

LA COMPARAZIONE TRA DIRITTO CIVILE ITALIANO ED ARGENTINO E L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PROFESSIONALE¹

di *Francesco Delfini*

professore ordinario di Diritto civile

nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Milano

SOMMARIO

1. Il contratto aleatorio nei codici di Argentina ed Italia.	1
2.- Polizze <i>claims made</i> e codice civile italiano.....	3
3. – La giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana sul tema.	5
4. – Il principio di necessaria (tendenziale) simmetria qualitativa del rischio nell'assicurazione RC professionale.....	8
5.- L'assicurazione strutturata come “cobertura de reclamo” in Argentina e le decisioni delle Corti argentine sul tema.....	9
6.- Le indicazioni per il giurista italiano che giungono dalla comparazione con il diritto argentino.	11

1. Il contratto aleatorio nei codici di Argentina ed Italia.

La codificazione argentina del 2015² è di particolare interesse per il giurista italiano sotto plurimi profili³, e non solo per la vicinanza antropologica e linguistica delle due nazioni o per la pur significativa ragione che il legislatore argentino ha accolto la medesima opzione di fondo, quella della unificazione in un unico codice del diritto civile e commerciale, già seguita dal codificatore italiano del 1942.

Tra le definizioni di rilievo per il privatista, che si trovano nel codice argentino si segnalano non solo quelle relative al recepimento, in Argentina, della risalente e tradizionale sequenza concettuale di *hecho, acto, negocio jurídico*, ma anche quelle di

¹ Lo scritto è destinato al *Libro homenaje a Luis F. P. Leiva Fernández*

² Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (CccArg/2014) – il “Codigo Civil Y Comercial De La Nacion” - approvato con la l. 1-10-2014, n. 26994, è entrato in vigore l'1-8-2015. La scelta del nome del nuovo codice, che menziona entrambe le branche del diritto, “*si potrebbe spiegare in relazione alla formula introdotta nella Costituzione argentina dalla riforma del 1994, con la quale si riconobbe espressamente al Congresso la prerogativa di emanare i Codici civile e commerciale “in testi unici o separati” (art. 75, 12° co.), e con riferimento alla quale si era cercato di evitare eventuali questioni di incostituzionalità che sarebbero potute emergere nei confronti dell'unificazione delle legislazioni civile e commerciale in relazione al dettato dell'originario testo costituzionale, secondo cui spettava al Potere legislativo argentino emanare “un Codice civile” e “un Codice commerciale” separatamente (art. 67, 11° co.)”* (D. F. ESBORRAZ, “Nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (circolazione del modello giuridico italiano nel)”, in *Digesto civ., Aggiornamento*, Torino, p. 567).

³ Numerose e notevoli sono le concordanze tra la disciplina delle obbligazioni e dei contratti del Codice Civile e Commerciale Argentino (CCCA) e del Codice Civile Italiano (cod. civ.). L'attuale codificazione argentina ha poi potuto regolare fenomeni ignoti al legislatore italiano del 1942 – si pensi alla conclusione in via telematica del contratto – e ha potuto recepire soluzioni che la dottrina italiana ha tentato di ricostruire solo in via di interpretazione, nell'assenza di disciplina esplicita nel codice, come quella della rilevanza delle condotte omissive, o della manifestazione di volontà per fatti concludenti.

contratti *commutativi* ed *aleatori*, definiti e distinti dall'art. 968⁴, mentre nell'attuale codice civile italiano non vi è alcuna definizione di essi, che tuttavia viene riproposta dalla dottrina: il contratto è *commutativo*, allorché i reciproci sacrifici della parti sono certi ed è *aleatorio*, qualora vi sia incertezza su tali sacrifici.⁵

L'art. 968 del codice argentino prevede dunque che i contratti "*Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto*".

L'abrogato codice civile italiano del 1865 si impegnava invece in una definizione, all'art. 1102⁶, che non è stata riproposta dal legislatore del 1942: "*E' contratto di sorte o aleatorio, quando per ambidue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio*"⁷.

In Italia e in Argentina, poi, l'assicurazione è anche oggetto di legge speciale.

L'assenza, nel codice civile italiano, di una norma *ad hoc* che definisca il contratto aleatorio (e quello commutativo) e l'ampia formulazione dell'art. 1323 cod. civ. – che rende applicabili le norme generali sul contratto a tutti i contratti particolari - deporrebbero, in prima battuta, per una disciplina identica delle due categorie di contratti, commutativi ed aleatori, in punto di requisiti del contratto.

