

La giurisprudenza è il formante meglio in grado di decidere le sorti delle clausole *claims made*?

Sommario: 1.1. Il contesto di una Decisione giurisprudenziale.- 1.2 La decisione giurisprudenziale tra nomofilachia e regolazione di settore. - 1.3. Il problema della identificazione della *ratio decidendi*.- 1.4 Le conseguenze delle opzioni interpretative lasciate aperte dalla Decisione. – 2. Le clausole *claims made* tra i problemi del linguaggio, del tempo e della tecnica assicurativa.- 3. I tre livelli di analisi del tema.- 3.1 Autonomia negoziale e tipo legale nelle assicurazioni non obbligatorie.- 3.2 La classificazione delle clausole *claims made*.- 3.3 Le valutazioni giurisprudenziali circa la validità e la meritevolezza delle clausole *claims made*.- 4 I problemi del controllo di meritevolezza.- 4.1 Il contesto assicurativo della clausola esaminata nella Decisione.- 4.2 La specifica clausola esaminata.- 5. Gli indici di immeritevolezza considerati.- 5.1 Critica dell'indice basato sulla diminuzione del periodo di copertura effettiva.- 5.2 Le aporie del modello *claims made* nella Decisione della Corte.- 5.3. Il problema delle dichiarazioni inesatte o reticenti.- 5.4 Salvataggio e solidarietà sociale.- 6. Uno sguardo al futuro delle clausole *claims made* nel settore sanitario.

1.1. - Nella complessa vicenda delle decisioni giudiziarie relative ai contratti di assicurazione di responsabilità civile che contengono clausole di tipo *claims made* è intervenuta da ultimo una sentenza della Corte di Cassazione che sembra riaprire un dibattito che pareva avviato a conclusione da precedenti arresti delle Sezioni Unite della stessa Corte.

Poiché in materia il contenzioso è abbondante e la copiosa giurisprudenza sia di legittimità che di merito chiamata ad esprimersi, è pressoché certo che l'ultimo intervento della Corte non è affatto destinato a divenire la parola definitiva sul tema, essendo piuttosto rivolto ad esercitare una funzione in qualche modo persuasiva sulle future decisioni. Proprio perciò la sentenza emessa dalla III Sezione civile della Corte di Cassazione n. 10509/17 (di seguito: la Decisione)¹, merita una particolare attenzione sotto due profili: l'uno, più generale, attinente alla tematica del c.d. "precedente giudiziale", induce ad analizzare la Decisione sotto il profilo del *decisum*, della motivazione che lo sorregge e della relazione di continuità, o di frattura, in cui si pone rispetto ad importanti e recenti arresti delle Sezioni Unite della stessa Corte sul medesimo tema²; l'altro,

¹ V. Cass., sez. III, 28 aprile 2017, n. 10509, Pres. Travaglino, Est. Rossetti. A tale decisione si affianca la sentenza n. 10506 resa nella medesima data, 28 aprile 2017, dalla stessa sezione sul medesimo argomento e con il medesimo Relatore. Le due pronunce sono convergenti ed al riguardo si è parlato di sentenze gemelle. Tuttavia alcune particolarità delle questioni esaminate nella sentenza n. 10506 rendono più lineare fare riferimento alla sola sentenza n. 10509, la cui massima è: «È nulla, perché immeritevole di tutela, la clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo avvengono nel periodo di durata dell'assicurazione.»

² V. Cass. civ., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, Pres. Rordorf, Est. Amendola e Cass. civ., sez. un., 2. dicembre 2016, n. 24645, Pres. Rordorf, Est. De Stefano.

attinente invece al problema specifico affrontato, ovvero alla validità ed efficacia delle clausole negoziali cosiddette *claims made* inserite nei contratti di assicurazione r.c., nonché alle conseguenze della loro eventuale invalidità³.

I due temi sono intrecciati per l'evidente ragione che l'impatto che può essere esercitato dalla Decisione sulla discussa problematica delle c.d. clausole *claims made* dipende strettamente dal significato che si dà alla decisione stessa come precedente giudiziale. In temi più chiari occorre dunque chiedersi se essa si ponga nel solco delle più recenti pronunce della Corte di legittimità, oppure se sia il segnale di un *revirement* giurisprudenziale⁴.

Al riguardo, giova chiarire subito che il principio di diritto espresso nella Decisione, e da qui trasfuso nella massima, circoscrive nettamente il suo valore di precedente ad una specifica situazione fattuale («*un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera*») e ad uno specifico tipo di clausola la quale preveda che il trasferimento del rischio risarcitorio dall'assicurato all'assicuratore sia efficace solo se «*tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione*»⁵ e ne dichiara la nullità per immeritevolezza dell'interesse sottostante.

Al contrario, la struttura argomentativa che sorregge il *decisum* e che si fonda sull'art. 1322, 2° comma, c.c. sembra suggerire che debbono essere ritenute immeritevoli di tutela tutte le clausole contenute in contratto di assicurazione r.c. riconducibili al modello generico delle clausole *claims made* che non contemplino una estensione alla cosiddette richieste postume; mentre le precedenti decisioni sul tema delle Sezioni Unite, ed in particolare la sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016, con la quale la Decisione si pone in serrato dialogo, indicano che tale tipo di clausole non sono di per sé invalide, ma possono divenirlo, per contrasto con il criterio di meritevolezza, solo alla luce «*di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, l'entità del premio pagato dall'assicurato*», da cui consegue che il giudizio di immeritevolezza si risolve necessariamente «in un giudizio di stretto merito» che, da un lato, risulta insindacabile, se adeguatamente motivato, in sede di legittimità; ma, d'altro, dovrebbe risultare precluso alla stessa sede se non già formulato in sede di merito.

³ Sul tema la letteratura è sterminata. Sugli sviluppi del diritto giurisprudenziale cfr. da ultimo: R. Calvo, *Clausola claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 927 ss.; U. Carnevali, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2016, 753 e in *Studi Gambaro*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2017, 1481; P. Corrias, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, 656 ss.; F. Delfini, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel "b2b": l'equilibrio giuridico del contratto negli "obiter dicta" della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 3, 545 ss.; G. Facci, *Le clausole claims made e la meritevolezza della tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1136 ss.; A. Guarneri, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1238 ss.; R. Pardolesi, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro It.*, 2016, I, 2026; A. Palmieri, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, *ibid.*, 2024; R. Simone, *Le sezioni unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà alla (im)meritevolezza*, in *Foro It.*, 2016, I, 3190 ss.. Sulla tematica delle clausole *claims made*, in generale cfr. A.D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, Egea, 1993, 290 ss. e 332 ss.; A. Donati – G. Volpe Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, 172-173; M. Gagliardi, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, Giappichelli, 2009, 153 – 178; C. Menichino, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in De Nova (cur.), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, Cedam, 2009, 5 ss.; A. Monti, *The time dimension of liability insurance*, in *Studi Gambaro*, vol. II, 1175; M. Rossetti, *Il diritto delle assicurazioni. L'assicurazione della responsabilità civile*, vol. III, Padova, Cedam, 2013, 34 ss.; G. Volpe Putzolu, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1992, 140 - 144.

⁴ In questo senso la Decisione è stata intesa da Pardolesi e Palmieri nella nota dal titolo: *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro It.*, 2017, I, 1927.

⁵ A quanto sembra, la clausola esaminata nella sentenza n. 10506 era diversa, ma la valutazione è stata eguale.

Si pone quindi un problema di interpretazione del precedente giudiziale, che merita di essere affrontato e sciolto a beneficio degli operatori del settore assicurativo i quali sono sempre più inclini a considerare le decisioni della Corte di Cassazione come espressione di regole di diritto vigente al quale uniformarsi senza alcuna remora.

