

ISSN 0391-187X

# RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista bimestrale di dottrina,  
giurisprudenza e legislazione

diretta da  
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

## DALLE SEZIONI UNITE ALLA LEGGE GELLI: LA *CLAIMS* *MADE* DALL'ATIPICITÀ ALLA TIPIZZAZIONE

*di* Giampaolo Miotto



GIUFFRÈ EDITORE

## 136 DALLE SEZIONI UNITE ALLA LEGGE GELLI: LA *CLAIMS MADE* DALL'ATIPICITÀ ALLA TIPIZZAZIONE (\*)

di Giampaolo Miotto

Intervenendo sul dibattuto problema della validità delle clausole *claims made*, le Sezioni Unite hanno sostenuto trattarsi di clausole atipiche (mentre tali non sarebbero i contratti che le prevedano), che potrebbero ritenersi valide quelle c.d. pure, mentre quelle c.d. impure dovrebbero esser assoggettate alla valutazione di meritevolezza prevista dall'art. 1322 c.c. In caso di giudizio negativo, esse potrebbero esser sostituite con lo «schema legale» (*loss occurrence*) del contratto di assicurazione della responsabilità civile previsto dall'art. 1917 c.c. Tuttavia questa tesi, oltre a non essere adeguatamente argomentata, prestava il fianco a numerose e gravi critiche. Essa peraltro ha dato luogo ad una giurisprudenza contraddittoria ed ispirata a criteri di valutazione arbitrari. Inoltre, pochi mesi dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, il legislatore ha varato nuove norme in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli avvocati e delle strutture e degli operatori sanitari, che prevedono rispettivamente una copertura *claims made* pura ed una impura, modificando in modo sostanziale lo scenario normativo. Pertanto, la tesi prospettata dalle Sezioni Unite non è più sostenibile ed occorre prendere atto che né il contratto che contenga una *claims made*, né le varie tipologie di quest'ultima possono più considerarsi atipiche.

*Pronouncing on the debated issue of the validity of the claims made clauses, the United Chambers of the Court of Cassation have qualified them as atypical clauses (unlike the contracts that contain them), adding that those so-called "pure" ones would also be valid, while those so-called "impure" should be subjected to the merit evaluation as provided by article 1322 of the civil code. In case of negative judgment, those clauses could be replaced with the "legal scheme" (loss occurrence) of the civil liability insurance contract provided by article 1917 of the civil code. However, besides its unadequated reasoning, this matter was subjected to numerous serious criticisms. It also gave rise to controversial jurisprudence, inspired by arbitrary evaluation criteria. Moreover, a few months after the United Chambers pronounced, the legislator introduced new rules on civil compulsory liability insurance for lawyers and for healthcare facilities and professionals, which provide respectively a pure claims made cover and an impure one, substantially changing the normative situation. Therefore, the thesis proposed by the United Chambers is no longer sustainable and it should be noted that neither the contract which contains claims made nor the various types of that clause can no longer be considered atypical.*

**Sommario** 1. Il pensiero delle Sezioni Unite sulla *claims made*. — 2. La «nuova» assicurazione (obbligatoria) della responsabilità civile «medica» e quella degli avvocati. — 3. Un primo interrogativo: qual è il sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile? — 4. Un secondo interrogativo: ma il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* è davvero atipico? — 5. Diritto positivo, autonomia negoziale e controllo di meritevolezza delle clausole «atipiche». — 6. Assicurazione della responsabilità civile, *claims made* e regime delle nullità ex art. 1419 c.c.: *hic erant leones*. — 7. Il vaglio delle clausole «atipiche» tra alterazione del sinallagma e nebulosità della nozione di «meritevolezza». — 8. La giurisprudenza sulla *claims made* dopo le Sezioni Unite.

(\*) Contributo approvato dai Referee.

— 9. Inadeguatezza della pronuncia delle Sezioni Unite n. 9140/2016, tipizzazione normativa delle clausole *claims made* e pluralismo dei modelli normativi di assicurazione della responsabilità civile.

## 1. IL PENSIERO DELLE SEZIONI UNITE SULLA *CLAIMS MADE*

Com'è noto, le Sezioni Unite <sup>(4)</sup> hanno recentemente espresso il loro pensiero sull'efficacia e la validità della clausola *claims made*.

Con un articolato apparato argomentativo, per buona parte esorbitante dal perimetro delle censure sollevate dal ricorrente, la sentenza n. 9140/2016 ha passato in rassegna tutte le critiche che si è soliti indirizzare ai contratti di assicurazione della responsabilità civile caratterizzati dal patto che ne delimita l'oggetto non solo in relazione al tempo in cui è accaduto il « fatto » da cui trae origine la responsabilità dell'assicurato, ma anche a quello in cui questi riceve dal danneggiato la richiesta di essere risarcito dei danni che ne sono conseguiti <sup>(2)</sup>.

In estrema sintesi, dopo aver negato che la *claims made* possa implicare una decadenza convenzionale, così incorrendo nella nullità prevista dall'art. 2965 c.c., le Sezioni Unite hanno respinto anche la tesi della sua nullità per mancanza di alea <sup>(3)</sup>, alla stregua del disposto dell'art. 1895 c.c., riaffermando pure che, nel caso non sia espressamente approvata per iscritto, essa non può neppure reputarsi inefficace ex art. 1341 c.c.

Il pensiero delle Sezioni Unite si pone pertanto nella scia di quello, espresso dalle Sezioni semplici in un precedente del 2005 <sup>(4)</sup> e poi costantemente confermato <sup>(5)</sup>, secondo il quale, non essendo inderogabile il disposto del comma 1 dell'art. 1917 c.c. (non compreso fra le disposizioni qualificate tali dall'art. 1932 c.c.), la clausola in questione, pur consentita

<sup>(4)</sup> Si vedano Sez. Un. civ., 6 maggio 2016, n. 9140, in questa *Rivista*, 2016, 852, con nota di VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative « retroattive »*; e *ibidem*, 1238, con nota di GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*; e osservazioni di FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela* (1136); in *Danno resp.*, 2016, 929, con nota di GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*; in *Contratti*, 2016, 753, con nota di CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*; in *Corr. giur.* 2016, 921, con nota di CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2016, 2602, con nota di MAGNI, *Le Sezioni Unite sul contratto di assicurazione della responsabilità civile claims made: contratto valido (a meno che la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa)*. Si veda inoltre Sez. Un. civ., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Dir. giust.*, 2016, 5 dicembre 2016, con nota di PAPANICE, che ha riaffermato pedissequamente il medesimo principio di diritto. Sulle clausole *claims made*, si veda anche il contributo di FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. « fatti noti » nella successione di polizze*, in questa *Rivista*, 2017, 760; e *supra*, 1372, FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*.

<sup>(2)</sup> E ciò con riguardo alle varie forme di *claims made* che, come precisano le Sezioni Unite, sono « *sussumibili in due grandi categorie: a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, come quello dedotto in giudizio, alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto); b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito* ».

<sup>(3)</sup> Per una sua compiuta illustrazione si veda: ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, Padova, 2013, III, 34.

<sup>(4)</sup> Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Contratti*, 2005, 1071, con note di SIMONE e LANZANI.

<sup>(5)</sup> Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22891, in questa *Rivista*, 2016, 528, con nota di LOCATELLI; Cass. civ., 13 febbraio 2015, n. 2872, *ivi*, 2015, 278; Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, *ivi*, 2014, 826, con nota di LOCATELLI; Cass. civ., 13 marzo 2014, n. 5791, *ivi*, 2014, 989; Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7273, *ivi*, 2013, 1668.

alla libera determinazione dei contraenti <sup>(6)</sup>, produce l'effetto di collocare il contratto cui accede nell'ambito dell'atipicità.

Ciò determinerebbe (ed è questo il «cuore» di un ampio *obiter* poi sintetizzato nel principio di diritto espresso da Sez. Un. civ. n. 9140/2016) la necessità di valutare la «*meritevolezza di tutela della deroga al regime legale contrattualmente stabilito*» ai fini del disposto dell'art. 1322, comma 2, c.c.

Si badi che l'oggetto di questo giudizio non dovrebbe essere il contratto stipulato dalle parti <sup>(7)</sup>, bensì la specifica clausola *claims made* ad esso apposta.

Ciò perché, così scrivono i Giudici di Piazza Cavour in un passaggio che non tutti hanno colto, sarebbe «*approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico*» <sup>(8)</sup>.

Si osservi che nella motivazione della sentenza si era poc'anzi affermato che «*si tratta piuttosto di stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa*», così implicitamente riconoscendo che l'oggetto dell'analisi dovesse essere invece la causa del contratto (come modificata dai contraenti rispetto allo schema legale tipico) e, dunque, il contratto stesso, e non già la sua singola clausola.

Ciò nondimeno, spostata la propria attenzione, come detto, sulla valutazione di meritevolezza della clausola detipizzante, le Sezioni Unite hanno affermato che questa dovrebbe essere «*condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete*».

In proposito esse esprimono la convinzione che siano «meritevoli» le clausole *claims made* c.d. pure (che coprono tutti i danni per i quali l'assicurato abbia ricevuto una richiesta di risarcimento «*nel periodo di efficacia del contratto*»), mentre ritengono indispensabile una valutazione caso per caso del Giudice del merito relativamente a quelle «*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*».

Qualora il risultato di questa valutazione fosse quello di ritenere «immeritevole» la singola clausola, l'effetto sarebbe di «*carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula loss occurrence*».

Sarebbe infatti «*consentito al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto*».

Questo, dunque, il pensiero delle Sezioni Unite.

<sup>(6)</sup> Inscrivendosi, secondo le Sezioni Unite, «*a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato*».

<sup>(7)</sup> Come invece avevano ritenuto Cass. civ. n. 5624/2005 e altre decisioni dianzi citate.

<sup>(8)</sup> Questa importante sfumatura è sottolineata da ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 953, nonché da un autore che aveva sostenuto la tesi cui alludono le Sezioni Unite: GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, *ibidem*, 935.

Tuttavia, un lettore attento non mancherà di osservare come parecchie questioni, di non poca importanza, siano state date per scontate nella decisione precitata.

Essa per diversi aspetti rinvia ai concetti espressi dalla sentenza del 2005 sulla base di una motivazione a dir poco sbrigativa e con argomentazioni palesemente inappaganti.

Altre questioni, inerenti all'interpretazione dell'art. 1322 c.c. e, di riflesso, all'applicazione dell'art. 1419 c.c. (il grande assente nell'argomentare di Sez. Un. civ. n. 9140/2016), appaiono trascurate o addirittura ignorate.

Queste lacune inducono ad un ripensamento che si ponga alcuni interrogativi fondamentali relativamente alla validità dei contratti di assicurazione della responsabilità civile connotati dalla clausola *claims made*, nelle sue varie forme, anche in relazione alle importanti innovazioni legislative nel frattempo sopravvenute.

## 2. LA «NUOVA» ASSICURAZIONE (OBBLIGATORIA) DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE «MEDICA» E QUELLA DEGLI AVVOCATI

Un simile ripensamento è divenuto inevitabile alla luce di tali novità in materia di assicurazione della responsabilità civile, intervenute pochi mesi dopo la pronuncia delle Sezioni Unite.

Dapprima l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 (che ha valore di regolamento delegato, ai sensi dell'art. 12 della legge n. 247/2012), nel definire i «*requisiti minimi*» delle «*polizze assicurative*» (obbligatorie) della responsabilità civile degli avvocati, ha stabilito che queste debbano prevedere «*anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata*»<sup>(9)</sup>, oltre ad «*un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza*».

Ancor più di recente l'art. 11 della legge n. 24/2017 (la c.d. legge Gelli) ha prescritto che i contratti stipulati per l'assicurazione (anch'essa obbligatoria) della responsabilità civile delle «*strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche o private*» e degli «*esercenti le professioni sanitarie*» debbano estendere la garanzia pattuita pure agli «*eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza della polizza*», nonché prevedere «*in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale*» da parte dell'assicurato «*un periodo di ultrattività della copertura per le richieste presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura*»<sup>(10)</sup>.

<sup>(9)</sup> Che il modello legale così fissato dal legislatore sia «*chiaramente improntato allo schema della clausola claims made, secondo il modello c.d. puro*» è stato immediatamente percepito dalla dottrina (Facci, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo della claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2017, 156). In proposito si osservi come la disposizione inerente alla «*retroattività illimitata*» della garanzia necessariamente presupponga che il contratto attribuisca rilievo alla richiesta di risarcimento del danneggiato ed al fatto che questa debba pervenire nel periodo di efficacia dell'assicurazione, così differenziandosi dalla fattispecie esplicitata dall'art. 1917 c.c. Cfr. anche in commento alla normativa, LOCATELLI, *Assicurazione obbligatoria degli avvocati: le condizioni minime di garanzia*, in questa *Rivista*, 2016, 2097.

<sup>(10)</sup> Per un primo commento alla legge relativamente alle questioni «*assicurative*», cfr. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli/Bianco»)*, in questa *Rivista*, 2017, 1032.

In tal modo le due disposizioni hanno individuato uno schema negoziale diverso da quello descritto dal comma 1 dell'art. 1917 c.c., introducendo e tipizzando non solo delle *claims made*, ma pure combinandole con delle *sunset clauses* <sup>(11)</sup>.

Le due normative inoltre fanno riferimento a clausole i cui contenuti sono alquanto diversificati.

Infatti, limitandoci alle *claims made* <sup>(12)</sup>, il d.m. 22 settembre 2016 prescrive una clausola «pura», ai fini della quale rileva solo che la richiesta di risarcimento pervenga durante il periodo di assicurazione, a prescindere dalla data in cui si è verificato il «fatto» imputabile all'assicurato, mentre l'art. 11 della legge 8 marzo 2017, n. 24, ne prevede una «impura», la cui «retroattività» può limitarsi ad un decennio (dovendo il medesimo «fatto» essere avvenuto entro e non oltre questo lasso di tempo).

In proposito debbono farsi due osservazioni.

La prima riguarda proprio la clausola «impura» prescritta per i contratti di assicurazione della responsabilità civile delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie, la cui «retroattività» decennale, e cioè per un tempo pari a quello della prescrizione ordinaria (e ben maggiore al termine quinquennale previsto dall'art. 2947 c.c.), potrebbe far pensare che essa porrà l'assicurato al riparo da ogni richiesta risarcitoria azionabile nei suoi confronti dai pazienti danneggiati per i «fatti» avvenuti prima dell'inizio della garanzia, in modo da produrre, nella sostanza, lo stesso effetto di una clausola *claims made* «pura».

In realtà non è così.

Si consideri, infatti, che il disposto dell'art. 2935 c.c. è pacificamente interpretato nel senso che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, anche in materia di responsabilità medica, decorre «*non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui [la] malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche*» <sup>(13)</sup>.

