

ISSN 0391-187X

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista bimestrale di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevalli

| estratto

**ANCHE PER LE CLAIMS
MADE «GLI ESAMINON
FINISCONO MAI»...**

di **Giampaolo Miotto**



GIUFFRÈ EDITORE

78 RESPONSABILITÀ PENALE DEL MEDICO NELL'ESECUZIONE DI LINEE GUIDA ADEGUATE: SCATTA SOLO CON LA GRAVE IMPERIZIA

SEZ. UN. PEN., 21 DICEMBRE 2017-22 FEBBRAIO 2018, N. 8770 - PRES. CANZIO - REL. VESSICHELLI

Responsabilità penale - Errore medico - Morte o lesioni colpose nell'esercizio dell'attività sanitaria - Responsabilità del medico per omessa o ritardata diagnosi - Causa di non punibilità - Successione di leggi penali nel tempo.

(C.P. ARTT. 43, COMMA 1, 590-SEXIES, COMMA 2)

L'esercente la professione sanitaria non risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio dell'attività medico-chirurgica se l'evento si è verificato per colpa lieve da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate al caso concreto tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico.

[Non constano precedenti]

FATTO - (Omissis).

DIRITTO - 1. La questione sottoposta alle Sezioni Unite è la seguente:

«Quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-sexies c.p., introdotta dalla legge 8 marzo 2017, n. 24».

2. All'origine del contrasto giurisprudenziale che ha determinato la rimessione alle Sezioni Unite vi è la promulgazione della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie), entrata in vigore il 1° aprile 2017, nota come «legge Gelli-Bianco» in ragione dei nomi dei rispettivi relatori di maggioranza alla Camera e al Senato. Questa, proseguendo nella volontà manifestatasi nella presente legislatura, di tipizzazione di modelli di colpa all'interno del c.p., ha disposto, all'art. 6, nel comma 1, la formulazione dell'art. 590-sexies c.p. contenente la nuova disciplina speciale sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario e, nel comma 2, la contestuale abrogazione della previgente disciplina extra-codice della materia. E cioè del comma 1 dell'art. 3; d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute, decreto convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, e conosciuto come «decreto Balduzzi», dal nome del Ministro della Salute del Governo che lo aveva presentato.

2.1. L'art. 3 del d.l. Balduzzi era stato concepito per normare i limiti della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria a fronte di un panorama giurisprudenziale divenuto sempre più severo nella delineazione della colpa medica punibile, salvo il mantenimento di una certa apertura all'utilizzo della regola di esperienza ricavabile dall'art. 2236 c.c., per la stessa individuabilità della imperizia, nei casi in cui si fosse imposta la soluzione di problemi di specifica difficoltà di carattere tecnico-scientifico (fra le molte, Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, rv. 251960; Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Buggé, rv. 237875).

Si era, invero, pervenuti nel volgere di un ventennio — dopo un passato di approdi giurisprudenziali più indulgenti che ricavano direttamente dall'art. 2236 c.c. la possibilità di punire il solo errore inescusabile derivante dalla mancata applicazione delle cognizioni generali — ad un assetto interpretativo in

base al quale la colpa medica non veniva di regola esclusa, una volta accertato che l'inosservanza delle linee-guida era stata determinante nella causazione dell'evento lesivo, essendo rilevante in senso liberatorio soltanto che questo, avuto riguardo alla complessiva condizione del paziente, fosse, comunque, inevitabile e, pertanto, ascrivibile al caso fortuito. (Sez. IV; 11 luglio 2012, n. 35922; Ingrassia, rv. 254618).

Ebbene, l'art. 3 citato era stato congegnato nel senso di sanare la esclusione della responsabilità per colpa lieve, quando il professionista, nello svolgimento delle proprie attività, non ulteriormente perimetrata con riferimento alla idoneità dell'evento ad integrare specifiche figure di reato né quanto alla afferibilità alla negligenza, imprudenza o imperizia, si fosse «attenuto» a linee-guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

2.2. Dal canto suo, l'art. 6 della legge Gelli-Bianco, volto ad incidere con la previsione di una causa di non punibilità sulla responsabilità colposa per morte o lesioni personali da parte degli esercenti la professione sanitaria, la ha introdotta come specificazione ai precetti penali generali in tema di lesioni personali colpose (art. 590 c.p.) o omicidio colposo (art. 589), con espressa limitazione agli eventi verificatisi a causa di «imperizia» e sul presupposto che siano state «rispettate» le raccomandazioni previste dalle linee-guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali; sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee-guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

È comunque fatta salva, dall'art. 7, la responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria, ai sensi dell'art. 2043 c.c.

2.3. Il precetto dell'art. 6 deve essere letto alla luce degli artt. 1, 3 e 5 che lo precedono: norme che costituiscono uno dei valori aggiunti della novella, nella ottica di una migliore delineazione della colpa medica, poiché pongono a servizio del fine principale dell'intervento legislativo — la sicurezza delle cure unitamente ad una gestione consapevole e corretta del rischio sanitario (art. 1), a sua volta anticipato nel disegno dell'art. 1, commi 538 ss., della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità per il 2016) — un metodo nuovo di accreditamento delle linee-guida. Queste ambiscono così a costituire non solo, per i sanitari, un contributo autorevole per il miglioramento generale della qualità del servizio, essendo, tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute, chiamati ad attenervisi (art. 5, comma 1), ma anche, per il giudizio penale, indici cautelari di parametrizzazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali, che, elemento valorizzato nel decreto Balduzzi, assumono oggi rilievo solo sussidiario per il minor grado di ponderazione scientifica che presuppongono; pur rimanendo comunque da individuare in modelli comportamentali consolidati oltre che accreditati dalla comunità scientifica.

È qui sufficiente rammentare che dall'art. 3 è prevista la istituzione di un Osservatorio delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità destinato a raccogliere dati utili per la gestione del rischio sanitario e quelli concernenti le buone pratiche per la sicurezza delle cure, predisponendosi linee di indirizzo con l'ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie. Oltre a ciò, viene regolamentata la creazione di un elenco delle predette società e associazioni, aventi peculiari caratteristiche idonee a garantirne la trasparenza e la capacità professionale scientifica; enti deputati ad elaborare, unitamente alle istituzioni pubbliche e private, le raccomandazioni da includere in linee-guida che hanno la finalità di fungere da parametro per la corretta esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale.

Tali linee-guida sono recepite attraverso un sistema di pubblicità garantito dall'Istituto superiore di sanità pubblica che lo realizza nel proprio sito internet; previa una ulteriore verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti resi pubblici dello stesso Istituto.

È sicuramente rimarchevole che tanto l'istituzione dell'Osservatorio quanto la formazione del predetto elenco siano ufficialmente avvenuti mediante la pubblicazione di due decreti del Ministero della Salute in data, rispettivamente, 2 agosto e 29 settembre 2017 (in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 186 del 10 agosto 2017 e n. 248 del 23 ottobre 2017).

3. Va osservato preliminarmente che, sul tema della natura, finalità e cogenza delle linee-guida — che hanno assunto rilevanza centrale nel costrutto della intera impalcatura della legge — non vi è motivo per discostarsi dalle condivisibili conclusioni maturate in seno alla giurisprudenza delle Sezioni semplici della Cassazione, icasticamente riprese e sviluppate, anche dopo la introduzione della novella, dalla

sentenza Sez. IV; 20 aprile 2017, n. 28187, nota nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale col riferimento al nome, Tarabori; della parte civile ricorrente contro il proscioglimento dell'imputato De Luca; sentenza che costituisce uno dei due poli del contrasto sottoposto alle Sezioni Unite, ma non sul tema della natura delle linee-guida, che non risulta investito da divergenza di interpretazioni.

Ebbene, può convenirsi con il rilievo che, anche a seguito della procedura ora monitorata e governata nel suo divenire dalla apposita Istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati pubblicitici, le linee-guida non perdono la loro intrinseca essenza, già messa in luce in passato con riferimento alle buone pratiche. Quella cioè di costituire un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assicurare al livello di regole vincolanti.

La utilità della descritta introduzione delle linee-guida, pubblicate a cura del competente istituto pubblico, resta indubbia.

Da un lato, una volta verificata la convergenza delle più accreditate fonti del sapere scientifico, esse servono a costituire una guida per l'operatore sanitario; sicuramente disorientato, in precedenza, dal proliferare incontrollato delle *clinical guidelines*. Egli è oggi posto in grado di assumere in modo più efficiente ed appropriato che in passato, soprattutto in relazione alle attività maggiormente rischiose, le proprie determinazioni professionali. Con evidenti vantaggi sul piano della convenienza del servizio valutato su scala maggiore, evitandosi i costi e le dispersioni connesse a interventi medici non altrettanto adeguati, affidati all'incontrollato soggettivismo del terapeuta, nonché alla *malpractice* in generale.

Dall'altro lato, la configurazione delle linee-guida con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza — derivante dal processo di formazione — si pone nella direzione di offrire una plausibile risposta alle istanze di maggiore determinatezza che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse. Fattispecie che, nella prospettiva di vedere non posto in discussione il principio di tassatività del precetto, integrato da quello di prevedibilità del rimprovero e di prevenibilità della condotta colposa; hanno necessità di essere etero-integrate da fonti di rango secondario concernenti la disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo.

Con una espressione sintetica, proprio attraverso tali precostituite raccomandazioni si hanno parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia. Ed è in relazione a quegli ambiti che il medico ha la legittima aspettativa di vedere giudicato il proprio operato, piuttosto che in base ad una norma cautelare legata alla scelta soggettiva; a volte anche estemporanea e scientificamente opinabile, del giudicante. Sempre avendo chiaro che non si tratta di veri e propri precetti cautelari capaci di generare, allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto. Così come è da escludere che il nuovo sistema introdotto, pur sembrando formalmente sollecitare alla esatta osservanza delle linee-guida, anche al fine di ottenere il beneficio previsto in campo penale, possa ritenersi agganciato ad automatismi.

Non si tratta, infatti, di uno «scudo» contro ogni ipotesi di responsabilità, essendo la loro efficacia e forza precettiva comunque dipendenti dalla dimostrata «adeguatezza» alle specificità del caso concreto (art. 5), che è anche l'apprezzamento che resta, per il sanitario, il mezzo attraverso il quale recuperare l'autonomia nell'espletare il proprio talento professionale e, per la collettività, quello per vedere dissolto il rischio di appiattimenti burocratici. Evenienza dalla quale riemergerebbero il pericolo per la sicurezza delle cure e il rischio della «medicina difensiva», in un vortice negativo destinato ad autoalimentarsi.

Non, dunque, norme regolamentari che specificano quelle ordinarie senza potervi derogare, ma regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene.

4. Tutto ciò premesso, può ora più efficacemente riassumersi il senso del contrasto giurisprudenziale rilevato.

4.1. Il primo orientamento è sostenuto dalla sentenza De Luca-Tarabori sopra citata, concernente il caso di un medico psichiatra, responsabile del piano riabilitativo redatto per un paziente e chiamato a

rispondere, a titolo di colpa; dell'omicidio volontario da questi compiuto, con un mezzo contundente, nella occasione della convivenza con la futura vittima; posta unitamente all'imputato in una struttura residenziale a bassa soglia assistenziale; posizione, quella del medico prosciolto dal Gip ai sensi dell'art. 425 c.p.p.; che la Cassazione ha fatto oggetto di annullamento con rinvio, tra l'altro, per il necessario raffronto con le linee-guida del caso concreto, anche nella prospettiva della operatività del decreto Balduzzi quale legge più favorevole.

Tale decisione, confrontandosi con le potenzialità apparentemente liberatorie della novella, muove dal preliminare rilievo di incongruenze interne alla formulazione del precetto dell'art. 6 cit. che porrebbero in crisi la possibilità stessa di comprendere la ratio della norma e poi quella di applicarla, se dovesse darsi corso ad una adesione acritica alla lettera della legge.

Questa, infatti, con l'enunciato della non punibilità dell'agente che rispetti le linee-guida accreditate; nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto, sarebbe una norma quantomeno inutile perché espressione dell'ovvio; e cioè del fatto che chi rispetta le linee-guida scelte in modo appropriato non può che essere riconosciuto esente da responsabilità, sia a titolo di imperizia che ad altro titolo, perché non ha tenuto alcun comportamento rimproverabile.

La sentenza ripudia anche la interpretazione della norma secondo cui l'ambito della imperizia esclusa dall'area della colpevolezza sarebbe quello che vede prodotto l'evento lesivo in una situazione nella quale, almeno «in qualche momento della relazione terapeutica», il sanitario «abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate».

Infatti, ove tale evento lesivo fosse legato causalmente ad un comportamento in sé connotato da imperizia ed esulasse dall'ambito specificamente regolato dalle linee-guida adottate dal sanitario nel caso concreto, sarebbero traditi, con l'applicazione della causa di non punibilità, lo stesso principio costituzionale di colpevolezza e i connotati generali della colpa. Questa, pur non estendendosi a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione di una prescrizione, è tuttavia inscindibilmente connessa ai risultati che la regola mira a prevenire e, soggettivamente, alla prevedibilità e prevenibilità oltre che, in sintesi, alla rimproverabilità.

In conclusione, per l'orientamento in esame, non è consentito invocare l'utilizzo di direttive non pertinenti rispetto alla causazione dell'evento, per vedere esclusa la responsabilità colpevole, non dovendosi per giunta dimenticare il carattere non esaustivo e non cogente delle linee-guida.

La scelta contraria sarebbe in violazione dell'art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, e del principio di uguaglianza, ove stabilisse uno statuto normativo irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili.

Secondo la sentenza De Luca-Tarabori, dunque, va escluso che il sintagma enunciativo della «causa di non punibilità» possa davvero reputarsi riferibile dogmaticamente a tale istituto, dovendo piuttosto essere inteso come un «a-tecnico quanto ripetitivo riferimento al giudizio di responsabilità con riguardo alla parametrizzazione della colpa».

Ne discende che, in primo luogo, va dato per certo che la nuova disciplina specificatrice dei precetti generali in tema di colpa comunque non è destinata ad operare negli ambiti che, per qualunque ragione, non siano governati da linee-guida, rientrando in questa ipotesi anche il caso di linee-guida pertinenti ma aventi ad oggetto regole di diligenza o prudenza e non di perizia; né nelle situazioni concrete nelle quali le raccomandazioni dipendenti da quelle debbano essere radicalmente disattese per via delle peculiarità della condizione del paziente o per qualunque altra ragione imposta da esigenze scientificamente qualificate (la previsione della possibile inadeguatezza, nella relazione terapeutica esecutiva; peraltro, è essa stessa evidenza della impossibilità di qualificare la linea-guida come fonte di colpa specifica); né in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di approccio terapeutico regolato da linee-guida pertinenti ed appropriate (con riferimento, dunque, al momento della scelta delle linee stesse), non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo.

Negli altri casi, il riferimento alle linee-guida è null'altro che il parametro per la individuazione-graduazione-esclusione della colpa secondo le regole generali, quando quella dipenda da imperizia.

Dal punto di vista del regime intertemporale, la previgente disciplina — che pure abrogata continuerebbe ad operare se risultasse essere legge sostanziale più favorevole — appare avere tale connotato alla stregua della novella del 2017. Essa infatti, come interpretata dalla giurisprudenza maggioritaria di legitt-

timità, introduceva una ipotesi di decriminalizzazione delle condotte connotate da colpa lieve, a prescindere dal tipo di colpa, evenienza invece cancellata dalla legge Gelli-Bianco, con la conseguenza della impossibilità di continuare a distinguere, per i comportamenti futuri, ai fini della esclusione della responsabilità penale, la colpa lieve da quella grave.

In chiusura, la sentenza De Luca-Tarabori auspica che possa continuare a rappresentare un valido contributo la tradizione ermeneutica che accredita la possibile rilevanza, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., quale regola di esperienza cui attenersi nel valutare, in ambito penalistico, l'addebito di imperizia.

4.2. La sentenza Cavazza che sostiene l'orientamento opposto è della Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, intervenuta in un caso di doppia pronuncia conforme di condanna, nei confronti di un medico che aveva effettuato un intervento di ptosi (*lifting*) del sopracciglio, cagionando al paziente una permanente diminuzione della sensibilità in un punto della zona frontale destra per la lesione del corrispondente tratto di nervo. Tale decisione ha dichiarato la prescrizione del reato rilevando che la condotta del sanitario, descritta dai giudici del merito come gravemente imperita, non poteva godere della novella causa di non punibilità sol perché nella motivazione della sentenza non si affrontava il tema dell'eventuale individuazione di corrette linee-guida, omissione non più emendabile per il sopravvenire della causa di estinzione; non poteva neppure beneficiare della previsione liberatoria della legge Balduzzi, data la accertata «gravità» della colpa e dell'«errore inescusabile», come plasmato dalla giurisprudenza della Cassazione con riferimento tanto alla scelta del sapere appropriato quanto al minimo di correttezza della fase esecutiva.

In essa si sostiene il carattere innovativo e in discontinuità col passato, sul versante penalistico, della legge Gelli-Bianco.

Questa viene recepita eminentemente in base al criterio della interpretazione letterale, il quale evidenza che si è voluta adottare una causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia, la cui operatività è subordinata al rispetto delle linee-guida ufficiali. Non manca, nella stessa sentenza, l'inquadramento sistematico di tale conclusione, basato sulla considerazione della finalità perseguita e cioè quella di attenuare specifici profili della colpa medica, favorendo tale professione di cui il legislatore ha inteso diminuire l'ambito della responsabilità penale, ferma restando quella civile.

Tale rispetto viene però preteso soltanto nella fase della selezione delle stesse, cosicché resta fuori dalla gamma delle condotte punibili la «imperita applicazione» di esse, cioè la imperizia che cada nella fase esecutiva.