Si può tuttavia osservare che, per il tramite di una dilatazione del requisito della causa, di cui al n. 2 dell'art. 1325 cod. civ., dottrina e giurisprudenza italiane pervengono a ricostruire una ulteriore fattispecie di nullità, specifica per i contratti aleatori, quella della *manca di alea o rischio*⁸. Ciò viene argomentato ricostruendo una sorta di parte generale del contratto aleatorio sulla scorta degli indici forniti dalla parte speciale del diritto

⁴ *Artículo 968.- Contratos conmutativos y aleatorios. Los contratos a título oneroso son conmutativos cuando las ventajas para todos los contratantes son ciertas. Son aleatorios, cuando las ventajas o las pérdidas, para uno de ellos o para todos, dependen de un acontecimiento incierto.*

⁵ TORRENTE - SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XII ed. Milano, Giuffrè, 1985, 511; secondo MESSINEO (*Il contratto in genere*, tomo primo, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, Giuffrè, 1973, 774, 781): <<E' contratto aleatorio (...) quello nel quale il rapporto fra l'entità del vantaggio e l'entità del rischio, al quale ciascuna parte, contraendo, si espone, non è noto, né certo, e quindi non valutabile, all'atto della stipulazione>>, mentre <<E' commutativo (...) il contratto, nel quale la valutazione del rispettivo sacrificio, o vantaggio (cioè del rischio) possa farsi, da ciascuna delle parti, all'atto stesso, in cui il contratto si perfeziona, sì che ciascuna sappia, in anticipo, quale entità economica il contratto costituisca per essa: il contratto commutativo è, pertanto, l'antitesi del contratto aleatorio>>.

⁶ Ricalcata su quella dell'art. 1964 del *code civil* francese: <<*Le contract aléatoire est un convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. Tel sont: Le contract d'assurance; Le pret à grosse aventure; Le jeu et le pari; Le contract de rente viagère. Les deux premiers sont régis par le lois maritimes*>>.

⁷ Nei singoli tipi tradizionalmente appartenenti alla categoria dei contratti aleatori tale qualificazione emerge implicitamente dalla disciplina: per la rendita vitalizia, ad es. l'art. 1879, 2° co., cod. civ., prevede che il debitore della rendita <<è tenuto a pagare la rendita per tutto il tempo per il quale è stata costituita, *per quanto gravosa sia divenuta la sua prestazione*>>.

⁸ NICOLO', *voce Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, s.d. (ma 1958), 1031.

dei contratti⁹ ed in particolare dall'art. 1876 cod. civ., secondo cui *“il contratto è nullo se la rendita è costituita per la durata della vita di persona che, al tempo del contratto, aveva già cessato di vivere”* e soprattutto dall'art. 1895 cod. civ., secondo cui *“Il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto”*.

Il tema dell'esistenza o mancanza del rischio alla conclusione del contratto e la speciale declinazione del concetto di *causa concreta* – e di quello di operazione economica, che serve a meglio identificarla nella vicende negoziali più complesse, che si dipanano in più atti e contratti¹⁰ - sono centrali, nel contratto di assicurazione, per la soluzione di problemi posti a livello globale in tutti i paesi in cui il modello assicurativo *claims made* – di derivazione anglosassone - ha trovato ingresso, e dunque anche in paesi di tradizione romanistica, come l'Italia ed il Sudamerica (ed in particolare l'Argentina e l'Uruguay).

2.- Polizze *claims made* e codice civile italiano.

Nel codice civile italiano, dopo le disposizioni generali sull'assicurazione (artt. 1882 – 1903), nella sezione II (che tratta dell'assicurazione contro i danni) è inserito l'art 1917, che disciplina il sottotipo della assicurazione della responsabilità civile.

Il primo comma della norma descrive oggetto e funzione di tale sottotipo come segue: *“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. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi.”*

Il successivo art. 1932 cod. civ., che chiude il capo XX dedicato all'assicurazione, prevede: *“Norme inderogabili. – 1. Le disposizioni degli articoli 1887, 1892, 1893, 1894, 1897, 1898, 1899, secondo comma, 1901, 1903, secondo comma, 1914, secondo comma, 1915, secondo comma, 1917, terzo e quarto comma e 1926 non possono essere derogate se non in senso più favorevole all'assicurato. 2.- Le clausole che derogano in senso meno favorevole all'assicurato sono sostituite di diritto dalle corrispondenti disposizioni di legge”*.

Siamo di fronte ad una dialettica di norme (art. 1917 co. 1 e 1932 co. 1 cod. civ.) presente anche nel sistema argentino, come vedremo (cfr. art. 109 e 158 della Ley de Seguros).

⁹ Così confermando la sussidiarietà della parte generale rispetto a quella speciale, a dispetto della sistematica del codice: in questo senso DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, 327 ss.