Pertanto, la prescrizione inizia a maturare solo quando il danneggiato diviene consapevole non solo del danno subito, ma anche della sua riferibilità, sotto il profilo causale, alla struttura sanitaria e/o al medico che l'abbia cagionato <sup>(14)</sup>.

Quindi l'anzidetta «retroattività» decennale non esclude che un «fatto» verificatosi in epoca ancor più lontana venga a conoscenza del danneggiato solo a distanza di tempo

<sup>(11)</sup> «Clausole del tramonto», il cui effetto è quello di estendere la garanzia alle richieste di risarcimento che pervengano all'assicurato dopo la cessazione dell'assicurazione e che trovino tuttavia origine in «fatti» accaduti durante il rapporto assicurativo.

<sup>(12)</sup> Si consideri che pure il contenuto della *sunset clause* prevista come «requisito minimo» dalle due discipline è diverso, perché mentre quella prescritta per le polizze degli avvocati deve prevedere un'ultrattività decennale, senza che la norma precisi il periodo di tempo in cui debbono collocarsi i «fatti» imputabili all'assicurato, il che induce necessariamente a ritenere che questo coincida con quello di durata dell'assicurazione (in conformità alla fattispecie descritta dall'art. 1917 c.c., non derogata per questo aspetto), la clausola imposta alle polizze delle strutture sanitarie e degli esercenti delle professioni sanitarie deve invece includere i sinistri derivanti da tutti i «fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura».

<sup>(13)</sup> Cass. civ., 3 maggio 2016, n. 8645, in *Giust. civ. Mass.*, 2016 (in tema di emotrasfusioni).

<sup>(14)</sup> «Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da responsabilità medico-chirurgica decorre, a norma degli artt. 2935 e 2947, comma 1, c.c., non dal giorno in cui il comportamento del terzo provoca il danno, né dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui tale malattia viene

(anche notevole) e che questi agisca poi per il risarcimento di un danno non ancora prescritto, e tuttavia escluso dalla garanzia assicurativa *ratione temporis* in virtù di una clausola *claims made* «impura», nonostante la «retroattività» da questa prevista sia addirittura decennale.

Si può dunque constatare che gli effetti di una clausola del genere non sono per nulla equiparabili a quelli di una *claims made* «pura»<sup>(45)</sup>.

La seconda osservazione riguarda, invece, la varietà degli schemi negoziali di assicurazione della responsabilità civile ora previsti dal diritto positivo.

Come si è visto, quello descritto dal comma 1 dell'art. 1917 c.c. subisce una significativa diversificazione, dalla quale si ricava che l'elasticità di questo «sottotipo» di assicurazione contro i danni, per ciò che attiene il suo oggetto, non solo risulta ora indiscutibile, ma, in un certo modo, ne diviene un tratto distintivo.

Pertanto, al contrario di quanto si è sin qui sostenuto, anche nella decisione delle Sezioni Unite, quella della responsabilità civile non può più dirsi<sup>(46)</sup>, se mai lo è stata, una forma assicurativa «ingessata» in uno stereotipo normativamente predefinito, suscettibile di confinare le sue varianti nel limbo dell'atipicità negoziale.

In realtà, già prima delle nuove norme la natura meramente dispositiva del comma 1 dell'art. 1917 c.c., e lo spazio che questa consentiva all'autonomia privata nel definire l'oggetto del contratto, conformemente a quanto previsto dall'art. 1905 c.c., avrebbero dovuto indurre a riconoscere tale elasticità, ma ora le nuove disposizioni (peraltro, si badi, di natura inderogabile nei rispettivi ambiti di applicazione) indiscutibilmente impediscono di continuare a negarla.

Questa constatazione, come vedremo, ha ricadute davvero fondamentali sul tema in trattazione.

Si consideri, inoltre, che le nuove norme non solo hanno natura imperativa, a differenza di quella enunciata dal comma 1 dell'art. 1917 c.c., ma disciplinano due sottospecie di assicurazione della responsabilità civile di notevolissima rilevanza, anche sotto il profilo quantitativo, considerato che si tratta di assicurazioni obbligatorie per categorie di professionisti quanto mai numerose (e di aziende quanto mai importanti, quali quelle sanitarie).

Il ripensamento di cui s'è detto investe quindi una serie di questioni che debbono essere riconsiderate in un scenario normativo significativamente mutato ed in una prospettiva del tutto nuova.

### 3. UN PRIMO INTERROGATIVO: QUAL È IL SINISTRO NELL'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE?

Il primo interrogativo riguarda una problematica alla quale sino ad oggi si tendeva a dare

---

*percepita o può esserlo, con l'uso dell'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo» (Cass. civ., 23 settembre 2013, n. 21715, in Giust. civ. Mass., 2013, rv. 628101).*

<sup>(45)</sup> A questo proposito si osservi inoltre che in caso di successione nel tempo di garanzie assicurative diverse che siano tutte caratterizzate da una clausola *claims made* «pura», come quella prescritta dal citato d.m. 26 settembre 2016 per l'assicurazione della r.c. degli avvocati, non è per nulla escluso «il rischio di assenza di copertura», per le ragioni che la dottrina ha già evidenziato (FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo della claims made*, cit., 160 ss.).

<sup>(46)</sup> Si noti che il d.m. 22 settembre 2016 prevede una «retroattività illimitata», mentre la legge n. 24/2017 la limita ai «dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo», ciò che è cosa ben diversa, come si è visto.

una risposta pressoché univoca: cosa deve intendersi per «sinistro» nell'assicurazione della responsabilità civile?

Le Sezioni Unite hanno risposto che laddove il comma 1 dell'art. 1917 c.c. menziona il «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» (in conseguenza del quale l'assicurato è obbligato a risarcire il terzo «in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto») il legislatore ha inteso riferirsi «inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere» e cioè, più precisamente, al fatto a questi imputabile, e non invece alla «richiesta di risarcimento» rivoltagli dal danneggiato<sup>(17)</sup>.

Il «sinistro» dovrebbe quindi identificarsi proprio in quel fatto.

L'assicurazione della responsabilità civile delineata dall'art. 1917 c.c. viene così ricondotta a quello che nel mondo anglosassone rappresenta il modello contrattuale alternativo alla *claims made*, e cioè a quello del *loss occurrence* o, più correttamente, dell'*act committed*.

Al che consegue che il patto *claims made*, per cui l'assicuratore deve invece rispondere dei danni per i quali «durante il tempo dell'assicurazione» l'assicurato abbia ricevuto la richiesta di risarcimento, produrrebbe l'effetto di collocare la clausola (se non il relativo contratto) nel territorio concettuale dell'atipicità, con tutte le conseguenze anzidette.

Sotto questo profilo la motivazione della sentenza rimanda ad un'interpretazione letterale della disposizione citata tanto perentoria, quanto criptica, però chiaramente alludendo a quella a suo tempo esplicitata da Cass. civ. n. 5624/2005 per confutare la tesi opposta.

Quella sentenza aveva, infatti, fondato la ritenuta atipicità del contratto connotato dalla clausola *claims made* su un'interpretazione letterale del comma 1 dell'art. 1917 c.c.<sup>(18)</sup> e sulla contestuale svalutazione della norma dettata dall'art. 2952 c.c., a suo dire ispirata da un differente «oggetto e diversa ratio, essendo volta solo a stabilire la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore».

Ragionando in tal modo, però, si esprime l'idea per cui l'assicurazione della responsabilità civile sarebbe connotata da un peculiare sdoppiamento della nozione di «sinistro».

Ai soli fini della prescrizione questo si identificherebbe col ricevimento della richiesta di risarcimento da parte dell'assicurato, mentre per ciò che attiene alla determinazione del-

<sup>(17)</sup> Senonché questo postulato si pone in irriducibile contraddizione con quell'altro formulato poche righe prima nella motivazione della medesima sentenza, per cui «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».

<sup>(18)</sup> Fondata sui seguenti argomenti: «A) nel primo comma dell'art. 1917 c.c. il legislatore usa l'espressione "...fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione..." palesando così l'intento di far riferimento al fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente (la lettera della norma appare evidente in tal senso); - B) sempre nel primo comma di tale articolo si stabilisce che "...Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi..."; il che evidenzia in modo ancor più evidente che il "...fatto accaduto..." è il "fatto" di cui l'assicurato deve rispondere; - C) il precedente art. 1913 c.c. (facente parte della medesima sezione II, "DELL'ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI"), allorché impone all'assicurato l'onere di "...dare avviso del sinistro all'assicuratore o all'agente... entro tre giorni da quello in cui in sinistro si è verificato o l'assicurato ne ha avuto conoscenza..." identifica indubbiamente detta data iniziale (dalla quale decorre il termine di tre giorni) facendo riferimento al fatto predetto (ed usando quindi l'espressione "sinistro" come sinonimo di "fatto" inteso nel senso ora esposto) e non alla richiesta di risarcimento da parte del danneggiato (tale interpretazione è sempre stata sostanzialmente pacifica); - D) il precedente art. 1914 c.c. prevede per l'assicurato un obbligo di salvataggio che incontestabilmente sorge semplicemente in conseguenza del fatto (nel senso predetto) e quindi prima della richiesta di risarcimento da parte del danneggiato ed a prescindere da questa».

l'oggetto del contratto consisterebbe nel «fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente».

Com'è noto, questa idea ha trovato seguito in dottrina <sup>(19)</sup>.

Una prima obiezione da muoversi a questa tesi è che non si vede per qual motivo la nozione di «sinistro» (inteso quale evento causativo del danno subito dall'assicurato) che si ricava agevolmente dal disposto degli artt. 1882 e 1905 c.c., con riguardo all'assicurazione della responsabilità civile dovrebbe sdoppiarsi, divenendo una sorta di fata Morgana, capace di mutar sostanza in ragione dei diversi precetti normativi ai fini dei quali viene impiegata.

Ciò che è sinistro ad un fine, non lo sarebbe per un altro.

Due eventi diversi sarebbero entrambi «sinistro», uno ad uno scopo, l'altro ad altri fini.

Della razionalità intrinseca di una simile soluzione interpretativa però è più che lecito dubitare.

Tanto più se si considera la centralità che la nozione di «sinistro» riveste nell'economia del rapporto assicurativo, anche in relazione a quella di «rischio», come è stato osservato in dottrina <sup>(20)</sup>.

Queste perplessità sono aggravate dalla constatazione per cui quella della responsabilità civile è un'assicurazione contro i danni e, particolarmente, un'assicurazione del patrimonio, com'è pacifico in dottrina <sup>(21)</sup> ed in giurisprudenza <sup>(22)</sup>, e come è ora anche normativamente stabilito dall'art. 2 del Codice delle assicurazioni private <sup>(23)</sup>.

Pertanto, nell'assicurazione della responsabilità civile, l'interesse dell'assicurato, cui essa deve funzionalmente rispondere (*ex art. 1905 c.c.*), è quello di proteggersi dalle perdite che il suo patrimonio potrebbe subire a causa della propria responsabilità civile nei confronti dei terzi.

<sup>(19)</sup> «Quanto sopra rilevato induce a disattendere una definizione unitaria di sinistro in materia di assicurazioni della responsabilità civile. Tale sarà da considerarsi ai fini dell'insorgenza della garanzia e degli obblighi di avviso e di salvataggio, il fatto dannoso generatore della responsabilità da illecito (o la relativa conoscenza); agli effetti della prescrizione e del concreto diritto all'indennità sarà, invece, la domanda di risarcimento» (DE LUCA, *op. cit.*, 116; ma si vedano anche: SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 358; DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, 302).

<sup>(20)</sup> CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 656 ss.

<sup>(21)</sup> «L'assicurazione della responsabilità civile è sussunta, secondo la sistematica del codice, nella sezione dedicata all'assicurazione contro i danni, di cui costituisce una species. La dottrina è praticamente unanime nel considerare l'assicurazione in questione un'assicurazione contro i danni» (ALPA, *Assicurazioni obbligazioni e contratti*, Torino, 2006, 1521; ma si vedano anche, fra i tanti: SALANDRA, *op. cit.*, 365; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1970, 365; PECCENINI, *Assicurazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2011, 175; VOLPE POTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione*, in *Ass.*, 2010, I, 3; COTTINO, *L'Assicurazione: l'impresa e il contratto*, in *Trattato di diritto commerciale*, X, Padova, 2011, 281).

<sup>(22)</sup> Cass. civ., 8 gennaio 1999, n. 103, in questa *Rivista*, con nota di SANNA.

<sup>(23)</sup> Che comprende le varie forme di assicurazione della responsabilità civile nei «rami danni», ai nn. 10-13 del comma 3. Tale previsione ha indubbiamente carattere precettivo, vista la previsione dell'art. 1, lettera a) («Agli effetti del codice delle assicurazioni private si intendono per: a) assicurazione contro i danni: le assicurazioni indicate all'articolo 2, comma 3») ed il criterio di prevalenza delle disposizioni del Codice delle assicurazioni su quelle del Codice civile dettato dall'art. 165 («Fermo restando quanto diversamente disposto dal presente codice, i contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione rimangono disciplinati dalle norme del codice civile»), sottolineato in dottrina anche da BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Il Codice civile Commentario* a cura di SCHLESINGER e diretto da BUSNELLI, Milano, 2010, 19.

Ponendosi in questa prospettiva, pare difficile poter sostenere che l'«evento dannoso» nel quale si identifica il sinistro sorga già col compimento dell'illecito o con l'inadempimento dell'assicurato che dà luogo alla sua responsabilità civile, e non invece con la richiesta di risarcimento (o con l'azione giudiziale) promossa nei suoi confronti dal danneggiato.

Prima di tale richiesta, infatti, il patrimonio del danneggiato non solo non risulta pregiudicato, così verificandosi il danno, ma non è neppure oggetto di una minaccia tale da integrare un evento suscettibile di causare quel danno.

In altre parole, prima di allora non si concretizza «il rischio dedotto in contratto», e cioè l'evento dannoso<sup>(24)</sup>.

Si badi che al «fatto» rappresentato dall'illecito o dall'inadempimento dell'assicurato potrebbe anche non seguire alcuna richiesta di risarcimento (e quindi nessun danno), con la conseguenza che, in tal caso, nessuna aggressione subirebbe il suo patrimonio.

Pertanto, attribuendo al «fatto» anzidetto la valenza di «sinistro», si finirebbe per identificare quest'ultimo con un evento che, in questo caso, rimarrebbe del tutto irrilevante ai fini dell'interesse assicurato, ciò che appare francamente insostenibile sul piano dogmatico.

Non solo.

Se il «sinistro» davvero si identificasse nell'illecito o nell'inadempimento dell'assicurato, si dovrebbe ammettere che esso si verifichi non solo prima che il patrimonio dell'assicurato venga minacciato, ma, in non pochi casi, quando ancora il danneggiato non sarebbe neppure in grado di minacciarlo, chiedendo il risarcimento di un danno di cui non è ancora consapevole<sup>(25)</sup>.