Si tratterebbe di una previsione, quella della non punibilità, che opera al di fuori delle categorie dogmatiche della colpevolezza e della causalità colposa e trova giustificazione nell'intento del legislatore di non vedere mortificata la professionalità medica dal timore di ingiuste rappresaglie e, con una sola espressione, di prevenire la c.d. medicina difensiva.

5. Ritengono le Sezioni Unite che in ciascuna delle due contrastanti sentenze in esame siano espresse molteplici osservazioni condivisibili, in parte anche comuni, ma manchi una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire la effettiva portata della norma in considerazione. Sintesi che richiede talune puntualizzazioni sugli elementi costitutivi della nuova previsione, da individuare attraverso una opportuna attività ermeneutica che tenga conto, da un lato, della lettera della legge e, dall'altro, di circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la ratio, anche alla luce del complesso percorso compiuto negli anni dal legislatore sul tema in discussione. Percorso al quale non risultano estranei il contributo della Corte costituzionale né gli approdi della giurisprudenza di legittimità, di cui, dunque, ci si gioverà.

Infatti, val la pena osservare che il canone interpretativo posto dall'art. 12, comma 1, delle preleggi prevede la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della «intenzione del legislatore». E da tale disposizione — che va completata con la verifica di compatibilità coi principi generali che regolano la ricostruzione degli elementi costitutivi dei precetti — si evince un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare «contro» il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale. Non gli è invece vietato andare «oltre» la letteralità del testo, quando l'opzione ermeneutica prescelta sia in linea con i canoni sopra indicati, a maggior ragione quando quella, pur a fronte di un testo che lascia aperte più soluzioni, sia l'unica plausibile e perciò compatibile col

principio della prevedibilità del comando; sia, cioè, il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un risultato costituzionalmente adeguato, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, al « diritto vivente » nella materia in esame.

Il tentativo di sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme è, d'altro canto, il passaggio necessario e, se come nella specie concluso con esito positivo, ostativo all'investitura della Corte costituzionale, in contrasto con quanto auspicato dal Procuratore generale.

Ed è, quella anticipata, l'elaborazione che le Sezioni Unite intendono rendere; essendo proprio compito, nell'esercizio della funzione nomofilattica, individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto, la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto.

Ciò, in altri termini, senza che sia riconducibile alla attività interpretativa, che ci si accinge a compiere, un'efficacia sanante di *deficit* di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell'art. 6 sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità.

6. È utile premettere, all'analisi degli enunciati delle due sentenze in contrasto, che la ricostruzione del sistema di esenzione da pena della legge Gelli-Blanco usufruisce in maniera consistente del dibattito già avviato su temi affacciatisi alla disamina della giurisprudenza e della dottrina in relazione al decreto Balduzzi, essendo presente anche in questo la previsione del raffronto del comportamento medico con il complesso di linee-guida o buone pratiche oggetto di accreditamento da parte della comunità scientifica e scaturendo da esso la necessità di confrontarsi col problema delle diverse forme di colpa generica.

6.1. Occorre ribadire che la valutazione da parte del giudice sul requisito della rispondenza (o meno) della condotta medica al parametro delle linee-guida adeguate (se esistenti) può essere soltanto quella effettuata *ex ante*, alla luce cioè della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili dall'agente all'atto del suo intervento, altrimenti confondendosi il giudizio sulla rimproverabilità con quello sulla prova della causalità; da effettuarsi *ex post*. Ma con la ulteriore puntualizzazione che il sindacato *ex ante* non potrà giovare di una soglia temporale fissata una volta per sempre, atteso che il dovere del sanitario di scegliere linee-guida « adeguate » comporta, per il medesimo così come per chi lo deve giudicare, il continuo aggiornamento della valutazione rispetto alla evoluzione del quadro e alla sua conoscenza o conoscibilità da parte del primo. Attività, quella qui descritta, destinata a rimanere estranea al pericolo di vedere confuso il giudizio sulla « adeguatezza » delle linee-guida (*ex ante*) con quello sulle modalità e gli effetti della loro concreta « attuazione » che, essendo necessariamente postumo, non è incluso fra i criteri di individuazione della condotta esigibile.

6.2. Nella stessa ottica di fissazione delle linee generali lungo le quali sviluppare la disamina qui richiesta, va anche ribadita la consapevolezza della estrema difficoltà, che talvolta si presenta, nel riuscire ad operare una plausibile distinzione tra colpa da negligenza e colpa da imperizia. Distinzione comunque da non potersi omettere in quanto richiesta dal legislatore del 2017 che, consapevolmente, ha regolato solo il secondo caso, pur in presenza di un precedente, articolato dibattito giurisprudenziale sulla opportunità di non operare la detta differenziazione quando non espressamente richiesta dalla lettera della legge (come avveniva per il decreto Balduzzi) per la estrema fluidità dei confini fra le dette nozioni.

La distinzione riacquista oggi una peculiare rilevanza perché, nell'ipotesi di colpa da negligenza o imprudenza, la novella causa di non punibilità è destinata a non operare; mentre la semplice constatazione della esistenza di linee-guida attinenti al caso specifico non comporta che la loro violazione dia automaticamente luogo a colpa da imperizia.

Si è già rilevato che non può escludersi che le linee-guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale (Sez. IV, 1° luglio 2015, n. 45527, Cerracchio, non massimata sul punto).

È da citare il caso paradigmatico della omessa valutazione del sintomo e della conseguente omessa o ritardata diagnosi: un'ipotesi da ascrivere, di regola, all'imperizia per inosservanza delle *leges artis* che

disciplinano tale settore della attività sanitaria, salvo il caso che il comportamento del sanitario sia improntato ad indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo, sicché possa escludersi di essere nel campo della negligenza propria dell'agire del sanitario o specifica di esso e dunque della imperizia.

Il superamento di tali difficoltà che attengono, in genere, all'inquadramento del caso concreto più che alle categorie astratte, va perseguito mediante il ricorso agli ordinari criteri sulla prova, sul dubbio e sulla ripartizione dell'onere relativo che, nella fattispecie qui in discussione, hanno condotto più che plausibilmente alla delineazione di un caso di negligenza, dal quale non vi è ragione di prescindere, anche per mancanza di specifiche contestazioni sul punto da parte dell'interessato. Con la conseguenza che anche la prospettazione della questione di legittimità costituzionale sull'art. 590-sexies, da parte del Procuratore generale, è destinata a mostrare la sua irrilevanza, non venendo in considerazione l'ipotesi della imperizia.

7. Può ora entrarsi nel merito del contrasto giurisprudenziale.

7.1. La sentenza Tarabori-De Luca ha il pregio di richiamare alla necessità di perimetrazione dell'ambito di operatività della novella, in modo da evidenziarne la notevole efficacia riduttiva rispetto al passato, pur non facendo a meno, nel prosieguo, di criticare in radice la eventualità stessa di trovarsi al cospetto di una vera e propria causa di non punibilità.

È condivisibile la prima parte del ragionamento seguito, laddove si pongono in luce gli evidenti limiti applicativi alla causa di non punibilità enunciati dall'art. 590-sexies, posto che la dipendenza di questa dal rispetto delle linee-guida adeguate allo specifico caso in esame, nell'ipotesi di responsabilità da imperizia, non consente di sfuggire alla esatta osservazione che lo speciale abbuono non può essere invocato nei casi in cui la responsabilità sia ricondotta ai diversi casi di colpa, dati dalla imprudenza e dalla negligenza; né quando l'atto sanitario non sia per nulla governato da linee-guida o da buone pratiche; né quando queste siano individuate e dunque selezionate dall'esercente la professione sanitaria in maniera inadeguata con riferimento allo specifico caso. Evenienza, quest'ultima, comprensiva sia della ipotesi in cui la scelta è stata del tutto sbagliata, sia della ipotesi in cui la scelta sia stata incompleta per non essersi tenuto conto di fattori di co-morbilità che avrebbero richiesto il ricorso a più linee-guida regolatrici delle diverse patologie concomitanti o comunque la visione integrata del quadro complesso, sia, infine, della ipotesi in cui il caso avrebbe richiesto il radicale discostarsi dalle linee-guida regolatrici del trattamento della patologia, in ragione della peculiarità dei fattori in esame.

Situazioni, quelle descritte, che danno conto della incompatibilità della novella con qualsiasi forma di appiattimento dell'agente su linee-guida che a prima vista possono apparire confacenti al caso di specie (e magari risultano, in rapporto al caso specifico, sbilanciate verso la tutela del generale contrasto del rischio clinico e quindi verso interessi aziendalistici piuttosto che verso la tutela della sicurezza della cura del singolo paziente) e conseguentemente, con ipotesi di automatismo fra applicazione in tale guida delle linee-guida ed operatività della causa di non punibilità.

Una conclusione che consente anche di escludere che il precetto in esame possa essere sospettato di tensione col principio costituzionale di libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), come pure di quello dell'assoggettamento del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.).

Ciò posto, va tuttavia osservato che la sentenza richiamata commette l'errore di non rinvenire alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità, giungendo alla frettolosa conclusione circa l'impossibilità di applicare il precetto, negando addirittura la capacità semantica della espressione « causa di non punibilità » e così offrendo, della norma, una interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare. Senza considerare che la principale obiezione della sentenza in questione, e cioè la confusione della formulazione legislativa e la sua incongruenza interna, avrebbero dovuto trovare sfogo nella denuncia di incostituzionalità per violazione del principio di legalità.

7.2. Dal canto suo, la sentenza Cavazza ha il pregio di non discostarsi in modo patente dalla lettera della legge, ma, per converso, nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una portata applicativa impropriamente lata: quella di rendere non punibile qualsiasi condotta imperita del sanitario che abbia provocato la morte o le lesioni, pur se connotata da colpa grave. E ciò, sul solo presupposto della corretta selezione delle linee-guida pertinenti in relazione al caso di specie, si da

rendere più che concreti i profili di illegittimità della interpretazione stessa, quantomeno per violazione del divieto costituzionale di disparità ingiustificata di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica.

8. Invero, proprio a partire dalla interpretazione letterale, non può non riconoscersi che il legislatore ha coniato una inedita causa di non punibilità per fatti da ritenersi inquadrabili — per la completezza dell'accertamento nel caso concreto — nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 c.p., quando l'esercente una delle professioni sanitarie abbia dato causa ad uno dei citati eventi lesivi, versando in colpa da imperizia e pur avendo individuato, e adottato, nonché, fino ad un certo punto, bene attualizzato le linee-guida adeguate al caso di specie.

8.1. Il comportamento dell'esercente la professione sanitaria oggetto di scrutinio è quello che ha prodotto un evento causalmente connesso ad un errore colpevole, a sua volta dipendente dalla violazione di una prescrizione pertinente. Sono destinati a rimanere esclusi i casi di eventi lesivi o letali connessi a comportamenti in relazione ai quali la violazione di prescrizioni potrebbe non essere per nulla ravvisabile o comunque potrebbe non essere stata qualificante, avendo il sanitario, ad esempio, fatto ricorso, pur senza l'esito sperato, e fatti salvi i principi in materia di consenso del paziente, a raccomandazioni o approdi scientifici di dimostrato, particolare valore i quali, pur sperimentati con successo dalla comunità scientifica, non risultino ancora avere superato le soglie e le formalità di accreditamento ufficiale descritte dalla legge.

8.2. La previsione della causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile non essendovi ragione per escludere apoditticamente, — come fa la sentenza De Luca-Tarabori — che il legislatore, nell'ottica di porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute, abbia inteso ritagliare un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale: comportamenti che, pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date.

Semmai, è da sottolineare che era il decreto Balduzzi, non messo in discussione dalla giurisprudenza passata sotto il profilo della tecnica legislativa, ad agire sul terreno della delimitazione della colpa che dà luogo a responsabilità, circoscrivendo la operatività dei principi posti dall'art. 43 c.p. e dunque derogando ad essa, tanto che il risultato è stato ritenuto quello della parziale *abolitio criminis*. Viceversa, la legge Gelli-Bianco non si muove in senso derogatorio ai detti principi generali, bensì sul terreno della specificazione, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti.

La possibile disparità di trattamento dovuta a tale opzione, rispetto ad altre categorie di professionisti che pure siano esposti alla gestione di peculiari rischi, non è automaticamente evocabile, una volta che l'intera operazione si riveli, anche per la delimitazione enucleata dallo stesso precetto, non irragionevole ed anzi in linea con uno schema già collaudato dalla Corte costituzionale (sent. n. 166/1973; ord. n. 295/2013).

Anche la modifica in senso limitativo, rispetto all'art. 3 del decreto Balduzzi, della esenzione da pena ai soli comportamenti che causano uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 c.p. fa ritenere più adeguatamente finalizzato il nuovo precetto al contrasto del sospetto — che si materializzò con riferimento al citato art. 3 — di incompatibilità con il divieto costituzionale di disparità di trattamento (art. 3 Cost.), data l'ampiezza allora reputata ingiustificata, dal giudice che sottopose la norma allo scrutinio costituzionale, della platea dei soggetti che potevano avvantaggiarsene.

Appare infatti oggi, diversamente che in passato, direttamente connesso, l'intervento protettivo del legislatore, con la ragione ispiratrice della novella, che è quella di contrastare la c.d. « medicina difensiva » e con essa il pericolo per la sicurezza delle cure, e dunque creare — in relazione ad un perimetro più circoscritto di operatori ed atti sanitari che si confrontano con la necessità della gestione di un rischio del tutto peculiare in quanto collegato alla mutevolezza e unicità di ognuna delle situazioni patologiche da affrontare — un'area di non punibilità che valga a restituire al sanitario la serenità dell'affidarsi alla propria autonomia professionale e, per l'effetto, ad agevolare il perseguimento di una garanzia effettiva del diritto costituzionale alla salute.

9. La formulazione della causa di non punibilità nell'art. 590-*sexies* sollecita dunque a sperimentare una interpretazione della norma che consenta di darle concreta applicazione.

Non è condivisibile, in senso ostativo, il rilievo contenuto nella sentenza De Luca-Tarabori, anche sulla scia di una parte della dottrina, secondo cui la formulazione lessicale del precetto creerebbe un corto circuito capace di renderlo inservibile.

La norma descrive un presupposto per la operatività della causa di non punibilità — quella del *versare*, il sanitario, nella situazione di avere cagionato per colpa da imperizia l'evento lesivo o mortale, pur essendosi attenuto alle linee-guida adeguate al caso di specie — che non è incongruente con la soluzione che promette. Le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono, infatti, articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e/o 590 c.p.

Si tratta, d'altro canto, di una struttura del precetto che ricalca quella dell'art. 3 del decreto Balduzzi il quale, allo stesso modo, ricavava un'area di irresponsabilità a favore del sanitario che, pur rispettoso (« si attiene») delle linee-guida, potesse riconoscersi in colpa nella causazione dell'evento lesivo dipendente dalla propria professione. Una struttura, cioè, metabolizzata dalla giurisprudenza che su di essa ha edificato un complesso apparato ricostruttivo del precetto.

In tal senso, la sentenza Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, nel commentare la portata dell'art. 3 del decreto Balduzzi, aveva osservato, con una affermazione utile anche relativamente alla formulazione dell'art. 590-*sexies*, che « il professionista (che) si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico » è l'agente che in base al decreto del 2012 non rispondeva per colpa lieve.

9.1. L'errore non punibile non può, però, alla stregua della novella del 2017, riguardare — data la chiarezza dell'articolo al riguardo — la fase della selezione delle linee-guida perché, dipendendo il « rispetto » di esse dalla scelta di quelle « adeguate », qualsiasi errore sul punto, dovuto a una qualsiasi delle tre forme di colpa generica, porta a negare l'integrazione del requisito del « rispetto ».

Ne consegue che la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi sulla fase attuativa delle linee-guida, sia pure con l'esigenza di individuare opportuni temperamenti che valgano a non esporre la conclusione a dubbi o censure sul piano della legittimità costituzionale, per irragionevolezza o contrasto con altri principi del medesimo rango.

La *ratio* di tale conclusione si individua nella scelta del legislatore di pretendere, senza concessioni, che l'esercente la professione sanitaria sia non solo accurato e prudente nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli, ma anche e soprattutto preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali; aggiornato in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; capace di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino. Con la conseguenza che, se tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario, il residuo dell'atto medico che appare connotato da errore colpevole per imperizia potrà, alle condizioni che si indicheranno, essere quello che chiama in campo la operatività della novella causa di non punibilità.

Infatti, nel caso descritto, che è indispensabile contemplare per dare attuazione alla nuova riforma, può dirsi che si rimanga nel perimetro del « rispetto delle linee guida », quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità.

9.2. Viene di nuovo in considerazione, per tale via, la necessità di circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione dalla pena per avere rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie.

Tanto più ove si consideri contestualmente che, come sottolineato nel parere espresso dalla Commissione Giustizia del Senato sul disegno di legge approvato dalla Camera in prima lettura, il testo è volto ad assicurare una tutela effettiva della salute del paziente anche nello specifico ambito del processo civile garantendogli il risarcimento dovutogli in base ad una sentenza, attraverso una serie di strumenti disciplinati dall'art. 7, oltre, tra l'altro, la previsione del sistema di assicurazione obbligatoria (art. 9) accompagnato dalla azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice (art. 12).

A ciò va aggiunto che la contemplazione di un errore lieve (da imperizia) esente da sanzione penale ha, come *pendant* e rafforzamento sul piano sistemico, all'interno della legge Gelli-Bianco, la disciplina (art. 16) che favorisce i flussi informativi volti a far emergere le criticità nel compimento della ordinaria attività professionale, onde elaborarle e superarle, con divieto di utilizzazione di quei flussi nel processo penale: un insieme coordinato di regole, cioè, finalizzato ad una gestione del rischio clinico sempre più responsabilizzante per la stessa struttura organizzativa e senza la frustrante ricerca, in ogni caso, di un capro espiatorio.