1.2. - Nel contesto di una analisi orientata a considerare in modo più attento l'efficacia persuasiva delle decisioni giudiziarie⁶, è però da osservare che se la portata della Decisione viene circoscritta ad un provvedimento relativo ad una specifica clausola inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, essa non si discosta dal modello di una normale decisione giudiziaria che risolve una controversia insorta tra le parti e nel contempo indica una regola valida per tutti i futuri casi strettamente analoghi; modello che ovviamente non suscita problemi maiuscoli. Ove invece la Decisione sia intesa come produttiva di una regola in base alla quale tutte le clausole riconducibili al modello *claims made* sono immeritevoli di tutela e pertanto invalide, va' da se che da ciò ne conseguirebbero, da un lato, vasti problemi di conflitto tra precedenti e quindi attinenti alle modalità di attuazione della funzione nomofilattica svolta dalla Suprema Corte; dall'altro lato, si porrebbero i ben noti problemi che attengono ai limiti della stessa funzione nomofilattica. In termini più di sintesi si vuole dire che in realtà, una simile decisione non si differenzerebbe affatto da una riforma del diritto delle assicurazioni introdotta dal legislatore per operare scelte di pura politica del diritto e non solo scelte di carattere ermeneutico o di sistemazione razionale delle regole vigenti.

Questo aspetto nel sistema giuridico italiano è normalmente trascurato da quanti si sono rassegnati alla equiparazione di fatto tra regole tratte dal diritto giurisprudenziale e regole adottate per via legislativa, e tuttavia presenta risvolti ineludibili perché, quando il *thema decidendum* si amplia a considerare il tipo generale delle clausole c.d. *claims made*, si coinvolgono nelle soluzioni prescelte aspetti che attengono alla conformazione del mercato assicurativo nel settore r.c. che non solo è settore economicamente imponente⁷, ma che è anche un mercato unico, europeo ovvero disciplinato organicamente a livello europeo. Il che equivale a ricordare che la disciplina dei fenomeni assicurativi è data da un sistema multilivello e ciò, come è noto, vincola tutti i formanti (legali, regolativi, giurisprudenziali) di un dato ordinamento giuridico a seguire un processo di c.d. "coerenza" tra i prodotti delle fonti nazionali e sovranazionali⁸.

Inoltre si deve osservare che in tema di responsabilità sanitaria è da tempo acquisito, anche grazie ad ampie indagini comparatistiche, che il profilo assicurativo è cardine essenziale di tutti i tentativi di riforma che si sono intrapresi negli anni recenti alla ricerca di una soluzione soddisfacente. Se così è, tuttavia occorre considerare che le scelte regolative puntuali, introdotte in campo assicurativo, producono quasi immediatamente conseguenze importanti sull'assetto

⁶ Il tema del valore del precedente e del suo uso nelle prassi forensi è ampiamente dibattuto ed indagato, sicché su di esso si è formata una letteratura di notevole spessore di cui non possibile qui dar compiutamente conto. In sintesi, si vedano: G. Visintini (cur), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, Cedam, 1989; AA. VV. *Otto voci sul precedente giudiziario*, in *Contratto Impr.*, 1988, 504; M. Bin, *Il precedente giudiziario*, Padova, Cedam, 1995; M. Marinelli, *Precedente giudiziario*, in *Encicl. dir., aggiornamento* - VI, Giuffrè, Milano, 2002, 871.

⁷ Nel solo 2011 sul mercato europeo allargato i premi raccolti sono stati di circa 26 miliardi di euro.

⁸ Cfr. G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, 305.

regolativo complessivo il quale, quindi, chiede di essere tenuto presente, almeno nelle sue finalità, non meno del quadro europeo in cui istituzionalmente si inserisce.

Poiché di problematiche di questo genere, la Decisione, a differenza di altre recenti pronunce della Suprema Corte⁹, non si fa carico ed anzi non accenna nemmeno, da quanto si è appena osservato si può trarre quindi un argomento di carattere ermeneutico che induce a preferire un'interpretazione restrittiva ad una interpretazione ampia della sua *ratio decidendi*.

1.3. - Se dal versante dei profili che attengono alla tematica del precedente giudiziale e della funzione di nomofilachia si passa a quello dei criteri di identificazione della c.d. *ratio decidendi*, gli aspetti problematici che si presentano non sono meno numerosi e meno intrecciati.

Al riguardo giova partire dal rilievo che con l'espressione: di matrice anglosassone "claims made" ("a richiesta fatta"), si designano una serie molto ampia di clausole che correntemente vengono inserite nei contratti di assicurazione r.c., le quali, se probabilmente derivano da un medesimo ceppo, si sono ormai ampiamente differenziate sul mercato europeo¹⁰, e dal che ne deriva la conseguenza per cui la locuzione necessita di sforzi chiarificatori.

Rinviando al prosieguo del discorso una descrizione delle clausole in uso, si deve qui osservare che una guida importante (e, per alcuni, imprescindibile¹¹) alla identificazione della *ratio decidendi* è data dalla sicura identificazione del caso deciso. È però noto che lo stile delle sentenze della nostra Suprema Corte non contempla una chiara descrizione del caso della vita che ha dato origine alla controversia, limitandosi la parte narrativa a far emergere dallo svolgimento del processo la questione di diritto che la Corte è chiamata a dirimere. Da ciò le vaste incertezze¹² circa l'ambito di applicazione della regola di diritto giurisprudenziale che promanano dalle decisioni della Suprema Corte, ed in continui propositi di ridurle¹³.

Sotto questo profilo è allora da considerare che chiarire quale sia la *ratio decidendi* della Decisione in esame, al fine di identificare l'ambito di applicazione della regola giurisprudenziale creata dalla stessa, può essere un esercizio persino superfluo se si assume che essa si limiti ad accertare l'invalidità di una clausola di una polizza r.c., stipulata da un ente ospedaliero che subordini la copertura assicurativa al duplice requisito che il sinistro sia stato causato e sia stato reclamato entro il periodo di efficacia della polizza stessa. Infatti in questa prospettiva la regola di diritto giurisprudenziale ha lo stesso ambito di applicazione del caso deciso. Al contrario, se si intende la *ratio decidendi*¹⁴ ed il relativo ambito di applicazione della regola introdotta dal precedente giurisprudenziale, come riferita alle clausole *claims made* in generale, i problemi di identificazione dell'ambito di applicazione della regola che ne sancisce la nullità per immeritevolezza

⁹ Un esempio significativo è fornito da Cass., sez. un., 2017, n. 16601 in tema di danni punitivi.

¹⁰ Rinvio alla ampia indagine svolta da D. Cerini, in Report on Commission's Expert Group on European Insurance Contract Law. September Meeting on Liability Insurance (9-10/09/13), consultabile in http://ec.europa.eu/justice/contract/insurance/expert-group/index_en.htm.

¹¹ Cfr. G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Encicl. giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, 1990.

¹² Non sempre in verità considerate negativamente, financo in materia penale. Cfr. R. Bartoli, *Lettera, precedente, scopo - Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1769.

¹³ Cfr. R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279.

¹⁴ Sul punto cfr. U. Mattei, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. civ.*, XIV, 1996, 148; in tema vale sempre l'osservazione per cui la ragione giuridica delle decisione può essere formulata a diversi livelli di astrattezza e quindi acquista precisione comunicativa alla luce delle circostanze del caso cui si applica.

dell'interesse promosso dal contratto divengono maiuscoli, posto che di per sé come già detto l'espressione *claims made* non ha un referente preciso e, come si vedrà in seguito, alcune delle argomentazioni esposte nella Decisione si attagliano ad alcuni "triggers"¹⁵ e non ad altri.

Se le questioni evocate possono apparire eccessivamente sottili, si deve tener presente che solo questo tipo di analisi consente di tenere in sospeso l'interrogativo di maggior spessore ovvero quello che consiste nel chiedersi se veramente il formante giurisprudenziale sia quello meglio più adatto ad affrontare il tema delle clausole di tipo *claims made* così ampiamente diffuse nelle prassi assicurative.

1.4. - In ogni caso, l'insieme di questi profili problematici suggerisce di procedere anzitutto ad una analisi a compasso allargato, per poi passare ad un esame più dettagliato del vaglio di meritevolezza – immeritevolezza degli esiti cui pervengono le clausole di tipo *claims made* ed, al riguardo, giova anticipare subito che detto vaglio non può pervenire a conclusioni diverse da quelle raggiunte nella Decisione se riferito alla specifica clausola giunta all'esame del supremo Collegio, mentre riportato al tema generale della validità/invalidità delle clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione r.c. non obbligatoria, quanto statuito dalla Corte di Cassazione nella Decisione in esame non appare idoneo a generare alcun esito certo.