Se da queste premesse si trae invece la conclusione per cui il sinistro si identifica proprio nella richiesta risarcitoria o nell'azione giudiziale del terzo, si constata che questo esito interpretativo trova piena coerenza con quanto dispone l'art. 2952 c.c., laddove fa decorrere la prescrizione dei diritti dell'assicurato proprio da questi fatti.

Ciò a tacer del fatto che l'assunto di Cass. civ. n. 5624/2005, per cui il disposto dell'art. 2952 c.c. è stato dettato con la «diversa» finalità di «stabilire la decorrenza del termine di prescrizione», è chiaramente tautologico, perché non spiega le ragioni per le quali il legislatore, a questo solo fine, avrebbe forgiato una nozione di sinistro diversa da quella impiegata per gli altri...

Pertanto, non appare così irragionevole quanto sostengono i critici della tesi tradizionale, quando affermano che «l'obbligo indennitario dell'assicuratore permane in uno stato potenziale fino a quando il patrimonio dell'assicurato non sia in concreto minacciato di

<sup>(24)</sup> Che secondo alcuni si attuerebbe addirittura solo quando si verifica «il danno al patrimonio dell'assicurato, in conseguenza» dell'illecito o dell'inadempimento dell'assicurato (Facci, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, cit., 1145).

<sup>(25)</sup> Si consideri in proposito la radicata giurisprudenza in tema di decorrenza della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni, secondo la quale questo «inizia a decorrere non dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile da parte del danneggiato» (Cass. civ., 22 settembre 2016, n. 18606, in *www.giustiziacivile.com*, 7 aprile 2017, con nota di GARAZZINI). In questi casi, pertanto, ai fini dell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro dovrebbe reputarsi già verificato, benché per il diritto al risarcimento del danno del terzo danneggiato che ne rappresenta indubbiamente un presupposto, non sia neppure iniziato a decorrere il termine di prescrizione ed anzi tale diritto non possa neppure essere concretamente esercitato dal suo titolare, che ne è del tutto inconsapevole.

*diminuzione a seguito del compimento da parte del terzo danneggiato di un'attività con la quale egli manifesta l'intenzione di essere risarcito del danno subito* »<sup>(26)</sup>.

Com'è noto, pure questa è un'opinione assai radicata in dottrina<sup>(27)</sup>, riproposta anche di recente da numerosi autori<sup>(28)</sup>.

Gli argomenti sui quali essa si fondava sino a ieri valevano quanto meno a dimostrare quanto fosse inappagante l'interpretazione meramente letterale e del tutto asistemica del comma 1 dell'art. 1917 c.c. accolta dalle Sezioni Unite, laddove identificava il sinistro col « fatto » dell'assicurato (fosse esso un illecito o un inadempimento contrattuale).

La debolezza di questa tesi era dimostrata dal fatto che, come si è visto, solo poche righe prima di prospettarla, l'estensore della sentenza n. 9140/2016 aveva esternato la convinzione, con questa del tutto incompatibile, secondo la quale « *il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza..., 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* ».

Collocando invece il disposto del comma 1 dell'art. 1917 c.c. nel suo naturale contesto sistematico, rappresentato dagli artt. 1882, 1905 e 2952 c.c., la sua esegesi avrebbe potuto comunque esser tale da superare il mero dato letterale che si traeva dal suo enunciato.

Si sarebbe dovuto allora concludere che, alla luce di una sua corretta interpretazione sistematica, l'espressione « *fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione* » appariva essere meramente « *descrittiva di un presupposto fenomenologico della realtà collocato all'interno della definizione dell'assicurazione della responsabilità civile, come tale... inidonea ad esprimere un precetto normativo o a delimitare la fattispecie stessa* »<sup>(29)</sup>.

Tanto più che essa cristallizzava « *la rappresentazione* » del suddetto « *presupposto di fatto che il redattore storico* » del codice civile « *aveva al momento della redazione della norma* », come era stato perspicuamente osservato in dottrina<sup>(30)</sup>.

È evidente, infatti, che il legislatore del 1942 aveva presenti quei sinistri *qui unico actu perficiuntur*, nei quali illecito e danno si manifestano entrambi istantaneamente<sup>(31)</sup>, e non

<sup>(26)</sup> VERNIZZI, *op. cit.*, 870.

<sup>(27)</sup> VIVANTE, *Del contratto assicurativo*, Torino, 1936, 317; FANELLI, *L'assicurazione mutua e norme varie in materia di assicurazione*, Roma, 1943, 78; ASCARELLI, *Sul momento iniziale della decorrenza della prescrizione nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 1934, II, 194; *contra*: VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, 1936, 77; GASPERONI, *Assicurazioni contro la responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, I, 1213; ANGELONI, *Assicurazioni della responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 563; SALANDRA, *op. cit.*, 563.

<sup>(28)</sup> CORRIAS, *op. cit.*, 656 ss.; DE GREGORIO-FANELLI-LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 162; BUGIOLACCHI, *op. cit.*, 932 s.; FABENGA, *Diritto delle assicurazioni*, Torino, 2006, 184; FACCI, *op. ult. cit.*, 1145; VOLPE PTZOLU, *La causola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, 6. Per VOLPE PTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 68 e 140, la nozione di sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile sarebbe identificabile solamente in concreto, ricostruendo la volontà delle parti; MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola claims made*, in questa *Rivista*, 2017, 296.

<sup>(29)</sup> DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 726.

<sup>(30)</sup> DE LUCA, *op. cit.*, 726.

<sup>(31)</sup> Come perspicuamente osserva DE LUCA, *op. cit.*, 726.

di certo la fenomenologia dei danni «lungolatenti», per rispondere alla quale solo negli ultimi decenni del secolo scorso venne inizialmente ideata la clausola *claims made* <sup>(32)</sup>.

Pertanto, già prima che sopravvenissero le recenti novità legislative, sembrava del tutto legittimo sostenere che «*tale rappresentazione semplificata della varietà di illeciti che possono fondare la responsabilità dell'assicurato*» non potesse «*impedire che nella realtà fenomenica vi siano fatti illeciti a fattispecie progressiva o complessa (a sinistro ritardato o latente)*» e non istantanea e, al tempo stesso, che tale rappresentazione esorbitasse dal «*perimetro della fattispecie normativa dell'assicurazione della responsabilità civile*», risultando priva di valore precettivo <sup>(33)</sup>.

Questo diverso modo di intendere il «sinistro» nell'assicurazione della responsabilità civile ha ora ricevuto definitiva conferma dal diritto positivo, per effetto delle recenti disposizioni di legge che hanno consacrato la *claims made* come contenuto «tipico» del «sottotipo» di contratto di assicurazione in esame.

In questo «sottotipo» contrattuale il sinistro è l'ultimo anello di una catena causale che collega il «fatto» dell'assicurato ai danni subiti dal terzo e questi alla richiesta di risarcimento che va, a sua volta, a minacciare il patrimonio dell'assicurato.

Oggi, alla luce del nuovo scenario normativo dell'assicurazione della responsabilità civile che si è descritto, non può più seriamente dubitarsi che il «sinistro» sia una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che non si perfeziona, se non quando l'assicurato riceve la richiesta di risarcimento del danneggiato e si identifica, dunque, con quest'ultima, e non con il «fatto» dell'assicurato, di per sé solo insuscettibile di incidere sul rischio che è oggetto del contratto.

Da un lato l'argomento letterale ricavato dall'enunciato dell'art. 1917 c.c. si è dissolto per effetto della frammentazione dello schema legale dell'assicurazione della responsabilità civile prodotta dalle nuove norme imperative dianzi citate.

Dall'altro tale frammentazione non può essere ricondotta ad unità, se non ridefinendo la nozione di «sinistro» propria di questo «sottotipo» di assicurazione contro i danni alla luce di una corretta interpretazione sistematica, coerente col disposto degli artt. 1882, 1905 e 2952 c.c. (oltre che con quello delle leggi speciali precitate), i cui risultati sono quelli che si son detti.

Pare quindi di poter concludere che, se la prima delle premesse sulle quali si fonda il sillogismo argomentativo delle Sezioni Unite già in origine non appariva convincente, ora deve ritenersi del tutto superata <sup>(34)</sup>.

<sup>(32)</sup> Un'attenta ricostruzione del fenomeno si può leggere in VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, 209 ss.

<sup>(33)</sup> DE LUCA, *op. cit.*, 726.

<sup>(34)</sup> A conferma di queste conclusioni si consideri che, volendo riprendere l'argomento addotto dalle Sezioni Unite per identificare il sinistro col «fatto» imputabile all'assicurato perché è «*alla vicenda storica di cui*» questi deve rispondere che aveva fatto riferimento il legislatore del 1942, si deve ora prendere atto che quello del 2017 si è invece riferito ad una «*vicenda*» che indiscutibilmente comprende pure la «*richiesta presentata*» dal danneggiato, dalla quale non può quindi più prescindere per definire la nozione di «sinistro». L'identificazione di quest'ultimo con la richiesta del danneggiato è peraltro l'unica soluzione che permette di ricondurre ad unità tale nozione con riferimento alla generalità dei molteplici modelli normativi di assicurazione della responsabilità civile tipizzati dal diritto positivo vigente.

#### 4. UN SECONDO INTERROGATIVO: MA IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE CON CLAUSOLA CLAIMS MADE È DAVVERO ATIPICO?

Da quella premessa le Sezioni Unite avevano voluto desumere l'atipicità non già del contratto di assicurazione della responsabilità civile, bensì quella della clausola *claims made* che ad esso acceda.

Al riguardo occorre premettere che, ben diversamente, la sentenza n. 5624/2005 aveva affermato un principio di diritto, secondo il quale «*il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola claims made 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.)*».

Una volta stabilito, sulla base dell'interpretazione letterale citata, che la nozione di sinistro desumibile dal disposto dell'art. 1917 c.c. faceva riferimento al «fatto» dell'assicurato, la Cassazione aveva sostenuto *sic et simpliciter* l'«atipicità» del contratto recante la clausola in discussione, senza darsi cura di ulteriori spiegazioni.

L'assunto tuttavia era chiaramente insostenibile.

Infatti, se anche si fosse voluto accogliere la tesi anzidetta, si sarebbe dovuto comunque ritenere che la clausola in questione non snaturava affatto il contratto rispetto al «sottotipo» dell'assicurazione della responsabilità civile e che comunque, se anche si fosse voluto ritenere il contrario, si sarebbe dovuto tuttavia riconoscere che quest'ultimo si collocava pur sempre nel perimetro del «tipo» contrattuale dell'assicurazione contro i danni (pur costituendo una specie diversa da quella descritta dall'art. 1917 c.c.).

La questione si presterebbe egregiamente ad una dissertazione sulle nozioni di tipo e di sottotipo contrattuale, in merito alle quali è sempre vivo l'interesse dottrinale<sup>(35)</sup>, che tuttavia esorbita dai limiti del presente contributo.

Ai fini che qui interessano è sufficiente ricordare che il prevalente orientamento dottrinale ravvisa nella causa l'elemento identificativo del «tipo» contrattuale<sup>(36)</sup> e nei «*requisiti ed effetti extratipici*» (che si aggiungono a quelli propri del tipo) quello qualificante del «sottotipo»<sup>(37)</sup>.

Con particolare riferimento a quest'ultima categoria, si è infatti osservato che «*si ha sottotipo solo quando vi sia una caratterizzazione determinata dall'introduzione di un elemento non contemplato come essenziale nello schema del tipo*»<sup>(38)</sup>, e cioè di un elemento specificativo che valga a distinguere il sottotipo, perché non compreso in quelli distintivi del tipo.

<sup>(35)</sup> Per una sintetica, ma espressiva rassegna al riguardo: GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in Id. (a cura di), *Trattato del contratto*, I, Torino, 1999, 37 ss.

<sup>(36)</sup> GABRIELLI, *op. cit.*, 40 ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1952, 184; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, 173; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Dir. civ.* diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, 1977, 125; CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, Studi in onore di F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, 626; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, 455. Per la diversa teoria che fa riferimento al c.d. metodo tipologico si veda: DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. 121 ss.

<sup>(37)</sup> CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 1, 232. In tal senso si veda pure GABRIELLI, *op. cit.*, 43, il quale peraltro lamenta come «*il profilo del sottotipo contrattuale... risulta scarsamente elaborato in dottrina, mancando compiute ed approfondite indagini in materia*».

<sup>(38)</sup> CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia del rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 80.

In base a questi criteri, volendo qualificare quella della responsabilità civile come un « sottotipo » dell'assicurazione contro i danni, il requisito extratipico suo proprio non può che ravvisarsi nella particolare tipologia del rischio per il quale l'assicuratore presta garanzia, e cioè quello inerente ai danni causati all'assicurato dalla propria responsabilità civile (correlato al suo interesse alla tutela dell'integrità del proprio patrimonio dalle altrui pretese risarcitorie).

È proprio questo aspetto della fattispecie negoziale in esame che differenzia questa particolare forma di assicurazione nell'ambito del più ampio *genus* tipologico cui appartiene <sup>(39)</sup>.

La nota caratteristica di tale fattispecie normativa è data dal fatto che il danno subito dal patrimonio dell'assicurato trova origine non già nella perdita o nel danneggiamento di una cosa che ne faccia parte, bensì nella richiesta di risarcimento proveniente da un terzo che abbia subito, a sua volta, un danno di cui l'assicurato stesso debba reputarsi responsabile, e quindi, in definitiva, in un pregiudizio risentito da un patrimonio diverso da quello di quest'ultimo.

Certo non poteva sostenersi che un'analogo valenza distintiva possedesse l'ulteriore componente del sottotipo legale descritta dal comma 1 dell'art. 1917 c.c. (nell'interpretazione accolta dalle Sezioni Unite), e cioè quella per cui il « fatto » imputabile all'assicurato avrebbe dovuto verificarsi « durante il tempo dell'assicurazione ».

Si trattava, infatti, di una delimitazione temporale dei danni indennizzabili in esecuzione del contratto che non incideva per nulla sui predetti tratti essenziali caratterizzanti il relativo « sottotipo », rappresentati dal peculiare rischio assicurato e dal correlativo, specifico interesse del contraente all'assicurazione stipulata <sup>(40)</sup>.

Quindi già anteriormente all'entrata in vigore delle disposizioni dianzi citate si sarebbe dovuto escludere che la clausola *claims made*, laddove selezionava i danni che l'assicuratore si obbligava ad indennizzare sulla base di un criterio temporale (diverso rispetto a quello previsto dalla asserita fattispecie legale), producesse l'effetto di espungere il contratto cui essa accedeva dal perimetro del « sottotipo » dell'assicurazione della responsabilità civile.