È necessario peraltro sottolineare che non osta a tale scelta interpretativa l'obiezione di fondo, scaturita dalla giurisprudenza passata in tema di esclusione della operatività in ambito penale dell'art. 2236 c.c., nonché da una parte della dottrina, secondo cui non è consentita e comunque non ha senso la distinzione tra colpa lieve e colpa grave nel diritto penale ove, applicando rigorosamente il criterio della valutazione *ex ante* ed in concreto il giudizio di prevedibilità ed evitabilità proprio della colpa, sono già presenti tutti gli strumenti per la risoluzione dei casi simili, potendosi giungere, per essi, alla esclusione, in radice, della ravvisabilità della colpa.

Invero, non solo la previsione esplicita della «colpa lieve» come ambito di esclusione della responsabilità, nel decreto Balduzzi, ha dimostrato che è già stato legittimato, dal legislatore, un approccio dogmatico, diverso, apprezzabile non solo come opzione meramente interpretativa o ricognitiva dei termini generali di definizione della colpa, ma come possibilità aggiuntiva di misurazione di questa a fini diversi da quelli — già previsti dall'art. 133, comma 1, n. 3, c.p. — di commisurazione della pena. In più, l'interpretazione qui accolta, rispetto a quella appena ricordata, è destinata ad ampliare il novero dei comportamenti che si sottraggono legittimamente all'intervento del giudice penale, e a far risaltare concretamente la intuibile volontà del legislatore di proseguire lungo la direttrice segnata dal decreto Balduzzi, soprattutto con la finalità di impedire che l'abrogazione di questo apra scenari di automatica reviviscenza dei pregressi indirizzi interpretativi che, per la loro estrema severità nel passato, sono all'origine dei porsi del tema delle risposte difensive dei sanitari.

D'altra parte, il timore che la distinzione tra colpa lieve e colpa grave possa essere anche fonte di scelte non prevedibili e ondivaghe, dipendenti dalla ampiezza della valutazione del giudice e quindi in contrasto con la necessaria tassatività del precetto, non tiene conto che analogo timore sarebbe ravvisabile, a monte, riguardo al giudizio sulla «esigibilità» della condotta, ossia al momento valutativo, qualificante per la individuazione stessa della colpevolezza: timori da sempre adeguatamente contrastati dalla complessa opera ricostruttiva, in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, riguardo ai criteri utili per la tendenziale definizione dei giudizi in esame e, nella presente decisione, utilmente richiamati.

10. La ricerca ermeneutica conduce a ritenere che la norma in esame continui a sottendere la nozione di «colpa lieve», in linea con quella che l'ha preceduta e con la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni. Un complesso di fonti e di interpreti che ha mostrato come il tema della colpa medica penalmente rilevante sia sensibile alla questione della sua graduabilità, pur a fronte di un precetto, quale l'art. 43 c.p., che scolpisce la colpa senza distinzioni interne.

Dal punto di vista teorico non si individua alcuna ragione vincolante per la quale tale conclusione debba essere scartata, diversamente da quanto ritenuto da entrambe le sentenze che hanno dato luogo al contrasto.

Queste, peraltro, proprio sulla base di una conclusione di tal genere, fatta discendere dal silenzio della legge, si sono trovate a polarizzare in modo opposto le relative conclusioni, avendo osservato, la sentenza De Luca-Tarabori, che l'esonero complessivo da pena, destinato ad inglobare anche il responsabile di colpa grave da imperizia, non è praticabile perché genera una situazione in contrasto con il principio di

colpevolezza e, la sentenza Cavazza, che la novella causa di non punibilità è destinata a operare senza distinzione del grado della colpa.

Al contrario, ritengono le Sezioni Unite che la mancata evocazione esplicita della colpa lieve, da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto, sempre che questa sia l'espressione di una *ratio* compatibile con l'esegesi letterale e sistematica del comando espresso.

10.1. In tale prospettiva appare utile giovarsi, in primo luogo, dell'indicazione proveniente dall'art. 2236 c.c.

L'articolazione colpa grave/altra tipologie di condotte rimproverabili, pur causative dell'evento, è presente nelle valutazioni giurisprudenziali sui limiti della responsabilità penale del sanitario che, sotto diversi profili, hanno valorizzato nel tempo i principi e la *ratio* della disposizione contenuta nella norma citata, plasmata, invero, nell'ambito civilistico del riconoscimento del danno derivante da prestazioni che implicino soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e che lo esclude, appunto, salvo il caso di dolo o colpa grave.

Ebbene, traslasciando l'ormai sopito dibattito sulla non diretta applicabilità del precetto al settore penale per la sua attinenza alla esecuzione del rapporto contrattuale o al danno da responsabilità aquiliana, merita di essere valorizzato il condivisibile e più recente orientamento delle Sezioni penali che hanno comunque riconosciuto all'art. 2236 c.c. la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza.

Ciò che del precetto merita di essere ancor oggi valorizzato è il fatto che, attraverso di esso, già prima della formulazione della norma che ha ancorato l'esonero da responsabilità al rispetto delle linee-guida e al grado della colpa, si fosse accreditato, anche in ambito penalistico, il principio secondo cui la condotta tenuta dal terapeuta non può non essere parametrata alla difficoltà tecnico-scientifica dell'intervento richiesto ed al contesto in cui esso si è svolto (Sez. IV, 12 novembre 2011, dep. 2012, n. 4391, Di Lella, rv. 251941; Sez. IV, 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, rv. 251960; Sez. IV, 21 giugno 2007, n. 39592, Buggé, rv. 237875; Sez. IV, 29 settembre 1997, dep. 1998, n. 1693, Azzini, non massimata sul punto). Sicché l'eventuale addebito di colpa era destinato a venire meno nella gestione di un elevato rischio senza errori rimproverabili connotati da gravità. Viceversa, quando non si fosse presentata una situazione emergenziale o non fossero da affrontare problemi di particolare difficoltà, non sarebbe venuto in causa il principio dell'art. 2236 c.c. e non avrebbe avuto base normativa la distinzione della colpa lieve. Né conseguiva che il medico in tali ipotesi, come in quelle nelle quali venivano in considerazione le sole negligenza o imprudenza, versava in colpa, essendo pacifico che in queste si dovesse sempre attenere ai criteri di massima cautela.

Un precetto, quello appena analizzato, che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili. Sicché, vuoi sotto un profilo della non rimproverabilità della condotta in concreto tenuta in tali condizioni, vuoi sotto quello della mera opportunità di delimitare il campo dei comportamenti soggetti alla repressione penale, sono richieste misurazioni e valutazioni differenziate da parte del giudice.

Non è marginale, del resto, l'avallo dato a tale interpretazione da parte della Corte costituzionale, con sentenza n. 166/1973, per taluni aspetti ribadita dalla ordinanza n. 295/2013. Un avallo cui, viceversa, va riconosciuta riacquisita rilevanza ai fini che ci occupano; soprattutto a seguito della scelta, operata dalla legge Gelli-Bianco, di rendere la causa di non punibilità operativa soltanto in relazione alla colpa da imperizia, pur dopo che, nel recente passato, la giurisprudenza di legittimità applicativa del sopravvenuto decreto Balduzzi, aveva invece mostrato di propendere per la estensione della irresponsabilità da colpa lieve a tutte le forme di colpa generica. La prima pronuncia del giudice delle leggi aveva, infatti, ammesso che gli artt. 589 e 42 c.p. potessero essere integrati dall'art. 2236 c.c., così da ricavarne il principio, costituzionalmente compatibile, della graduabilità della colpa da «imperizia» del sanitario impegnato nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il riconoscimento della possibilità di esenzione di una parte di essa dal rilievo penalistico.

La stessa sentenza De Luca-Tarabori evoca tale soluzione sia pure per presentarla come strumento tecnico residuo per perseguire il pur meritevole fine di mandare esente da rimproverabilità l'errore colpevole del sanitario contestato a titolo di imperizia.

10.2. In secondo luogo, è un dato di fatto che il legislatore del 2012 abbia espressamente utilizzato e disciplinato l'ipotesi della «colpa lieve» del sanitario come quella da sottrarre, a condizioni date, alla responsabilità penale.

Tale opzione legislativa prescindeva dalla pregiudiziale della dimostrata situazione di particolare difficoltà tecnica ed era invece plasmata sul criterio della conformazione alle linee-guida, con riferimento a situazioni che potevano sottrarsi alla repressione penale anche quando non qualificate da speciale difficoltà. Con l'avvertenza che se, da un lato, tale ultima condizione è quella che, di regola, ha minore attitudine a generare «colpa lieve», dall'altro possono darsi condotte del sanitario che, pur rientranti agevolmente in linee-guida standardizzate, risultano di difficile esecuzione per la urgenza o per l'assenza di presidi adeguati.

Quella opzione ha dato luogo ad una cospicua elaborazione giurisprudenziale volta a fissare i criteri utili per individuare preventivamente e, quindi, in sede giudiziaria riconoscere il grado lieve della colpa, del quale — stante l'esplicito testo normativo sopravvenuto — non sembra ragionevole negarsi la idoneità alla convivenza con i principi generali dettati dall'art. 43 c.p.

Questi, peraltro, continuano ad avere piena applicazione con riferimento alla colpa da negligenza e da imprudenza.

Basterà, al fine di dare pratica attuazione alla lettura dell'art. 590-sexies qui accreditata, rievocare i canoni maggiormente condivisi nel recente passato, sollecitati dall'esigenza di contrastare gli effetti di interpretazioni eccessivamente severe, nella cui filigrana traspariva una non condivisibile tendenza a fare della relazione sanitaria una «obbligazione di risultato», laddove il fine di garantire la «sicurezza delle cure» ne ribadisce la natura di «obbligazione di mezzi».

È da ribadire, cioè, quanto già sostenuto in molte sentenze pubblicate sotto la vigenza del decreto Balduzzi (tra le molte, Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, rv. 255105; Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, Denegri) in ordine al fatto che la colpa sia destinata ad assumere connotati di grave entità solo quando l'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente. Ovvero, per converso, quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente: come nel caso di «patologie concomitanti» emerse alla valutazione del sanitario, e indicative della necessità di considerare i rischi connessi.

Nella demarcazione gravità/lievetà rientra, altresì, la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa (oltre alle precedenti, Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, Piccardo, rv. 263736; Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, rv. 260740).

In altri termini, è da condividere l'assunto consolidato nella giurisprudenza di legittimità secondo cui la valutazione sulla gravità della colpa (generica) debba essere effettuata «in concreto», tenendo conto del parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, che è quello del modello dell'agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzatesi.

Meritano di essere ricordati, tali criteri, non sempre in relazione diretta al loro contenuto, riferito anche alla rimproverabilità del momento di «scelta» delle linee-guida adeguate al caso concreto che, come si è visto, esorbita dal perimetro di operatività della novella causa di non punibilità. Piuttosto è utile richiamare l'elaborazione del metodo «quantitativo», del *quantum* dello scostamento dal comportamento che ci si sarebbe attesi come quello utile, per determinare il grado della colpa.

La discrezionalità del giudice, ravvisabile nel dare pratica attuazione, ai detti criteri nel contesto del decreto Balduzzi che li connetteva a linee-guida e buone pratiche di non univoca individuazione, risulta oggi drasticamente ricomposta attraverso la novella che riguarda il procedimento pubblicistico per la formalizzazione delle linee-guida rilevanti.

Oltre a ciò, la circoscrizione, dovuta alla legge Gelli-Bianco, della causa di non punibilità alla sola imperizia spinge ulteriormente verso l'opzione di delimitare il campo di operatività della causa di non

punibilità alla «colpa lieve»; atteso che ragionare diversamente e cioè estendere il riconoscimento della esenzione da pena anche a comportamenti del sanitario connotati da «colpa grave» per imperizia — come effettuato dalla sentenza Cavazza — evocherebbe, per un verso, immediati sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza; determinerebbe, per altro verso, un evidente sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi, posto che la tutela contro la «medicina difensiva» e, in definitiva, il miglior perseguimento della salute del cittadino ad opera di un corpo sanitario non mortificato né inseguito da azioni giudiziarie spesso inconsistenti non potrebbero essere compatibili con l'indifferenza dell'ordinamento penale rispetto a gravi infedeltà alle *leges artis*, né con l'assenza di deroga ai principi generali in tema di responsabilità per comportamento colposo, riscontrabile per tutte le altre categorie di soggetti a rischio professionale; determinerebbe, infine, rilevanti quanto ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile all'esercente una professione sanitaria ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco, poiché è proprio tale articolo, al comma 3, a stabilire una correlazione con i profili di responsabilità ravvisabili ex art. 590-sexies c.p.

10.3. È indicativa, in terzo luogo, l'evoluzione dei lavori parlamentari. L'originario testo della legge approvato dalla Camera mostrava di volere differenziare, ai fini della esenzione da responsabilità, la colpa grave (da imperizia) dagli altri minori gradi della (stessa tipologia di) colpa, in una prospettiva specifica. Nel senso, cioè, che la colpa non grave (da imperizia) era automaticamente inclusa in detta esenzione anche a prescindere dal raffronto con linee-guida; mentre quella grave dello stesso tipo lo era alla condizione del rispetto delle stesse linee-guida.

La scomparsa della detta previsione dal testo successivamente passato al vaglio dell'altro ramo del Parlamento non può però dirsi un ripudio *tout court* della differenziazione del grado della colpa, non risultando in tal senso esplicitata la volontà del legislatore in alcun passo dei lavori preparatori, quanto piuttosto; come auspicato nel citato Parere della Commissione Giustizia del Senato, l'espressione della rinuncia a quella peculiare distinzione che si poneva come tendenzialmente apparente e quindi fortemente a rischio di censura per incostituzionalità, perché garantiva una tutela eccessivamente e irragionevolmente estesa alla colpa tecnica del sanitario in tutte le sue espressioni, essendo per di più, la esclusione della imperizia grave in caso di rispetto delle linee-guida, conformata in una sorta di presunzione che poteva essere vinta soltanto con la prova delle «rilevanti specificità del caso concreto».

Si apprende, dai resoconti delle discussioni della Commissione Giustizia del Senato del 7/8 e 21 giugno 2016 — mostratisi interessata a cristallizzare certi approdi della giurisprudenza di legittimità e a sollecitare una apposita riformulazione dell'art. 6 poi realizzata —, semmai un reiterato ed esplicitato timore del legislatore che il comma 2 del precetto della legge *in itinere* si prestasse, attraverso la condizione del rispetto delle linee-guida, ad una interpretazione aperta alla esclusione della responsabilità penale anche per imperizia grave; evenienza non perseguita, oltre che in aperta discontinuità con i principi del decreto Balduzzi, nel cui solco, tanto nei lavori della Camera in prima lettura quanto in quelli del Senato, si dichiara di volersi mantenere.

Specularmente, può dunque ammettersi che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento.

In conclusione, la colpa dell'esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e, altresì, in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in quest'ultimo caso — e solo quando configurante «colpa lieve» —, le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione; ritenendo l'ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti.

11. Sul quesito proposto devono quindi affermarsi i seguenti principi di diritto:

«L'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico».

12. Il connesso tema concernente la individuazione della legge più favorevole, in dipendenza dai principi posti dall'art. 2, comma 4, c.p. sulla successione delle leggi penali nel tempo, trova il proprio naturale sviluppo raffrontando il contenuto precettivo dell'art. 590-sexies c.p. come individuato, con quello dell'art. 3, abrogato.

Si enucleano soltanto i casi immediatamente apprezzabili. In primo luogo, tale ultimo precetto risulta più favorevole in relazione alle contestazioni per comportamenti del sanitario — commessi prima della entrata in vigore della legge Gelli-Bianco — connotati da negligenza o imprudenza, con configurazione di colpa lieve, che solo per il decreto Balduzzi erano esenti da responsabilità quando risultava provato il rispetto delle linee-guida o delle buone pratiche accreditate.

In secondo luogo, nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve, che sia caduto sul momento selettivo delle linee-guida e cioè su quello della valutazione della appropriatezza della linea-guida era coperto dalla esenzione di responsabilità del decreto Balduzzi (v. Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, non massimata sul punto), mentre non lo è più in base alla novella che risulta anche per tale aspetto meno favorevole.

In terzo luogo, sempre nell'ambito della colpa da imperizia, l'errore determinato da colpa lieve nella sola fase attuativa andava esente per il decreto Balduzzi ed è oggetto di causa di non punibilità in base all'art. 590-sexies, essendo, in tale prospettiva, influente, in relazione alla attività del giudice penale che si trovi a decidere nella vigenza della nuova legge su fatti verificatisi antecedentemente alla sua entrata in vigore, la qualificazione giuridica dello strumento tecnico attraverso il quale giungere al verdetto liberatorio.

Analogamente, agli effetti civili, l'applicazione dell'art. 3, comma 1, del decreto Balduzzi, prevedeva un coordinamento con l'accertamento del giudice penale, nella cornice dell'art. 2043 c.c., ribadito dall'art. 7, comma 3, della legge Gelli-Bianco. La responsabilità civile anche per colpa lieve resta ferma (v. Cass. civ., 19 febbraio 2013, n. 4030; Cass. civ., ord. 17 aprile 2014, n. 8940) a prescindere, dunque, dallo strumento tecnico con il quale il legislatore regoli la sottrazione del comportamento colpevole da imperizia lieve all'intervento del giudice penale.

13. In ordine ai motivi di ricorso, deve rilevarsi la inammissibilità perché diversi da quelli che possono legittimamente fondare l'impugnazione dinanzi a questa Corte di legittimità. La inammissibilità del ricorso impedisce, altresì, la rilevazione della prescrizione atteso che il termine per la estinzione del reato non è più decorso dalla data della pronuncia della sentenza impugnata, che non può dirsi seguita dalla valida instaurazione di un rapporto processuale in prosecuzione.