¹⁰ La dottrina più avvertita utilizza con consapevolezza il concetto di operazione economica – schema ampio a struttura procedimentale che identifica una sequenza unitaria e composita comprendente il regolamento, tutti i comportamenti che ad esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso di regole ed i comportamenti si collocano (GABRIELLI, ENRICO, *Il contratto e le sue classificazioni*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, vol. I, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 2^a ed, Torino, 2006, 43 ss. (spec. 60 ss.); GABRIELLI, ENRICO, *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, 2^a ed., Milano, 2015, 62 ss.); GABRIELLI, ENRICO, *Doctrina general del contrato*, vol. I, cit., ps. 23 y ss.; id., *Estudios sobre teoría general del contrato*, cit., ps. 139 y ss.; GABRIELLI, ENRICO, *“Causa, tipo y teoría del contrato”*, en *Revista de Responsabilidad y Seguros*, año 15, nro. 11, La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 5 y ss.

Come noto, le clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile configurano il contratto in modo che – per usare le parole delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana (n. 9140/2016) – “*la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (...) laddove, secondo lo schema denominato “loss occurrence” o “insorgenza del danno”, la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto*”.

Tale modello, di derivazione anglosassone, fu concepito negli anni '80 per gestire responsabilità civili – quali quella ambientale o più in generale industriale – ove spesso era difficile identificare la condotta, commissiva o omissiva, generatrice di danni (c.d. *long tail losses*) che potevano verificarsi a distanza di moltissimi anni dalla loro causa (si pensi ai danni da esposizione all'amianto)¹¹.

Le clausole *claims made* derogano alla determinazione dell'oggetto del contratto indicata dall'art. 1917, 1° co, cod. civ. laddove prevede che “l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del *fatto accaduto durante il tempo* dell'assicurazione, deve pagare ad un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto”. Che la clausola *claims made* costituisca deroga all'art. 1917 primo comma è stato talvolta contestato, ma ciò è smentito dal secondo periodo del medesimo primo comma dell'articolo 1917, ove si prevede che “*sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi*” e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine “fatto” sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il

¹¹ Cfr. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799). Va considerato che il problema della c.d. lungo latenza del danno non si presenta nella responsabilità civile derivante dall'esercizio delle “professioni liberali”, ove la condotta professionalmente erronea è di regola ben evidente e contestualizzabile nel tempo. Un sintetico *excursus* della genesi del modello *claims made* nel mondo anglosassone ed una elencazione dei suoi vantaggi per l'industria assicurativa è offerto dal *leading case* *Kidsons (A Firm) v Lloyds Underwriters*, deciso nel 2007 dalla *England and Wales High Court - Queen's Bench Division Commercial Court* ([2007] EWHC 1951 (Comm), reperibile all'indirizzo: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2007/1951.html>): <<It developed in the mid-1980s in response to the problems encountered by the insurance industry in dealing with long tail losses or liabilities under occurrence based policies. Because insurers under such policies covered events occurring during the policy period, they often found themselves obliged to respond to losses or liabilities arising years – often decades – after the expiry of the relevant policy period as a result of events that had not been known or appreciated at the time. Asbestos related claims are, perhaps, the paradigm example. The concept of occurrence occurring policies inevitably makes any attempt at evaluating long-tail liabilities extremely uncertain, if not impossible, and can prevent an insurer from effectively being able ever to close a policy year. (...) from the insurer's perspective, claims made policies: i) enable the insurer to know by the end of the claims made period, or very soon thereafter, what claims have been made against the assured during the policy period and what circumstances have become first known to the assured during the period of the policy that might mature into claims against him; ii) enable the insurer upon or very shortly after the expiry of the policy period to evaluate reported claims and circumstances for the purposes of making appropriate provision or reserves for his ultimate liabilities; iii) enable the insurer thus to avoid the undesirable uncertainty of long-tail future claims arising out of occurrences which are in many instances unreported>>.

termine "fatto" è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non alla richiesta di risarcimento.

E' interessante notare che la medesima formulazione dell'art. 1917 cod. civ. it. – che esclude da copertura il fatto doloso – si ritrova nell'art. 114 delle legge sulle assicurazioni argentina: "*El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad*", così non lasciando alcun dubbio che il dolo si riferisca al fatto compiuto dall'assicurato e non certo alla richiesta di risarcimento avanzata dal terzo danneggiato.