Infatti, proprio perché è largamente diffusa in dottrina l'opinione secondo la quale « il tipo è per lo più definito per riferimento alla causa del contratto », coerentemente si ritiene che « il contratto atipico è dunque generalmente percepito come contratto avente una causa atipica, non sussumibile in alcuna » dei tipi contrattuali definiti dalla legge <sup>(41)</sup>.

Questo orientamento ha trovato largo seguito anche in giurisprudenza <sup>(42)</sup>.

Ciò posto, quale fosse il significato che s'intendesse attribuire alla causa del contrat-

<sup>(39)</sup> « L'interesse posto a fondamento dell'assicurazione della responsabilità civile è tuttavia ben diverso da quello su cui si fonda l'assicurazione danni » poiché « in quest'ultima l'interesse dell'assicurato consiste nell'evitare gli effetti negativi di un danno subito da un suo determinato bene », mentre « nel contratto di assicurazione della responsabilità civile... l'interesse dell'assicurato consiste nel cautelarsi contro il rischio di alterazione negativa del proprio patrimonio » (ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, Padova, 2013, 43).

<sup>(40)</sup> Come, infatti, ha colto la dottrina, quando ha osservato che « la clausola *claims made* ritaglia un modo di gestione del rischio, senza mettere capo, nella sua specificità, ad un assetto contrattuale atipico » (PALMERI-PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, I, 1931; nello stesso senso MANCINI, *op. cit.*, 299).

<sup>(41)</sup> CARUSI, *La disciplina della causa*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato dei contratti I contratti in generale*, I, Torino, 1999, 548. Nello stesso senso: BRECCIA, *Autonomia contrattuale*, in *Commentario del codice civile* diretto da Navarretta-Orestano, Artt. 1321-1349, Torino, 2011, 115.

<sup>(42)</sup> Cass. civ., 1° aprile 2011, n. 7557, in *Guida dir.*, 2011, 23, 72; Cass. civ., 26 febbraio 1999, n. 1671, in *Foro pad.*, 2000, I, 155.

to <sup>(43)</sup>, era indubbio che la clausola *claims made* non incidere su di essa, bensì sul suo oggetto, il cui contenuto contribuiva a delimitare.

Non si poteva dunque sostenere che la clausola, in quanto tale, influisse sulla causa del contratto <sup>(44)</sup>, modificandola e così facendo trasmodare il contratto stesso nell'atipicità <sup>(45)</sup>.

Lo avevano riconosciuto esplicitamente le stesse Sezioni Unite, affermando che «*non è seriamente predicabile che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile*» con la clausola in esame, poiché «*il patto claims made è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto*» dell'assicurazione <sup>(46)</sup>.

Inoltre è bene sottolineare, perché si tende spesso a dimenticarlo, che l'autonomia privata era e resta sovrana quanto all'individuazione dell'oggetto del contratto di assicurazione contro i danni, poiché è lo stesso art. 1905 c.c. a rimetterla alla volontà dei contraenti, quando dispone che «*l'assicuratore è tenuto a risarcire, nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, il danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro*» <sup>(47)</sup>.

In conclusione, non è seriamente predicabile che la causa tipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile implicante una clausola *claims made* sia diversa da quella di uno analogo che corrisponda invece allo schema enunciato dall'art. 1917 c.c.

Differente è certamente l'oggetto di tali contratti, ma non la loro causa.

Per cui il primo non poteva ritenersi atipico, al contrario di quel che aveva affermato Cass. civ. n. 5624/2005.

Sul piano dogmatico, pertanto, già prima dei *nova* dianzi citati, non era sostenibile che un contratto di assicurazione della responsabilità civile non fosse più tale laddove i contraenti avessero pattuito un criterio di selezione temporale dei danni indennizzabili diverso da quello che si sosteneva essere delineato dal regime legale <sup>(48)</sup>.

Tanto più che la norma di riferimento, dettata dall'art. 1917 c.c., non solo aveva natura dispositiva, ma doveva esser letta alla luce dell'esplicito rinvio all'autonomia privata prescritto dall'art. 1905 c.c.

<sup>(43)</sup> In merito alla distinzione fra «causa astratta», intesa come funzione economico-sociale propria di un modello contrattuale, e «causa concreta», intesa come scopo pratico del negozio ovvero sintesi degli interessi che lo specifico contratto è diretto a realizzare, si veda: GALGANO, *Il contratto e l'autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 209.

<sup>(44)</sup> Ed, infatti, come si è visto, «la clausola *claims made* circoscrive — come riconosciuto dalle sezioni unite del 6.5.2016 — soltanto in termini temporali il rischio dedotto in contratto» e quindi «non sembra incidere sulla causa del contratto» (FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1524; nello stesso senso: CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 836; MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni a margine*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 17).

<sup>(45)</sup> In proposito si veda MANCINI, *op. cit.*, 275.

<sup>(46)</sup> Salvo, poi, contraddirsi quando sostiene che «la manipolazione dello schema tipico» dettato dall'art. 1917 c.c., oltre ad un certo limite, sarebbe «in concreto idonea ad avvelenare la causa del contratto».

<sup>(47)</sup> Sorprendentemente sono le stesse Sezioni Unite, nella sentenza n. 9140/2016, a ricordarlo, quando, riferendosi alla *claims made* «impura» osservano che questa «mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato». Risulta perciò difficile comprendere per qual motivo poche righe dopo si sostenga che le medesime clausole sarebbero «atipiche», dovendo, per di più, dubitarsi della «meritevolezza di tutela della deroga al regime legale» da esse stabilita.

<sup>(48)</sup> In tal senso, si veda BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Commentario del Codice civile* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, 268.

Alla luce delle nuove disposizioni in tema di assicurazione della r.c. degli avvocati, nonché delle strutture e degli esercenti le professioni sanitarie, tali conclusioni sono oggi del tutto irrefutabili.

Il contenuto di queste nuove disposizioni <sup>(49)</sup> rende non più predicabile che il «sottotipo» legale dell'assicurazione della responsabilità civile sia connotato anche dall'anzidetto accidente temporale, poiché, diversamente dall'enunciato dell'art. 1917 c.c., esse prescrivono di assicurare la responsabilità forense e sanitaria anche per i «fatti» avvenuti prima dell'inizio del periodo di garanzia.

Pertanto, che il «fatto» dell'assicurato debba verificarsi «*durante il tempo dell'assicurazione*» non può più considerarsi, se mai lo è stato, un requisito essenziale del «sottotipo» contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile.

L'inevitabile conclusione è che non solo il contratto connotato dalla clausola *claims made* («pura» o «impura» che sia) non può considerarsi atipico <sup>(50)</sup>, ma tale certamente non è neppure la clausola stessa (ammesso che anche le clausole, e non già solo i contratti, possano considerarsi atipiche...).

In altri termini, occorre prendere atto che la clausola di cui si discute è stata definitivamente sussunta dalla pratica negoziale al diritto positivo, compiendo in tal modo quel percorso di emersione dei tipi (e sottotipi) negoziali dalla prassi alla norma che la dottrina ha da tempo indicato essere una costante del fenomeno della tipizzazione <sup>(51)</sup>.

Se poi, contro ogni evidenza, non si volessero condividere le conclusioni anzidette, allo scopo di continuare a sostenere l'estraneità dell'assicurazione della responsabilità civile caratterizzata da una clausola *claims made* al relativo «sottotipo» contrattuale, non si vede come si potrebbe negare la sua appartenenza al «tipo» dell'assicurazione contro i danni, del quale indubbiamente possiede tutti i requisiti (questione questa che peraltro le Sezioni Unite nemmeno si sono poste).

Ciò che porterebbe egualmente ad escludere la sua atipicità.

## 5. DIRITTO POSITIVO, AUTONOMIA NEGOZIALE E CONTROLLO DI MERITEVOLEZZA DELLE CLAUSOLE «ATIPICHE»

Stabilito che né il contratto che la comprenda, né la *claims made* sono «atipiche», vengono meno le premesse argomentative sulle quali le Sezioni Unite avevano fondato le conclusioni dianzi illustrate.

Assai poco convincenti già all'epoca in cui queste vennero formulate, esse appaiono

<sup>(49)</sup> Che, si badi, hanno natura inderogabile, al contrario del comma 1 dell'art. 1917 c.c.

<sup>(50)</sup> «*In altre parole, nei predetti ambiti della responsabilità civile [ndr: quelli della responsabilità degli avvocati e di quella delle strutture e degli operatori sanitari], il legislatore ha abbandonato il modello codicistico dell'art. 1917 c.c. a favore del sistema claims made, divenuto così, in relazione a tali settori, il modello legale dell'assicurazione della responsabilità civile*» (FACCI, *Le clausole claims made e i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, cit., 763, nonché 765; nello stesso senso: HAZAN, *Claims made, responsabilità medica e pensieri retri* la Cassazione resiste alla legge, in [www.ridare.it](http://www.ridare.it), 20 luglio 2017).

<sup>(51)</sup> GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in GABRIELLI (a cura di), *Trattato del contratto I*, Torino, 1999, 41; ROPPO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, 118; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 39; C. SCOGNAMIGLIO, *I Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, Milano, 2006, II, 195 ss.; ALFA, *La causa*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno-Gabrielli, I, 1, Torino, 2006, 587; CARUSI, *op. cit.*, 547; GALGANO, *op. cit.*, 163.

decisamente superate dalla sostanziale modifica del quadro normativo di riferimento prodotta dall'entrata in vigore del d.m. 22 settembre 2016 e della legge n. 24/2017.

Il nostro discorso potrebbe quindi fermarsi qui.

Ciò nondimeno, l'argomentare delle Sezioni Unite n. 9140/2016 merita di essere approfondito almeno per ciò che attiene ad altri due aspetti, per confutarne altrettanti postulati che sono suscettibili di ingenerare pericolosi equivoci, come purtroppo la giurisprudenza immediatamente successiva ha ampiamente dimostrato.

Come si è visto, ripudiata la tesi affermata in precedenza dalle Sezioni semplici, per cui la *claims made* avrebbe contagiato l'intero contratto, proiettandolo nel limbo dell'atipicità, le Sezioni Unite hanno affermato che solo la clausola avrebbe dovuto reputarsi atipica, assunto che ha ritenuto possibile perché la valutazione dell'atipicità della singola clausola contrattuale costituirebbe un «*approdo pacifico della teoria generale del contratto*».

Da questa premessa esse hanno inferito che il Giudice del merito sarebbe autorizzato a sottoporre la clausola *claims made* in concreto apposta ad un contratto di assicurazione all'esame di «meritevolezza» previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c., sostituendola con lo «schema legale» dettato dall'art. 1917 c.c., e quindi con la «*formula loss occurrence*», nel caso questa valutazione abbia un esito negativo.

L'inattualità di questa tesi è resa evidente dal fatto che quello letteralmente enunciato dall'art. 1917 c.c., come si è visto, non può più dirsi lo «schema legale» dell'assicurazione della responsabilità civile, per cui la presunta atipicità della clausola non è più sostenibile.

Ma, in realtà, anche prima dei *nova* suddetti che hanno modificato lo scenario normativo, vi erano ragioni molto serie per contestare i postulati sbrigativamente enunciati dalle Sezioni Unite.

Questi si fondavano su due premesse fra loro strettamente concatenate.

Da un lato, come si è visto, si affermava la possibilità di un giudizio di «meritevolezza» sulla singola clausola, e non già sull'intero contratto, e dall'altro si ammetteva che la nullità parziale del contratto conseguente al suo esito sfavorevole avrebbe esonerato l'interprete dall'ulteriore valutazione prescritta dal comma 1 dell'art. 1419 c.c., in merito alla sopravvivenza del contratto stesso.

Per la verità, quest'ultimo presupposto, nell'argomentare delle Sezioni Unite, non è nemmeno esplicitato, ma rappresenta un ovvio presupposto delle conclusioni formulate.

Il primo postulato è palesemente privo di fondamento.

Che l'esame di «meritevolezza» possa concentrarsi su una singola clausola non rappresenta affatto un «*approdo pacifico della teoria generale del contratto*».

Si tratta di una tesi, peraltro proposta con riferimento a fattispecie assai particolari, fra cui quella in esame<sup>(52)</sup>, ma per nulla condivisa in dottrina e facilmente confutabile.

Ciò sulla base di evidenti argomenti letterali e sistematici.

Basti dire che il comma 2 dell'art. 1322 c.c. fa inequivoco riferimento ai «*contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare*», e non alle clausole derogatorie delle norme dispositive che regolano i singoli tipi contrattuali.

<sup>(52)</sup> SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza negli statuti delle società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 265. Con specifico riferimento al tema in trattazione, si vedano: GAZZARA, *Il difficile rapporto tra la clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 1218 ss.; MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto e immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2015, 715.

Non solo: i limiti dell'autonomia privata, quanto alle singole clausole derogatorie, sono dettati dal comma 1 dell'art. 1932 c.c., che li identifica nella sola liceità.

Pertanto è ai tipi contrattuali, e non ai singoli aspetti che ne compongono lo schema legale, che il comma 2 dell'art. 1322 c.c. si riferisce, laddove consente ai privati di dar vita ai contratti innominati, col solo limite della meritevolezza<sup>(53)</sup>.

Del resto, il codice civile conosce contratti tipici, e non clausole tipiche desumibili dalle fattispecie descrittive dei tipi legali di contratto<sup>(54)</sup>.

Perciò le clausole che modificano singoli aspetti della fattispecie normativa sono frutto dell'autonomia negoziale normativamente consentita e non possono essere assoggettate a giudizio di meritevolezza.

Più precisamente, se deroga ad una norma imperativa, la singola clausola di un contratto è illecita e quindi nulla, benché insuscettibile di contagiare l'intero contratto, perché destinata ad essere sostituita *ope juris* dalla norma violata, per effetto del disposto del comma 2 dell'art. 1419 c.c.

Se invece modifica un aspetto della fattispecie legale disciplinato da una norma derogabile, essa è perfettamente lecita per effetto di quanto prevede il comma 1 dell'art. 1322 c.c.

Né essa potrebbe dirsi « atipica » ai fini di sottoporla alla valutazione di meritevolezza che il comma 2 riserva ai soli contratti che possano dirsi tali.

Al contrario, affermare che i contraenti non possano modificare un aspetto dello schema legale tipico di un contratto nominato regolato da una norma derogabile, come pure si è sostenuto<sup>(55)</sup>, significa da un lato attribuire carattere imperativo ad una norma che non lo possiede e dall'altro espropriare senza ragione i contraenti stessi di un diritto riconosciuto loro dalla legge.

Ma le Sezioni Unite avevano cercato di superare questo ostacolo per un'altra via.

Nella motivazione della sentenza citata affiora infatti un accenno, anch'esso fuggevole e per nulla argomentato, alle teorie che hanno ipotizzato un controllo giudiziale eccedente i limiti segnati dall'art. 1322 c.c. perché rivolto a sindacare il contenuto del contratto, facendo ricorso alla clausola generale di buona fede oggettiva e di correttezza (e non più quindi al disposto dell'art. 1322 c.c.)<sup>(56)</sup>.