13.1. La prima doglianza viene prospettata come vizio di motivazione anche nella forma del travisamento della prova (quella dichiarativa della teste A.) con riferimento alla ricostruzione dei fatti che precedettero il finale ricovero della persona offesa. In altri termini, posto che la rimproverabilità della condotta del neurochirurgo, censurata dai giudici di merito come ingiustificatamente manchevole, si fonda sull'assunto della sua piena consapevolezza dei gravissimi sintomi neurologici, comunicatigli dallo stesso P. la mattina del 24 ottobre 2008, il punto toccato dalla difesa è quello del mancato raggiungimento della prova — e a maggior ragione di una plausibile motivazione — riguardo alla effettività e pienezza di detta conoscenza.

Per far ciò, il difensore ricorrente aggredisce la motivazione nel punto riguardante la asserita attendibilità della persona offesa — che tanto ha sostenuto — nonché il giudizio della Corte di merito riguardo alla idoneità della testimonianza della A. a costituire valido riscontro e comunque prova aggiuntiva della bontà del costruito del denunciante: tale prova dichiarativa sarebbe, sul punto, frutto di domande suggestive della accusa.

Si tratta di censure volte, in realtà, a criticare inammissibilmente il punto di vista accolto e ampiamente motivato nella sentenza impugnata, sul piano della opinabilità piuttosto che su quello della decisiva carenza o manifesta illogicità.

La evenienza di domande suggestive da parte del Pubblico Ministero risulta dedotta per la prima volta con il ricorso e in nessun modo riesce a dare corpo a una ammissibile censura sulla illogicità della motivazione riguardante la credibilità della teste, la quale è stata fondata su una serie di ulteriori elementi di fatto valorizzati in sentenza e non contestati nel ricorso.

Anche il tema della prova oggettiva della effettiva manifestazione, sin dal 24 ottobre, dei sintomi della cauda per i quali le linee-guida prescrivono un intervento di decompressione nelle 24-48 ore, risulta congruamente affrontato nella sentenza impugnata ove sono posti in evidenza i numerosi e gravi elementi (la certificazione rilasciata dal dott. D.B.; la assoluta non significatività della diversa data riportata nella relazione di dimissione del paziente dal CTO di Firenze l'11 novembre; il grado di recupero incompleto del paziente, dopo l'intervento, come accertato dal CT della persona offesa) dimostrativi della correttezza della ricostruzione sostenuta dalla accusa e del tutto razionalmente condivisa dai giudici, con una motivazione alla quale la difesa ricorrente oppone soltanto diversi elementi di fatto, considerazioni congetturali e, in definitiva, una alternativa ricostruzione di quelli, che è prospettiva non perseguibile nella sede di legittimità.

13.2: Il secondo motivo è inammissibile per analoghe considerazioni.

La contestazione della motivazione sul nesso di causalità ha natura e valenza meramente fattuali, fondandosi sul presupposto della preferibilità della tesi dell'imputato circa il momento in cui ebbe effettivamente conoscenza della gravità dei sintomi e della condizione del paziente e, conseguentemente spostata in avanti di una settimana tale evenienza —, sulla richiesta che sia riconosciuta la assenza di qualsiasi rimproverabilità nelle sue scelte diagnostiche e terapeutiche. Il tutto, con sollecitazione, altresì, del riconoscimento che il rapporto di causalità con l'evento andrebbe ridelineato, dovendo esso essere riferito all'unica condotta colpevole individuabile: quella della persona offesa che, pure invitata tempestivamente a recarsi al pronto soccorso, avrebbe lasciato trascorrere numerosi giorni prima di sottoporsi all'intervento chirurgico.

Ebbene, va ribadito che la proposta di alternativa ricostruzione delle emergenze fattuali non è ricevibile dalla Cassazione, dovendosi piuttosto notare che il rapporto di causalità è stato razionalmente delineato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, nel rispetto degli approdi condivisi della giurisprudenza di legittimità (Sez. Un. pen., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, rv. 22213). Con riferimento, cioè, alla natura della patologia accertata; alla gravità dei relativi sintomi che danno indicazione di intervento urgente nelle 48 ore, secondo le acquisizioni scientifiche non contestate nemmeno dalla difesa; al momento di acquisizione della conoscenza dei sintomi da parte del sanitario cui il paziente si era affidato; al comportamento gravemente negligente e ingiustificatamente omissivo, motivo dell'inescusabile ritardo che ha dato luogo al non tempestivo riconoscimento della patologia, al suo aggravamento e all'instaurarsi dei postumi neurologici accertati.

Un comportamento che la giurisprudenza costante di questa Corte inquadra nella cornice della negligenza avendo il medico l'obbligo di seguire, appunto con diligenza, il decorso della sintomatologia del paziente che a lui si affida ed essendo suo dovere assicurare, attraverso i concordati controlli periodici, nonché interpretando e valorizzando le sintomatologie riferite, o comunque apprese, che l'intervento eventualmente richiesto con urgenza abbia luogo o venga indicato come indifferibile, mediante le necessarie comunicazioni (vedi, tra le molte, Sez. IV, 14 giugno 2016, n. 40703, Roggia, rv. 267778).

14. Alla inammissibilità del ricorso consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese del procedimento ed a versare alla cassa delle ammende la somma che si reputa equo determinare in Euro 2.000,00.

In virtù del principio della soccombenza, il ricorrente deve anche essere condannato alla rifusione delle spese sostenute nel grado dalla parte civile, liquidate, alla luce della nota depositata, come in dispositivo. (Omissis).

79 ANCHE PER LE *CLAIMS MADE* «GLI ESAMI NON FINISCONO

MAI»...
 di Giampaolo Miotto

Con un'articolata ordinanza la Terza Sezione sollecita un nuovo intervento delle Sezioni Unite sulla validità della clausola *claims made*, prospettando l'atipicità del contratto che la preveda sul presupposto che la nozione di «sinistro» da essa implicata, in quanto comprensiva della richiesta di risarcimento del danneggiato e non già riferita al solo illecito dell'assicurato, sarebbe tale da sovvertire la funzione e la natura del contratto di assicurazione, trasformandolo da patto d'indennità in scommessa, rendendo la clausola stessa «sempre e comunque» immeritevole di tutela e, dunque, nulla. La tesi prospettata non è persuasiva, poiché da un lato l'anzidetta nozione di sinistro non fa venir meno la pertinenza dell'interesse assicurato al patrimonio del contraente; ciò che differenzia l'assicurazione dalla scommessa, e dall'altro non tiene conto della tipizzazione della *claims made*, nelle sue diverse varianti, ad opera del d.m. 2 settembre 2016 e della legge n. 24/2017, e del radicale mutamento dello scenario normativo che ne è derivato. Ma anche prima di tale cambiamento non poteva sostenersi che l'«accidente temporale» per cui il «fatto» imputabile all'assicurato dovesse avvenire «durante il tempo dell'assicurazione», come previsto dall'art. 1917 c.c., costituisse un connotato proprio del «sottotipo» contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile, per cui una clausola che, come la *claims made*, incide su tale elemento non poteva in alcun modo determinare l'atipicità del contratto cui accedeva.

With an articulated ordinance the Third Section calls on the United Sections of the Court of Cassation for a new intervention on the validity of the claims made clause, looking out upon the atypicalness of the contract that foresees it on the presupposition that the notion of «accident» implicated from it, since it is comprehensive of the application of reimbursement of the damaged one and not reported to the only illegitimate fact of the insured, it would be such to be overturned the function and the nature of the contract of insurance, turning it from pact of indemnity into bet, making the same clause «always and however» undeserving of guardianship and, therefore, void. The thesis proposed is not persuasive at all, since on the one hand the above-mentioned notion of accident does not undermine the pertinence of the insured interest to the patrimony of the contractor, that differentiates the insurance from the bet, and on the other hand it doesn't keep in mind neither the typing of the claims made in its different variations by the Ministerial Decree 2 September 2016 and the law n. 24/2017, nor the radical change of the normative scenery that derived from it. But also before such change, it could not be sustained that the «temporal accident» for which the «fact» imputable to the insured had to happen «during the time of the insurance», as provided for the article 1917 of the civil code, constituted a characteristic proper of the «subtype» contractual of the insurance of the civil responsibility, so a clause that, as the claims made, engraves on such element was not able in some way to determine the atypicalness of the contract in which it entered.

Sommario 1. Le premesse della nuova rimessione alle Sezioni Unite. — 2. L'ordinanza e le norme che hanno tipizzato le *claims made*: un silenzio inspiegabile. — 3. L'atipicità non più della clausola, ma del contratto che la contiene. — 4. La nozione di sinistro nell'assicurazione contro i danni. — 5. Assicu-

(*) Contributo approvato dai Referee.

razione contro i danni, scommessa ed interesse all'assicurazione. — 6. Disciplina legale dell'assicurazione della responsabilità civile e nozione di sinistro. — 7. Rischio assicurato e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile. — 8. I paradossi paventati dall'ordinanza. — 9. La tipicità dei contratti di assicurazione della responsabilità civile connotati dalla clausola *claims made*, nelle sue diverse varianti, nel diritto vigente. — 10. I caratteri propri del sottotipo contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile e la clausola *claims made*. — 11. Un'osservazione conclusiva.

1. LE PREMESSE DELLA NUOVA RIMESIONE ALLE SEZIONI UNITE

A meno di due anni di distanza dalla pronuncia sulla validità delle clausole *claims made*⁽¹⁾, con l'ordinanza annotata la Terza Sezione della Cassazione ne ha sollecitato al Primo Presidente una nuova rimessione al vaglio delle Sezioni Unite, ipotizzandone l'atipicità e l'«immeritevolezza», ai fini previsti dall'art. 1322 c.c., in ogni loro variante.

La Sezione ha, invero, auspicato una nuova decisione che, rivedendo l'orientamento precedentemente espresso, dichiarasse «la clausola *claim's made*... immeritevole di tutela sempre e comunque».

In proposito occorre rammentare che le SS.UU., pur avendo ritenuto atipica la clausola (e non l'intero contratto di cui essa fosse parte), si erano dichiarate convinte della meritevolezza della *claims made* c.d. pura, e cioè di quella che prevede una garanzia riguardante tutti i danni per i quali l'assicurato abbia ricevuto una richiesta di risarcimento «nel periodo di efficacia del contratto», compresi quelli avvenuti anteriormente all'inizio del periodo assicurato.

Le Sezioni Unite avevano, invece, rinviato ad un esame «caso per caso» da parte del giudice del merito 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»⁽²⁾.

La controversia sottoposta all'esame della Sezione, nel caso specifico, riguardava proprio un contratto caratterizzato da una *claims made* pura, per la quale, pertanto, alla stregua del precitato orientamento, non si sarebbe dovuto far luogo all'anzidetta valutazione di «meritevolezza».

La garanzia prestata per la responsabilità civile della società assicurata, infatti, aveva

⁽¹⁾ 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.

⁽²⁾ Sez. Un. civ. n. 9140/2016 è stata ampiamente commentata dalla dottrina. In particolare, si vedano: FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, cit., 1136; VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative «retroattive»*, cit., 852; PARDOLESI, *Le Sezioni Unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, 2026; GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 929; CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2016, 753; CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 921; 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)*, in *Giur. it.*, 2016, 2602; CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 656.

per oggetto i danni da questa cagionati a terzi per i quali avesse ricevuto una richiesta di risarcimento durante la vigenza del contratto di assicurazione (ancorché eventualmente verificatisi anteriormente a questa) e, a tal fine, le condizioni generali definivano il «sinistro» come «la richiesta di risarcimento di danni per i quali è prestata l'assicurazione».

Da questa pattuizione trae spunto la Sezione per giustificare la rimessione alle SS.UU., asserendo che essa porrebbe problemi «ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi» dalla sentenza n. 9140/2016.

In realtà così non era, poiché tutte le *claims made* pure, anche quando non la esplicitano, presuppongono una nozione di sinistro per cui questo è integrato dalla richiesta risarcitoria del terzo, e non già (solo) dall'evento dannoso da questi subito, che comunque ne rappresenta il necessario presupposto.

Ed anche nel caso che un patto contrattuale prescriva che entrambi questi eventi debbano verificarsi durante il periodo di vigenza del contratto (c.d. *claims made* impura), necessariamente individua nel secondo il perfezionarsi del sinistro che fa sorgere il diritto all'indennizzo dell'assicurato⁽³⁾.

Pertanto, nel caso che la Sezione era chiamata a decidere, la «definizione» contrattuale aveva solo esplicitato un corollario proprio (anche) della *claims made* pura.

Ma il pretesto rappresentato dalla «definizione» di sinistro anzidetta è tornato utile all'estensore per affermare che questa confliggerebbe non già solo con la nozione di sinistro, che si ricaverrebbe dall'art. 1917, comma 1, c.c., ma addirittura con quella dettata, più in generale, dall'art. 1882 c.c. per le assicurazioni contro i danni.

Tale premessa, poi, giustificerebbe il fatto che l'art. 1932 c.c. non abbia annoverato il comma 1 dell'art. 1917 c.c. tra le disposizioni inderogabili, poiché «di prevedere l'inderogabilità di quella norma non v'era infatti bisogno, per la semplice ragione» che derogarvi «significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione della responsabilità civile»⁽⁴⁾ e, in realtà, nemmeno un'assicurazione, bensì una scommessa.

La tesi prospettata dall'ordinanza è che i contraenti dell'assicurazione sarebbero liberi di scegliere quale rischio assicurare, ma non di definire «sinistro un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato e sia privo dei caratteri di quello ovvero: non volizione e dannosità».

Essa ricorda che quello assicurato è il «rischio in astratto», mentre il sinistro è «il rischio in concreto o rischio avverato», per cui la definizione del secondo dev'essere simmetrica a quella del primo, con la conseguenza che essa deve, quindi, necessariamente identificarlo in «un evento avverso, pregiudizievole e non voluto».

Poiché «nell'assicurazione di responsabilità civile il rischio in astratto è l'impovertimento dell'assicurato», tale evento dovrebbe necessariamente consistere nella «causazio-

⁽³⁾ «Con detta clausola, quindi, le parti convergono che il sinistro debba venir — temporalmente — identificato nella richiesta di risarcimento del danno che venga avanzata dal terzo, per la prima volta, durante il periodo di efficacia del contratto» (CARBONETTI, *Responsabilità e assicurazione*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2007, 83).

⁽⁴⁾ Si noti come questo rilievo contrasti, in realtà, a tacer d'altro, con l'interpretazione logica dell'art. 1932 c.c. Infatti, non è dato comprendere per qual motivo il legislatore, se realmente avesse ritenuto inderogabile anche il disposto del comma 1 dell'art. 1917 c.c., non lo abbia esplicitato ovvero, molto più semplicemente, non abbia ricompreso l'intero art. 1917 c.c. fra le disposizioni dichiarate inderogabili, limitandosi invece ad includervi i soli commi 3 e 4, il cui oggetto, nell'economia dello specifico rapporto contrattuale, è assai meno rilevante rispetto a quello del comma 1, che riguarda, invece, l'obbligazione principale dell'assicuratore.

ne, da parte dell'assicurato, d'un danno a terzi del quale debba rispondere» ovvero nella «commissione di un illecito aquiliano da parte dell'assicurato».

Al contrario, la «ricezione, da parte di questi, d'una richiesta di risarcimento» non rivestirebbe i predetti caratteri propri del sinistro, quali delineati dagli artt. 1882 e 1917 c.c., e, per di più, comporterebbe «sei conseguenze paradossali», che l'estensore illustra specificamente.

In conclusione, secondo l'ordinanza, i contratti che contemplano (o presuppongono) una simile nozione di sinistro non potrebbero «qualificarsi "assicurazione"», ma sarebbero contratti di altro tipo, non stipulabili quindi da un assicuratore (ex art. 11, comma 2, d.lgs. n. 209/2005), e la cui validità sarebbe «da vagliare caso per caso» ai fini di verificare la meritevolezza degli interessi da essa tutelati.

Tale ultimo assunto viene però subito smentito, poiché la tesi propugnata con vigore dalla Terza Sezione, come detto, implica l'immeritevolezza «sempre e comunque» della *claims made*, in ogni sua versione, per le ragioni che essa aveva prospettato, in sostanza, in due sue recenti decisioni, il cui argomentare viene interamente riproposto⁽⁵⁾.

Di qui l'auspicio di un nuovo, e più radicale, pronunciamento delle Sezioni Unite sull'invalidità «sempre e comunque» della *claims made*, in ogni sua formulazione⁽⁶⁾.

2. L'ORDINANZA E LE NORME CHE HANNO TIPIZZATO LE CLAIMS MADE: UN SILENZIO INSPIEGABILE

L'ordinanza in questione suscita con immediatezza due riflessioni.

La prima riguarda la palese inattuata della tesi prospettata, alla luce della tipizzazione legislativa della clausola *claims made*, nelle sue diverse varianti.

Per un verso l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016⁽⁷⁾, dettando i «requisiti minimi» delle «polizze assicurative» (obbligatorie) della responsabilità civile degli avvocati, vi ha incluso

(5) Cass. civ., 28 aprile 2017, nn. 10506 e 10509, in questa Rivista, 2017, 815 ss., con osservazioni di Facci, *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, 760; e in www.ridare.it, 2017, 2 maggio, con nota di MARTINI.