Gli argomenti addotti nel senso della validità delle clausole *claims made* sono i seguenti:

i) il codice civile, a differenza di quanto fatto dall'art. 1229 per le limitazioni di responsabilità, non presenta espressi limiti per la determinazione *convenzionale* dell'oggetto del contratto;

ii) l'art. 1917, co. 1, cod. civ. non è dichiarato inderogabile in danno dell'assicurato dall'art. 1932 cod. civ.;

iii) le clausole in questione sarebbero più favorevoli all'assicurato rispetto al regime ordinario (c.d. *loss occurrence*), perché gli garantirebbero una copertura anche per errori professionali posti in essere precedentemente alla conclusione del contratto, ma ancora non tradottisi in richieste di risarcimento¹².

E' interessante notare che si tratta di argomenti che si trovano riproposti, a prescindere dagli specifici riferimenti normativi locali, sia in sistemi di *common law* (UK, Canada, Australia), famiglia entro la quale la tipologia di tipologia è nata, sia in sistemi di *civil law*, ove è stata importata (Italia, Argentina, Uruguay) a testimonianza della diffusione globale del modello di polizza *claims made*.

3. – La giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana sul tema.

La giurisprudenza italiana della Cassazione sulle clausole *claims made*, precedente alla pronuncia a Sezioni Unite 6 maggio 2016, n. 9140, è stata spesso sbrigativamente letta nel senso di una incontestabile validità delle medesime, fermandosi alle sole massime delle sentenze richiamate.

Se però non ci si limita alle massime – sintesi non sempre fedele e completa delle sentenze - ci si avvede che i singoli concreti casi avevano fortemente condizionato le

¹² Argomento, quest'ultimo, suggestivo ma accidentale e contingente, perché predicabile nel solo caso, assai limitato (ed ormai inverosimile ,data la risalenza nel tempo dell'introduzione di obblighi assicurativi per numerose categorie di professionisti), in cui per anni il professionista abbia operato privo di assicurazione. Inoltre tale argomento non opera se le polizze *claims made*, come quelle esaminate nelle due sentenze argentine di cui si dirà *infra*, sono di tipo "misto", cioè prevedono copertura solo se sia il fatto dannoso sia il *cliam* si verificano durante la vigenza della polizza: "*La cláusula claims made, establece una nueva condición para que el asegurado se encuentre protegido por la póliza del seguro, dado que no sólo requiere que el hecho generador de responsabilidad se produzca durante la vigencia de la póliza, sino que además, esta cláusula exige que el reclamo se realice durante la vigencia de la póliza, o durante el año subsiguiente*" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala FC. Nac. Civ.,sala F, 03/03/2011- F. R., C. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro").

decisioni concrete, che non potevano dunque essere generalizzate come espressive di una validità in via di principio delle clausole *claims made* medesime.

In motivazione di Cass. 15 marzo 2005 n. 5624 - una delle sentenze spesso indicate in tal senso - si legge: *“In conclusione va enunciato il seguente principio di diritto: il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola claims mode non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall’art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c.)”* (p. 6). Si trattava di affermazioni funzionali al rigetto della tesi dell’assicuratore, che sosteneva che l’assicurazione *claims made* non costituisse deroga all’art. 1917 co. 1, cod. civ. ma, al contrario, desse precisa attuazione a tale norma nella quale il termine “fatto” dovesse leggersi come “richiesta di risarcimento”: tesi rigettata dalla Cassazione anche sulla base di quanto ricordato *supra*, perché la seconda parte del primo comma dell’art. 1917 rende incontestabile che il termine “fatto” è riferito alla condotta dell’assicurato danneggiante e non alla richiesta di risarcimento.

Una successiva sentenza della Cassazione, in data 17 febbraio 2014 n. 3622 aveva poi concluso nel senso della validità della clausola *claims made*, ma lo aveva fatto respingendo la tesi che riteneva nullo tale contratto aleatorio per inesistenza del rischio ex art. 1895 cod. civ., cioè per mancanza di alea come elemento essenziale del contratto aleatorio.

Nel 2016, successivamente a tali sentenze a sezioni semplici, la Suprema Corte si era pronunciata a Sezioni Unite - massimo livello di decisione della Corte per indirizzare in modo uniforme la applicazione del diritto (c.d. nomofilachia) – con la sentenza n. 9140/2016.

Tuttavia tale intervento delle Sezioni Unite non fu decisivo circa la contestata validità delle clausole *claims made*, avendo ritenuto la Corte che tale questione dovesse essere risolta in punto di meritevolezza in concreto del patto, come previsto dall’art. 1322 comma 2, cod. civ., con valutazione demandata, come tale, al giudice di merito.