Com'è noto, a questo fine si sono adottati l'obbligo comportamentale previsto dall'art.

<sup>(53)</sup> Anche sulla nozione di « clausola » (e su quella di « parte del contratto », in rapporto al disposto dell'art. 1419 c.c.) si è discusso molto in dottrina. Tuttavia, in linea di principio, per « clausola » si intende « ogni determinazione volitiva inscindibile contenuta nel contratto, non frazionabile cioè in ulteriori determinazioni volitive a sé stanti », mentre il contratto è il complesso di tali determinazioni « che nel loro insieme formano il cosiddetto regolamento contrattuale », che le parti hanno voluto per comporre i rispettivi interessi (GALGANO, *op. cit.*, 162, che rinvia a GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 184).

<sup>(54)</sup> Altra cosa sono ovviamente le « clausole tipiche » previste e disciplinate dalla legge come tali, quali, ad esempio, la clausola penale (art. 1382 c.c.), o la clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.).

<sup>(55)</sup> CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contratto impr.*, 2016, 1524 ss.; MONTICELLI, *op. cit.*, 940.

<sup>(56)</sup> Nella motivazione della sentenza, infatti, si evoca quello che, a detta dell'estensore, sarebbe un « principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost., "che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone di buona fede, cui attribuisce vis normativa" (Corte cost. n. 77/2014 e n. 248/2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo ed integrativo dello statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto ».

1337 c.c. nella fase precontrattuale <sup>(57)</sup> e il canone interpretativo di buona fede dettato dall'art. 1366 c.c. <sup>(58)</sup>.

Il postulato così enunciato dalle Sezioni Unite, che riecheggia nel richiamo alle «*asimmetrie informative*» esplicitato nel prosieguo della motivazione, contraddice un loro importante precedente <sup>(59)</sup> che aveva riaffermato la distinzione tra regole di comportamento delle parti e requisiti di validità dei contratti <sup>(60)</sup>.

Esso fa riferimento alla tematica del «contratto giusto», oggi ampiamente dibattuta dalla dottrina italiana ed europea <sup>(61)</sup>, che quella distinzione punta decisamente a superare.

Non è questa la sede per commentare queste tesi <sup>(62)</sup>, essendo sufficiente osservare che l'importanza del tema avrebbe richiesto un ben altro impegno argomentativo <sup>(63)</sup> e rammentare quanto osservato riguardo ad esso da un'autorevole dottrina.

Questa, riassumendo lo stato attuale del dibattito dottrinale, ha rilevato come «*non si sono placate... le accese dispute sul senso dei ridondanti richiami alla buona fede oggettiva e alla correttezza nel diritto europeo*» e come «*i limiti alla libertà contrattuale — nel sistema del codice civile italiano — sembrano testualmente affidati a quelle clausole che più direttamente controllano la liceità del contratto*» <sup>(64)</sup>.

In conclusione, il vaglio meritocratico delle singole clausole derogatorie a specifici elementi dello schema legale dei contratti nominati non solo non è un «*approdo pacifico*

<sup>(57)</sup> SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, III, *Abuso del diritto*, Padova, 1997, 217 ss.

<sup>(58)</sup> BIGLIAZZI GERL, *L'interpretazione del contratto*, Artt. 1362-1371, in *Codice Civile Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1991, 224 ss.

<sup>(59)</sup> Sez. Un. civ., 19 dicembre 2007, n. 26725, in questa *Rivista* 2008, 547, con nota di GRECO, nella quale i Supremi Giudici confermavano l'orientamento fondato sulla «*tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità*».

<sup>(60)</sup> Su questo tema si vedano: D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 37; ROFFO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 46 ss.

<sup>(61)</sup> SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg. VII, Torino, 2012, 534; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 411; VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 787; PIRAINO, *Il diritto europeo e la "giustizia contrattuale"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 233; CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 2014, 447; SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione del diritto europeo*, Milano, 2011, 337; FRANZONI, *Buona fede d'equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto impr.*, 1999, 83; NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262. Si veda inoltre la bibliografia citata alla nt. 1 di quest'ultimo lavoro.

<sup>(62)</sup> Che peraltro sono ben lungi dall'essersi tradotte in «diritto vivente», come sostengono le Sezioni Unite con riferimento a due (scarne) ordinanze della Corte costituzionale (Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035; e Corte cost., 21 ottobre 2013, n. 248, *ibidem*, 382). Tali ordinanze sono state peraltro severamente criticate dalla dottrina: D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 926; PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, 2039 s.; SAPONE, *Buona fede e onnipotenza dell'interprete*, in *www.personaedanno.it*; in senso adesivo, invece: MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. giust.*, 2016, 52.

<sup>(63)</sup> In proposito si vedano le critiche di PARDOLESI, *Le Sezioni Unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, 2026.

<sup>(64)</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 80.

della teoria generale del contratto», ma è in realtà estraneo al nostro diritto positivo e, in particolare, al disposto dell'art. 1322 c.c., ragion per cui il primo, fondamentale presupposto argomentativo sul quale le Sezioni Unite n. 9140/2016 avevano costruito il proprio sillogismo decisorio appariva in realtà insussistente.

## 6. ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE, CLAIMS MADE E REGIME DELLE NULLITÀ EX ART. 1419 C.C.: HIC ERANT LEONES

Il secondo, come si è visto, si identificava nell'assunto per cui un esito negativo del giudizio di meritevolezza della specifica clausola *claims made* avrebbe autorizzato il Giudice di merito a sostituirla con «l'applicazione dello schema legale» previsto dall'art. 1917 c.c., «e cioè della formula *loss occurrence*»<sup>(65)</sup>.

Questa operazione però si sarebbe tradotta nella disapplicazione del regime giuridico della nullità parziale dettato dall'art. 1419 c.c., com'è facile constatare.

Pur essendo la nullità parziale (e cioè quella della sola clausola) la regola e quella dell'intero contratto l'eccezione, è quest'ultima che si deve applicare quando si provi che, senza la clausola nulla, le parti non avrebbero stipulato il contratto, perché così prevede il comma 1 dell'art. 1419 c.c.

In proposito ovviamente convergono dottrina e giurisprudenza<sup>(66)</sup>.

Il comma 2 dispone poi che solo le clausole contrarie a norme imperative vengono sostituite di diritto da queste ultime.

Tale certamente non è il comma 1 dell'art. 1917 c.c., che non rientra fra le disposizioni definite inderogabili dall'art. 1932 c.c.<sup>(67)</sup>.

Ne consegue che, nel caso della clausola *claims made*, la valutazione prescritta dal comma 1 dell'art. 1419 c.c. sarebbe stata comunque ineludibile.

E, tuttavia, al riguardo le Sezioni Unite hanno taciuto.

Nella motivazione della sentenza n. 9140/2016 questa problematica risultava puramente e semplicemente rimossa.

Essa, infatti, si limitava a rinviare, ancora una volta cripticamente, agli «*spunti esegetici offerti dall'art. 1419, comma 2*» e al «*canone di buona fede*» per affermare la nullità parziale e non «contagiosa» della *claims made* immeritevole e la sua sostituzione *ipso jure* col regime legale dettato dall'art. 1917 c.c., ma non si poneva affatto il problema della verifica imposta dal comma 1 dell'art. 1419 c.c.

<sup>(65)</sup> Il potere manipolativo della volontà contrattuale che in tal modo viene attribuito al Giudice di merito è giustificato sulla base dei non meglio precisati «*spunti esegetici offerti dall'art. 1419 c.c., comma 2*», oltre che dal già citato richiamo al «*canone di buona fede*» mediato «*dall'art. 2 Cost.*».

<sup>(66)</sup> «*Il principio di conservazione del negozio giuridico affetto da nullità parziale, nel sistema del c.c., deve ritenersi la regola, mentre l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità costituisce l'eccezione che deve essere provata dalla parte interessata e ricorre allorquando rimanga accertato che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella particolare clausola o quella specifica parte del suo contenuto colpite dalla nullità*» (Cass. civ., 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12).

<sup>(67)</sup> Facci (*Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., 1529) si è interrogato, per escluderlo, se nel caso specifico ricorresse una «*nullità di protezione virtuale*». In realtà, non si vede da quale enunciato normativo potrebbe desumersi un divieto della clausola *claims made*, dal quale possa inferirsi l'ipotetica nullità virtuale. Per un illuminante ed acuto approfondimento sul tema delle «*nullità di protezione*» nel diritto privato europeo, si veda: GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 87.

Quest'ultimo, tuttavia, non poteva (e non può) essere evitato.

Infatti, è fuor di dubbio che, nell'economia del contratto in esame, la *claims made* dovesse (e debba) reputarsi una clausola essenziale.

Ciò sulla base tanto di elementari considerazioni giuridiche, quanto di evidenti constatazioni fattuali.

Sotto il primo profilo, se si attribuisce all'aspetto «temporale» dell'enunciato del comma 1 dell'art. 1917 c.c. un valore qualificante del sottotipo contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile, come fanno coloro che predicano l'«atipicità» della *claims made*, si deve necessariamente riconoscere che quest'ultima, in quanto ne prevede una sostanziale modifica, abbia carattere essenziale <sup>(68)</sup>.

Tanto più che la clausola in questione dovrebbe reputarsi una «*pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità*» <sup>(69)</sup>, con particolare riguardo a quella determinativa del corrispettivo dovuto dall'altro contraente.

Essa appartarrebbe quindi a quel genere di clausole «*che nel contratto dato non possono non esistere (come nei nominati quelle rientranti nella loro definizione legale...)*», essendo imprescindibile definire il periodo di tempo nel quale debbono collocarsi i sinistri che l'assicuratore si obbliga ad indennizzare, con l'inevitabile conseguenza che la loro invalidità «*determina infallibilmente la totale nullità del negozio*», com'è pacifico in dottrina <sup>(70)</sup>.

Quanto al secondo aspetto, è fuor di dubbio che la delimitazione dell'oggetto della prestazione dell'assicuratore attuata dalla clausola in questione ha un peso tutt'altro che secondario nell'«economia» del contratto, anche perché si lega inscindibilmente alla quantificazione del premio dovuto dall'assicurato, determinandone una sostanziale diversità rispetto a quello ipotizzabile per un'assicurazione *loss occurrence*.

La sua evidente essenzialità, pertanto, avrebbe imposto la valutazione prevista dal comma 1 dell'art. 1419 c.c. e, in esito ad essa, l'inevitabile constatazione della nullità del contratto, e non della clausola, come è pacifico in dottrina <sup>(71)</sup> ed in giurisprudenza <sup>(72)</sup> qualora a quest'ultima si riconosca il carattere dell'essenzialità.

Infatti, nel caso in esame è chiaro che, senza la clausola, le parti non avrebbero stipulato quello stesso contratto di assicurazione, ove si consideri che una garanzia assicurativa *loss occurrence* implica un rischio ben diverso rispetto ad una *claims made* e, dunque, una prestazione più onerosa per l'assicuratore <sup>(73)</sup>.

I riflessi sulla controprestazione dell'assicurato, e dunque sul premio, sono talmente evidenti da non sembrare abbinabili di particolari commenti.

<sup>(68)</sup> In proposito si veda Facci, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo della claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, cit., 158, nt. 23.

<sup>(69)</sup> GENTILI, *op. cit.*, 1550; nello stesso senso: CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 368. In giurisprudenza si veda, ad esempio: Cass. civ., 11 luglio 2011, n. 15214, in *Contratti*, 2011, 910.

<sup>(70)</sup> GENTILI, *op. cit.*, 1552, che osserva pure come «*per quanto concerne i contratti nominati è idea comune*» che le c.d. clausole principali del contratto «*corrispondano a quelle comprese nella definizione del tipo*» (1553).

<sup>(71)</sup> Con riferimento alla specifica materia in discussione si veda: MAONI, *op. cit.*, 2617.

<sup>(72)</sup> Cass. civ., 8 febbraio 2016, n. 2413, in *Banca dati Pluris*; Cass. civ., 31 maggio 2012, n. 8776, *ibidem*; Cass. civ., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giur. it. Mass.*, 2002.

<sup>(73)</sup> «*È ovvio che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto senza la previsione della clausola de qua, in considerazione del notevole ampliamento dell'obbligo di manleva, in assenza del modello claims made*» (Facci, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., 1528).

L'ovvia conclusione è che, nel caso in esame, l'effetto giuridico di una ipotetica valutazione di immeritevolezza della clausola non potrebbe essere che quello della nullità dell'intero contratto, posto che sicuramente i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella clausola <sup>(74)</sup>.

Seguendo la via dell'immeritevolezza della clausola, quindi, le Sezioni Unite avrebbero dovuto pervenire a questo risultato, che sarebbe stato tuttavia palesemente inappagante dell'interesse dell'assicurato che avesse stipulato un contratto recante una clausola «immeritevole».

Questi, infatti, dichiarata la nullità del contratto, avrebbe potuto ottenere solo la restituzione del premio pagato, e non l'indennizzo del sinistro escluso dalla garanzia prestatagli per effetto della clausola «immeritevole».

Di qui la scelta di ignorare la valutazione prescritta dal comma 1 dell'art. 1419 c.c. e le sue conseguenze e di applicare senz'altro il comma 2, benché (palesemente) ne difettassero i presupposti.

Ovviamente l'allusione a non meglio precisati «spunti esegetici offerti dall'art. 1419, comma 2», per nulla esplicitati ed argomentati, non poteva reputarsi sufficiente alla scoperta disapplicazione del regime legale delle nullità in tal modo attuata.

Si deve perciò concludere che il percorso interpretativo escogitato dalla Sezioni Unite per giungere al risultato che si è descritto era frutto non già di una, bensì di una serie di forzature logico-giuridiche più che evidenti <sup>(75)</sup>.

Alla base di questa operazione vi era, in sostanza, l'idea che al Giudice sia possibile un controllo sull'oggetto del contratto e, più precisamente, sull'equilibrio dello scambio contrattuale <sup>(76)</sup>.

Anzi, a ben guardare, nel caso specifico, tale controllo sarebbe dovuto andare al di là di questo limite concettuale, perché si sarebbe concentrato su una sola delle prestazioni

<sup>(74)</sup> «È ovvio che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto senza la previsione della clausola de quo, in considerazione del notevole ampliamento dell'obbligazione di manleva, in assenza del modello claims made» (FACCI, *Le clausole claims made e i c.d. "fatti noti" nella successione di polizze*, cit., 768; nello stesso senso: ROMEO, *Vessatorietà, atipicità e dubbia meritevolezza delle clausole claims made*, in *Dir. civ. cont.*, 6 settembre 2016).