(6) Com'è noto, la clausola *claims made* è da tempo al centro di un ampio dibattito dottrinale e ha dato luogo ad un'ampissima bibliografia. Senza pretese di esaustività, al riguardo si vedano anche: MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*, in *Corr. giur.*, 2018, 465; LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1377; DELFINI, *Le Sezioni Unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giur. it.*, 2018, 560; Id., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 893; FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, *ivi*, 2016, 1523; TASSONE, *Clausole claims made: bandito il controllo di vessatorietà*, in *Foro it.*, 2016, I, 2032; DE LUCA, *Act committed, loss occurrence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, 721; GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in questa Rivista, 2016, 1238; RODOLFI, *La claims made: tra liceità e meritevolezza, quanti problemi per gli operatori del diritto, il legislatore e le associazioni di categoria*, in www.ridare.it, 20 giugno 2016; MARTINI, *Le criticità sulla "claims made" Sezioni Unite i nodi vengono al pettine*, *ivi*, 19 luglio 2016; CIORRI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contratto impr.*, 2016, 1515; ROMEO, *Vessatorietà, atipicità e dubbia meritevolezza delle clausole claims made*, in www.dirittocivilecontemporaneo.it, 6 settembre 2016.

(7) Che ha valore di regolamento delegato, a norma dell'art. 12 della l. 31 dicembre 2012, n. 247.

una *claims made* pura (e cioè con una «retroattività illimitata»), combinandola con una *sunset clause* ⁽⁹⁾ «almeno decennale» ⁽⁹⁾.

Per altro verso l'art. 11 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (la c.d. legge Gelli), per l'assicurazione (anch'essa obbligatoria) della responsabilità civile delle «*strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche o private*» e degli «*esercenti le professioni sanitarie*», ha prescritto una *claims made* impura ⁽¹⁰⁾, con retroattività decennale ⁽¹¹⁾, anch'essa abbinata ad una *sunset clause* ⁽¹²⁾.

In entrambi i casi lo schema negoziale imperativamente prescritto dal legislatore è ben diverso da quello delineato dall'art. 1917 c.c.

Ed in ambedue, per le ragioni già evidenziate, il sinistro deve necessariamente individuarsi nella richiesta di risarcimento ricevuta dall'assicurato, e non nell'evento dannoso patito dal terzo danneggiato.

Di fronte alle novità così introdotte nell'ordinamento, per di più con riguardo a settori assicurativi di tale rilevanza ⁽¹³⁾, l'interprete non può che prendere atto dell'avvenuta tipizzazione della clausola *claims made* o, meglio, di entrambe le sue specie ⁽¹⁴⁾.

Passando dalla prassi negoziale al diritto positivo, le clausole *claims made* hanno ormai

⁽⁹⁾ Si tratta della c.d. «clausola 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.

⁽¹⁰⁾ I contratti assicurativi in questione debbono, infatti, prevedere «un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza».

⁽¹¹⁾ La previsione normativa, peraltro, prevedendo un'«operatività temporale» della garanzia estesa agli «eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza», pare coniugarsi con una *deeming clause*, e cioè con la facoltà dell'assicurato di denunciare all'assicuratore i fatti potenzialmente dannosi, ancorché questi non siano stati ancora oggetto di richiesta di risarcimento da parte del danneggiato, che potrebbe quindi ipoteticamente pervenirgli una volta cessata la «vigenza temporale della polizza», in modo da acquisire la copertura del sinistro che dovesse derivarne (così come evidenziato da Facci, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 110). Si badi come tale previsione normativa vieppiù dimostri la molteplicità di modelli legali di assicurazione della responsabilità civile che ora convivono nel nostro ordinamento, confermando ulteriormente la flessibilità che caratterizza questo sottotipo contrattuale, non più riconducibile ad un paradigma unitario.

⁽¹²⁾ Stabilendo che la garanzia pattuita debba estendersi pure agli «eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza della polizza».

⁽¹³⁾ Imponendo, «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».

⁽¹⁴⁾ In proposito è necessario sottolineare come le assicurazioni obbligatorie, così istituite, riguardino oltre 240.000 avvocati iscritti all'Ordine, migliaia di «strutture sanitarie» (ossia ASL, cliniche private, centri medici e laboratori privati di vario genere), e svariate decine di migliaia di medici chirurghi ed altri «operatori sanitari» iscritti agli Albi delle varie professioni sanitarie, comprese quelle recentemente elevate a dignità ordinistica dalla l. 11 gennaio 2018, n. 3 (c.d. legge Lorenzin). I contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale previsti dalle nuove norme avranno, dunque, una diffusione amplissima ed un peso decisamente preponderante nell'ambito di questo specifico segmento del mercato assicurativo.

⁽¹⁴⁾ In proposito mi sia consentito rinviare al mio *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in questa *Rivista*, 2017, 1390 ss. (spec. § 2).

compiuto per intero il percorso proprio della «tipizzazione» legale, così come tradizionalmente individuato dalla dottrina ⁽⁴⁵⁾.

Non solo. Anche chi, aderendo all'opinione espressa nell'ordinanza annotata, avesse ritenuto che l'identificazione del sinistro con l'evento dannoso risentito dal terzo (ovvero il suo accadimento «durante il tempo dell'assicurazione») costituisca un connotato caratterizzante del «sottotipo» contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile ⁽⁴⁶⁾, deve ora prendere atto che, per effetto delle anzidette novità legislative, questa impostazione risulta oggi incompatibile col diritto positivo.

Dal paradigma (peraltro meramente ordinatorio) delineato dall'art. 1917 c.c., ossia quello della *loss occurrence*, si è passati ad un pluralismo di modelli contrattuali normativi comprendenti tanto la *claims made* «pura», quanto quella «impura» (con retroattività limitata).

L'anzidetto paradigma, e la sua postulata inderogabilità, sono stati indiscutibilmente superati dalle nuove norme, al punto che lo schema negoziale dell'assicurazione della responsabilità civile appare ora semmai connotato da un'evidente multiformità ed elasticità, dovendosi ricomprendere in esso tanto le garanzie assicurative *loss occurrence*, quanto quelle *claims made*, nelle loro anzidette varianti.

Ciò nondimeno, l'ordinanza in questione ignora puramente e semplicemente questo dato di fatto.

È ben vero che la controversia sottoposta all'esame della Terza Sezione riguardava un contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore delle nuove norme; ma è altrettanto vero che quest'ultima, anziché deciderla, ha sollecitato la rimessione della questione inerente alla atipicità e invalidità delle clausole *claims made* alle Sezioni Unite, ritenendola «di massima particolare importanza», col dichiarato intento di provocarne un ripensamento destinato a produrre effetti nomofilattici di ordine generale, e non limitati alle clausole stipulate prima dell'entrata in vigore delle suddette novità legislative.

Per di più, l'ordinanza in questione non si è limitata a porre i termini della questione sollevata, ma, pur affermando di voler «*offrire... un contributo di riflessione*», ha chiaramente inteso «dettare la linea» alle Sezioni Unite.

In questa prospettiva nomofilattica è, quindi, inspiegabile l'assordante silenzio che essa tributa alle nuove disposizioni summenzionate e all'indiscutibile, profonda modifica dello scenario normativo che ne è conseguita.

Il minimo che ci si sarebbe potuti attendere era, invero, la dimostrazione dell'attualità della questione prospettata anche con riguardo ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni anzidette ovvero la segnalazione dell'opportunità di

⁽⁴⁵⁾ Sul fenomeno della tipizzazione legale si vedano: GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in Id. (a cura di), *Trattato del contratto*, I, Torino, 1999, 41; ROFFO, *Contratto*, in *Dig. disc. priv.*; Sez. civ., IV, Torino, 1989, 118; SCOGNAMIGLIO, *I problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, II, 195 ss.; ALPA, *La causa*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli, I, 1, Torino, 2006, 587; CARUSI, *La disciplina della causa*, in Rescigno (a cura di), *Trattato dei contratti. I contratti in generale*, I, Torino, 1999, 547; GALGANO, *Il contratto e l'autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, 163.

⁽⁴⁶⁾ Ciò che sarebbe comunque concettualmente errato, poiché il tratto caratteristico di tale «sottotipo» è unanimemente individuato in dottrina nella particolare tipologia del rischio assicurato, quale è rappresentato dal depauperamento del proprio patrimonio in conseguenza della responsabilità civile dell'assicurato o, più sinteticamente, dall'«*impoverimento dell'assicurato*», come ricorda l'ordinanza in commento.

distinguere la soluzione da adottarsi con riguardo a tali contratti rispetto a quelli conclusi precedentemente ad essa.

3. L'ATIPICITÀ, NON PIÙ DELLA CLAUSOLA, MA DEL CONTRATTO CHE LA CONTIENE

La seconda riflessione riguarda il fatto che la tesi prospettata dall'ordinanza non è più quella dell'atipicità della clausola, in sé considerata, quanto piuttosto quella dell'atipicità dell'intero contratto.

Quello connotato da una *claims made*, quale che essa sia, infatti, non sarebbe un contratto di «assicurazione», ma un «contratto di altro tipo».

Esso non rientrerebbe, quindi, nel «sottotipo» contrattuale dell'assicurazione della responsabilità civile, ma neppure nel «tipo» dell'assicurazione contro i danni.

In proposito occorre osservare che il citato precedente delle Sezioni Unite aveva, invece, escluso questa ipotesi, 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⁽¹⁷⁾.

E, invero, la clausola *claims made*, pura o impura che sia, è indiscutibilmente diretta a delimitare l'oggetto del contratto, selezionando i sinistri indennizzabili sulla base di un peculiare criterio temporale, e non già ad immutarne la causa rappresentata dal trasferimento all'assicuratore del rischio di subire un impoverimento patrimoniale cui l'assicurato sia esposto⁽¹⁸⁾.

In tal senso, com'è noto, si è pronunciata pure la dottrina⁽¹⁹⁾.

Sotto questo profilo, quindi, l'ordinanza si pone in netto contrasto con la tesi accolta dal suddetto precedente.

Senza rendersi conto, tuttavia, delle conseguenze pratiche della sua presa di posizione.

Infatti, alla prospettazione dell'atipicità del contratto connotato da una *claims made*, l'ordinanza fa seguire quella della sua inevitabile immeritevolezza.

⁽¹⁷⁾ Salvo, poi, contraddirsi quando aveva sostenuto che «la manipolazione dello schema tipico» dettato dall'art. 1917 c.c., oltre un certo limite, sarebbe «in concreto idonea ad avvelenare la causa del contratto». Infatti, essendo pacifico che la causa del contratto contribuisce in modo determinante a conformarne il «tipo», un simile assunto era in realtà incompatibile con l'esclusione dell'atipicità del contratto nel caso quel limite fosse stato varcato.

⁽¹⁸⁾ Ovvero, del «rischio di cui all'art. 1895 c.c., inteso quale evento futuro, incerto, dannoso e non voluto», il cui trasferimento in capo all'assicuratore, per consolidata giurisprudenza, costituisce appunto la «causa tipica del contratto di assicurazione» (Cass. civ.; 11 giugno 2014, n. 13233, in questa Rivista, 2014, 1879, con nota di LOCATELLI; nello stesso senso: Cass. civ.; 22 dicembre 2006, n. 27458, in www.dirittoegiustizia.it, 2007). In dottrina, fra le varie declinazioni di questa sintetica formulazione, pare prevalere quella che identifica la causa dell'assicurazione contro i danni con «la funzione indennitaria», e «cioè nel recupero del valore perduto dall'assicurato a seguito del verificarsi di un evento determinato nel contratto» (BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Il Codice civile - Commentario*, a cura di SCHLESINGER e diretto da Busnelli, Milano, 2010, 2).

⁽¹⁹⁾ «La clausola *claims made* circoscrive — come riconosciuto dalle Sezioni Unite del 6 maggio 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).

La conseguenza che coerentemente se ne dovrebbe trarre sarebbe, in tal caso, la nullità «dell'intero contratto», e non già della sola clausola in questione (per dar luogo alla sua sostituzione con lo «schema legale» enunciato dall'art. 1917 c.c.).

Infatti, una mutazione genetica della causa stessa del contratto non potrebbe che ingenerare la nullità «totale» di quest'ultimo.

E questa comunque deriverebbe necessariamente dal disposto del comma 1 dell'art. 1419 c.c., essendo incontrovertibile che i contraenti non avrebbero concluso quel contratto «senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità», e cioè senza la delimitazione del rischio definita dalla clausola *claims made*⁽²⁰⁾, alla quale è innegabilmente commisurato il premio pattuito, sì da condizionare in modo determinante l'equilibrio di interessi fissato nel concreto sinallagma contrattuale e, dunque, la volontà dei contraenti⁽²¹⁾.

Ma certamente non è questo l'esito sperato dall'estensore, come si comprende chiaramente dal fatto che questi, dopo aver affermato in premessa l'atipicità del contratto caratterizzato da una *claims made* purchessia, in quanto connotato da una causa «avvelenata» da quest'ultima, incoerentemente conclude per l'«immeritevolezza» non già del contratto nella sua interezza, bensì della sola clausola in questione.

Queste prime osservazioni permettono di comprendere come, in realtà, il ragionamento che fa da filo conduttore all'ordito motivazionale dell'ordinanza; si sforzi di mostrare, con indubbia eleganza stilistica, una linearità argomentativa ed un fondamento teorico che, in realtà, non regge ad una rigorosa analisi critica.

4. LA NOZIONE DI SINISTRO NELL'ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI

Queste considerazioni trovano puntuale conferma se solo si passa ad analizzare il nucleo centrale della motivazione addotta a sostegno della tesi propugnata dalla Sezione.

Secondo quest'ultima non sarebbe consentito ai contraenti dell'assicurazione della responsabilità civile definire autonomamente quale evento debba considerarsi «sinistro»

⁽²⁰⁾ Ciò a tacer del fatto che, se anche si ritenesse il contratto affetto da «nullità parziale», e cioè limitata alla sola clausola di cui si discute (ma, realisticamente, non si vede come), questa non potrebbe comunque esser sostituita «di diritto» (ex art. 1419, comma 2, c.c.) dallo schema enunciato dal comma 1 dell'art. 1917 c.c.; posto che questa non è una «norma imperativa», non essendo tra quelle dichiarate tali dall'art. 1932 c.c.

⁽²¹⁾ In proposito si rammenti quanto da tempo la dottrina ha precisato, sottolineando come «il riferimento ad una volontà ipotetica» dei contraenti contenuto nel comma 1 dell'art. 1419 c.c. «va inteso come un modo per indirizzare l'interprete a valutare l'assetto di interessi perseguito dal contratto; la funzione concreta dello stesso», perché «il punto essenziale è accertare il peso da riconoscere alla clausola o alla parte di contratto nulla nell'assetto di interessi che le parti hanno programmato» (A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 2014, 344). A questo proposito appare oggi prevalente, in contrapposizione alla teoria «soggettivistica», una lettura della norma che sottolinea il carattere «oggettivo» della valutazione da compiersi: «Il giudizio in ordine al carattere "essenziale" o "interdipendente" della clausola nulla deve fondarsi su una valutazione oggettiva circa il peso che detta clausola o parte del contratto ha sull'assetto di interessi che le parti hanno programmato» (BUZZELLI, *Nullità*, in *Diritto Online*, Treccani, 2016). Per una puntuale ricostruzione delle diverse posizioni teoriche in materia si veda: RABITTI, *Della nullità dei contratti (artt. 1418-1420 c.c.)*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, a cura di NAVARRETTA-ORESTANO, Torino, 2012, III, 589 ss.

e, in particolare, convenire che per tale debba intendersi «*un fatto diverso dalla commissione d'un illecito aquiliano da parte dell'assicurato*»⁽²²⁾.

È bene chiarire sin d'ora che, in realtà, la «definizione» di sinistro contrattualmente pattuita faceva riferimento alla «*richiesta di risarcimento di danni per i quali è prestata l'assicurazione*».

Essa pertanto, com'è tipico delle clausole *claims made*, dettava una nozione di sinistro, in realtà, integrata da una fattispecie complessa, comprensiva tanto dell'illecito (e perciò sia della condotta dell'assicurato che dell'evento dannoso cagionato al terzo) quanto della «*richiesta di risarcimento*» del danneggiato, e quindi non solo da quest'ultima, come invece assume l'ordinanza annotata.⁽²³⁾

Fermo restando che questa indebita riduzione dell'anzidetta definizione pattizia di sinistro alla sola richiesta risarcitoria pesa non poco nell'economia degli argomenti addotti dal Collegio remittente, la tesi che questi sono diretti a suffragare e quella per cui una simile nozione di sinistro configgerebbe non già solo con quella che se ne ricaverrebbe dal disposto dell'art. 1917 c.c., ma pure con quella dettata dall'art. 1882 c.c.⁽²⁴⁾

Ciò al punto di proiettare il contratto al di fuori del perimetro concettuale dell'assicurazione.

In proposito è bene premettere che, in realtà, l'art. 1882 c.c. non definisce cosa debba intendersi per «*sinistro*»⁽²⁴⁾.

Ciò nondimeno, è indubbio che, per tale, debba intendersi un «*evento dannoso*», come evidenzia l'ordinanza, salvo convenire sull'identità del soggetto che da un simile evento debba essere colpito, come meglio poi si vedrà.

Inoltre, si può concordare sul fatto che tale evento dev'essere «*non voluto dall'assicurato*», come essa pure precisa, anche perché il comma 1 dell'art. 1900 c.c. esclude che l'assicuratore possa obbligarsi ad indennizzare «*i sinistri causati da dolo... del contraente*».

Al contrario, non può condividersi quanto l'ordinanza suppone, e cioè che la richiesta di risarcimento inviata dal danneggiato (necessariamente riferita all'illecito dell'assicurato) all'«*assicurato-responsabile*» non potrebbe reputarsi un «*evento dannoso*» ai fini dell'art. 1882 c.c.

Le ragioni di tale dissenso sono facilmente dimostrabili.

A prescindere dal fatto che tale richiesta non può certo reputarsi vantaggiosa per

⁽²²⁾ In realtà, è pacifico che l'assicurazione della responsabilità civile, sia diretta a garantire l'assicurato per il depauperamento del suo patrimonio derivante dalla sua responsabilità, quale che ne sia il titolo, extracontrattuale o contrattuale. Pertanto, riduttivamente l'ordinanza fa riferimento al solo «*illecito aquiliano dell'assicurato*» quale fatto suscettibile di integrare un sinistro, poiché questo può conseguire pure ad un suo inadempimento contrattuale. Tuttavia nel testo, solamente per brevità espositiva, ci si adeguerà al lessico dell'ordinanza.