Con *obiter dictum* - cioè con affermazione motivazionale “accessoria”, non destinata a sorreggere la decisione concreta - la Corte diede alcune indicazioni di massima, nel senso della non manifesta immeritevolezza delle *claims made* estensive della copertura rispetto al passato (c.d. “pure”) e della dubbia meritevolezza delle clausole c.d. impure¹³. Si osservava poi che il regime *claims made* induce un’asimmetria qualitativa tra il rischio per cui il professionista deve coprirsi (anche a beneficio del terzo potenzialmente danneggiato) e quello trasferito all’assicuratore, potendo causare pericolosi “*buchi di copertura*”¹⁴.

¹³ Così Cass. S.U 9140/2016: *“la prospettazione dell’immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole c.d. pure, che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell’epoca di commissione del fatto illecito, mentre l’esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell’assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento”*.

¹⁴ La motivazione della sentenza 6 maggio 2016, n. 9140 evidenziava la necessità di un criterio di controllo dell’autonomia privata, volto a *“stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa”*: sul punto, DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell’oggetto nel B2B: l’equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.* 2016, p. 558; in tema, v. anche MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di*

Seguiva poi, nel 2017, un'ulteriore sentenza di una Sezione semplice della Cassazione, la Terza (sent. 28 aprile 2017, n. 10506)¹⁵ che, pur dichiarando di voler seguire il precedente insegnamento delle Sezioni Unite, non rinunciò a dare indicazioni di massima al giudice di merito e ad operare direttamente il giudizio di meritevolezza del contratto ex art. 1322 co. 2 cod. civ.

La motivazione di tale sentenza n. 10506/2017 affermava che la valutazione di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ. della clausola *claims made* <<va compiuta in concreto e non in astratto, valutando: (c') se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto; (c'') la qualità delle parti; (c''') la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di garanzia">> (p. 10-11 sent.). Si diceva che "La clausola *claims made* è un patto atipico (...) In quanto patto atipico, alle parti è consentito adottarla solo se intesa a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico" e che "Affinché dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.". La Corte aveva usato il termine "norme positive", ma si riferiva a "norme imperative", perché tale è la formula usata dall'art. 1418 cod. civ. richiamato: ne risultava che, secondo la Corte, anche la contrarietà a norme "dispositive" – spesso presenti nella disciplina di parte speciale – può dar luogo ad un giudizio di immeritevolezza, per la contrarietà "del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati"¹⁶.

Nel gennaio 2018, con ordinanza n. 1465 (19 gennaio 2018), la medesima III Sezione della Cassazione aveva poi sollecitato un (nuovo) intervento delle Sezioni Unite per "stabilire se siano corretti i seguenti principi: (a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917 c.c., comma 1; (b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole

assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa"), in *Giur. it.*, 2016, p. 2602, spec. nota 24.

¹⁵ In *Contratti*, 2017, p. 383, con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, e in *Foro it.*, 2017, I, c. 1927, con nota di PALMIERI-PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*.

¹⁶ Per una panoramica sul significato che la immeritevolezza ex art. 1322, co. 2, cod. civ. può assumere, ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 952, spec. 954 ss. e ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 163. In generale, sul tema, tra gli altri, G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 81; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, p. 571; GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 52; G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 1; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 423; GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 799 e ID., voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, XI, Torino, 1994, p. 324; SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 545; GENTILI, *Senso e consenso: storia e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2015, II, p. 407, nota 27).

di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo [siano determinati] non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito”.

A seguito della nuova rimessione alle Sezioni Unite, conseguente a tale ordinanza interlocutoria, è stata depositata, il 24 settembre 2018, una seconda sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, n. 22437 in cui viene enunciato il seguente principio di diritto: *“Il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole "on claims made basis", che è volto ad indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, quale deroga consentita al primo comma dell'art. 1917 c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore. Ne consegue che, rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c., ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)”.*

4. – Il principio di necessaria (tendenziale) simmetria qualitativa del rischio nell'assicurazione RC professionale.

Tra le altre affermazioni che si leggono nell'assai articolata ultima decisione delle Sezioni Unite del settembre 2018, vi è anche quella secondo cui: *“Rimane, però, vivo e vitale il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello claims made, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio.”*

Mi pare che, come in precedenti scritti avevo sostenuto¹⁷ il rispetto dei limiti ex art. 1322 co. 1 cod. civ.¹⁸ richieda una tendenziale necessaria simmetria *qualitativa* tra rischio oggetto dell'assicurazione RC professionale e responsabilità professionale medesima: simmetria *“qualitativa”*, perché da riferirsi a tutti i *contrassegni giuridici* della responsabilità

¹⁷ DELFINI, *Le sezioni unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giurisprudenza Italiana*, III, 2018, 559 – 568.