<sup>(75)</sup> In proposito si vedano le perplessità sintetizzate da MAGNI (*op. cit.*, 2617), anche con riferimento alla tesi formulata da un Autore (MONTICELLI, *op. cit.*, 715) relativamente all'estensibilità del disposto dell'art. 1419, comma 2, c.c., alle norme derogabili. Quest'ultimo aveva, a sua volta, richiamato le tesi di DE NOVA (*Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 481) in merito alla possibilità di sostituire una clausola nulla con una regola legale derogabile. MAGNI, tuttavia, osserva che questa teoria era stata elaborata da DE NOVA «con riferimento alla questione degli effetti della nullità della clausola vessatoria ex art. 1341, 2° comma, c.c. ed ha sostenuto che, proprio la finalità protettiva di tale norma, esclude che la nullità si estenda al contratto, mentre la clausola priva di effetto dovrà essere sostituita con la "norma corrispondente tratta dallo ius dispositivum". Ma tale conclusione non pare applicabile alla nostra fattispecie, ove peraltro si osservi che proprio le Sezioni unite hanno escluso che la clausola claims made possa ritenersi vessatoria ai sensi dell'art. 1341, 2° comma, c.c.». In realtà, non è tanto la specie di invalidità dalla quale si vorrebbe affetta la clausola (inefficacia o nullità) a rendere impraticabile questa teoria, quanto piuttosto il fatto che essa appaia doppiamente eversiva dell'inequivoco disposto dell'art. 1419 c.c., per le ragioni illustrate.

<sup>(76)</sup> Si osservi come, invece, la stessa Cassazione civile abbia, anche di recente, ribadito che «lo squilibrio, anche notevole, delle prestazioni non priva di causa il contratto di scambio» (Cass. civ., 4 novembre 2015, n. 22567, in *Foro it.*, 2016, I, 151) e non ne determina, dunque, la nullità. In questa decisione la Corte sinteticamente, ma eloquentemente osserva che «secondo la giurisprudenza più recente, in realtà, lo squilibrio economico originario non priva di causa il contratto, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive». La cosa davvero singolare è che, al contrario, secondo le Sezioni Unite, l'immeritevolezza del contenuto atipico di una prestazione

previste dal contratto, prescindendo dalla relativa controprestazione e, pertanto, da una valutazione della stessa «equità dello scambio» in una prospettiva sinallagmatica.

Questa constatazione viepiù sottolinea l'arbitrarietà dell'operazione di manipolazione dell'oggetto contrattuale che in tal modo si intenderebbe consentire al Giudice del merito, pur in assenza di una qualsiasi norma che la autorizzi ed, anzi, in violazione dell'autonomia negoziale presidiata dall'art. 1322 c.c.

Inoltre, in tal modo la clausola generale di buona fede verrebbe trasformata da regola di condotta dei contraenti a requisito di validità del contratto, divenendo lo strumento attuativo, per via giudiziaria, della «giustizia del contratto», mediante il riequilibrio di quei suoi contenuti che il Giudice del merito dovesse ritenere «*non equi e gravemente sbilanciati in danno di una parte*»<sup>(77)</sup>.

Gli effetti potenzialmente distruttivi dell'autonomia contrattuale di queste teorie sono evidenti<sup>(78)</sup>, così come la loro sostanziale alienità rispetto al nostro ordinamento giuridico, che invece quell'autonomia riconosce espressamente, entro i limiti segnati dalle norme di natura imperativa.

Si consideri che in tal modo si istituirebbe un controllo giudiziario sull'oggetto del contratto non previsto dalla legge, per di più di un'ampiezza, di una intensità e, all'atto pratico, di un'arbitrarietà pressoché illimitate, proprio perché normativamente non disciplinate<sup>(79)</sup>.

---

non solo «avvelenerebbe» la causa del contratto, ma addirittura non travolgerebbe l'intero regolamento contrattuale, come sarebbe lecito pensare, determinando invece la nullità della sola clausola che l'abbia prevista...

<sup>(77)</sup> Una esemplare critica di questa impostazione teorica si può leggere in D'AMICO, *op. cit.*, 37 ss. L'Autore ha così sintetizzato (a pag. 60) le proprie conclusioni: «*Certo, è ormai tramontata l'idea che identificava "giustizia" e "contratto" (qui dit contractuel dit juste). Ma a ben vedere quell'equazione — al di là di un sovrappiù ideologico che talora ne ha accompagnato l'enunciazione — non sembra aver mai avuto (né inteso avere) il significato di postulare l'equità del (singolo, concreto) negozio che risulti concluso in conformità delle regole di validità poste dall'ordinamento. In primo luogo perché l'equivalenza (oggettiva) delle prestazioni non sembra essere un principio della dottrina classica del contratto. E in secondo luogo perché la valenza di quell'equazione sembra da cogliere non tanto con riferimento al singolo contratto quanto avendo riguardo allo strumento del contratto in sé considerato, quale emblema del "libero scambio" e dunque del "mercato". Su questo piano, il significato della formula dovrebbe essere quello di sottolineare che la "giustizia" che l'ordinamento garantisce è quella che risulta dalla «libera» composizione degli interessi realizzata autonomamente dalle parti attraverso il contratto (= il mercato). E si capisce come in tale prospettiva "validità" e "giustizia" non si pongano su piani differenti (il piano formale e il piano sostanziale), anche la "giustizia" risolvendosi, in questa logica, in un valore "formale"».*

<sup>(78)</sup> Per un'ampia disamina di questa problematica si veda NAVARRETTA (*op. cit.*, 1273), laddove l'Autrice osserva che «*l'ipotesi, conducendo all'esito di un controllo generalizzato su qualsivoglia accordo contrattuale, fa riemergere l'obiezione di infliggere un inaccettabile vulnus al cuore del contratto e dell'autonomia privata*». Senza contare che, come rileva la medesima dottrina, «*immaginare un controllo di giustizia fondato sulla pura non proporzionalità fra le prestazioni vuol dire — specie quando viene in considerazione la giustizia economica — operare una comparazione con valori esterni al contratto, quale il giusto prezzo, che intanto possono reputarsi giusti in quanto sono frutto di accordi stipulati a particolari condizioni che garantiscano la giustizia del risultato. Di conseguenza, reputare come sempre irrilevanti le condizioni della contrattazione vuol dire perdere ogni parametro di riferimento per l'identificazione dell'iniquità o della non proporzionalità economica delle prestazioni*» (1271).

<sup>(79)</sup> In proposito si rinvia anzitutto agli scritti di Giovanni Ferri, per il quale affidare al giudice un controllo generalizzato sugli atti di autonomia privata, sulla base di criteri generici e imprecisi, significa permettergli di far sentire nelle sue decisioni «*tutto il peso della sua ideologia (e degli eventuali tatticismi che questa gli imponga), dei suoi estri personali, della sua conoscenza di cose giuridiche ed economiche con un'arbitrarietà non consentita*» (G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 324 s.). C.

## 7. IL VAGLIO DELLE CLAUSOLE « ATIPICHE » TRA ALTERAZIONE DEL SINALLAGMA E NEBULOSITÀ DELLA NOZIONE DI « MERITEVOLEZZA »

Ma se l'assunto per cui « *la possibilità di estendere il sindacato* » giudiziale « *al singolo patto atipico inserito in un contratto tipico* » e le conseguenze che le Sezioni Unite hanno ritenuto di trarne non apparivano condivisibili, gli effetti giuridici e pratici di questa soluzione erano paradossali.

Basti dire che i Giudici di Piazza Cavour laddove avevano sbrigativamente affermato che gli « *effetti della valutazione di immeritevolezza... non possono non avere carattere reale con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile* » si erano mostrati del tutto inconsapevoli delle conseguenze di tale soluzione.

La sostituzione *sic et simpliciter* del regime di *loss occurrence* previsto dall'art. 1917 c.c. a quello *claims made* pattuito dai contraenti, infatti, implica una sostanziale alterazione del sinallagma contrattuale, in quanto aggrava, e non di poco, la prestazione dell'assicuratore, senza alcuna corrispondente maggiorazione della controprestazione dell'assicurato <sup>(80)</sup>.

Il rischio assunto dall'assicuratore è accresciuto, mentre il premio convenuto rimane inalterato.

Pertanto, a ben guardare, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, nel mentre affermava di voler riparare ad uno squilibrio del patto negoziale originario in termini di corrispondenza tra rischio assunto e premio dovuto, era invece suscettibile di generarlo, prescrivendo (*ex post*) all'assicuratore di prestare una garanzia *loss occurrence* al prezzo di una *claims made*.

Ciò allo scopo di imporgli in concreto, con riferimento alla singola controversia, di indennizzare un sinistro che l'accordo delle parti avrebbe invece escluso dalla garanzia e, dunque, dalla prestazione dovuta dall'assicuratore, ma allo stesso prezzo previsto da quell'accordo.

Il che appare francamente irrazionale.

In realtà, questo risultato era inconciliabile con le premesse dalle quali le stesse Sezioni Unite erano partite.

Alla base dei dubbi da queste espresse sulla « meritevolezza » delle (sole) clausole *claims made* « impure » <sup>(81)</sup> vi era, infatti, la preoccupazione che queste determinassero il venir meno « *in danno dell'assicurato del rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo* » <sup>(82)</sup>.

Ed era in relazione a questi dubbi che esse, come si è visto, avevano teorizzato il potere del « *giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo temperamento degli interessi delle parti* », allo scopo di rimediare ad « *una mancanza di corrispettività tra pagamento del premio e diritto all'indennizzo* ».

---

SCOGNAMIGLIO (Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso, in *Corr. giur.*, 2016, 1522) al riguardo osserva come si corra il rischio di « *accreditare un generalizzato potere di riscrittura giudiziale del contenuto economico del rapporto contrattuale* ».

<sup>(80)</sup> Come osserva anche Facci, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, cit., 1529.

<sup>(81)</sup> Al contrario di quanto affermano per le clausole « pure », per le quali sostengono che « *la prospettazione dell'immeritevolezza è, in via di principio, infondata* ».

<sup>(82)</sup> Così come ipotizzato da Cass. civ. n. 3622/2014, cit.

Date queste premesse, è chiaro che la valutazione di meritevolezza affidata al Giudice di merito avrebbe dovuto sostanziarsi in una comparazione fra il premio pagato dall'assicurato ed il rischio garantito dall'assicuratore in virtù della *claims made* concretamente pattuita, allo scopo di verificarne l'effettiva corrispettività.

Al contrario, come si vedrà, l'impressione che gli interpreti hanno tratto dall'ordito delle Sezioni Unite n. 9140/2016 è che questo autorizzi a concentrare la valutazione di meritevolezza esclusivamente sulle conseguenze riduttive dell'oggetto dell'assicurazione che la clausola comporta, senza darsi pena di confrontarle con la misura del premio pattuito.

In altre parole, come poi si vedrà nel dettaglio, la valutazione evocata dalle Sezioni Unite in linea di principio dovrebbe riguardare la corrispettività tra rischio assicurato e premio pagato, ma di fatto è stata invece percepita come se dovesse avere ad oggetto il solo contenuto della clausola che modifica lo schema legale dettato dall'art. 1917 c.c.

Questa impostazione però tradisce le proprie premesse giustificative perché altera l'equilibrio del sinallagma contrattuale voluto dai contraenti, senza aver previamente accertato se questo sia effettivamente squilibrato a favore dell'assicuratore.

Questa verifica non rappresenterebbe una questione di diritto, ma piuttosto un accertamento di fatto, da compiersi con l'ausilio tecnico di un attuario, allo scopo di stabilire se il premio pattuito sia proporzionato al rischio coperto dalla *claims made* in concreto prevista, anche mediante un confronto col diverso rischio che sarebbe invece garantito da un'assicurazione *loss occurrence* per il medesimo periodo assicurativo.

Perciò il Giudice del merito ben difficilmente potrebbe esimersi dal disporre una consulenza tecnica d'ufficio altamente specialistica e di non poca complessità.

Ciò nondimeno, come si vedrà, in nessun caso le pronunce che pure hanno ritenuto immeritevoli le *claims made* oggetto delle controversie decise successivamente alla sentenza delle Sezioni Unite hanno compiuto un simile accertamento.

In proposito occorre aggiungere che, in realtà, il contenuto stesso del giudizio di meritevolezza è stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale tutt'altro che sopito e dato luogo ad una giurisprudenza a dir poco ondivaga.

Anche a questo riguardo la sentenza n. 9140/2016 ha taciuto, limitandosi a dare per scontato che tale valutazione, come s'è visto, possa riguardare l'equilibrio economico tra le prestazioni dei contraenti.

Questa interpretazione è tuttavia contraddetta dalla dottrina dominante, per la quale «*l'unico confine alla creazione di contratti atipici è la illiceità*»<sup>(83)</sup> e quindi in realtà la valutazione prevista dall'art. 1322 c.c. ha per oggetto solo la liceità degli interessi perseguiti dai contraenti<sup>(84)</sup>.

Si tratta di un'impostazione che riduce la norma ad una reiterazione di quella dettata dall'art. 1418 c.c.<sup>(85)</sup>, ma ciò non è senza ragione, poiché, come risulta irrefutabilmente dalla

<sup>(83)</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 116.

<sup>(84)</sup> Secondo altri tale giudizio atterrebbe «*alla causa in astratto*» e sarebbe diretto ad accertare se «*il contratto abbia una causa o se questa, invece, manchi*» (GALGAND, *op. cit.*, 209).

<sup>(85)</sup> «*La somma di queste linee argomentative ha condotto a una generale lettura, di contenuto sostanzialmente abrogativo, dalla quale risulta che le parti sono libere di concludere contratti non appartenenti a tipi aventi una disciplina contrattuale; e lo sono negli stessi termini in cui sono libere di determinare il contenuto del contratto: ossia, a ben vedere, nei limiti imposti dalla legge, ai quali si è già accennato. L'unico confine alla*

Relazione al Codice civile, nell'intento del legislatore del 1942 essa doveva rappresentare lo strumento di controllo di un regime autocratico sull'autonomia negoziale dei privati <sup>(86)</sup>, idea questa che venne radicalmente ripudiata dagli interpreti nel nuovo ambiente giuridico creato dalla Costituzione repubblicana <sup>(87)</sup>.

Come è stato osservato <sup>(88)</sup>, infatti, il limite all'autonomia privata rappresentato dalla meritevolezza degli interessi implicati dal contratto atipico « *non ha riscontri in altri sistemi di diritto civile* », per cui effettivamente appariva coerente con l'ispirazione politica del regime che l'aveva espressa <sup>(89)</sup>.