⁽²³⁾ In dottrina si è peraltro osservato che «*affermare così che, se il sinistro coincide con la richiesta danni, vi è un interesse dell'assicurato, che denuncia la immeritevolezza del contratto, all'avveramento del sinistro (rigorosamente inteso, sotto ogni profilo, come richiesta risarcitoria), significa far finta di non aver inteso che il presupposto perché vi sia un sinistro indennizzabile è pur sempre il fatto illecito, ma che le parti hanno conferito rilievo, solo ai fini della concreta operatività della garanzia dal punto di vista temporale, al momento della richiesta risarcitoria ossia a quando il patrimonio dell'assicurato viene effettivamente minacciato*» (MAGNI, op. cit., 474).

⁽²⁴⁾ Per la precisione, come è stato osservato in dottrina, «*il Codice civile, nella disciplina del contratto di assicurazione, impiega per ben diciassette volte il termine sinistro, senza peraltro offrire una nozione di sinistro*» (BOTTIGLIERI, op. cit., 213).

l'assicurato, infatti, per questi essa non è certo meno dannosa della « *commissione di un illecito aquiliano* » che gli sia imputabile.

A differenza di questo, invero, essa rappresenta una concreta minaccia al suo patrimonio, la cui integrità viene in rilievo ai fini dell'assicurazione pattuita⁽²⁵⁾, come meglio s'illustrerà in prosieguo.

Né può dirsi che l'anzidetta richiesta di risarcimento sia « *volutà dall'assicurato* », come si dovrebbe ritenere se fosse fondato l'assunto prospettato dall'ordinanza, essendo invece espressione della volontà del danneggiato⁽²⁶⁾.

La tesi per cui la richiesta di risarcimento del terzo non sarebbe un « *evento dannoso* » e « *non voluto* » dall'assicurato, sì che non potrebbe integrare gli estremi del « *sinistro* » ai fini dell'art. 1882 c.c., è, quindi, chiaramente insostenibile.

5. ASSICURAZIONE CONTRO I DANNI, SCOMMESSA ED INTERESSE ALL'ASSICURAZIONE

Tuttavia, il fatto che essa venga adottata per poter affermare che « *il patto col quale si qualificasse come sinistro* » la richiesta di risarcimento del terzo sarebbe suscettibile di mutare la natura del contratto cui accede, trasformandolo in « *una scommessa e non un'assicurazione* », fornisce uno spunto di riflessione molto utile proprio per respingere l'anzidetta prospettazione.

Infatti, a questo proposito l'ordinanza si produce in una digressione di carattere storico, rammentando i « *periodici scioglimenti del contratto d'indennità verso il contratto d'azzardo* » che connotavano le « *assicurazioni marittime medioevali e rinascimentali* », dando vita a svariati « *patti assicurativi volti a sganciare il diritto all'indennizzo dall'avverarsi d'un sinistro che non fosse un evento dannoso e non voluto* », per trarne la conclusione che lasciare ai contraenti la facoltà di identificare il « *sinistro* » in « *un evento che non sia dannoso di per sé, ma debba considerarsi tale per patto contrattuale, costituisce giustappunto una scommessa* ».

Questa argomentazione, tuttavia, da una premessa fondata, ma non pertinente al tema in discussione, trae una conclusione palesemente erronea⁽²⁷⁾.

Invero, è proprio la storia del diritto delle assicurazioni, specialmente di quelle marittime, come esattamente osserva l'ordinanza, a dimostrare che l'emancipazione del contratto di assicurazione dal mortale abbraccio della scommessa fu fondata sull'identificazione del suo elemento distintivo non già nella nozione di sinistro, ma in quella di rischio, inteso non già solo in senso oggettivo, bensì anche e soprattutto nella sua dimensione soggettiva.

Com'è stato efficacemente illustrato da un'autorevole dottrina, se « *il temuto evento dannoso incide su un soggetto diverso ed estraneo a chi stipula il contratto per lucrare l'indennità in caso di sinistro* » indubbiamente il rischio oggettivamente esiste (così come pure l'« *evento dannoso* » quando il rischio si concretizza), ma « *si rimane ancora nella*

⁽²⁵⁾ Come sottolinea il comma 3 dell'art. 2952 c.c., che proprio dal momento della ricezione della richiesta di risarcimento fa decorrere la prescrizione dei diritti che gli derivano dal contratto.

⁽²⁶⁾ Tanto meno può ritenersi che la richiesta di risarcimento, che il terzo indirizza all'assicurato, difetti dei « *caratteri di incertezza, possibilità, dannosità, indesiderabilità* », come pur lascia intendere l'ordinanza, poiché per l'assicurato essa non rappresenta un evento certo, impossibile, vantaggioso e desiderabile.

⁽²⁷⁾ Come rileva anche MAGGI, *op. cit.*, 474.

logica della scommessa, perché il contraente, a ristoro di un danno da lui non sofferto, riceve una somma che non vale a risarcirlo, ma ad arricchirlo»⁽²⁸⁾.

Per affrancare l'assicurazione da questa logica speculativa occorre quindi «porre l'accento sul rischio inteso (anche) in senso soggettivo: cioè riferito al contraente che, avendo un diritto proprio sul bene assicurato, ha interesse alla conservazione di esso e, di conseguenza, ad assicurarsi per essere indennizzato in caso di sinistro».

Per tal motivo si dovette riconoscere che è proprio «l'interesse assicurabile», intendendosi per tale esclusivamente quello dell'assicurato alla conservazione di un proprio bene, ad essere «determinante per individuare l'assicurazione rispetto alla scommessa».

Era, invero, su queste basi che storicamente la dottrina aveva elaborato la distinzione dell'assicurazione dalla scommessa⁽²⁹⁾.

Ciò che differenzia, dunque, l'assicurazione non è tanto l'«evento dannoso» nel quale viene identificato il «sinistro», come sostiene il Collegio remittente, bensì l'interesse cui tale evento reca pregiudizio: laddove questo rientri nella sfera giuridica del contraente si ha assicurazione, mentre, se l'interesse pregiudicato è estraneo ad essa, si tratta di una scommessa⁽³⁰⁾.

Si esprime, quindi, correttamente l'ordinanza laddove rileva che «nella scommessa il rischio è artificialmente creato dalle parti», mentre nell'assicurazione esso «è effettivamente esistente», ma dimentica di precisare che ciò avviene perché in quest'ultimo caso il rischio afferisce ad un interesse dell'assicurato, ciò che non è invece nel primo.

Chi si assicura lo fa perché è esposto ad un rischio, ciò che non è per lo scommettitore.

Questo, e non altro, è il tratto distintivo fra le due figure negoziali.

Si badi che di tutto ciò vi è precisata traccia nella disciplina codicistica dell'assicurazione contro i danni, ad iniziare dal fatto che l'«interesse all'assicurazione» da parte dell'assicurato, ai sensi dell'art. 1904 c.c., ne rappresenta un requisito *ad validitatem*.

Per non parlare del principio indennitario espresso dall'art. 1905 c.c.

In definitiva, non è tanto la natura oggettiva dell'evento dal quale sorge l'obbligazione dell'assicuratore che distingue l'assicurazione dalla scommessa, bensì l'identità del soggetto giuridico al cui patrimonio quell'evento reca danno.

Ed è, quindi, la lesione dell'interesse assicurato a qualificare giuridicamente il sinistro, non l'evento dannoso in sé considerato (e cioè a prescindere dalla effettiva lesione di quell'interesse).

⁽²⁸⁾ LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto*, Milano, 2008, II, 267. Nello stesso senso: FANELLI, *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 70; GIAMPAOLINO, *Le assicurazioni l'impresa - i contratti*, Torino, 2013, 336; FARSACI, *L'assicurazione di tutela legale e di assistenza*, Milano, 2008, 59.

⁽²⁹⁾ Il tratto distintivo dell'assicurazione era stato, infatti, individuato nel *dominium* «*seu interesse assicurari*» da CASAREGIS, *Discursus legales de commercio in duos tomos distributi*, Firenze, 1719, Disc., n. 1. Tale impostazione era stata poi pacificamente recepita dalla dottrina: «Il primo principio è che l'assicurazione non può mai essere una scommessa da cui differisce essenzialmente. L'assicurazione si fa fra quello cui appartiene la cosa e l'individuo che, non avendo verun interesse alla sua proprietà, prende sopra di sé il pericolo; la scommessa s'effettua tra due persone delle quali né l'una né l'altra ha interesse alla cosa» (GRUN-JOLIAT, *Trattato delle assicurazioni terrestri e dell'assicurazione sulla vita dell'uomo*, I trad. it., Mantova, 1829, 26); «L'assicurazione marittima, che garantisce col premio di uno il timore dell'altro nel proprio capitale posto pel viaggio pel mare, non è un contratto di scommessa. La scommessa è fondata sull'opinione o sul capriccio di de o più contraenti» (CESSARI, *Principii della giurisprudenza commerciale*, Macerata, 1840, 234).

⁽³⁰⁾ Se assicuro la mia nave per il rischio del naufragio stipulo un'assicurazione, ma se metto in gioco una somma di denaro sul naufragio della nave altrui faccio una scommessa.

6. DISCIPLINA LEGALE DELL'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE E NOZIONE DI SINISTRO

Questa constatazione evidenzia di per sé sola l'erroneità concettuale della tesi prospettata dal Collegio remittente, secondo la quale, nell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro dovrebbe inderogabilmente consistere nella mera «causazione, da parte dell'assicurato, d'un danno a terzi, del quale debba rispondere» ovvero nella «commissione d'un illecito aquiliano da parte dell'assicurato» e, si badi, solamente in questo fatto.

Infatti, l'illecito dell'assicurato può cagionare danno ad un terzo, ma, di per sé solo, non ne causa alcuno all'assicurato stesso.

Il patrimonio che esso pregiudica è quello del danneggiato, non già quello del danneggiante-assicurato.

L'interesse che esso colpisce è quello altrui, non quello dell'assicurato.⁽³¹⁾

Perciò, se in questo solo consistesse il «sinistro» dal quale deriva l'obbligazione di un contraente di pagare all'altro una somma di denaro, si rischierebbe di dar luogo ad una scommessa, e non ad un'assicurazione.

Invero, in tal modo il danneggiante percepirebbe un lucro per il solo avverarsi di un evento dannoso per l'altrui patrimonio, a prescindere dall'effettiva sussistenza di un (ulteriore e diverso) pregiudizio subito dal proprio.

Ciò in quanto al danno patito dal terzo potrebbero non seguire né una sua richiesta di risarcimento, né un depauperamento del patrimonio dell'assicurato.⁽³²⁾

Perciò le premesse del sillogismo coniato dall'ordinanza in esame, se correttamente riformulate, in realtà, finiscono per invalidare proprio la conclusione da essa prospettata.

Non meno scivoloso è l'altro argomento relativo al fatto per cui, «nell'assicurazione contro i danni» il sinistro s'identifica col «rischio concreto», il quale si pone in «rapporto di circolarità» col «rischio astratto» e rappresenta l'avveramento di quest'ultimo.

Se, infatti, nell'assicurazione della responsabilità civile, per «rischio astratto», deve intendersi quello di un impoverimento del patrimonio dell'assicurato, pare veramente difficile sostenere che quello «concreto» possa ravvisarsi nella mera «causazione, da parte dell'assicurato, d'un danno a terzi del quale debba rispondere», anziché nell'esborso che produca l'effetto di impoverire concretamente quel patrimonio.

Infatti, nell'assicurazione contro i danni, nessuno dubita che il «rischio concreto» sia costituito dalla perdita patrimoniale subita dall'assicurato, e non da altro.

E, ai fini di quella della responsabilità civile, invece, nessuna «concreta» perdita implica per il patrimonio dell'assicurato l'illecito da questi compiuto ovvero il danno che così cagionato al patrimonio del terzo.⁽³³⁾

Risultano pertanto vani gli sforzi che l'ordinanza prodiga nel tentativo di affermare una «naturale» inderogabilità, ancorché non prevista dall'art. 1932 c.c., del paradigma negozia-

⁽³¹⁾ Si badi che in tal senso si è espressa pure la già citata pronuncia delle Sez. Un. civ. n. 9140/2016: «...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».

⁽³²⁾ In tal caso, invero, «la mancanza di richiesta di risarcimento da parte del danneggiato evita il danno al patrimonio dell'assicurato: l'assicurato, nonostante la responsabilità civile, non ha diritto all'indennizzo» (BORTIGLIERI, *op. cit.*, 282).

⁽³³⁾ In proposito si veda, in particolare: FANELLI, *Le assicurazioni*, Milano, 1973, I, 107.

le che essa ravvisa nel comma 1 dell'art. 1917 c.c. e di sostenere che una diversa configurazione del « sinistro », rispetto a quella che tale disposizione (a suo parere) individuerrebbe, sarebbe suscettibile di « sovvertire la funzione e la natura del contratto d'assicurazione ».

Vero è che né la disciplina legale dell'assicurazione contro i danni, né quella dell'assicurazione della responsabilità civile dettano una precisa nozione di « sinistro »; ma piuttosto vi pongono un limite, quale si desume dall'indispensabilità dell'interesse dell'assicurato prescritta dalla legge, perché questo solo qualifica un « rischio astratto » come « assicurabile » e distingue l'assicurazione dalla scommessa.

60 Solamente in questi precisi termini può, quindi, sostenersi che « la peculiare struttura del contratto di assicurazione riverberi sull'autonomia negoziale, limitandola », come sostiene l'ordinanza in esame.

E poiché, a norma dell'art. 1904 c.c., l'assicurato deve avere interesse all'assicurazione, quella della responsabilità civile dovrà riguardare il suo patrimonio, come infatti prevede il comma 1 dell'art. 1917 c.c. (34).

Nessun altro vincolo legale hanno i contraenti nel definire cosa debba intendersi per sinistro.

7. RISCHIO ASSICURATO E SINISTRO NELL'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

Escluso che l'identificazione pattizia del sinistro nella richiesta di risarcimento riferita all'illecito dell'assicurato attribuisca al contratto il carattere della scommessa (perché ciò che rileva in contrario è che l'interesse assicurato sia quello inerente alla conservazione del patrimonio di uno dei contraenti), occorre riconoscere che la medesima pattuizione non determina alcuna atipicità, né del contratto stesso, né della clausola (ammesso che un tal genere di atipicità, del tutto estranea al sistema di autonomia negoziale delineato dall'art. 1322 c.c., davvero abbia cittadinanza nel nostro ordinamento (35)).

Anzitutto, che dalla disciplina legale dell'assicurazione della responsabilità civile si potesse desumere una nozione di sinistro vincolata all'illecito dell'assicurato era più che legittimo dubitare già prima delle recenti novità legislative che si sono dianzi richiamate.

La tesi favorevole a quella interpretazione, infatti, si fondava, da un lato, su una lettura ormai fossilizzata del comma 1 dell'art. 1917 c.c. (36) e, dall'altro, sulla sua decontestualiz-

(34) Salvo il caso dell'assicurazione per conto altrui, per la quale però l'art. 1891 c.c. prevede che il diritto all'indennizzo compete al soggetto il cui patrimonio sia stato depauperato, e cioè pur sempre all'assicurato, seppur si tratta di un soggetto diverso dal contraente. Ciò a riprova che è l'« interesse all'assicurazione » che qualifica come tale il contratto di assicurazione della responsabilità civile, e non la nozione di sinistro rilevante ai suoi fini.

(35) Il comma 2 dell'art. 1322 c.c. contempla l'ipotesi dell'atipicità del contratto, e non quella di sue singole clausole. Quest'ultima, peraltro, sarebbe una contraddizione in termini: poiché è proprio la singola clausola recante l'elemento extratipico a determinare l'atipicità del (l'intero) contratto, non è dato comprendere come, in presenza di una clausola extratipica, ad essere atipica potrebbe essere quest'ultima, anziché il contratto cui essa accede. Per di più, accogliendo questa tesi, si dovrebbe concludere che ad essere atipica sarebbe sempre, ed invariabilmente, la clausola, e non il contratto, il che contraddice il chiaro disposto della citata disposizione codicistica. In proposito, mi permetto di rinviare al mio *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, cit., 1390 ss. (spec. § 4).

(36) In dottrina si è, invero, perspicuamente osservato 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'assicura-

zazione rispetto alle altre norme rilevanti a tal fine, quali indubbiamente sono gli artt. 1882, 1905 e 2952 c.c. ⁽³⁷⁾.

Com'è noto, quella tesi, accanto a molti sostenitori ⁽³⁸⁾, storicamente annoverava in dottrina non pochi oppositori ⁽³⁹⁾, secondo i quali «l'obbligo indennitario dell'assicuratore permane in uno stato potenziale fino a quando il patrimonio dell'assicurato non sia in concreto minacciato di 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» ⁽⁴⁰⁾.

E, in tal senso, com'è noto, si erano espresse pure le Sezioni Unite, pronunciandosi sulla clausola *claims made* ⁽⁴¹⁾, così esprimendo un orientamento col quale il Collegio remittente si pone in rotta di collisione.

Questa diversità di opinioni ⁽⁴²⁾ non è casuale.

È stato, invero, giustamente osservato come «il sinistro nelle assicurazioni della re-

zione della responsabilità civile, come tale... inidonea ad esprimere un precetto normativo o a delimitare la fattispecie stessa». Ciò tanto più che il paradigma dell'art. 1917 c.c. cristallizzava «la rappresentazione» del suddetto «presupposto di fatto che il redattore storico» del codice civile «aveva al momento della redazione della norma», vincolata a quei sinistri *qui unico actu perficiuntur*, nei quali illecito e danno si manifestano entrambi istantaneamente e del tutto ignara della fenomenologia dei danni «lungolateni»; per rispondere alla quale solo negli ultimi decenni del secolo scorso venne inizialmente ideata la clausola *claims made* (DE LUCA, *Act committed, loss occurrence, e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, cit., 726).