¹⁸ Il primo comma dell'art. 1322 cod. civ. it. prevede: *“Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge”.*

civile professionale, tra cui l'esposizione nel tempo rispetto ai possibili legittimati al risarcimento; simmetria solo "qualitativa" - e non anche "quantitativa" - perché assicurato ed assicuratore ben possono convenire limiti di massimale e franchigie (o scoperto); né può esservi simmetria dal punto di vista del coefficiente psicologico, perché la responsabilità civile opera *a fortiori* anche a fronte di condotte dolose, mentre ciò è escluso per l'assicurazione, per evidenti ragioni di ordine pubblico, dall'art. 1917 medesimo (e, più in generale, dall'art. 1900 cod. civ.).

5.- L'assicurazione strutturata come "cobertura de reclamo" in Argentina e le decisioni delle Corti argentine sul tema.

I due modelli di determinazione dell'oggetto del contratto di assicurazione responsabilità civile di cui qui si tratta - "el de "ocurrencia" y el de "reclamo"", corrispondenti ai termini *loss occurrence* e *claims made* - si fronteggiano anche in Sudamerica, perché la circolazione dei tipi contrattuali è ormai globale.

In Argentina, il dibattito sulla validità delle *claims made* ha potuto contare su alcune sentenze di rilievo.

Come in altri paesi della tradizione di *civil law*, anche in Argentina il modello legale di contratto RC è quello *loss occurrence* ("de ocurencia"). L'art. 109 della Ley de Seguros (legge argentina sulle assicurazioni: *Ley de Seguros 17.418* del 30 agosto 1967: LdS) prevede infatti che "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido", così rendendo chiaro che il contratto è previsto come "de ocurrencia" (*loss occurrence*).

Nel Report 2008 dell'International Bar Association 2008 si è osservato¹⁹, tuttavia, che la norma da cui muovere per valutare la libertà contrattuale, nella modifica in *claims made* dello schema classico *loss occurrence* (previsto dall'art. 109 LdS) della assicurazione RC professionale, è l'art. 158 della legge argentina sulle assicurazioni (LdS), che non ricomprende espressamente, tra le norme inderogabili, l'art. 109 (similmente a quanto fatto dall'art. 1932, comma 1 cod. civ. italiano, che non contempla l'art. 1917, co. 1).

L'art. 158 LdS dispone: "Art. 158. Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos 5, 8, 9, 34 y 38 y sólo se podrán modificar en favor del asegurado los artículos 6, 7, 12, 15, 18 (segundo párrafo), 19, 29, 36, 37, 46, 49, 51, 52, 82, 108, 110, 114, 116, 130, 132, 135 y 140. Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales. No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario".

Il rapporto tra le due norme è stato ben considerato nella prima delle due più note sentenze argentine sul tema delle *claims made*, quella resa dalla Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C(CNCiv)(SalaC) il 2 maggio 2006 (Partes: Barral de Keller

¹⁹ CARLOS A. ESTEBENET, Argentina. *The impact of local law on claims made policies and in particular the issues of the late notification of claims and circumstances time bars*, in *The impact of local law on claims made policies and the issues of late notification of claims and circumstances and time bars*, International Bar Association Insurance Committee - Substantive Project 2008.

Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros)²⁰, in cui la Corte ha osservato: “La realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la “autonomía de la voluntad”; pero existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídica del contrato. Y en el caso, tales límites provienen de la propia ley de Seguros, pero también de la Ley de Defensa del Consumidor”; “La esencia del contrato de seguro es justamente la protección del asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro. La cláusula “claims made”, limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Ello, además de implicar una violación a lo dispuesto por los arts. 109 y 158 de la ley de seguros, permite tener por configurados los presupuestos previstos en el art. 37, incisos a) y b) de la ley 24.240 de defensa del consumidor”; “Las obligaciones se desnaturalizan cuando se apartan injustificadamente del derecho dispositivo, de un modelo de razonabilidad estimado por el legislador (Lorenzetti, Ricardo Luis “Tratado de los Contratos”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999, t. I, p. 165); “Es que tratándose como en el caso, de profesionales de la salud, donde el transcurso del postoperatorio, la consecuente mejoría y la evolución posterior requieren de mayor tiempo para determinar si tal acto y sus circunstancias fueron correctamente ejecutadas, deviene contrario a la naturaleza del evento objeto del seguro, y por lo tanto impropio para cumplir su finalidad intrínseca”.