A livello generale, infatti, si può partire dalla ovvia considerazione che la determinazione dell'estensione cronologia della copertura assicurativa dedotta nel contratto ha una forte rilevanza non solo sugli interessi degli assicurati e degli assicuratori e dei terzi danneggiati, ma integra anche un elemento fondamentale del calcolo di sostenibilità finanziaria che gli assicuratori debbono svolgere in quanto soggetti vigilati. Da ciò si può dedurre la necessità che ogni valutazione non può non tenere conto della connessione tra contratto, impresa e mercato, mentre la valutazione di una singola specifica clausola può essere condotta a livello di disciplina contrattuale.

Tutto ciò premesso, è opportuno prendere le mosse da un sintetico riassunto della questione generale e delle ragioni del suo insorgere.

2. - Come è ricordato, nella Decisione in commento, la prassi delle clausole "*on claims made basis*" è nata nell'esperienza americana come reazione ad alcune decisioni giurisprudenziali locali¹⁶ che avevano introdotto criteri interpretativi delle polizze r.c. in uso tali da provocare una severa crisi di questo settore assicurativo. E' tuttavia da osservarsi che, pur essendo episodicamente nata in America, la prassi delle clausole "*on claims made basis*" integra una risposta ad un problema che è tendenzialmente universale ed è presente anche nelle prassi assicurative europee.

In sintesi, il problema riguarda la individuazione del rischio che l'assicurato trasferisce all'assicuratore mediante una polizza r.c.. Senza riprendere la ben nota e risalente questione relativa alla nozione giuridica dell'assicurazione r.c.¹⁷, è da osservare che rimane in ogni caso essenziale

¹⁵ Con questa terminologia diffusasi in seguito a fenomeni di globalizzazione dei mercati assicurativi si denotano le varie forme di copertura assicurativa.

¹⁶ Cfr. *Keene Corp. v. Insurance Co. of North America* (D.C. Cir. 1981), 215 U.S. App. D.C. 156, 667 F.2d 1034, cert. denied (1982), 455 U.S. 1007, 102 S. Ct. 1644, 71 L. Ed. 2d 875, 102 S. Ct. 1645.

¹⁷ Cfr. A.D. Candian, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., 290 ss.; da ultimo cfr. P. Corrias, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in questa rivista, 2013, I, 1041 ss.

individuare nel testo delle polizze quali siano i rischi di responsabilità civile rispetto ai quali l'assicurato (*rectius*: il suo patrimonio) deve essere tenuto indenne dall'assicuratore, definendo l'ambito della copertura assicurativa in riferimento ad una specifica tipologia di rischi indennitari, e quindi ad una specifica tipologia di responsabilità civile; ad esempio: responsabilità professionale nel settore XY, responsabilità degli amministratori di società, responsabilità dell'esercente una attività pericolosa, responsabilità per danni all'ambiente, etc..

Per fare ciò ed indipendentemente dalla fonte: legislativa, regolamentare, contrattuale, è necessario ricorrere al linguaggio ma, anche quando si adotti un linguaggio tecnico settoriale, come nel caso di specie, la terminologia cui si è fatto tradizionalmente ricorso è risultata piuttosto anfibologica.

Negli Stati Uniti sino agli anni sessanta del secolo scorso¹⁸ nel linguaggio delle polizze per individuare il fatto generativo della responsabilità civile dell'assicurato si ricorreva alla ben ambigua parola "*occurrence*" (meno frequentemente "*accident*") semanticamente equivalente ad evento e quindi nel contesto di un contratto di assicurazione r.c., a "*sinistro*". Sennonché entrambi i termini possono avere come referente: (a) il compimento da parte dell'assicurato dell'azione o dell'omissione produttivi del danno nella sfera giudica del terzo danneggiato, oppure (b) il manifestarsi del danno evento nella sfera giuridica del terzo danneggiato, oppure ancora, (c) la richiesta risarcitoria che tende a riportare la perdita economica connessa al danno evento nella sfera patrimoniale del danneggiante, ed, infine, (d) l'accertamento, normalmente giudiziale, della responsabilità in capo al danneggiante assicurato e la sua quantificazione, da cui deriva la diminuzione patrimoniale che il danneggiante dovrebbe subire se non fosse assicurato e che, invece, evita ovviamente nei limiti del massimale di copertura.

Questi diversi referenti – così è ovvio - individuano accadimenti scanditi nel tempo ed il problema del tempo e della distanza cronologica diviene particolarmente evidente nel caso dei c.d. sinistri latenti rispetto ai quali l'azione od omissione posta in essere nel tempo *t'* si manifesta come evento dannoso in un tempo *t''*, molto discosto dal primo. Da ciò consegue che l'opera di correzione delle anfibologie del linguaggio si manifesta come necessaria quando si è in presenza di sinistri lungo latenti, proprio perché in tal caso la distanza cronologica tra gli eventi che possono essere indicati mediante espressioni ambigue pone in crisi il principio basilare ed irrinunciabile che informa i contratti di assicurazione del ramo danni, ossia quello per cui il sinistro in copertura è quello accaduto nel periodo di durata della polizza.

Non stupisce quindi che nell'esperienza americana l'ambiguità della terminologia utilizzata nelle polizze sia venuta ad emersione in occasione dei danni prodotti dall'uso dell'amianto (oltre che di farmaci), ossia in occasione di sinistri che sono il più tipico esempio di danni lungo latenti¹⁹. Ovviamente poste di fronte ad una ambiguità terminologica resa palese dagli accadimenti, le corti si sono orientate verso l'antica ed universale regola dell' *interpretatio contra stipulatorem* introducendo la c.d. *multiple trigger theory* secondo cui l'imprescindibile nesso tra garanzia assicurativa e periodo di efficacia del rapporto assicurativo doveva intendersi nel senso che erano

¹⁸ V. Ceserani, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 3 ss.; ID., *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799 ss.

¹⁹ Sul punto cfr. N. Coggiola, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, ESI, 2011.

tenuti alla prestazione indennitaria gli assicuratori la cui polizza era efficace al momento in cui le vittime di asbestosi erano stati esposti alle fibre di amianto ed anche quelli la cui polizza era in corso al momento in cui si erano manifestati i danni derivanti da asbestosi²⁰. Sennonché intervenendo *ex post* sotto forma di interpretazione del contenuto normativo di polizze stipulate tempo prima, simile soluzione ha prodotto il fallimento di numerose compagnie assicurative innestando quella che è passata alla storia del settore come *liability insurance crisis*²¹.

Il problema emerso nell'esperienza americana rimane tuttavia universale perché si collega alle traiettorie di sviluppo della responsabilità civile che sono piuttosto uniformi in tutti gli ordinamenti occidentali, in quanto sia i legislatori sia, e soprattutto, i giudici si sono ispirati al criterio direttivo di proteggere le vittime delle attività dannose. In estrema sintesi si può ricordare che tale criterio direttivo ha condotto la giurisprudenza dei sistemi occidentali a reintrodurre nella disciplina della prescrizione la regola antica per cui *contra non valentem agere non currit prescriptio* e, perciò, a stabilire che il termine prescrizionale che incombe sulla vittima di un sinistro decorre dal momento in cui essa entra in possesso delle informazioni necessarie per esercitare il suo diritto al risarcimento²². Anche quando, come è accaduto nell'esperienza tedesca, non si è adottato questo criterio, ritenuto, non ingiustificatamente, fonte di troppe incertezze, si è tuttavia provveduto ad ampliare il periodo di prescrizione portandolo a trent'anni, come è stato disposto in Germania con la *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (2001)*²³ e con la di poco successiva *Schadensrechternderungsgesetz (2002)*²⁴.

Ovviamente l'ampliamento del termine prescrizionale si riflette immediatamente sulla sfera di responsabilità dei soggetti che agiscono in un determinato ambito economico e, se è inevitabile che costoro ricerchino una copertura assicurativa, non è affatto sicuro che l'offerta sia in grado di seguire la domanda²⁵.