⁽³⁷⁾ Anche a questo proposito mi sia consentito rinviare al mio *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli*, cit.

⁽³⁸⁾ 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; DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in *Responsabilità e Assicurazione, Trattato della Responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2007, 107 ss.; DE STRÖBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, 203.

⁽³⁹⁾ 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; SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, 563; CORRIAS, *op. cit.*, 656 ss.; DE GREGORIO-FANELLI-LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 162; FARENGA, *Diritto delle assicurazioni*, Torino, 2006, 184; FACCI, *op. ult. cit.*, 1145; VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, 6; ANTONUCCI, *Frassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, 154.

⁽⁴⁰⁾ VERNIZZI, *op. cit.*, 870.

⁽⁴¹⁾ «...nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende tralasciare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo — e specularmente nessun obbligo di manleva — insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo» (Sez. Un. civ. n. 9140/2016, cit.).

⁽⁴²⁾ Fra l'altro, è stato puntualmente osservato che l'ordinanza «sembra aver trascurato alcune riflessioni circa la nozione di sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile maturate sotto il vigore del codice del commercio, anch'esse dunque risalenti ma non di così lunga data; che avevano indotto la dottrina ad interrogarsi, in assenza di una chiara disposizione codicistica sul punto, se il sinistro coincidesse con il fatto illecito oppure con la richiesta risarcitoria, ritenendo taluno (28) che dovesse distinguersi tra "sinistro" e "sinistro giuridico", quest'ultimo da identificarsi nella pretesa risarcitoria. Per altro verso, non è inutile evidenziare che il vigente codice civile, pur avendo sposato una nozione generale di sinistro quale accadimento produttivo di effetti dannosi (art. 1882 c.c.), almeno in un caso conferisce rilievo alla richiesta di risarcimento del danno (ossia al "sinistro giuridico") e non al fatto illecito, segnatamente allorché l'art. 2952, comma 2, c.c., individua nella richiesta del terzo il momento in cui inizia a decorrere il termine di prescrizione biennale del diritto alla manleva nei confronti dell'assicuratore. Scelta giustificata proprio dalla considerazione che solo con la richiesta risarcitoria

sponsabilità civile si presenta come un fenomeno complesso», perché la serie causale che dà luogo all'insorgere dell'obbligazione dell'assicuratore è scomponibile in «almeno quattro momenti, astrattamente idonei a corrispondere al sinistro rilevante per la decorrenza degli effetti che la legge vi riconnette», rappresentati dal «fatto dannoso generatore della responsabilità verso il terzo»; cui «possono far seguito, nell'ordine, la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, il riconoscimento giudiziale o convenzionale della responsabilità da parte dell'assicurato, il pagamento del risarcimento»⁽⁴³⁾.

Proprio la complessità degli antecedenti causali del diritto dell'assicurato per la responsabilità civile e, parallelamente, dell'obbligo dell'assicuratore, giustificano la varietà di pareri in merito a quale o quali fra questi diversi fatti integrino la nozione di sinistro.

Occorre, per di più, rammentare che nelle assicurazioni contro i danni il termine sinistro viene impiegato con diverse accezioni, con esso intendendosi tanto «l'evento causa del danno», quanto «sia un evento eziologicamente rilevante, sia la lesione dell'interesse, da questo dipendente, coperto dall'assicurazione»⁽⁴⁴⁾.

Queste considerazioni paiono più che sufficienti a dimostrare come, quale che sia la nozione di sinistro che s'intende accogliere ai fini dell'assicurazione della responsabilità civile, non possa predicarsi che questa rappresenti un paradigma inderogabilmente imposto dall'art. 1917 c.c. ovvero dalla natura giuridica stessa del tipo contrattuale dell'assicurazione contro i danni o del suo specifico sottotipo di cui si discute (al punto di affermare, come fa l'ordinanza in esame, che il suo abbandono possa addirittura «sovertire la funzione e la natura del contratto d'assicurazione»).

A riprova di quest'ultima constatazione si può addurre un semplice argomento comparatistico.

Basterà citare, in proposito, quanto dispone l'art. 124 del *Code des assurances* francese: «Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé. Au sens du présent chapitre, constitue un sinistre tout dommage ou ensemble de dommages causés à des tiers, engageant la responsabilité de l'assuré, résultant d'un fait dommageable et ayant donné lieu à une ou plusieurs réclamations»⁽⁴⁵⁾.

si concretizza il danno, effettivo che la compagnia è chiamata ad indennizzare (e senza che ciò possa indurre l'interprete a dubitare che il contratto "tipo" di assicurazione abbia come riferimento il sinistro invece del sinistro giuridico)» (MAGNI, *op. cit.*, 474).

⁽⁴³⁾ DE LUCA, *op. cit.*, 107 s.; nello stesso senso: BOTTIGLIERI, *op. cit.*, 282.

⁽⁴⁴⁾ DE LUCA, *op. cit.*, 107, che rinvia pure a FANELLI, *op. cit.*, 107; VOLPE PUTZOLI, *L'assicurazione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, V, *Obbligazioni*, Torino, 1985, 116. L'Autore in questione significativamente precisa che «è il sinistro in questo secondo significato [e cioè di lesione dell'interesse assicurato] che nelle assicurazioni contro i danni determina l'insorgenza dell'obbligazione attuale dell'assicuratore a corrispondere l'indennità, mentre si ritiene essere la prima delle due accezioni quella fatta propria dal legislatore nel codice civile, ove parla del "sinistro"». Pertanto, anche chi condivide quest'ultimo assunto, come il Collegio remittente, dovrebbe riconoscere che i contraenti siano comunque liberi di convenire cosa debba intendersi per sinistro ai fini di determinare quando insorga l'obbligazione dell'assicuratore, tanto più se pattuiscono che per tale debba intendersi la concreta lesione dell'assicurato. Essendo chiaro che la clausola contrattuale di cui si discute è diretta proprio a questo fine, e cioè a predeterminare il fatto dal quale deriva l'obbligazione indennitaria dell'assicuratore, è giocoforza, anche per tal motivo, ritenere che essa sia espressione dell'autonomia contrattuale consentita dall'art. 1322 c.c. In proposito si veda anche MAGNI, *op. cit.*, 474.

⁽⁴⁵⁾ Nell'assicurazione di responsabilità civile, l'assicuratore è responsabile solo se, a seguito dell'evento dannoso previsto nel contratto, viene presentata una richiesta amichevole o giudiziaria all'assicurato dalla parte

Si noti come la norma espliciti la nozione di sinistro in funzione del sorgere dell'obbligazione dell'assicuratore, precisando che per tale debba intendersi solo il fatto dannoso assicurato cui sia seguita una richiesta di risarcimento.

Col risultato di configurare il sinistro di responsabilità civile come una fattispecie complessa, il cui momento perfetto è costituito proprio dal ricevimento di una richiesta di risarcimento (giudiziale o stragiudiziale) da parte dell'assicurato, esattamente com'è previsto nella clausola contrattuale che era stata sottoposta al vaglio del Collegio remittente (e come è tipico delle clausole *claims made*).

8. I PARADOSSI PAVENTATI DALL'ORDINANZA

È, dunque, evidente, che il legislatore francese non ha ravvisato nell'identificazione del «*sinistro... in un fatto diverso dalla commissione di un illecito aquiliano da parte dell'assicurato*», bensì in una fattispecie più ampia di questo, perché comprensiva della richiesta del danneggiato, quelle «*conseguenze paradossali*» che, invece, l'ordinanza annotata paventa.

E, invero, i paradossi addotti dal Collegio remittente non paiono reggere ad una verifica critica, primo fra tutti quello per cui «*la richiesta di risarcimento*» non sarebbe un «*fatto dannoso*».

Premesso che, se così fosse, si dovrebbe ritenere che per l'assicurato essa sia un fatto, se non vantaggioso, quanto meno irrilevante, il che palesemente non è, poiché consiste in una richiesta di pagamento che, come tale, rappresenta una minaccia per il suo patrimonio.

Ma, ciò che più conta, il carattere pregiudizievole di tale evento deve esser valutato nella prospettiva del contratto di cui si discute, ai fini del quale, come si è visto, ciò che rileva è l'interesse assicurato, e cioè quello all'integrità del patrimonio assicurato.

E questo interesse è certamente minacciato dalla richiesta risarcitoria del terzo, ben più di quanto non lo sia dal mero accadimento dell'illecito.

Né in contrario, ponendosi su un piano astrattamente formalistico, può obiettarsi che con quest'ultimo sorge l'obbligazione risarcitoria dell'assicurato, perché un'obbligazione (fra l'altro ancora illiquida e non ancora esigibile) non è una perdita patrimoniale, ragion per cui, rimanendo sullo stesso piano, si potrebbe agevolmente replicare che tanto meno essa, di per sé sola, potrebbe rappresentare l'«*evento dannoso*» previsto dall'assicurazione.

Si rammenti, poi, che la clausola contrattuale scrutinata, laddove identifica il sinistro non già nella «*richiesta di risarcimento*», come inesattamente sostiene l'ordinanza, bensì nella «*richiesta di risarcimento di danni per i quali è prestata l'assicurazione*», fa riferimento all'anzidetta fattispecie complessa, che quell'illecito comprende.

Essa, tuttavia, ne sancisce la rilevanza giuridica, ai fini del contratto di assicurazione, solo nel momento in cui il danneggiato dall'illecito trae da esso motivo per manifestare la propria volontà di aggredire il patrimonio dell'assicurato, così determinando il perfezionarsi dell'anzidetta fattispecie a formazione progressiva.

Curioso è, poi, l'assunto per cui, così definendo il sinistro, l'obbligo di salvataggio si dilaterrebbe al punto di imporre all'assicurato di rendersi «*irreperibile alle richieste del*

danneggiata. Ai fini del presente capitolo, costituisce un sinistro qualsiasi danno o insieme di danni causati a terzi, implicanti la responsabilità dell'assicurato, derivanti da un evento dannoso e che danno origine a una o più richieste di risarcimento.

terzo», ciò che evidentemente non è, poiché l'obbligo legale in questione non può certo estendersi fino ad esigere comportamenti contrastanti col generale dovere di correttezza e di buona fede.

A tacer del fatto che, proprio con riguardo all'assicurazione della responsabilità civile, il comma 4 dell'art. 2952 c.c. prescrive all'assicurato di comunicare all'assicuratore tale richiesta, presupponendo quindi che ben possa prestarsi a riceverla.

L'esasperazione retorica degli argomenti adottati *a contrariis* dall'ordinanza risulta chiaramente ove si consideri che se da un lato si prospetta una simile latitudine dell'obbligo di salvataggio, dall'altro si ignora del tutto quello stesso obbligo, quando si lamenta che una simile definizione di sinistro impedirebbe all'assicurato di eseguire «lo spontaneo pagamento del debito» risarcitorio al danneggiato che ancora non glielo abbia richiesto.

Ed ancora, quando si afferma che l'assicurato non avrebbe «un interesse contrario alla richiesta risarcitoria» perché invece sarebbe interessato a che questa gli pervenga «nel termine di efficacia contrattuale», per non perdere il diritto ad essere indennizzato, non ci si avvede che questa osservazione non fa di certo della medesima richiesta un atto conforme all'interesse dell'assicurato, che è semmai quello di non riceverlo affatto.

Né tale atto può dirsi giovevole, o irrilevante per l'interesse assicurato, ma piuttosto contrario ad esso, poiché innegabilmente reca una concreta minaccia all'integrità del patrimonio oggetto di assicurazione.

In questo caso l'argomento si fonda su una palese confusione tra la lesione di detto interesse giuridicamente rilevante ai fini dell'assicurazione (che la richiesta indubbiamente produce) col diverso interesse (peraltro di mero fatto) che l'assicurato può avere a ricevere la medesima richiesta, se proprio essa dovesse concretizzarsi, «nel termine di efficacia contrattuale». Ciò a tacer del fatto che quest'ultimo interesse potrebbe anche non sussistere, come nel caso che l'assicurato, successivamente alla cessazione di un contratto, ne abbia stipulato un altro suscettibile di dar copertura alla richiesta anzidetta, essendo così indifferente per lui il momento in cui abbia a riceverla.

Più in generale, come si è già rilevato, i paradossi ipotizzati dal Collegio remittente, in realtà, non tengono conto del fatto che la clausola censurata non identifica il sinistro puramente e semplicemente nella «richiesta risarcitoria del terzo», ma nell'anzidetta fattispecie complessa ⁽⁴⁶⁾.

Poiché tale fattispecie comprende anche l'illecito aquiliano ⁽⁴⁷⁾ cui fa riferimento il

⁽⁴⁶⁾ «Si tratta di argomenti deboli... attraverso i quali, con una lettura forzata e paradossale del significato del contratto di assicurazione così strutturato, si cerca di sostenere l'illiceità, soprattutto della volontà delle parti di porre come oggetto del rischio la richiesta del danno... Affermare così che, se il sinistro coincide con la richiesta danni, vi è un interesse dell'assicurato, che denuncia la immeritevolezza del contratto, all'avveramento del sinistro (rigorosamente inteso, sotto ogni profilo, come richiesta risarcitoria), significa far finta di non aver inteso che il presupposto perché vi sia un sinistro indennizzabile è pur sempre il fatto illecito, ma che le parti hanno conferito rilievo, solo ai fini della concreta operatività della garanzia dal punto di vista temporale, al momento della richiesta risarcitoria ossia a quando il patrimonio dell'assicurato viene effettivamente minacciato» (MAGNI, *op. cit.*, 474).

⁽⁴⁷⁾ Ed anzi, per essere precisi, anche l'inadempimento contrattuale dell'assicurato, considerata l'ampia espressione da essa impiegata.

Collegio remittente per motivare i temuti effetti paradossali di un simile patto, è chiaro che questi, in realtà, non sono destinati a verificarsi ⁽⁴⁸⁾.

9. LA TIPICITÀ DEI CONTRATTI DI ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE CONNOTATI DALLA CLAUSOLA CLAIMS MADE, NELLE SUE DIVERSE VARIANTI, NEL DIRITTO VIGENTE

Ma le argomentazioni addotte dall'ordinanza in merito alla definizione di « sinistro » sono in realtà un espediente retorico per dissimulare la vera questione che s'intende (nuovamente) rimettere al vaglio del Supremo organo nomofilattico, col dichiarato intento di promuovere un suo ripensamento al riguardo dell'atipicità dei contratti che contengono la clausola *claims made*, della loro predicata immeritevolezza « *sempre e comunque* » e della loro nullità parziale, con sostituzione della clausola anzidetta con una garanzia *loss occurrence* ⁽⁴⁹⁾.

Questo è l'oggetto della seconda parte dell'ordinanza.

In proposito va subito osservato che l'ordinanza si esime però dal dimostrare l'atipicità di detti contratti, ciò che rappresenta, invece, il presupposto ineludibile per far luogo alla valutazione sulla « meritevolezza di tutela » prevista dall'art. 1322 c.c.

L'elusione di questa problematica deriva probabilmente dalla convinzione di aver provato che la nozione pattizia di « sinistro », di cui s'è detto, proietterebbe il contratto che la contempli addirittura al di fuori del territorio concettuale dell'assicurazione.

Tuttavia, come s'è visto, la fallacia degli argomenti addotti a tal fine condanna questo tentativo ad un inevitabile fallimento, per cui esso non vale affatto a dimostrare l'atipicità dei contratti contraddistinti da una clausola *claims-made*, che condizionino l'operatività della garanzia assicurativa al fatto che l'assicurato riceva la richiesta di risarcimento del danneggiato durante la vigenza del rapporto assicurativo.

Ma, come si è anticipato, e come necessariamente si dovrà tener presente in una prospettiva nomofilattica, tale atipicità, se mai è esistita, è oggi irrefutabilmente venuta meno.

La tipizzazione della clausola *claims made*, tanto nella sua variante « pura », quanto in quella « impura », da parte del legislatore ⁽⁵⁰⁾, come si è detto, ha radicalmente mutato lo scenario normativo dell'assicurazione della responsabilità civile.

Il modello della garanzia *loss occurrence*, che si riteneva consacrato nell'enunciato

⁽⁴⁸⁾ Si pensi, ad esempio, al « paradosso » afferente al fatto che la « *richiesta infondata* » sarebbe di per sé sufficiente a giustificare il recesso dell'assicuratore, ciò che palesemente non è, poiché la clausola ricollega la richiesta ad uno dei « *danni per i quali è stata prestata l'assicurazione* », per cui anche a tal fine dovrà pur sempre provarsi l'esistenza di un simile danno. Del resto, è semplice obiettare che, se si seguisse una simile linea di pensiero, si dovrebbe sostenere, che la medesima « *richiesta infondata* », integrando il « sinistro », legittimerebbe anch'essa l'assicurato a pretendere l'indennizzo previsto dal contratto...

⁽⁴⁹⁾ Peraltro l'auspicio del Collegio è diretto a far riconoscere l'immeritevolezza della clausola solo « *nella parte in cui esclude il diritto dell'assicurato all'indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto* », e quindi non nella sua interezza e, in particolare, pure nella « parte » che invece prevede tale diritto anche per il caso che la medesima richiesta gli pervenga durante la vigenza del contratto, ma sia riferita ad un illecito verificatosi precedentemente.

⁽⁵⁰⁾ Rispettivamente con l'art. 2 del d.m. 22 settembre 2016, in virtù della delega prevista dall'art. 12 della l. n. 247/2012, e con l'art. 11 della l. n. 24/2017, come si è visto.

dell'art. 1917 c.c., non è più il solo formante normativo di questo sottotipo dell'assicurazione contro i danni.