È quindi curioso che ora esso venga recuperato da alcuni autori <sup>(90)</sup> al diverso fine di attuare per via giudiziaria la « giustizia del contratto » <sup>(91)</sup>, così riaffermando per tutt'altri fini

---

creazione di contratti atipici è, pertanto, la illiceità. Gli interessi sono meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico proprio in quel significato strettamente negativo che i redattori del codice avevano deciso di completare con un minimo significato positivo. Gli interessi, necessari e sufficienti, a fondare l'accordo sono, secondo tale indirizzo di idee, gli interessi che non siano vietati dall'ordinamento giuridico... La proposta interpretativa, che sembra accolta anche in sede giudiziale, tende ad attribuire, in definitiva, alla formula della "realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" il significato di un rinvio ai comuni criteri distintivi fra il contratto vincolante, in quanto lecito, e il contratto non vincolante, in quanto illecito » (BRECCIA, *op. cit.*, 116).

<sup>(86)</sup> Per effetto della « forte influenza del pensiero di Emilio Betti » (BRECCIA, *op. cit.*, 115). Secondo Betti il contratto atipico non solo avrebbe dovuto essere lecito, ma altresì realizzare una composizione degli interessi dei contraenti suscettibile di produrre un'utilità sociale (si veda, ad esempio, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, 15, 1960, 170 ss.). Nello stesso senso si legga GUARNERI (*Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1994, 325), che attribuisce alle teorie di Betti di essere il frutto di una visione del giurista « politicamente impegnato e responsabile dei giudizi di valore che è sempre chiamato a dare come interprete dello spirito di un certo popolo in un dato momento storico ».

<sup>(87)</sup> Per un esauriente excursus della parabola interpretativa della nozione di « meritevolezza » dal 1942 ai giorni nostri, si veda: GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, *cit.*, 326 ss.

<sup>(88)</sup> BRECCIA, *op. cit.*, 115.

<sup>(89)</sup> Di questa concezione si trova una traccia ben precisa negli scritti dell'Autore già citato, laddove ad esempio si legge: « È ovvio che un regime intento a potenziare le energie e iniziative individuali e a tutelare l'incremento della produzione collettiva deve essere portato a considerare simili contratti — anche se non immorali nel senso di urtare contro i buon costumi — siccome immeritevoli della tutela giuridica » (BETTI, *op. cit.*, 247). In proposito osserva C. SCOGNAMIGLIO (*Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso*, *cit.*, 201): « la concezione secondo la quale l'interesse, per essere meritevole di tutela, doveva essere finalizzato al perseguimento di obiettivi non solo leciti, ma anche apprezzabili sul piano della rilevanza o utilità sociale... era ovviamente tale non solo da circoscrivere l'ambito di operatività dell'autonomia privata in sede di costruzione di tipi contrattuali "nuovi", ma anche da introdurre pesanti limiti all'agire in regime di privata autonomia, che sarebbe stato, a tale stregua, subordinato alla possibilità di raggiungere, per mezzo dell'atto di autonomia privata, anche interessi di rilevanza sovraindividuale o di utilità sociale ».

<sup>(90)</sup> Che un'altra autorevole dottrina ha definito « di propensione moralistica e di temperamento politico », secondo la quale, invece, « l'art. 1322 avverte che non sfugge alla nullità colui che, per evitare il rapporto vietato, conclude un contratto che vuol proteggere quello stesso interesse con un rapporto diverso da quello che corrisponde al contratto tipico » (SACCO, *La qualificazione [del contratto]*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, X, Torino, 2006, 585).

<sup>(91)</sup> Fra gli altri, si vedano: BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile diritto europeo*, Torino, 2006; SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, I, 75; SCARANO, *Riflessioni sulla giustizia contrattuale tra redistribuzione sociale ed efficienza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, I, 61; NOCERA, *Giustizia e mercato ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1251; *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 487.

un esteso controllo sull'autonomia privata ed un importante ridimensionamento della libertà contrattuale <sup>(92)</sup>.

La stessa giurisprudenza di legittimità su questo tema ha scontato una sorta di pendolarismo tra un approccio pragmatico, propenso ad impiegare il disposto dell'art. 1322 c.c. come strumento di un ampio controllo sul contenuto dei contratti atipici <sup>(93)</sup>, attuato senza porsi questioni teoriche, e la riaffermazione, anche di recente reiterata, del principio per cui « *in tema di contratti di scambio, lo squilibrio economico originario delle prestazioni delle parti non può comportare la nullità del contratto per mancanza di causa, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive* » <sup>(94)</sup>.

Tuttavia, come si è visto, le Sezioni Unite hanno saltato a piedi pari pure quest'altra problematica, tutt'altro che irrilevante, dando per scontata una soluzione interpretativa che tale non era, alla stregua della stessa giurisprudenza di legittimità.

## 8. LA GIURISPRUDENZA SULLA CLAIMS MADE DOPO LE SEZIONI UNITE

Le molteplici aporie della sentenza n. 9140/2016 hanno condizionato in modo significativo la giurisprudenza successiva.

Da un lato essa, sulla base di presupposti a dir poco opinabili, ha legittimato i Giudici di merito a compiere una generalizzata valutazione di validità delle clausole *claims made*, ma dall'altro, a questo fine, pare non esser stata sufficientemente chiara, quanto ai criteri di giudizio sulla base dei quali questa dovrebbe essere condotta.

Ne sono conseguiti apprezzamenti del tutto soggettivi che, a loro volta, hanno prodotto risultati contraddittori, per cui il panorama offerto dalle prime sentenze è davvero sconcertante <sup>(95)</sup>.

<sup>(92)</sup> Non è mancato chi ha sostenuto che si possa estendere il controllo di meritevolezza ai contratti tipici (PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 369).

<sup>(93)</sup> Fra i non pochi esempi di questa tendenza si vedano, ad esempio: Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22950 (in *Giust. civ. Mass.*, 2015, rv. 638094) a proposito del contratto «*My way*», «*che prevede l'acquisto di prodotti finanziari mediante un mutuo erogato dalla stessa banca che gestisce o emette quegli strumenti, poi costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento*»; ed anche Cass. civ., 19 giugno 2009, n. 14343 (in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 948), per la quale «*controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplorazione dell'autonomia negoziale, coincidenti con la meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e con la liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi, ivi compreso quello contemplato dall'art. 2 Cost. (che tutela i diritti inviolabili dell'uomo e impone l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà)*».

<sup>(94)</sup> Cass. civ. n. 22567/2015, *cit.* In proposito si veda pure Cass. civ., 19 aprile 2013, n. 9640, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 626041, per la quale «*solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo, notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto*».

<sup>(95)</sup> Si sono così azzerati i timori prospettati da un'autorevole dottrina in merito ai rischi di «*un riscontro in concreto, caso per caso*» del contenuto della clausola suscettibile di produrre il risultato pratico di doversi rassegnare «*all'idea che la stessa clausola, in condizioni ambientali sostanzialmente analoghe, risulti di bianco o di nero, perché qualcuno vuole così*» (PARDOLESI, *op. cit.*, 2031).

Fedele all'orientamento delle Sezioni Unite, il Tribunale di Bologna <sup>(96)</sup> ha ritenuto «meritevole», e dunque valida, una «*clausola pure claims made*» che non prevedeva «*limiti a ritroso quanto al tempo del fatto generatore della responsabilità professionale*».

Ma il maggior numero di decisioni ha riguardato le clausole c.d. impure <sup>(97)</sup>, indubbiamente le più diffuse, che di norma si accompagnano ad un'efficacia «retroattiva» della garanzia assicurativa per i «fatti» avvenuti prima della stipula del contratto, ma entro un certo limite temporale.

Salvo la variabilità di quest'ultimo periodo (da uno a dieci anni), il contenuto delle *claims made* «impure» giunte all'esame delle Corti di merito era del tutto omogeneo.

Ciò nondimeno, le decisioni assunte sono state di segno opposto.

Per la meritevolezza della clausola si è pronunciata la Corte d'Appello di Torino <sup>(98)</sup>, in virtù dell'«*estensione dell'efficacia della polizza nei due anni precedenti alla stipula*» e dell'«*ulteriore estensione di un anno successivo alla cessazione*» del periodo assicurativo, considerate entrambe «*condizione di favore per l'assicurato*», ed inoltre tenuto conto del fatto che questi era un «professionista non esordiente» (un dentista), come tale interessato «*ad assicurare i propri comportamenti antecedenti alla stipula*».

Analogo il giudizio del Tribunale di Napoli <sup>(99)</sup>, anch'esso favorevolmente determinato dall'estensione della «*garanzia al pgresso... sia pure con limitati confini temporali*» (tre anni), proprio in relazione all'interesse dell'assicurato (una struttura ospedaliera) di «*vedersi tutelato [per] eventi verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della polizza*».

Di parere opposto, invece, i Tribunali di Treviso, Milano e Roma.

Secondo il primo <sup>(100)</sup>, la clausola in questione produrrebbe «*l'effetto di alterare il sinallagma contrattuale, nonché di sbilanciare il rapporto di corresponsabilità fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo*», postulato questo che è stato peraltro enunciato in assenza di un qualsiasi accertamento della proporzionalità del rischio in concreto garantito rispetto al premio pattuito <sup>(101)</sup>.

Secondo la sentenza milanese <sup>(102)</sup>, a salvare da una valutazione di immeritevolezza la clausola della polizza di un geometra che aveva espletato la direzione lavori di una ristrutturazione non sono stati sufficienti ben dieci anni di retroattività, poiché essa sarebbe da

<sup>(96)</sup> Trib. Bologna, Sez. II, 12 agosto 2016 (G.U. Costanzo), in *Danno resp.*, 2016, 127.

<sup>(97)</sup> Quelle che, come osservano le Sezioni Unite, «*prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto*», pur eventualmente stabilendo una «*retrodatazione della garanzia... alle condotte poste in essere anteriormente*».

<sup>(98)</sup> App. Torino, 14 luglio 2016, n. 1201, in *www.ridare.it*, 2017, 7 febbraio, con nota di MARIOTTI-CAMINITI.

<sup>(99)</sup> Trib. Napoli, 20 giugno 2016, n. 7807, in *www.ridare.it*, 2016, 28 novembre, con nota di RODOLFI.

<sup>(100)</sup> Trib. Treviso, 10 giugno 2016, n. 1530, inedita.

<sup>(101)</sup> Per la verità, la decisione del Tribunale trevigiano (che riguardava la polizza stipulata da un avvocato) fa riferimento pure ad altre ragioni, che tuttavia appaiono *ictu oculi* non pertinenti: il fatto che si trattasse di «*assicurazione obbligatoria*» (in realtà, non era così, posto che, come si legge in motivazione, l'illecito era databile al 1° dicembre 2009, quando tale obbligo non sussisteva), una supposta «*asimmetria informativa*» tra assicuratore ed assicurato (quanto meno discutibile, posto che quest'ultimo era un avvocato) e la circostanza per cui l'ineoperatività della garanzia, con riguardo allo specifico sinistro verificatosi, avrebbe riversato «*sul danneggiato il rischio di incapienza del patrimonio dell'assicurato*» (del tutto irrilevante, non trattandosi di assicurazione obbligatoria e non potendosi quindi riconoscere al terzo danneggiato un interesse giuridicamente protetto all'operatività della garanzia pattuita dall'assicurato-danneggiante).

<sup>(102)</sup> Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, in *www.ridare.it*, 2016, 19 luglio, con nota di MARTINI.

reputarsi comunque « *incompatibile proprio con lo schema della responsabilità professionale come quello in esame, nella quale, in ragione delle caratteristiche dell'opera intellettuale prestata e della inevitabile discrasia temporale tra l'esecuzione della prestazione e la manifestazione del danno, è pressoché impossibile che in uno stesso anno si verifichi sia la condotta (o l'omissione) del professionista che la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato* »<sup>(103)</sup>.

È questa la sola decisione che finora ha fatto riferimento pure alla concreta « *entità del premio pagato dall'assicurato* » (pari a « *475 Euro annui* »), che però evidentemente ha ritenuto sproporzionato, senza tuttavia aver acquisito alcun accertamento in proposito o aver formulato una qualsiasi argomentazione al riguardo.

Al Tribunale di Roma si devono, invece, due decisioni che, distinguendosi per sovrabbondanza di argomenti, hanno espresso una valutazione negativa su clausole molto simili.

La prima<sup>(104)</sup> ha deciso diverse controversie (riunite) fra assicurati ed assicuratori riguardanti differenti contratti, tutti però contraddistinti da *claims made* « *impure* », affermandone l'immeritevolezza perché da un lato altererebbero « *il sinallagma contrattuale rimettendo la controprestazione dell'assicuratore al comportamento dei danneggiati* » e contrasterebbero « *con lo schema tipico dell'assicurazione per i danni* » e dall'altro favorirebbero la fidelizzazione degli assicurati, limitando la concorrenza fra assicuratori.

La seconda<sup>(105)</sup>, pur limitandosi a disporre l'esperimento del procedimento di mediazione tra assicurato ed assicuratore (ex art. 1, comma 3, d.lgs. n. 28/2010), si è pronunciata per l'immeritevolezza di una clausola « *impura* » per molteplici argomenti, il principale dei quali riguarda gli « *effetti di grave ed inaccettabile turbamento del rapporto sinallagmatico* » che essa produrrebbe a danno dell'assicurato per « *l'alto rischio... di pagare un premio che pur commisurato ad un determinato periodo di efficacia dell'assicurazione... lascia scoperta un'ampia porzione del periodo per il quale è formalmente vigente la garanzia* ».

Da notare che, pur non prendendo posizione in proposito, relativamente alle « *conseguenze della nullità sul contratto* », questa decisione adombra come possibile esito del giudizio anche la restituzione dell'« *intero premio percepito dall'assicuratore* » e, dunque, la nullità del contratto, e non quella della sola clausola.

Si osservi come le decisioni che hanno ritenuto « *immeritevole* » la *claims made* « *impura* » hanno fatto chiaramente intendere che essa sarebbe sempre e comunque tale, a prescindere quindi dalla valutazione delle « *circostanze del caso concreto, ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, l'entità del premio pagato* » che le Sezioni Unite avevano invece ritenuto necessaria.

Ed ancora, si noti come per la Corte d'Appello di Torino e per il Tribunale di Napoli due

<sup>(103)</sup> Anche in questo caso, oltre a ciò, l'estensore fa riferimento alla « *spiccata asimmetria informativa* » ed all'« *obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio della propria attività* » disposto dall'art. 3 del d.l. n. 138/2001, senza avvedersi, tuttavia, che il sinistro verificatosi, a quanto si legge nella motivazione, era riferito « *ad un'attività di progettazione svolta nel 2004* », e cioè in un'epoca in cui tale obbligo non sussisteva.

<sup>(104)</sup> Trib. Roma, Sez. XIII, 5 luglio 2016, G.U. Parziale, inedita.

<sup>(105)</sup> Trib. Roma, Sez. XIII, 19 dicembre 2016, n. 23637, G.U. Moriconi, inedita.

o tre anni di «retroattività» sarebbero sufficienti a redimere la *claims made* «impura», mentre per il Tribunale di Milano non ne basterebbero nemmeno dieci <sup>(106)</sup>.