Dal punto di vista degli assicuratori l'allungamento dei termini prescrizionali si riflette, infatti, sulla appostazione degli accantonamenti a riserva per i sinistri occorsi in vigenza della polizza, ma non ancora emersi, e perciò non stimati. È ovvio infatti che un'impresa assicurativa deve disporre di riserve per far fronte ai propri impegni indennitari, essendo soggetta ad obblighi di sana e prudente gestione, e che sotto questo profilo la stima dei c..d. IBNR (*Incurred But Not Reported*) si presenta come un aspetto soggetto alla apposita regolazione, da ultimo disposta dalla c.d. Direttiva *Solvency II*²⁶, la quale a sua volta presenta una certa complessità perché in materia si può procedere solo mediante stime relative ad accadimenti futuri.

²⁰ “The allocation of rights and obligations established by the insurance policies, would be undermined if either the exposure to asbestos or the manifestation of asbestos-related disease were the sole trigger of coverage. We conclude, therefore, that inhalation exposure, exposure in residence, and manifestation all trigger coverage under the policies”. Così *Keene Corp. v. Insurance Co. of North America*, cit., 1047.

²¹ Sul punto si è sviluppato un ampio di battito e non vi è consenso circa le cause della crisi che indubbiamente si manifestò nell'esperienza americana negli anni 80 del secolo scorso sotto forma di numerosi fallimenti di assicuratori e di forte rialzo dei premi. Sul punto si rinvia alla analisi di G.L. Priest, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, 96 Yale L. Rev. 1521 (1987), e di G. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

²² Cfr. P. Gallo, *Prescrizione e decadenza in diritto comparato*, in *Dig. civ.*, XIV, 1996, 251.

²³ Cfr. BGBl 2001 I S. 3138.

²⁴ Cfr. BGBl 2002 I S. 2674.

²⁵ Per una analisi dell'incerto gemellaggio tra responsabilità civile ed assicurazione si rinvia a A.D. Candian, *op cit.*

²⁶ Nell'ordinamento interno l'obbligo di costituire riserve tecniche per i c.d. sinistri avvenuti, ma non ancora denunciati emerge dall'art. 69 regolamento IVASS del 15 marzo 2016, n. 18 emanato in attuazione del nuovo art.

A ben vedere però l'origine del problema stava soprattutto nel lessico delle polizze, che tradizionalmente si presentava ricco di termini anfibologici peraltro tratti dal linguaggio delle prassi operative. Il che consentiva agli assicuratori una notevole flessibilità nella gestione dei sinistri particolarmente nella fase di presa in carico degli stessi. Sicché, preso atto che la vaghezza del linguaggio poteva ritorcersi contro di loro, gli assicuratori americani sono stati i primi a modificare i *triggers* di copertura definendo meglio gli eventi che debbono verificarsi nel periodo di efficacia della polizza per produrre l'effetto del trasferimento del rischio risarcitorio dall'assicurato r.c. all'assicuratore.

Anche in questo caso occorre però distinguere l'occasione, locale, dalla esigenza, universale, di procedere ad una revisione del linguaggio utilizzato nelle prassi contrattuali. Questa esigenza si palesa come necessaria perché, il linguaggio giuridico correntemente utilizzato, mediante il quale si descrivono fenomeni attinenti alla responsabilità civile, presenta comunque aspetti di notevole ambiguità lessicale. Da ciò ne consegue che il raccordo tra assicurazione e responsabilità civile non può avvenire semplicemente mediante l'introduzione del linguaggio della *law of torts*, nel lessico tecnico delle polizze assicurative, ed al riguardo basti considerare la ben nota difficoltà ad identificare l'evento che viene indicato mediante la parola danno. Da ciò ne consegue che, sotto il profilo del linguaggio, è inevitabile che spetti al linguaggio o lessico del diritto delle assicurazioni, ed in particolare a quello delle polizze, individuare con precisione non solo quale sia, sotto il profilo naturalistico, il tipo di sinistro cui è offerta copertura assicurativa, ma anche quale sia l'evento causativo del trasferimento del rischio. Solamente attraverso queste individuazioni si può effettivamente procedere alla sua collocazione del rischio su scala temporale.

In questo quadro si spiega la scelta degli assicuratori anglo-americani di offrire sul mercato polizze r.c. in cui il compito di dare una fisionomia concettualmente precisa al tipo di sinistro che essi prendevano a proprio carico è stato affidato a clausole che davano rilievo ad un tipo di accadimento che fino a quel momento era stato assai poco considerato ossia al fatto che il danneggiato avanzi una richiesta risarcitoria. Specularmente, sul mercato assicurativo nei settori più esposti al rischio di provocare danni lungo-latenti, sono divenute sempre più rare le polizze r.c. munite di clausole che indentificavano il sinistro nella condotta dannosa, senza prevedere alcun termine finale, se non per rinvio al termine prescrizione divenuto incalcolabile o lunghissimo. Simile tipologia di clausole, genericamente detto *loss occurrence*, risulta infatti difficilmente compatibile con i criteri di sana e prudente gestione di una impresa assicurativa, se non a prezzo di mantenere riserve assai elevate e, di conseguenza, premi talmente elevati da rendere difficile l'incontro tra domanda ed offerta sul mercato assicurativo nei settori della r.c. per danni da prodotto, per lesione di beni ambientali, nel settore della responsabilità professionale, con ovvio accento posto sul settore della responsabilità medica.

36 *bis* del Codice dell'assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) – introdotto dall'art. 1, comma 35 del d. lgs. 12 maggio 2015, n. 74 di attuazione della direttiva 2009/138/CE in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e riassicurazione (*Solvency II*). Detto articolo, infatti, stabilisce che la riserva IBNR deve comprendere “*l'ammontare complessivo delle somme che risultano necessarie per far fronte al pagamento dei sinistri avvenuti, nell'esercizio stesso o in quelli precedenti, ma non ancora denunciati alla data delle valutazioni nonché alle relative spese di liquidazione*”.

3. - Ricordata la vicenda storica da cui il problema è nato diviene più agevole sottolineare che esso si scompone in tre livelli.

Il primo concerne la fonte del rapporto assicurativo; il secondo concerne la struttura e gli effetti delle clausole riconducibili al modello c.d. *claims made*; ed il terzo concerne la loro valutazione in termini di validità - invalidità da parte dell'ordinamento giuridico.

3.1 - Circa il primo livello è da osservare che se la fonte negoziale pattizia è ovviamente imprescindibile, essendo il contratto il fattore di distinzione delle assicurazioni private rispetto ad altre tecniche assicurative, rimane da decidere in che misura il contratto di assicurazione r.c. debba essere conformato dall'ordinamento giuridico e di conseguenza quale sia la misura in cui opera l'autonomia contrattuale. Tema assai ampio e problematico posto che i contratti di assicurazione sono tipicamente contratti standard che presentano delicati aspetti di dissimmetria informativa tra le parti.

Senza poter qui affrontare in profondità tale tematica, è però anzitutto necessario distinguere le assicurazioni non obbligatorie da quelle obbligatorie che sono dotate di una disciplina conformativa ad hoc in riferimento ai diversi settori in cui operano, ma che, simmetricamente, operano in settori di mercato a loro volta "conformati" dalla presenza di una domanda forzata di coperture assicurative.

Premessa questa distinzione, ed avvertito che le considerazioni qui di seguito esposte si attagliano alle sole assicurazioni non obbligatorie, si deve osservare che rispetto a queste ultime il problema del quantum di autonomia che deve essere lasciata alle parti contrattuali si pone in considerazione del fatto che: a) esiste nel nostro ordinamento un tipo legale di contratto di assicurazione r.c.; b) tale tipo definisce, all'art. 1917 c.c., quale sia la nozione di sinistro che lo caratterizza; c) tale nozione coincide con quella di fatto illecito accaduto nel periodo di assicurazione. In realtà l'ultimo passaggio integra l'esito di una controversia interpretativa che si è sviluppata assai prima che si diffondesse la prassi delle clausole "*on claims made basis*", ed anche quando il volto della responsabilità civile era assai diverso da quello attuale. Tuttavia l'interpretazione suddetta del testo dell'art. 1917 c.c. è ormai talmente radicata in giurisprudenza da renderla equivalente ad un testo legislativo, il quale di per sé si limita a ricorrere alla vaghissima parola "fatto".

