



QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE
**ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITA' CIVILE E CLAUSOLA
“CLAIMS MADE”: SEI SICURO CHE TI ASSICURI?**

Roma, Mercoledì 11 aprile 2018, Aula Magna della Corte di cassazione

REPORT

a cura della Dott.ssa Francesca Marrone¹

(con la supervisione del Consigliere Giovanni Giacalone)

PREMESSA

In data 11 aprile 2018, presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione, ha avuto luogo un convegno, organizzato dalla Struttura decentrata della Corte Suprema di Cassazione, dal titolo “Assicurazione della responsabilità civile e clausola *claims made*: sei sicuro che ti assicuri?”.

L'incontro è stato aperto dal **Dott. Giovanni Giacalone**² che, dopo aver portato i saluti del Primo Presidente della Corte di Cassazione, il Dott. Giovanni Mammone, e del Procuratore Generale della Corte di Cassazione, il Dott. Riccardo Fuzio, che non hanno potuto prendere parte all'incontro a causa di impegni istituzionali, si è brevemente soffermato ad illustrare i temi centrali del dibattito.

Dopo aver messo in evidenza la *summa divisio* delle clausole *claims made* in pure e impure, sono stati esposti in particolare i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 9140/2016 circa la non vessatorietà della clausola *claims made* e la necessità di una verifica, data la natura atipica di tale clausola, della sua meritevolezza in concreto.

Il Dott. Giacalone ha poi esposto brevemente la questione sottoposta alle Sezioni Unite dall'ordinanza n. 1465/2018, emessa dalla III Sezione Civile, sulla facoltà delle parti di individuare come “sinistro” fatti diversi da quelli previsti dal modello codicistico, evidenziando le implicazioni che tale quesito determina sulla qualificazione giuridica della clausola *claims made*, nonché più in

¹ Tirocinante ex art. 73 D.L. 69/2013 presso la Procura Generale della Corte Suprema di Cassazione

² Sostituto Procuratore generale della Corte Suprema di Cassazione

generale sul ruolo che deve essere riconosciuto all'autonomia negoziale nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile.

Infine, il Dott. Giacalone ha richiamato il sottotitolo del seminario, “sei sicuro che ti assicuri?”, che fa riferimento all'oggetto del secondo quesito posto dall'ordinanza di rimessione, ossia la possibilità che con una clausola si stabilisca che la spettanza, la misura e i limiti dell'indennizzo dipendano dalle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui è stato richiesto il risarcimento e non da quelle vigenti al momento in cui si è verificato il fatto dannoso.

Nell'introdurre il dibattito, il **Dott. Giuseppe Salmè**³ ha evidenziato la rilevanza tanto pratica quanto teorica della questione delle clausole *claims made*. Nell'affrontarla, infatti, vengono in gioco il problema della natura del contratto nell'attuale contesto normativo interno e sovranazionale, nonché quello della definizione di tipicità o atipicità del contratto e delle clausole, problema che si lega a quello della causa in concreto, e, infine, il tema del funzionamento e dei limiti della sostituzione automatica delle clausole ritenute nulle, soffermandosi sull'attuale ruolo della Corte di Cassazione.

Il relatore ha poi ricostruito il contesto all'interno del quale si muove la problematica specifica sollevata dall'ordinanza di rimessione.

Nata negli anni '80 negli Stati Uniti per fronteggiare la crisi finanziaria del mercato assicurativo derivante dall'esplosione di domande risarcitorie per far fronte ai c.d. danni lungolatenti, la clausola *claims made* è un prodotto di importazione che è arrivato nel mondo giuridico continentale nei primi anni '90. Sulla scia del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si muoveva all'interno di un'aura di diffidenza e di non proprio favore, il problema delle clausole *claims made* è approdato in Cassazione soltanto verso la metà del primo decennio successivo. I temi su cui la Suprema Corte è stata da subito chiamata a pronunciarsi sono sostanzialmente quelli che affronta ancora oggi, con la sola differenza che all'epoca si discuteva della liceità della clausola, formula con la quale prima si declinava quello che oggi postuliamo in termini di meritevolezza.

Ad avviso del Dott. Salmè l'atteggiamento della Suprema Corte rispetto a queste problematiche è stato da subito molto aperto nel recepire nel nostro ordinamento giuridico questo istituto tipico della *common law*. Con la sentenza n. 5624/2005, infatti, la Suprema Corte ha aderito alla tesi dell'atipicità e ritenuto lecita la clausola *claims made*, salvo la necessità di accertare caso per caso la vessatorietà o meno di questa clausola. Successivamente le Sezioni Unite, con la pronuncia n. 9160/2016 di cui si occuperà *funditus* la Presidente Amendola, hanno invece escluso nettamente la vessatorietà sia delle clausole *claims made* c.d. pure che di quelle c.d. impure, ritenendo che spetti al giudice di merito accertare caso per caso la meritevolezza della clausola.