Non potrebbe esservi dimostrazione più eloquente del puro arbitrio che l'arresto delle Sezioni Unite ha consegnato ai Giudici di merito.

Nel loro insieme, di queste sentenze colpisce come esse, pur contrapponendosi quanto alle decisioni assunte, siano accomunate in astratto dal dichiarato intento di voler tutelare l'equilibrio del «sinallagma contrattuale» ed in concreto dall'omissione di qualsiasi analisi di tale equilibrio.

Il loro terreno di indagine, infatti, si limita alla constatazione per cui la clausola *claims made* determina un oggetto del contratto di assicurazione diverso rispetto a quello descritto dall'enunciato dell'art. 1917 c.c. e tanto basta loro per affermare che essa produrrebbe l'effetto di «squilibrare» il sinallagma che lega le prestazioni delle parti.

Le sentenze che «salvano» la clausola lo fanno perché ritengono che questo squilibrio sia in qualche modo compensato da una limitata retroattività della garanzia <sup>(107)</sup>.

Quelle che invece la «condannano» non ritengono tale retroattività sufficiente ad emendare il peccato originale della sua devianza rispetto al predetto enunciato descrittivo.

Questa impostazione consacra l'assurdo giuridico per cui una norma della quale l'art. 1932 c.c. esplicitamente esclude l'imperatività è divenuta una sorta di feticcio sul cui altare viene giudicata la validità di qualsiasi clausola derogatoria.

Al contrario, non una delle decisioni dianzi citate si pone il problema di approfondire, sotto il profilo economico ed alla luce della scienza attuariale, se il premio in concreto pattuito fra le parti sia o meno proporzionato al rischio determinato dalla clausola *claims made* prevista dallo specifico contratto, e cioè di indagare se realmente sussista quello «squilibrio sinallagmatico» che, secondo l'impostazione ideata dalle Sezioni Unite, legittimerebbe una valutazione di immeritevolezza della clausola stessa e, dunque, la declaratoria della sua nullità.

In altri termini, l'effetto pratico che la pronuncia delle Sezioni Unite ha prodotto nella vulgata giurisprudenziale è che lo «squilibrio sinallagmatico» sarebbe da riferirsi non già ad una sproporzione fra le prestazioni dovute dai contraenti, ma alla mera devianza della clausola *claims made* dallo «schema legale» indicato dall'art. 1917 c.c. <sup>(108)</sup>.

Quanto sia grave la confusione ingenerata a questo proposito è dimostrato da due recentissime sentenze della III Sezione <sup>(109)</sup>, che, pur accogliendo le censure proposte dall'assicuratore contro una sentenza d'appello che aveva ritenuto la nullità di una clausola *claims made*, la ha confermata, solo correggendone la motivazione, sulla base di una valutazione di immeritevolezza della clausola stessa.

Premesso che questa rappresenta una tipica valutazione di merito, e non di legittimità,

<sup>(106)</sup> Merita pure di essere evidenziato che nessuna di queste sentenze ha spiegato perché la durata dello specifico periodo di «retroattività» sarebbe sufficiente a convincere della meritevolezza della clausola o non basterebbe a dimostrarla.

<sup>(107)</sup> Cui eventualmente si accompagni una sua altrettanto limitata ultrattività.

<sup>(108)</sup> Si badi che, invece, le Sezioni Unite avevano affermato la necessità di un giudizio condotto «in concreto, con riferimento cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete». Tale indicazione pare tuttavia essere stata ignorata dalla giurisprudenza successiva.

<sup>(109)</sup> Cass. civ., 28 aprile 2017, nn. 10506 e 10509, in questa *Rivista*, 2017, 815 ss.; e in *www.ridare.it*, 2017, 2 maggio, con nota di MARTINI.

come avevano sottolineato le stesse Sezioni Unite <sup>(110)</sup>, l'arresto della III Sezione dà per scontato che «atipici», ai fini dell'art. 1322 c.c., possano essere non già solo i contratti, ma anche le singole clausole che li compongono, e che tale sarebbe pure la *claims made*.

Ciò che stupisce non è tanto la riproposizione di postulati che erano già stati affermati dalle Sezioni Unite, e che abbiamo già criticato, quanto piuttosto che la Corte non abbia considerato le innovazioni nel frattempo introdotte nell'ordinamento dal d.m. 22 settembre 2016 e dalla legge n. 24/2017 ed i loro effetti sullo schema legale dell'assicurazione della responsabilità civile, alla luce dei quali l'atipicità della clausola, se mai è stata ipotizzabile, certamente non era più sostenibile.

A parte ciò, l'anzidetta decisione si sforza di delineare dei criteri di valutazione di meritevolezza, desumendoli dai «*principi di solidarietà, parità e non prevaricazione*» sui quali il nostro ordinamento fonderebbe i rapporti privati.

Il primo fra questi sarebbe rappresentato dalla non meritevolezza del patto che attribuisca «*ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra*», ciò che avverrebbe nel caso specifico della *claims made* perché essa «*riduce il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resterebbero verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto*».

Pure questa decisione, quindi, non si domanda se a tale riduzione del «*periodo effettivo di copertura assicurativa*», e cioè della prestazione dell'assicuratore, corrisponda o meno una «*contropartita*», e cioè una corrispondente riduzione del premio dovuto dall'assicurato (rispetto a quello che avrebbe potuto essergli chiesto per un'assicurazione *loss occurrence* per un periodo assicurativo di pari durata).

Essa pertanto si esime dal verificare se realmente sussista quel «*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*» al quale invece le Sezioni Unite avevano legato la valutazione da compiersi ai fini dell'art. 1322 c.c.

La deviazione rispetto al modello codicistico di durata della garanzia viene considerata, per ciò stesso, suscettibile di procurare all'assicuratore «*un vantaggio ingiusto e sproporzionato*», a prescindere da qualsiasi verifica della adeguatezza del premio pagato dall'assicurato (e cioè dell'esistenza di un'adeguata «*contropartita*»).

Ciò senza considerare che la sua minor misura rispetto a quello dovuto per una *loss occurrence* rappresenterebbe per l'assicurato un vantaggio tale da incidere sull'«*equilibrio sinallagmatico*» delle prestazioni, compensando la minor copertura prevista dalla *claims made* «*impura*» ed escludendo quindi la sua «*ingiustizia e sproporzione*».

Anche il Giudice di legittimità, in tal modo, fa propria una valutazione aprioristica della clausola, perché svincolata da qualsiasi verifica del «*rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo*» <sup>(111)</sup> concretamente previsti dallo specifico contratto.

<sup>(110)</sup> Nel principio di diritto espresso dalla sentenza n. 9140/2016, laddove con riferimento alla possibile declaratoria di nullità della clausola per «*significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*» si afferma che «*la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità*». Questo aspetto è stato colto peraltro da alcuni commentatori delle sentenze nn. 10506 e 10509 del 2017 (HAZAN, *op. cit.*).

<sup>(111)</sup> Per utilizzare un'espressione impropria, ma efficace che le Sezioni Unite n. 9140/2016 riprendono da Cass. civ. n. 3622/2014, *cit.*

La mera devianza della clausola dall'enunciato dell'art. 1917 c.c., e non la «corrispettività» o proporzionalità fra garanzia prestata e premio pagato, viene in tal modo elevata a parametro della «giustizia del contratto» e, dunque, della meritevolezza (non già del contratto stesso, ma) della clausola.

A ben guardare, così il cerchio si chiude.

In questo modo la pretesa di poter considerare atipiche le singole clausole di un contratto, per assoggettarle al giudizio di meritevolezza, col fine ultimo di legittimare un potere giudiziale di controllo sull'oggetto del contratto <sup>(112)</sup>, mostra tutta la sua irrazionalità.

Infatti, esaminando il «risultato che il [singolo] patto atipico intende perseguire», come afferma la Cassazione nella sua ultima pronuncia, si perde di vista proprio il sinallagma contrattuale, e cioè il rapporto fra (entrambe) le prestazioni dovute dai contraenti, secondo la composizione dei loro interessi che l'insieme dei patti contrattuali (e non uno solo di questi) è diretto ad attuare.

Ovviamente nel contratto di assicurazione il sinallagma non è individuato solo dall'estensione della garanzia prestata dall'assicuratore <sup>(113)</sup>, come finiscono per ritenere sia le citate decisioni di merito, sia quest'ultima di legittimità, ma anche dalla misura del premio pagato dall'assicurato.

Pertanto, il «risultato» prodotto dalla singola clausola tradirà sempre il significato complessivo dell'accordo negoziale, poiché non è in grado di rappresentarlo nella sua totalità e non identifica affatto il «sinallagma contrattuale», ma solo una delle sue componenti.

Valutare la «corrispettività» di quest'ultimo solo in base al contenuto della *claims made*, senza considerare la misura della controprestazione, è dunque concettualmente e giuridicamente errato.

Ed è privo di senso sostenere che la clausola *claims made*, di per sé sola, produca uno squilibrio del sinallagma del contratto di assicurazione.

L'equilibrio di quest'ultimo è infatti determinato dal «risultato» complessivo dell'insieme delle clausole contrattuali, compresa quella che prevede la misura della relativa controprestazione, e cioè del premio.

La valutazione di quest'altro «risultato» consiste nel raffronto delle contrapposte prestazioni dei contraenti.

Ed è solo questo raffronto che potrebbe permettere di stabilire se il sinallagma sia o meno in equilibrio ovvero, per usare il lessico delle Sezioni Unite, se vi sia «*squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*».

Ciò che non avviene invece se ci si limita a constatare che la clausola *claims made* deroga riduttivamente al contenuto della prestazione dell'assicuratore che sarebbe previsto dall'enunciato dell'art. 1917 c.c.

<sup>(112)</sup> Potere paventato già da SCHLESINGER (in *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 231), quando ammoniva a guardarsi dallo «spettro dell'introduzione nel nostro sistema di una figura generale di "contratto a prestazioni squilibrate", con il rischio che i giudici si sentano legittimati a sindacare in via pregiudiziale l'"equità" di qualsiasi pattuizione, per verificare se le prestazioni a carico delle parti possano o meno giudicarsi "proporzionate", mettendo a confronto i sacrifici sostenuti o promessi da ciascuna di esse».

<sup>(113)</sup> Sulla quale, si badi, non influisce solo la clausola *claims made*, ma pure il contenuto di altre clausole contrattuali che quella garanzia riducono o estendono, determinando in concreto l'oggetto della sua prestazione.

## 9. INADEGUATEZZA DELLA PRONUNCIA DELLE SEZIONI UNITE N. 9140/2016, TIPIZZAZIONE NORMATIVA DELLE CLAUSOLE CLAIMS MADE E PLURALISMO DEI MODELLI NORMATIVI DI ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Ma questa valutazione ormai è inutile.

Due ordini di fattori hanno, infatti, messo fuori gioco l'approccio della decisione delle Sezioni Unite n. 9140/2016 alle problematiche sollevate dalla clausola *claims made*, pura o impura che sia.

In primo luogo la debolezza più che evidente del suo apparato argomentativo, laddove ha dato per scontata la soluzione di fondamentali problemi teorici che invece non lo era affatto, e quella, inevitabilmente conseguente, delle sue conclusioni pratiche, che ha prodotto una sequela giurisprudenziale, non solo di merito, la cui contraddittorietà e sostanziale arbitrarietà non paiono bisognevoli di particolari dimostrazioni, visto quanto si è constatato poc'anzi.

Secondariamente le nuove norme in materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale hanno determinato un pluralismo di modelli legali di assicurazione della responsabilità civile che non consente più di ingessarne lo schema legale tipico includendovi l'«accidente temporale» enunciato dal comma 1 dell'art. 1917 c.c.

Infatti, anche volendo attribuire a quest'ultimo un significato diverso da quello meramente descrittivo, come sarebbe possibile sostenere che il contenuto di una disposizione derogabile, quale essa è, vincoli l'interprete, rendendo insignificante quello di due norme inderogabili, quali sono l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 e l'art. 11 della legge n. 24/2017?

Né varrebbe addurre la loro natura di norme speciali, per sostenere che siano insuscetibili di interagire al di fuori del rispettivo ambito applicativo, poiché esse modificano proprio un aspetto, quello afferente all'«accidente temporale» anzidetto, che la tesi sin qui criticata eleva al rango di elemento qualificante del «sottotipo» contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile, per poter predicare la valenza detipizzante della clausola *claims made*.

Insistendo per questa via, infatti, si dovrebbe sostenere che l'assicurazione obbligatoria degli avvocati e quella delle strutture e degli operatori sanitari, che il legislatore ha esplicitamente qualificato e organicamente previsto come assicurazione della responsabilità civile, non sarebbe tale, bensì qualcos'altro...

In altre parole, bisognerebbe sostenere che quelli riguardanti le assicurazioni obbligatorie che il legislatore ha tipizzato nei termini anzidetti siano contratti atipici, ciò che sarebbe una vera e propria contraddizione in termini.

Al contrario, occorre prendere atto che, per effetto della «tipizzazione» normativa della clausola *claims made* nelle sue diverse varianti, non è più sostenibile che l'«accidente temporale» che la caratterizza rappresenti un elemento qualificante del sottotipo contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile.

Ad avviso di chi scrive esso non lo è mai stato, ma indiscutibilmente non lo è più oggi, per effetto del pluralismo di modelli contrattuali normativamente previsti.

Anzi, a questo riguardo, il legislatore, con le proprie scelte <sup>(144)</sup>, ha dato vita ad un vasto pluralismo di modelli contrattuali legali che, oltre alla *loss occurrence* identificata descrittivamente dall'art. 1917 c.c., comprendono la *claims made* «pura» prescritta per gli avvocati e quella «impura» con retroattività limitata della garanzia disposta per le strutture e gli operatori sanitari, con la conseguenza che l'elasticità dello schema negoziale per ciò che attiene l'«accidente temporale» in parola appare essere divenuta semmai una nota qualificante di questo «sottotipo» di assicurazione contro i danni.

Tutt'altro è, invece, l'elemento «extratipico» che lo qualifica rispetto al *genus* tipologico di appartenenza, vale a dire il peculiare interesse protetto da questa specie di assicurazioni, e cioè quello di garantirsi contro il rischio delle perdite patrimoniali che possano conseguire all'assicurato dalla propria responsabilità civile, e dunque per danni da lui causati che non colpiscano direttamente il suo patrimonio, ma quello altrui.

L'atipicità rispetto a questo sottotipo contrattuale di quei contratti che siano connotati da una clausola *claims made*, con tutte le conseguenze che le Sezioni Unite avevano inteso trarne, non è dunque più sostenibile alla luce del diritto positivo.

---

<sup>(144)</sup> Che per la verità paiono più frutto del caso che di esigenze razionali, poiché non è dato capire per qual motivo i «requisiti minimi» dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile degli avvocati e di quella delle strutture e degli operatori sanitari, per questo specifico profilo, dovrebbero essere diversi.