Da qui si sono sviluppate, nel nostro sistema giuridico intense discussioni circa il tasso di coerenza che deve discendere dal tipo legale. Discussioni in fondo non sempre giustificate posto che esse sembrano trascurare che, nei settori di assicurazione r.c. non obbligatoria, le polizze non sono necessariamente contratti per adesione, essendo le condizioni particolari di polizza normalmente negoziate e che, di conseguenza, nella maggior parte dei casi è inevitabile che il rapporto contrattuale sia regolato dal contratto in modo non coincidente con il tipo legale.

Piuttosto è da rilevare che, impostato il tema come problema attinente al grado di conformità tra la disciplina contrattuale e quella dettata dal tipo legale, si è perso di vista il punto più rilevante sotto il profilo delle scelte di politica del diritto, il quale consiste nel chiedersi, alla luce della vaghezza del linguaggio disponibile, se sia ragionevole che alla individuazione del "sinistro"

dedotto in un contratto di assicurazione r.c. provveda il legislatore. È noto che in Germania si è consolidata la scelta opposta, ritenendosi preferibile che nella assicurazione r.c. lo schema legale eviti di definire la nozione di sinistro in modo da costringere le parti ad individuare nel contratto quale sia il tipo di sinistro le cui conseguenze risarcitorie vengono trasferite in capo all'assicuratore, individuazione che può avvenire indicando la violazione di una regola di condotta da parte dell'assicurato (*Pflichtenverstoß*), o indicando il verificarsi di un evento dannoso, oppure indicando il manifestarsi delle conseguenze dannose dell'evento, oppure infine la eventualità che l'assicurato sia raggiunto da una richiesta risarcitoria (*Anspruchserhebung*).

Tale scelta appare del tutto congruente tenuto conto che il problema nasce in larga parte dall'imprecisione del linguaggio e dalla estrema varietà delle situazioni di rischio risarcitorio che possono chiedere una copertura assicurativa. Appare pertanto conforme al criterio di ragionevolezza che, alla individuazione del sinistro assicurato ed alla sua collocazione nel tempo provvedono coloro che dispongono delle informazioni che consentano di calcolare i rischi sottesi alla situazione concreta dell'assicurato, mentre il legislatore o il regolatore devono vigilare che essi dispongano di un linguaggio sufficientemente chiaro per poter programmare con ragionevole certezza gli esiti delle loro scelte contrattuali.

In questa prospettiva ciò che diviene irragionevole è l'elevare il paradigma fornito dall'art. 1917 c.c. al rango di disposizione inderogabile, esito che in sé è anche in contrasto con il dettato codicistico che riserva carattere relativamente inderogabile alle sole disposizioni di cui al 3° e 4° comma dell'articolo 1917 c.c., che riguardano tutt'altri aspetti.

3.2. - Circa il secondo livello di analisi concernente la struttura e gli effetti delle clausole riconducibili al modello c.d. *claims made*, giova ricordare che esse sono piuttosto svariate. In dottrina, e nel lessico delle prassi, si usa raggrupparle in alcune tipologie standard: clausole c.d. pure, mediante le quali l'assicuratore si obbliga a tenere indenne l'assicurato da tutte le richieste risarcitorie avanzate nel periodo di efficacia del contratto, indipendentemente da quando sia stato commesso il fatto illecito; clausole c.d. impure, o miste, in cui l'assicuratore si impegna a tenere indenne l'assicurato dal pregiudizio patrimoniale sofferto dall'assicurato per effetto di una richiesta risarcitoria avanzata dal terzo danneggiato, purché riferita ad un fatto illecito avvenuto o in costanza di polizza, oppure in un predeterminato arco temporale antecedente al momento di inizio di efficacia della polizza; ed infine quelle c.d. *reported*, in base alle quali il fatto rilevante è integrato dall'avviso, o denuncia, che l'assicurato dà all'assicuratore del verificarsi di un evento ritenuto idoneo a dar luogo ad una richiesta risarcitoria, anche se non ancora avanzata (*deeming clause*).

Nei discorsi intessuti dalla dottrina che sul tema è abbondantemente intervenuta, queste classificazioni sono assai utili a fini narrativi, ma è bene ricordare che nella prassi si assiste a fenomeni di ibridazione per cui nelle polizze le clausole sono spesso il frutto di combinazione tra loro di due fattori rappresentati, da un lato, dalla individuazione dell'evento rilevante e, dall'altro, dall'individuazione dell'arco temporale nel corso del quale l'evento rilevante²⁷ produce l'effetto di

²⁷ L'individuazione precisa del quale rinvia ad una elevata varietà di scelte contrattuali; in tema, infatti, possono entrare in gioco vincoli di forma delle comunicazioni che integrano l'evento rilevante.

copertura assicurativa. Determinazione quest'ultima che è evidentemente cruciale perché attraverso la estensione cronologica al prima e al dopo il periodo di efficacia della polizza, la tipologia generica *claims made* può cambiare volto sino a sovrapporsi alla tipologia contrapposta delle c.d. *loss occurrence*, bastando all'uopo disporre che siano in copertura anche le domande risarcitorie avanzate per un lungo lasso di tempo successivo alla scadenza della polizza (domande postume), purché causalmente connesse con fatti imputabili all'assicurato accaduti durante il periodo di vigenza della polizza.

Naturalmente le determinazioni contrattuali che stabiliscono in estensione o meno il periodo di copertura producono diversi effetti pratici in relazione alla durata del contratto di assicurazione; durata la cui disciplina è stata modificata mediante novellazione dell'art. 1899 c.c.²⁸, per motivazioni connesse alla promozione della concorrenza tra imprese, con l'effetto diretto di rendere usuale la durata annuale delle polizze e con quello indiretto di rendere assai poco attraenti per gli assicurati le polizze di tipo *claims made* prive di estensioni.

3.3. - Passando al terzo livello di analisi concernente la valutazione in termini di validità - invalidità da parte dell'ordinamento giuridico delle varie clausole "*on claims made basis*", giova ricordare che, da quando sono state introdotte anche nelle prassi assicurative italiane, tali clausole hanno incontrato numerose obiezioni di principio. La maggior parte di tali obiezioni tuttavia si è collocata nell'ottica della inderogabilità del tipo legale di assicurazione r.c. saldamente ancorato all'idea che l'obbligo indennitario incomba sull'assicuratore la cui polizza sia in corso al momento in cui viene posta in essere la condotta dannosa²⁹. Ma non solo, ci si è anche chiesti se un contratto di assicurazione del genere *claims made* non difetti di causa³⁰ e non sono mancate le pronunce di merito che facendosi carico delle preoccupazioni espresse dall'AGCM hanno sancito la nullità di clausole che potevano produrre l'effetto di fidelizzare l'assicurato³¹, ed altre che confondendo la identificazione del sinistro con una limitazione di responsabilità dell'assicuratore sono pervenute a qualificare la clausola in questione come vessatoria³².

Ovviamente così non è, non essendovi ragione per confondere la nozione di responsabilità con quella di copertura assicurativa che costituiscono piani tra loro ben differenziati e per non ammettere contratti assicurativi atipici.

Raggiunta con qualche difficoltà³³ la conclusione per cui le clausole *claims made* non sono di per sé vessatorie e che i contratti di assicurazione con clausole *claims made*, discostandosi dallo schema legale di cui all'art. 1917 c.c., possono ritenersi contratti atipici, ma non per questo invalidi alla luce del principio per cui anche i contratti atipici sono in linea generale leciti ex art. 1322 c.c.³⁴, si è aperta la discussione circa la sussistenza di un interesse meritevole di tutela.

²⁸ V. art. 21.3, l. 23 luglio 2009, n. 90.

²⁹ V. App. Napoli, 28 febbraio 2001, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 711 e Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, *ivi* (con motivazione parzialmente diversa).

³⁰ Cfr. Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 774.

³¹ Cfr. Trib. Roma, 9 gennaio 2013, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 585; Trib. Roma, 10 aprile 2013, in *Corr. merito*, 2013, f. 12, 115.

³² Cfr. Trib. Roma, 5 gennaio 2007, in *DeJure*; Trib. Roma, 5 maggio 2007, *ivi*.

³³ V. Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Ass.*, 2006, I, 1.

³⁴ Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140; Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645.