Con riferimento alla pronuncia delle Sezioni Unite, il relatore ha osservato come alcune questioni siano state chiuse definitivamente, mentre altre che sembravano chiuse si sono in realtà dimostrate ancora aperte; in particolare il problema della validità, della retroattività nonché quello della meritevolezza.

Per quanto concerne, invece, il problema della tipicità o meno, si è evidenziato come questo si possa ritenere ormai risolto alla luce dei recenti interventi legislativi e ministeriali.

³ Già Presidente di Sezione della Corte Suprema di Cassazione

All'art. 11, infatti, la legge n. 24/2017 (c.d. legge Gelli), nel sancire l'obbligo delle strutture sanitarie di assicurarsi, ha espressamente fatto riferimento ad uno specifico tipo di clausola *claims made* che prevede una retroattività della copertura assicurativa rispetto agli eventi avvenuti nei dieci anni precedenti, purché denunciati nella vigenza del contratto, e in caso di cessazione dell'attività sanitaria anche un'ultrattività per le richieste risarcitorie presentate nei dieci anni successivi alla scadenza del contratto.

Analogamente il decreto ministeriale sull'obbligo di assicurazione della responsabilità degli avvocati, D.M. 22 settembre 2016, prevede una clausola *claims made* con retroattività illimitata e un'ultrattività di almeno dieci anni dalla cessazione dell'attività.

Il Dott. Salmè ha concluso con una riflessione sull'attuale ruolo della Corte di Cassazione. È infatti evidente a suo avviso che *“la Suprema Corte sta vivendo oggi giorno una crisi di ruolo che attiene alla sproporzione tra l'inadeguatezza della realtà rispetto ad un disegno normativo che è quello dell'art 65 dell'ordinamento giudiziario che corrispondeva al modello teorico di Calamandrei”*. Il relatore si è posto la domanda di cosa oggi debba effettivamente intendersi per nomofilachia ed a questo proposito, ha osservato che lo stesso art 65 risulta ambivalente perché pone accanto alla garanzia della corretta interpretazione della legge legata all'utopia dell'unica interpretazione possibile, la diversa funzione di assicurare uniformità dell'interpretazione, che declinata in termini moderni diviene la massima prevedibilità delle decisioni. Mentre la prima risulta ormai tramontata, la seconda accezione della nomofilachia presenta oggi un'indubbia valenza positiva. Garantire la prevedibilità delle decisioni risponde, infatti, non solo a intuitive esigenze dell'utente ma anche al principio del giusto processo di cui all'art 111 Cost. perché l'incertezza delle decisioni fomenta l'inflazione dei ricorsi e innesca un meccanismo perverso che porta all'irragionevole durata del processo.

Dopo aver rimarcato come la nuova formulazione dell'art. 374 c.p.c. preveda che se una sezione semplice non condivida il principio di diritto espresso da una pronuncia delle Sezioni Unite, abbia l'obbligo di rimettere la questione alle SU, a conferma di tale funzione nomofilattica, il Dott. Salmè si è soffermato sulla questione della deontologia del giudice di legittimità. Sul punto ha letto un passaggio del 1996 nel quale il Dott. Giuseppe Borrè, dopo aver definito la nomofilachia come un procedimento che tende sì all'unità ma attraverso il confronto con le diversità, ha chiarito che *“il rifiuto della concezione autoritaria della nomofilachia e la rivendicazione della soggezione solo alla legge non significa libera solitudine del singolo magistrato, ma potere e dovere di manifestare l'indipendenza nell'ambito assetto processuale in cui si opera. Quindi se si è giudici della cassazione, significa potere e dovere di intraprendere una battaglia culturale, non in funzione di sentenze corsare, ma in funzione di una laboriosa, probabilmente lenta maturazione di consensi che eventualmente porteranno ad un futuro corretto e fisiologico contrasto diacronico”*.

L'avvio del dibattito è stato affidato alla **Dott.ssa Adelaide Amendola⁴**, la quale ha ricostruito il percorso ermeneutico seguito dalle Sezioni Unite quando si sono confrontate per la prima volta con le problematiche connesse alla clausola *claims made*.

