr. giur.*, 2015*,* p. 1071

Cass. 13 febbraio 2015 n. 2872, in *Danno e resp.,* 2/2016, p. 186

Cass. 10 novembre 2015 n. 22891, in *Nuova giur. Civ. comm.,* 2016*,* p. 361

Cass. Sez. Unite 6 maggio 2016 n. 9140, in *Danno e resp.,* 10/2016, p. 929

App. Napoli, 28/02/2001, in *Dir. econ. ass. ,* 2005, 711

Trib. Napoli 5 agosto 1990, in I.PARTENZA, *op. cit.*, p. 79

Trib. Casale Monferrato 25 febbraio 1997, in *Ass.,* 2012, p. 179

Trib. Bologna 2 ottobre 2002 n. 3318, in *Dir. econ. ass.,* 2005, p. 711

Trib. Crotone 8 novembre 2004, in *Dir. econ. ass.,* 2005, 712

Trib. Roma 01 marzo 2006, in *De Jure*, 2007

Trib. Roma 01 agosto 2006, in *Dir. econ. ass. ,* 2007, p. 171

Trib. Genova 8 aprile 2008, in *Danno e resp.*, 2009, p. 69

Trib. Milano 18 marzo 2010 n. 3527, in *Dir. econ. ass.*, 2010

Trib. Roma 10 aprile 2013, in *Corr. mer.,* 2013, p. 1169

Trib. Milano 7 luglio 2016, in *Danno e Resp*., 10/2016, p. 959

Trib. Milano 8 luglio 2016, in *Danno e Resp*., 10/2016, p. 959

Trib. Monza 18 luglio 2016, in *Danno e Resp*., 10/2016, p. 959

Trib. Benevento 31 maggio 2016, in *Danno e Resp*., 10/2016, p. 959