Ed è su questa fase della tormentata vicenda delle clausole *claims made* in Italia che si innesta la Decisione in commento, la quale sposa la tesi per cui la meritevolezza dell'interesse si configura come un giudizio che deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito. A quanto è dato intendere, perché sul punto la pur limpida motivazione non è particolarmente specifica, i parametri di valutazione del risultato perseguito rimangono all'interno degli effetti del singolo contratto e non si estendono a considerare gli effetti indiretti che il giudizio di meritevolezza produce sull'attività dell'impresa assicuratrice e sugli assetti di un mercato regolamentato.

4. - Assunta la prospettiva contrattuale è però noto che circa il controllo di meritevolezza applicabile ai contratti non vi è uniformità di vedute né in dottrina, né in giurisprudenza³⁵ e quindi conviene partire dall'unico punto fermo che sembra sussistere in materia, ossia da quello per cui tale controllo deve svolgersi in concreto procedendo ad una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco nello specifico contesto in cui l'assetto di interessi programmato dal contratto li colloca. Il che dovrebbe implicare in primo luogo che sotto tale profilo non si possa continuare a discutere di clausole genericamente denominate *claims made*, ma solo di clausole specifiche in specifici contesti di rischio. Come si è accennato, infatti, le varie tipologie di clausole mediante le quali il contratto di assicurazione identifica a quali condizioni l'obbligo indennitario dell'assicuratore è ingaggiato rispetto al tempo debbono essere adattate alla tipologia di rischi di responsabilità civile cui è esposto l'assicurato. Da ciò discende che diviene essenziale considerare la posizione specifica dell'assicurato, il che equivale a prendere in considerazione la tipologia o ramo di attività svolto, dall'assicurato stesso.

4.1. - Nel caso esaminato dalla Decisione il contesto era dato dalla situazione soggettiva di un ente ospedaliero (nella nomenclatura della Decisione: Azienda ospedaliera, o Azienda) che si era assicurato per la responsabilità civile con polizza che espressamente limitava la "garanzia" assicurativa a tutte le richieste di risarcimento presentate all'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia dell'assicurazione che, a quanto è dato comprendere, era annuale.

Si è quindi nel contesto di una attività per cui (al momento della stipula) l'assicurazione non è obbligatoria³⁶. Infatti la normativa vigente consente agli enti ospedalieri di ricorrere a forme di assicurazione o di non assicurarsi, utilizzando forme di c.d. "autoassicurazione"³⁷. Quest'ultima, come noto, rappresenta una modalità di gestione del rischio ospedaliero largamente diffusa anche in combinazione con esternazioni del rischio mediante polizze assicurative parziali volte a coprire unicamente i danni c.d. "catastrofali", cioè di ammontare tale da porre in pericolo la capacità dei fondi accantonati, anche in forme consortili, per far fronte alle richieste risarcitorie. Inoltre si deve

³⁵ Cfr, da ultimo, P. Gallo, *Il contratto*, Torino, Giappichelli, 2017, 139-145, ed ivi bibliografia.

³⁶ V. Cass. civ., 10 maggio 2001, n. 6502.

³⁷ Cfr. S. Landini (cur.), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, in *Quaderni Cesifin*, 2015; L. Velliscig, *Autoassicurazione e rischio sanitario. Riflessioni critiche alla luce dell'esperienza statunitense*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, f. 2, 666 - 682; L. Velliscig, *L'autoassicurazione come tecnica alternativa di mitigazione delle conseguenze economico-patrimoniali degli eventi dannosi*, in S. Landini (cur.), *Nuovi attori e nuovi ruoli nello scenario del diritto del mercato assicurativo*, *Quaderni Cesifin*, 2017, 61 - 80.

considerare che normalmente le “aziende” ospedaliere stipulano contratti di assicurazione a mezzo di brokers che debbono essere scelti a mezzo di gara pubblica³⁸.

4.2. - Circa la clausola specifica esaminata dalla Corte di Cassazione nella Decisione è da osservare che essa non è riportata integralmente, ma dal principio di diritto affermato nella stessa si deduce che si trattava di clausola che condizionava la copertura assicurativa sia al fatto che la condotta lesiva del diritto alla salute del danneggiato si fosse verificata nel periodo di vigenza annuale della polizza, sia che la richiesta di indennizzo fosse avanzata nel medesimo periodo.

Si è già ricordato che in dottrina si è abituati a denominare tale tipo di clausola come *claims made* impura perché combina il modello della assicurazione *loss occurrence* con quello della *claims made*. Denominazione che però lascia a desiderare perché non è chiaro se con la locuzione *loss occurrence* ci si riferisce alla violazione della regola di condotta professionale, all'insorgenza del danno, o alla sua manifestazione. Rimane quindi oscuro all'interprete della Decisione ed ai giudicanti che dovranno adeguarsi al precedente giudiziale a quale tipo di “occorrenza” la copertura era condizionata, tuttavia per semplicità si supponga che la clausola esaminata comprendesse tutti questi eventi accanto alla richiesta di risarcimento presentata dal danneggiato. Si tratta in effetti di clausola che talvolta ricorre nei testi delle polizze r.c., rispetto alla quale invero si possono avanzare forti riserve sotto il profilo della trasparenza, posto che il suo inserimento in polizza genera più l'illusione di assicurazione che una copertura assicurativa vera e propria. Infatti è molto raro che tutti gli eventi indicati si verificano nel corso di efficacia annuale della polizza stessa e di conseguenza la copertura assicurativa risulta illusoria.

Di per sé non è certo vietato concludere un contratto di assicurazione in cui il rischio trasferito dall'assicurato all'assicuratore sia di limitata o anche limitatissima evenienza. Per rimanere nel settore MedMal, ciò accade ad esempio in quelle polizze, in genere integrative di gestioni autoassicurative, in cui la franchigia che rimane a carico dell'assicurato è talmente elevata da limitare l'intervento dell'assicuratore ai danni c.d. catastrofali, che come tali sono, fortunatamente, di assai remota ricorrenza. Tuttavia una franchigia elevata è immediatamente percepibile ed i suoi effetti rapidamente calcolabili; la combinazione di una pluralità di condizioni può esserlo assai meno. L'art. 183 del codice delle assicurazioni private obbliga le imprese assicuratrici a comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti degli assicurati nella fase di offerta ed esecuzione dei contratti assicurativi³⁹. È vero che si tratta di regole di comportamento e non di validità, tuttavia in riferimento al requisito della meritevolezza dell'interesse promosso da un contratto riconosciuto in tesi come atipico, la mancanza di trasparenza e, quindi, il contrasto con il disposto dell'art. 183 CAP si traduce facilmente in una valutazione di immeritevolezza del programma contrattuale predisposto dalle parti.

³⁸ Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 24 ottobre 2005, n. 707.

³⁹ Cfr. S. Nitti, Commento all'art. 183, in A. Candian - G. Carriero (cur.), Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) annotato con la dottrina e la giurisprudenza, Napoli, ESI, 786 ss.

5. - La decisione della Suprema Corte non è però motivata sulla base della scarsa trasparenza di polizze che, richiedendo la ricorrenza nell'arco temporale di vigenza annuale della polizza di due fatti condizionanti la copertura che generalmente accadono a maggiore distanza di tempo, come sono la condotta dannosa e la richiesta di risarcimento, svuotano surrettiziamente di contenuto la copertura assicurativa; quanto sui tre marcatori di carattere misto che si rifanno al criterio dello squilibrio normativo tra le parti ed a quelli delle aporie contrattuali che conducono ad esiti insopportabilmente iniqui.

I tre indici di immeritevolezza che la decisione assume deducendoli da precedenti sentenze della Cassazione sono i seguenti: a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra; c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti. Secondo la decisione in esame, le clausole tipo *claims made* si porrebbe in contrasto con tutti e tre.