L’altro importante precedente, sul nostro tema, è costituito dalla sentenza della Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala FC. Nac. Civ., sala F del 3 marzo 2011 (Partes: F. R., C. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro)²¹ che così si è espressa, richiamando il precedente “Barral de Keller Sarmiento, Graciela c. G., J. A. y otros”: “En dicho precedente se declaró que la cláusula claims made, inserta en el contrato de seguro del galeno condenado, era abusiva y debía considerarse, por lo tanto, no escrita. (...). Consideró la sala, a través del voto del Dr. Díaz Solimine, que si bien la realización de un contrato de seguro debe regirse por el principio de la autonomía de la voluntad, existen límites que deben respetarse y mantenerse a efectos de que el seguro cumpla su cometido. Por acuerdo de partes no es viable la alteración de la obligación del asegurador de modo de desnaturalizar la función económico-jurídico del contrato. Decía el Dr. Díaz Solimine, al votar en la causa antes citada, que la esencia del contrato de seguro es justamente la protección del asegurado contra el hecho generador de una deuda ocurrida dentro del plazo de vigencia de la póliza, independientemente del momento en que se efectúe el reclamo. La aparición del daño es lo que interesa a los fines de situarlo en el período de garantía. Por ello, una interpretación

²⁰ In Thomson Reuters Información Legal AR/JUR/1750/2006.

²¹ In Thomson Reuters Información Legal, 20110532

distinta implicaría una desnaturalización del contrato de seguro. La cláusula claims made, limita temporalmente la garantía asegurativa en un modo no previsto por la ley ampliando inequitativamente los derechos del asegurador y restringiendo los del asegurado. Ello, además, implica una violación a lo dispuesto por los arts. 109 Ver Texto y 158 Ver Texto, Ley de Seguros.

*Così la Corte ha poi concluso “...la cláusula claims made - a pesar de haber sido autorizada por resoluciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación - es abusiva en cuanto desnaturaliza las obligaciones relativas al objeto del contrato. En el seguro de responsabilidad civil, la obligación del asegurador se mantiene hasta la cancelación de la deuda motivada en la responsabilidad civil - o hasta el cumplimiento del plazo de prescripción operada a partir de un hecho ocurrido en el plazo de vigencia contractual -, y la obligación del asegurador se agotará una vez satisfecho el crédito del damnificado (Conf., además, Stglitz, Rubén, "Derecho de seguros", 4ª ed., t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, ps. 585 y ss.)”.*²²

6.- Le indicazioni per il giurista italiano che giungono dalla comparazione con il diritto argentino.

Mi pare che tali decisioni, e la comparazione tra diritto argentino e italiano, possano portare un utile contributo anche alla trattazione del tema da parte del giurista italiano.

Per quanto riguarda il caso delle *claims made*, il problema è stato tradizionalmente impostato, in Italia, sulla dialettica tra art. 1917 co. 1 cod. civ. (che descrive il contenuto dell'assicurazione R.C) e art. 1932 cod. civ. (che contiene il catalogo delle norme inderogabili), traendone la superficiale conclusione che la mancata menzione dalla prima norma in tale elenco significasse assenza di limiti nella predisposizione unilaterale delle polizze secondo il solo modello *claims made*. E la necessità di plurimi interventi della Cassazione, sul tema, ha dimostrato quanto una soluzione così semplicistica del problema fosse insoddisfacente.

Il sistema del diritto contrattuale argentino appartiene indubbiamente alla medesima matrice di quello italiano. Inoltre, nella codificazione del 2015²³, il legislatore

²² Il tema ha perso di importanza e l'incidenza del contenzioso giudiziale è destinata verosimilmente a ridursi dopo l'entrata in vigore, nel 2015, del nuovo “Codigo Civil Y Comercial”, che ha drasticamente ridotto i termini di prescrizione ordinaria (a 5 anni) e per la responsabilità civile (a 3 anni), così corrispondentemente riducendo l'esposizione al rischio di indennizzo in capo all'assicuratore della responsabilità civile: “art. 2560.- Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”; “art 2561.- Plazos especiales. (...) El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

²³ Il nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina (CccArg/2014) – “Codigo Civil Y Comercial De La Nacion” - approvato con la l. 1-10-2014, n. 26994, è entrato in vigore l'1-8-2015. La scelta del nome del nuovo codice, che menziona entrambe le branche del diritto, “si potrebbe spiegare in relazione alla formula introdotta nella Costituzione argentina dalla riforma del 1994, con la quale si riconobbe espressamente al Congresso la prerogativa di emanare i Codici civile e commerciale “in testi unici o separati” (art. 75, 12º co.), e con riferimento alla quale si era cercato di evitare eventuali questioni di incostituzionalità che sarebbero potute emergere nei confronti dell'unificazione delle legislazioni civile e commerciale in relazione al dettato dell'originario testo costituzionale, secondo cui spettava al Potere legislativo argentino emanare “un Codice civile” e “un Codice commerciale” separatamente (art. 67, 11º co.)” (D. F. ESBORRAZ, “Nuovo Codice civile e

argentino ha accolto la medesima opzione di fondo, quella della unificazione del diritto civile e commerciale, già seguita dal codificatore italiano del 1942. Con scelta parzialmente difforme dal nostro codice, le assicurazioni, invece, sono state disciplinate in Argentina con legge speciale, ricalcando tuttavia, per quanto qui rileva, le norme italiane.