Tanto più che i modelli di *claims made*, ora normativamente tipizzati, non solo riguardano due importanti forme di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, ma, a differenza di quello delineato dall'art. 1917 c.c., hanno valenza di norme imperative.

La delimitazione temporale dell'oggetto dell'assicurazione della responsabilità civile, e la nozione stessa di sinistro, a tal fine rilevante, non fanno più riferimento ad un solo paradigma normativo, ma ad una pluralità di paradigmi, a loro volta connotati da notevoli diversità contenutistiche.

Il diritto vigente, quindi, contraddice l'opinione di chi ha sin qui sostenuto non solo l'unicità del modello normativo dell'assicurazione della responsabilità civile, identificandolo in quello della *loss occurrence*, ma ha altresì, di fatto, predicato la sua inderogabilità, in contrasto con l'espressa previsione dell'art. 1932 c.c. e sulla base di sofisticati espedienti dialettici.

L'anzidetta molteplicità di modelli alternativi introdotti dal legislatore ha definitivamente ed irrefutabilmente travolto le ragioni di tale presunta inderogabilità, fondate o meno che fossero.

E, con esse, vien ovviamente meno ogni motivo per ritenere che i contratti recanti una clausola *claims made*, pura o impura che sia, siano connotati da quell'atipicità che costituisce il presupposto della valutazione di meritevolezza.⁽⁵²⁾

Resta, pertanto, non poca perplessità il fatto che la Terza Sezione continui ad ignorare totalmente questo dato di fatto, financo nel momento in cui ritiene di sollecitare la rimessione dell'anzidetta questione alle Sezioni Unite, proseguendo, quella che appare essere una vera e propria battaglia crociata contro la clausola *claims made* (53).

(52) «E, invero, la dottrina più avvertita ha già colto che «siffatto intervento legislativo assume una profonda valenza sistemica in quanto, a dispetto delle varietà di posizioni espresse, anche dalla giurisprudenza, sulla figura, tipizza la stessa suggellando sul piano normativo» (CORNASI, *Sinistro, danno e rischio nell'assicurazione della responsabilità civile*, retro, 901). Riferendosi alla scelta compiuta dal legislatore con l'art. 12 della L. n. 24/2017, si è inoltre affermato: «non sembra che tale scelta possa essere sottovalutata e relegata al sistema della responsabilità medica e ciò per varie ragioni: perché si inserisce in un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle *claims made* e, come si diceva, recepisce gli esiti di quel dibattito, perché anche il decreto attuativo in tema di assicurazione obbligatoria degli avvocati adotta una soluzione simile ed entrambe sono le uniche norme sul tema successive alle sentenze di cassazione cui si faceva riferimento; perché è dettata da un sistema di assicurazione obbligatoria con il (più o meno) dichiarato scopo di rendere più efficiente il sistema a tutela dei danneggiati» (NAZZARO, *Diritto alla salute e assicurazione obbligatoria: i dubbi ancora non risolti dalla Legge sulla responsabilità medica*, in *Dir. salute*, 2018, 1, 6).

(52) «Il giudizio di meritevolezza, infatti, richiede l'atipicità del contratto o, quanto meno, del singolo patto, inserito in un contratto tipico, mentre il sistema c.d. *claims made* è stato ormai tipizzato dal legislatore in alcuni ambiti della responsabilità civile», ragion per cui «dovrebbe venir meno l'esistenza stessa del presupposto del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2°, cod. civ., impiegato dalla giurisprudenza di legittimità — partire dal noto arresto delle Sez. Un. n. 9140/2016 — per scrutinare la validità della clausola *claims made*» (FACCI, *op. cit.*, 109 s.).

(53) «Ciò che suscita (ancora una volta) perplessità è il metodo seguito dal Collegio della III Sezione che pare non darsi pace nella battaglia contro il *claims made*, fino ad utilizzare un caso concreto, apparentemente poco pertinente, a pretesto per sollecitare le Sezioni Unite ad un radicale ripensamento del proprio pensiero, e ciò a distanza di meno di due anni. E senza neanche prendere in considerazione la parallela evoluzione legislativa in tema di assicurazione per la responsabilità civile dei professionisti. In particolare, la singolarità del percorso

Tale indefesso impegno⁽⁵⁴⁾, fondato su argomentazioni assai elaborate, ma facilmente resistibili, non appare per nulla giustificato proprio alla luce del mutato scenario normativo, che la Sezione si ostina ad ignorare.

10. I CARATTERI PROPRI DEL SOTTOTIPO CONTRATTUALE DELL'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE E LA CLAUSOLA CLAIMS MADE

Ciò detto, occorre però ribadire che già prima delle nuove norme la tesi dell'atipicità dei contratti connotati dalla clausola *claims made* era chiaramente insostenibile.

In proposito occorre premettere che la dottrina ha da tempo indicato nella causa l'elemento identificativo del « tipo » contrattuale⁽⁵⁵⁾ è nei « requisiti ed effetti extratipici » (che si aggiungono a quelli propri del tipo) quello qualificante del « sottotipo »⁽⁵⁶⁾. In particolare, a proposito di quest'ultimo, si è precisato che si ha « sottotipo » solo quando si possa dire che esso è connotato da « un elemento non contemplato come essenziale nello schema del tipo » contrattuale⁽⁵⁷⁾.

Rispetto al « tipo » dell'assicurazione contro i danni, il « sottotipo » di quella della responsabilità civile non può che essere connotato dall'elemento extratipico rappresentato dalla peculiare tipologia del rischio garantito, inerente ai danni causati all'assicurato dalla propria responsabilità civile (rischio questo che è correlato al suo interesse a tutelare l'integrità del proprio patrimonio dalle altrui pretese risarcitorie⁽⁵⁸⁾).

Quindi, la nota caratteristica di questo specifico sottotipo è data dal fatto che il danno subito dal patrimonio dell'assicurato non consiste nella perdita o nel danneggiamento di una cosa in esso compresa, bensì nell'esborso del risarcimento richiesto da un terzo che abbia patito un danno di cui l'assicurato stesso debba civilmente rispondere e quindi, in

motivazionale tracciato dall'ordinanza nel far leva sulla garanzia postuma trova conferma nella constatazione che i recenti interventi legislativi. — la c.d. Legge Gelli (8 marzo 2017, n. 24) e il d.m. Giustizia 22 settembre 2016 — hanno dettato le disposizioni sulle condizioni essenziali delle polizze di responsabilità civile medica e degli avvocati, del tutto trascurati dall'ordinanza in commento ma anche dalla ricordata sent. n. 10506/2017, imponendo una retroattiva sostanzialmente illimitata, mentre la postuma è prevista solo per l'ipotesi della cessazione dello svolgimento della professione. Tale omissione poteva essere considerata un peccato veniale nella sentenza del 2017, vista la allora recente approvazione delle suddette norme, ma è più grave adesso, non potendo essere ignorato il significato dell'intervento legislativo » (MAGNI, op. cit., 476).

⁽⁵⁴⁾ Intrapreso già con Cass. civ. 28 aprile 2017, n. 10506; cit. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, 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; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso-Santoro-Passarelli, 1977, 125; CATADELLA, *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.

⁽⁵⁵⁾ CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, I, 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 ».

⁽⁵⁶⁾ CATADELLA, *Spunti sulla tipologia del rapporto di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, 80.

⁽⁵⁷⁾ « 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 » (ROSSIGNI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, Padova, 2013, 43).

definitiva; di un pregiudizio risentito da un patrimonio diverso da quello dell'assicurato stesso.

Ciò detto, è semplice constatare, per un verso, che la clausola *claims made*, nelle sue diverse varianti, non altera per nulla questo elemento extratipico dell'assicurazione della responsabilità civile, mentre, per altro verso, che una simile valenza differenziatrice, rispetto ai caratteri del tipo contrattuale dell'assicurazione contro i danni, non presenta affatto l'enunciato dell'art. 1917 c.c., laddove prevede che il «fatto» imputabile all'assicurato debba verificarsi «durante il tempo dell'assicurazione».

Tale «elemento temporale» è, invero, comune a tutte le fattispecie appartenenti al *genus* contrattuale dell'assicurazione contro i danni.

Invero, per essere indennizzabile, l'incendio che fa perire il fabbricato, così come il furto di una cosa ovvero il naufragio che cagiona la perdita della nave assicurata debbono anch'essi avvenire «durante il tempo dell'assicurazione», e non prima o dopo di esso.

Pertanto, l'anzidetto «elemento temporale» non possiede alcun carattere extratipico, in grado come tale di connotare il «sottotipo» anzidetto.

Non solo.

È altresì evidente che il medesimo «elemento temporale» non incide affatto sulla causa del contratto di assicurazione contro i danni, modificandola o integrandola in qualche modo ⁽⁵⁹⁾ e contribuendo per questa via a connotare l'anzidetto «sottotipo» rispetto al «tipo» di riferimento.

Ma se l'anzidetto «elemento temporale» non costituisce un dato caratterizzante del «sottotipo» dell'assicurazione della responsabilità civile, non si vede come una clausola che su di esso incida, modificando il paradigma espresso dal comma 1 dell'art. 1917 c.c., come la *claims made*, avrebbe potuto determinare l'atipicità del contratto di assicurazione che la conteneva.

A maggior ragione perché detta clausola non incide affatto sulla causa del contratto, com'è pacifico ⁽⁶⁰⁾.

Di ciò, come si è già osservato, si erano mostrate convinte le stesse Sezioni Unite, nel loro arresto del 2016.

Né va dimenticato, poiché si tende spesso a farlo, che l'autonomia privata era e resta sovrana quanto all'individuazione dell'oggetto del contratto di assicurazione contro i danni,

⁽⁵⁹⁾ La rilevanza della causa ai fini della connotazione del tipo contrattuale è stata affermata in dottrina: «il tipo è per lo più definito per riferimento alla causa del contratto... il contratto atipico è dunque generalmente percepito come contratto avente una causa atipica, non sussumibile in alcuna» dei tipi contrattuali definiti dalla legge (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). Tale opinione è pacificamente accolta dalla giurisprudenza: 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.

⁽⁶⁰⁾ «La clausola *claims made* circoscrive — come riconosciuto dalle Sezioni Unite del 6 maggio 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**, cit.; nello stesso senso: CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola *claims made* nei mercati internazionali*, cit.; MAZZOLA, *Le polizze *claims made* al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni a margine*, cit.).

dal momento che è lo stesso art. 1905 c.c.⁽⁶³⁾ 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»⁽⁶⁴⁾.

È, quindi, evidente che la clausola *claims made*, laddove pone un limite alla prestazione dell'assicuratore, non è suscettibile di determinare l'atipicità del contratto cui accede rispetto al «sottotipo» dell'assicurazione della responsabilità civile⁽⁶⁵⁾.

Ciò nondimeno, tale inesistente atipicità è divenuta un postulato della giurisprudenza di legittimità e ha dato luogo ad una vulgata prontamente diffusasi presso i giudici di merito:

La consapevolezza dell'evidente infondatezza teorica di questa tesi può essere stata la ragione che ha indotto il Collegio remittente a percorrere la diversa via del supposto conflitto della nozione di «sinistro» implicata dalla *claims made* col disposto dell'art. 1917 c.c., con l'intento di pervenire egualmente al risultato auspicato (la sua messa al bando «sempre e comunque») ⁽⁶⁴⁾.

Ma poiché questo percorso argomentativo si rivela un vicolo cieco, come s'è visto, si deve constatare che neppure per questa strada potrebbe affermarsi l'atipicità del contratto connotato da una *claims made* rispetto al «sottotipo» dell'assicurazione della responsabilità civile.

Va da sé che, se un simile contratto non è atipico, non v'è motivo per farne oggetto della valutazione di meritevolezza prevista dal comma 2 dell'art. 1932 c.c. e quindi per poterne dichiarare la nullità, sia essa totale (alla stregua del comma 1 dell'art. 1419 c.c.) o parziale (in virtù del comma 2).

11. UN'OSSERVAZIONE CONCLUSIVA
Queste considerazioni esimono dall'analizzare gli ulteriori argomenti distillati dall'ordi-

⁽⁶³⁾ Che in ciò riflette il principio dettato dall'art. 1882 c.c., quando definisce l'assicurazione come «il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti...».

⁽⁶⁴⁾ 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.

⁽⁶⁵⁾ «Quanto, alla pretesa deroga, all'art. 1917, comma 1, va osservato... che... non si potrebbe comunque ritenere una deroga (all'art. 1917 c.c.) tipizzante e, quindi, sostenere l'atipicità del contratto con clausola *claims made*, perché il rischio, in ogni caso, resta quello della responsabilità civile, che rientra tra i rischi coperti dalle assicurazioni del patrimonio (dell'assicurato), garantiti dalle assicurazioni contro i danni, tutte classificazione di tipi e sottotipi che, in conformità con l'art. 1882 c.c., fanno riferimento alla natura del rischio, del "fatto" o evento dannoso, e non alla mera delimitazione temporale del suo accadimento» (BOTTIGLIERI, op. cit., 274).

⁽⁶⁶⁾ E, infatti, l'ordinanza, nel respingere le difese della società controncorrente in merito all'inesistenza della tipicità della clausola *claims made*, bolla l'argomento come «manifestamente infondato» perché «per la nostra legge, "sinistro" può essere solo un fatto dannoso e non voluto, e nell'assicurazione della r.c. tali requisiti li possiede il "fatto" rappresentato dal sorgere della responsabilità dell'assicurato, non il "fatto" rappresentato dall'inoltro di una richiesta risarcitoria» (assunto quest'ultimo che, per le ragioni già illustrate, è, in realtà, destituito di qualsiasi fondamento).

nanza in esame in merito alla natura della valutazione di meritevolezza ed ai criteri cui questa dovrebbe ispirarsi nel caso della clausola *claims made* ⁽⁶⁵⁾.

Esse inducono, però, a domandarsi per qual motivo si perseveri nel predicare un'atipicità dei contratti da essa connotati quando questi sono stati sussunti dal diritto positivo, nei termini dianzi illustrati ⁽⁶⁶⁾.

Tale constatazione, al contrario di quel che ritiene l'ordinanza annotata, imporrebbe semmai alle Sezioni Unite una revisione del proprio precedente orientamento diretta non solo a rimediare alle vistose aporie della sentenza n. 9140/2016 ⁽⁶⁷⁾, ma anche a tener conto dei radicali mutamenti del panorama normativo di riferimento intervenuti solo pochi mesi dopo tale pronuncia.

⁽⁶⁵⁾ In proposito ci si limita ad osservare che, secondo il Collegio remittente, tale valutazione dovrebbe «*investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito*», facendo così indiretto riferimento al sinallagma contrattuale o, meglio, al regolamento di interessi espresso da quest'ultimo e quindi al «*rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio il diritto all'indennizzo*» (come icasticamente affermato da Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Guida dir.*, 2014, 19, 70, con nota di MARTINI). Ovviamente, una simile valutazione dovrebbe riguardare proprio l'effettiva corrispettività tra la misura del rischio assicurato e quella del premio pagato, ciò che ovviamente dovrebbe farsi sulla base di un'adeguata stima attuariale del primo e di un successivo raffronto con l'entità del secondo [«*L'assunzione dell'obbligo di garanzia ed il pagamento del premio risultano tra loro avvinti dal sinallagma genetico*» (BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione*, in *Il codice civile commentato*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano 2012, 28)]. Si noti, invece, come i «*criteri*» che la Terza Sezione intenderebbe dettare a questi fini facciano invece esclusivo riferimento al contenuto della «*clausola claims made che escluda le richieste postume*» e prescindano totalmente dall'anzidetta valutazione di «*corrispettività*». Non solo: lo specifico contenuto dei medesimi criteri, in realtà, contraddice l'anzidetta premessa programmatica adottata dal Collegio remittente, poiché non sono affatto diretti a valutare il «*risultato*» prodotto dal contratto, e cioè l'equilibrio tra le due prestazioni previste dall'accordo sinallagmatico, ma proprio ed esclusivamente un aspetto del «*contratto in sé*», e cioè gli effetti giuridici prodotti da una sola di tali prestazioni. In proposito, comunque, mi permetto di rinviare, per una più compiuta critica, ancora una volta al mio *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli*, cit., spec. § 8.

⁽⁶⁶⁾ Interrogativo, questo, che non siamo i soli a porci: «*Ciò che suscita (ancora una volta) perplessità è il metodo seguito dal Collegio della III Sezione che pare non darsi pace nella battaglia contro il claims made, fino ad utilizzare un caso concreto, apparentemente poco pertinente, a pretesto per sollecitare le Sezioni Unite ad un radicale ripensamento del proprio pensiero, e ciò a distanza di meno di due anni. E senza neanche prendere in considerazione la parallela evoluzione legislativa in tema di assicurazione per la responsabilità civile dei professionisti. In particolare, la singolarità del percorso motivazionale tracciato dall'ordinanza nel far leva sulla garanzia postuma trova conferma nella constatazione che i recenti interventi legislativi — la cd. Legge Gelli (8 marzo 2017, n. 24) e il d.m. Giustizia 22 settembre 2016 — hanno dettato le disposizioni sulle condizioni essenziali delle polizze di responsabilità civile medica e degli avvocati, del tutto trascurati dall'ordinanza in commento ma anche dalla ricordata sent. n. 10506/2017, imponendo una retroattiva sostanzialmente illimitata, mentre la postuma è prevista solo per l'ipotesi della cessazione dello svolgimento della professione. Tale omissione poteva essere considerata un peccato veniale nella sentenza del 2017, vista la allora recente approvazione delle suddette norme, ma è più grave adesso, non potendo essere ignorato il significato dell'intervento legislativo*» (MACINI, op. cit., 476).

⁽⁶⁷⁾ In proposito rinvio, ancora una volta, al mio *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli*, cit.