5.1. - Sotto il primo profilo, la Decisione sostiene che una clausola *claims made* che escluda le richieste postume riduce il periodo effettivo di copertura assicurativa (per il quale è stato verosimilmente pagato il premio) posto che da esso "resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto". È però da osservare che senza una indagine sull'ammontare del premio, è difficile connettere la indubbia riduzione del periodo di copertura effettiva con il concetto di squilibrio ingiustificato. A tal fine infatti è necessario inserire nello sviluppo dell'argomentazione un medio logico con cui si presume che il calcolo del premio sia condotto sulla base dell'assunto che il rischio assicurato sia costante nel tempo, ossia pensato come un premio fisso per tutti i periodi infrannuali di copertura. Al riguardo però non solo si può osservare che la decisione non offre alcun elemento a sostegno di questo assunto, ma che mancando ogni indagine circa l'ammontare del premio effettivamente pagato, la dimostrazione della tesi per cui la clausola in questione produce uno squilibrio ingiusto diviene impossibile. Infatti, a ben vedere, l'ipotesi per cui mediante una clausola *claims made* che escluda richieste postume dà luogo a periodi assicurativi rispetto ai quali viene pagato un premio, ma rispetto ai quali non si attua alcun effettivo trasferimento del rischio indennitario dall'assicurato all'assicuratore, denota uno squilibrio di tipo economico rispetto al quale è necessario far riferimento all'ammontare del premio e non solo al modo con cui è stato presuntivamente calcolato. Né varrebbe osservare, sulla scia di acuta dottrina⁴⁰, che lo squilibrio indotto da una clausola *claims made* che escluda le richieste postume non può apprezzarsi in riferimento all'entità del premio pagato perché, in mancanza di una contemporanea offerta di polizze con clausola *loss occurrence*, non è possibile controllare se il premio pagato a fronte delle prime sia inferiore a quello pagato a fronte delle seconde e che di conseguenza l'equilibrio contrattuale si deve verificare in considerazione della tutela offerta ai due interessi contrapposti: quello dell'assicuratore a non essere costretto a mantenere riserve a fronte di polizze esaurite, ma a cui possono collegarsi sinistri che emergono a lunga distanza di tempo dal compimento della condotta dannosa, e quello dell'assicurato ad essere tenuto indenne delle conseguenze risarcitorie dei fatti a lui imputabili accaduti in vigenza di polizza sino al momento della

⁴⁰ Cfr. U. Carnevali, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, cit., 759 e in *Studi Gambaro*, cit., 1495.

prescrizione. In riferimento ad ipotesi di assicurazione non obbligatoria, infatti, il suddetto interesse dell'assicurato non è effettivamente tutelato dalla presenza nel codice di un tipo legale che lo contempla, ma dalla presenza sul mercato di una offerta assicurativa che ne concretizzi la tutela mediante la predisposizione di un assetto di interessi contrattuale conforme allo scopo.

In questa prospettiva divengono ineludibili due considerazioni. In primo luogo il premio pagato dall'assicurato rimane elemento imprescindibile di accesso al mercato dei prodotti assicurativi. In secondo luogo, ove fosse dimostrato che su uno specifico mercato, come può essere il caso delle assicurazioni MedMal, non vengono più offerte polizze di tipo tradizionale, la conclusione ultima cui si deve logicamente pervenire non è quella per cui non è possibile considerare il fattore premio ai fini di una valutazione dell'equilibrio contrattuale, ma che non è possibile svolgere una valutazione in termini di equilibrio contrattuale confrontando offerte di mercato presenti con offerte di mercato assenti.

Può rimanere oscura la ragione per cui sul mercato siano presenti domande di prodotti assicurativi illusori, ma questo è tema che si discosta di molto da quello dell'equilibrio contrattuale e può essere analizzato solo in riferimento al quadro complessivo degli interessi in gioco sul mercato stesso.

5.2. - Su altro piano, ossia su quello del rispetto dei precedenti giurisprudenziali, specie quelli in cui la funzione nomofilattica affidata alla Corte di legittimità è più pregnantemente all'opera, vale a dire rispetto alle decisioni delle Sezioni Unite, non si può evitare di ricordare come nella precedente sentenza delle Sezioni Unite n. 9140/2016 il parametro del premio fosse espressamente richiamato accanto ad "altri profili di disciplina pattizia".

Normalmente si considera che tra gli altri profili di disciplina pattizia che possono rendere appetibile una polizza assicurativa r.c. si segnalano le clausole che danno una efficacia retroattiva alla copertura.

Ciò nel senso, in parte sotteso alla nozione di polizza *claims made* c.d. pura, che la polizza copre sì le sole domande risarcitorie che siano pervenute all'assicurato nel periodo di vigenza della polizza, ma tale copertura si applica anche ai sinistri che derivano da condotte anteriori allo stesso periodo ed anche a fatti generativi di potenziali responsabilità già accaduti. Anteriorità che può essere limitata ad un certo numero di anni oppure illimitata.

Tale tipo di clausola è espressamente considerata ai paragrafi 8 e 9 della citata sentenza delle Sezioni Unite n. 9140/2016 ove si respinge la tesi dell'inassicurabilità di fatti generatori di danno verificatisi prima della conclusione del contratto, tesi che si esprime in termini di inassicurabilità del c.d. rischio putativo, osservandosi in senso contrario, che "il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento" e da ciò traendo il convincimento "che la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato".

In astratto non si può dubitare che tale estensione temporale di carattere “retroattivo” sia in grado di eliminare gli opachi squilibri che connotano le clausole c.d. impure e, tuttavia, secondo l’opinione dei più, l’efficacia riequilibratrice di simili previsioni contrattuali rimane condizionata all’ignoranza incolpevole del contraente che ignori di aver tenuto una condotta potenzialmente generatrice di danno risarcibile, oppure che la circostanza sia stata comunicata all’assicuratore in fase precontrattuale. In caso contrario, infatti, la disciplina di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c. in tema di dichiarazioni inesatte e reticenti del contraente (disciplina che, come è noto, distingue tra inesattezze e reticenze dolose o gravemente colpose ed informazioni inesatte incolpevoli) può produrre la elisione della copertura assicurativa.

La Decisione, ponendosi in sottile e non rimarcata posizione critica verso la pronuncia precedente, evoca questo problema sottolineando la condizione paradossale in cui si trova l’assicurato conscio di aver tenuto una condotta potenzialmente dannosa il quale “se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l’obbligo di salvataggio di cui all’art. 1915 c.c.”.

Con ciò si suggerisce implicitamente che le aporie che connotano il modello *claims made* quando sia posto nel contesto della disciplina nazionale sono tali da rendere illusorio anche il vantaggio connesso con la parziale retroattività della copertura assicurativa prevista nelle polizze che contengono clausole *claims made* c.d. pure⁴¹.

Simmetriche considerazioni si possono trarre da quanto la Decisione indica in riferimento alle parimenti paradossali conseguenze che derivano dall’elevare comunque la richiesta del terzo a “condizione” per il pagamento dell’indennizzo, sia che si tratti dell’unico fatto condizionante sia che si tratti di fatto condizionante contemplato in combinazione con altri. Infatti la Decisione indica che in ogni caso l’assicurato è spinto a sollecitare la domanda risarcitoria (in violazione dell’obbligo di salvataggio) ed ad evitare qualunque forma di cooperazione con la vittima in contrasto coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

Da ciò l’impressione che la Decisione integri un *revirement* di giurisprudenza e che essa disponga nel senso dell’immeritevolezza di tutti i contratti assicurativi r.c. che contengano clausole di tipo *claims made*, salvo quelli che prevedano un congruo periodo di copertura delle richieste postume, i quali però, come si è già osservato si distinguono male dai contratti a modello *loss occurrence*.

5.3. - Senonché è molto dubbio che tali aporie sussistano effettivamente e che l’iter argomentativo seguito nella Decisione resista al vaglio di una analisi condotta nella prospettiva realistica degli effetti come, giustamente, propone la Corte.

Si può infatti rilevare che, con l’icastica espressione: perdita della copertura in relazione alla mancata comunicazione dall’assicurato all’assicuratore di eventi in grado di provocare una richiesta risarcitoria, vengono evocati due problemi diversi a seconda che ci si collochi in uno scenario in cui sono dedotti in condizione il verificarsi nel medesimo arco temporale i due fatti della condotta dannosa e della richiesta risarcitoria, oppure ci si collochi in uno scenario in cui è dedotto in

⁴¹ Questo argomento può essere inteso come la ratio decidendi della sentenza n.10506/2017 che sembra riferirsi ad un caso di clausola *claims made* con tre anni di retroattività.

condizione il solo fatto della richiesta risarcitoria durante il periodo di vigenza della polizza mentre il verificarsi di una condotta potenzialmente dannosa è dedotto in condizione in un arco temporale retroattivamente più esteso. Nel primo scenario, la perdita delle copertura connessa alla condotta taciturna dell'assicurato può derivare dalla violazione dell'art. 1913 c.c. in tema di avviso di sinistro all'assicuratore; nel secondo, la paventata perdita della copertura può derivare dall'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c..