L'art. 109 della Ley de Seguros 17.418 del 30 agosto 1967 (legge argentina sulle assicurazioni: LdS) descrive il contenuto del contratto di assicurazione della RC in modo analogo²⁴ all'art. 1917, co. 1, cod. civ., mentre l'art. 158, intitolato "obbligatorietà delle norme" contiene un elenco numerico strutturato come quello del nostro art. 1932 cod. civ.

La dialettica art. 1917 co. 1 e art. 1932 cod. civ. è dunque replicata tra art. 109 e 158 LdS e la materia è regolata con il medesimo approccio. L'art. 158 della Ley de Seguros argentina, sopra riportato, può allora fornire preziose indicazioni anche al giurista italiano per la ricostruzione dei "limiti imposti dalla legge" ex art. 1322, co. 1, cod. civ. alla autonomia privata, cui oggi guardano le Sezioni Unite.

L'art. 158 della Ley de Seguros, come pure fatto dall'art. 1932 cod. civ. it., indica al primo comma quali norme non possono essere derogate a svantaggio dell'assicurato; esso tuttavia contiene un importante successivo comma che prevede "Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales": con ciò consentendo di sostenere che le norme, pur dispositive *ma che descrivono l'oggetto del contratto*, non possono essere derogate dal predisponente.

Il legislatore argentino ha dunque considerato espressamente, al secondo comma, il caso (verosimilmente preponderante) della predisposizione unilaterale del contenuto del contratto di assicurazione (con condizioni generali), impedendo nella predisposizione unilaterale del suo contenuto la deroga a norme anche solo dispositive, che restano derogabili *solo se oggetto di trattativa individualizzata*.

Ancor più esplicita è stata la considerazione del fenomeno nel codice civile e commerciale argentino del 2015, ove si trova un'intera sezione, composta dagli artt. 984 – 989 dedicata alla contrattazione per adesione "a cláusulas generales predisuestas".

La sezione, che contiene norme in tema di redazione chiara e comprensibile delle clausole²⁵, di prevalenza delle clausole negoziate su quelle predisposte²⁶ e di interpretazione

commerciale della Repubblica Argentina (circolazione del modello giuridico italiano nel)", in *Digesto civ., Aggiornamento*, Torino, p. 567).

²⁴ L'art. art. 109 LdS prevede che "El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido", così rendendo chiaro che il contratto è previsto come "de occurencia" (loss occurrence).

²⁵ Art. 985.- *Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares.*

²⁶ Art. 986.- *Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de in-compatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.*

(*contra stipulatorem*)²⁷, si apre con la definizione del fenomeno regolato: “Art. 984.- *Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción*”.

Come risulta, sia dalla collocazione della sezione, sia dal testo della norma, il fenomeno regolato prescinde dalla qualità soggettiva di consumatore dell'aderente e costituisce disciplina generale del controllo della predisposizione unilaterale del contratto, anche se concluso tra soggetti di eguale *status*, e dunque anche tra due professionisti.

Il cuore della disciplina, volta ad evitare uno squilibrio, di tipo *giuridico* (e non economico), del contratto il cui contenuto sia unilateralmente predisposto, sta nell'art. 988 “*Cláusulas abusivas*”, che prevede: “*En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles*”. Il controllo giudiziale non è poi impedito dall'eventuale approvazione in via amministrativa delle condizioni generali, ed ampio potere di integrazione è lasciato al giudice in caso di nullità parziale, secondo quanto disposto dall'art. 989: “*Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad*”.

Anche la comparazione svolta milita dunque nel senso della tesi qui proposta, secondo cui le norme (in astratto) derogabili in una contrattazione bilaterale e paritetica divengono inderogabili (e cioè imperative), se oggetto di deroga unilaterale nei contratti standard, per adesione: in particolar modo se descrivono il contenuto del contratto o ne plasmano la “natura”, delineando così la prestazione caratterizzante il tipo.

²⁷ Art. 987.- *Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.*