Il primo scenario corrisponde a quello preso in considerazione in presenza di una clausola *claims made* c.d. impura e, pertanto, non vi è ragione di aggiungere un altro motivo di critica a tale assetto di interessi che non resiste ad un vaglio di meritevolezza. Il secondo scenario corrisponde a quello che si contempla in presenza di una clausola c.d. pura, e ad esso è necessario dedicare maggiore attenzione. In riferimento alla disciplina in tema di dichiarazioni inesatte e reticenti dell'assicurato sarebbe infatti anzitutto da distinguersi tra inesattezza e reticenza qualificate dal dolo o colpa grave da quelle incolpevoli. Non è quindi sufficiente che la condotta dannosa sia stata posta in essere prima della stipulazione della polizza, occorre anche che l'assicurato sia stato consapevole non solo della sua ricorrenza, ma anche della sua idoneità a integrare un fatto illecito. Ricordato ciò, può concedersi che in una prospettiva realistica, le ipotesi di ignoranza incolpevole di un assicurato esercente la professione o l'attività sanitaria sono relativamente infrequenti, ricorrendo chiaramente solo nei casi di mancata diagnosi (ipotesi che peraltro ricorreva nel caso concreto esaminato dalla Sezioni Unite nella sentenza 9040/16), mentre sono assai più ricorrenti quelle in cui la consapevolezza di aver tenuto una condotta potenzialmente generativa di danno sussiste ed il ricordo di tale condotta è convenientemente sollecitato dai questionari anamnestici che solitamente gli assicuratori chiedono di compilare. Tuttavia, rilevato che non esiste una correlazione meccanica tra l'aver posto in essere una condotta dannosa e la perdita di copertura causata da dichiarazioni inesatte o reticenti, si deve considerare che la disciplina di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c. è derogabile a favore dell'assicurato e si attaglia al tipo legale di contratto di assicurazione r.c. che ha come proprio pilastro interno, ovvero come evento rilevante, la occorrenza del fatto dannoso nel periodo di vigenza della polizza. Trasposta in un contesto contrattuale che abbia come proprio pilastro interno, ovvero come evento rilevante, la domanda risarcitoria del danneggiato, è inevitabile che la stessa disciplina, anche quando non sia derogata dal contratto, muta il proprio ruolo ed il proprio significato giuridico. Già attualmente la giurisprudenza, pur in altri settori assicurativi, e segnatamente in quello delle polizze sanitarie, è evidentemente incline ad attenersi ad interpretazioni assai restrittive che escludono la rilevanza di reticenze degli assicurati che non siano caratterizzate da omissioni evidentemente dolose.

Ne consegue in definitiva che è molto dubbio che sussista una aporia tra la disciplina di fonte contrattuale di una polizza *claims made* c.d. pura e la disciplina codicistica in tema di dichiarazioni inesatte o reticenti.

5.4. - Circa l'incentivo che le clausole *claims made* suscitano in capo all'assicurato, sospingendolo a sollecitare la proposizione di una domanda risarcitoria dal danneggiato e ad evitare di soddisfare prontamente le richieste risarcitorie che appaiono fondate, si deve rilevare come solo

il primo paradosso si connette alla struttura delle polizze *claims made*, mentre il secondo si connette alla struttura di qualsiasi contratto di assicurazione r.c. senza distinzioni.

In entrambi i casi tuttavia la disciplina pattizia contemplata nelle polizze ha risorse sufficienti per evitare l'insorgere di situazioni paradossali. Infatti la domanda di risarcimento avanzata dalla vittima di un sinistro sanitario è normalmente individuata come domanda informale che finisce con l'essere equivalente alla denuncia di sinistro rivolta dall'assicurato all'assicuratore; sicché il paventato caso dell'assicurato che solleciti il danneggiato a fargli causa per poter fare rientrare il sinistro in copertura si può verificare solo nel caso in cui sia pattiziamente previsto che il *claim* o la richiesta fatta dal danneggiato debba assumere la veste formale della richiesta di mediazione (essendo ormai improcedibile una azione giudiziale non preceduta da tale invito).

Inoltre le polizze sanitarie contemplan quasi sempre fasi di gestione del sinistro condotte dalla struttura sanitaria e dall'assicuratore che tendono ad evitare, e prevenire, le liti.

Il paventato effetto di incentivare l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti e quindi a non "adempiere spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), si circoscrive all'ipotesi di riconoscimento spontaneo della propria responsabilità senza preavvisare l'assicuratore e senza la sua cooperazione nella gestione del sinistro. Ma in riferimento a questa ipotesi non si riscontra nessuna differenza tra i vari tipi di assicurazione in quanto l'obbligo di salvataggio che l'art. 1914 impone all'assicurato è disposizione di carattere generale concernente l'intero ramo danni ed eguale area di applicazione hanno i suoi corollari.

6. - Se si osservano le motivazioni esposte nella Decisione in esame è facile avvedersi che esse non sono idonee a sorreggere un giudizio di immeritevolezza rivolto in generale a tutte le varie tipologie di clausole *claims made* e da ciò un rinnovato motivo per limitare la sua portata come precedente giudiziale al caso deciso, così come è dato ricostruirne le fattezze in base agli accenni sparsi nel corso della motivazione.

Ciò lascia aperti vari problemi che si collocano in contesti diversi.

In primo luogo ci si può chiedere se il giudizio di meritevolezza/ immeritevolezza possa essere correttamente rivolto ad una tipologia di contratti, oppure se debba essere riservato al vaglio di singoli contratti, come avevano indicato le Sezioni Unite nella decisione n. 9140/2016. Il contesto in cui si pone questo interrogativo è però quello della teoria del contratto in generale, contesto che rimane estraneo a queste note in cui mette solo conto di avvertire che si tratta di questione dibattuta ed in definitiva di questione aperta e probabilmente destinata a rimanere tale piuttosto a lungo.

In secondo luogo ci si può chiedere se sia conforme alla giustizia contrattuale un meccanismo che affida alle corti il potere di sostituire una clausola *claims made* considerata nulla per difetto di meritevolezza con una clausola *loss occurrence* consentendo così all'assicurato di ottenere una copertura tradizionale del rischio di responsabilità civile senza un adeguato corrispettivo economico e sconvolgendo così *ex post* l'equilibrio contrattuale voluto dalle parti e quello finanziario

dell'assicuratore. Anche in questo caso non ci si addentra nel tema, ma si deve ricordare che le crisi del mercato assicurativo possono derivare da questo tipo di interventi.

In terzo luogo ci si può chiedere quale sia il destino dei contratti di assicurazione r.c. stipulati da enti ospedalieri dopo l'entrata in vigore della legge 8 marzo 2017 recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*⁴². Tale legge infatti, all'art. 10, promette di conformare i contratti assicurativi r.c. stipulati da strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private, stabilendo con Decreto Ministeriale i requisiti minimi delle polizze assicurative, ma lascia a tali strutture la possibilità di non assicurarsi adottando altre analoghe misure per la copertura della responsabilità civile, ossia di ricorrere a forme di c.d. autoassicurazione. Pertanto si adotta un modello di conformazione dei contratti di assicurazione r.c. tipico delle assicurazioni obbligatorie, ma non si introduce un effettivo obbligo di assicurarsi con una impresa di assicurazioni creando così una domanda forzata di coperture assicurative, perché gli enti destinatari degli obblighi di assicurazione hanno la facoltà di ricorrere a forme di autoassicurazione quando le ritengano più convenienti.

Il settore più direttamente interessato alle conseguenze della Decisione qui esaminata è quindi destinato ad essere retto da una disciplina di origine legislativa che merita di essere valutata non appena sia completata e collaudata.

Se quindi può essere dubbio che il formante giurisprudenziale sia quello meglio attrezzato per dettare la disciplina dei contratti di assicurazione r.c. nel settore sanitario, e dei loro snodi fondamentali, rimane da verificare in quale misura lo sia il formante legale.

⁴² Cosiddetta Legge Gelli.