La relatrice ha preliminarmente illustrato la fattispecie oggetto di giudizio. Si trattava di un'asserita condotta di malasania, verificatasi nel 1993, per la quale la società ospedaliera convenuta in

⁴ Presidente di Sezione della Corte Suprema di Cassazione, estensore della pronuncia a S.U. n. 9140 del 2016

giudizio aveva chiamato in manleva le società assicuratrici con le quali aveva stipulato dei contratti di assicurazione con validità dal 1 febbraio 1996 al 31 dicembre 1996. Queste ultime asserivano di non essere tenute all'indennizzo, in virtù della clausola *claims made* inserita nei contratti di assicurazione, che limitava l'operatività della polizza alle sole richieste di risarcimento presentate durante la vigenza del contratto in relazione a fatti dannosi avvenuti durante lo stesso lasso temporale o nel triennio antecedente. Nel caso di specie, infatti, la richiesta di risarcimento era successiva al 31 dicembre 1996.

In primo grado era stata accolta sia la domanda di risarcimento che quella di manleva, essendo la clausola *claims made* ritenuta vessatoria e perciò invalida data l'assenza di apposita sottoscrizione. La Corte d'Appello, al contrario, aveva rigettato la domanda di manleva dopo aver accertato la validità della clausola e la sua natura non vessatoria in quanto limitativa dell'oggetto del contratto e non della responsabilità dell'assicuratore.

Prima di analizzare le singole questioni oggetto del ricorso, la Dott.ssa Amendola ha richiamato la *summa divisio* delle clausole *claims made* in due categorie: le clausole *claims made* c.d. pure, che prevedono la copertura assicurativa per le sole richieste risarcitorie presentate durante il periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dal momento in cui si sia verificato il fatto dannoso; e le clausole *claims made* c.d. impure o miste, che limitano l'obbligo di indennizzo alle sole richieste risarcitorie che non solo intervengano durante la vigenza del contratto ma che si riferiscano a fatti avvenuti nello stesso lasso temporale e, in alcuni casi, a quelli verificatisi in un periodo antecedente delimitato nel tempo, che la prassi contrattuale individua in un biennio/triennio.

La relatrice ha poi affrontato il tema della c.d. assicurabilità del rischio pregresso. In proposito, le Sezioni Unite hanno osservato che l'alea richiesta dall'art. 1895 c.c. non viene meno per il solo fatto che la condotta produttiva di danni sia precedente alla stipula del contratto di assicurazione, se le parti, ed in particolare l'assicurato, ne ignoravano la dannosità. In caso contrario, l'assicurato si esporrebbe a responsabilità *ex artt.* 1892 e 1893 c.c. per le dichiarazioni inesatte o reticenti. Si è aggiunto, inoltre, che la condotta dannosa è solo uno dei due elementi che costituiscono il rischio oggetto del contratto di assicurazione per la responsabilità civile. Chi stipula una polizza per la responsabilità civile, infatti, vuole garantirsi dal rischio di un'aggressione al proprio patrimonio, che si materializza solo quando alla condotta dannosa segua una richiesta risarcitoria. Secondo le Sezioni Unite, quindi, l'alea del contratto non viene meno finché il danneggiato non propone la richiesta di risarcimento.

La Dott.ssa Amendola ha, inoltre, evidenziato come non si possa compiere un giudizio di compatibilità della clausola *claims made* con il disposto dell'art. 2965 c.c. La decadenza implica, invero, la perdita di un diritto per il mancato esercizio da parte del suo titolare, mentre, nel caso della clausola *claims made*, il diritto all'indennizzo non è ancora sorto e la sua nascita è condizionata all'iniziativa di un terzo.

Per quanto riguarda la violazione dei criteri di correttezza da parte dell'assicuratore nella fase delle trattative, è stato chiarito che non può essere causa di nullità del contratto, ma solo fonte di un eventuale diritto risarcitorio, come confermato da consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 22819/2010; Cass. n. 1618/2009; S.U. n. 28056/2008).

La Dott.ssa Amendola ha poi esaminato quello che a suo avviso è il principale nodo problematico

che le Sezioni Unite del 2016 hanno dovuto risolvere, ossia la validità della clausola *claims made* sotto il profilo causale. I giudici di legittimità si sono, infatti, interrogati sulla compatibilità di questa clausola con la struttura del contratto di assicurazione della responsabilità civile di cui all'art. 1917 c.c., ispirato allo schema della *loss occurrence*, secondo il quale la polizza assicurativa deve coprire tutte le condotte produttive di danno verificatesi nel periodo di vigenza del contratto. Condizionando l'obbligo di indennizzo alla richiesta risarcitoria, potrebbe sembrare che la clausola *claims made* finisca per snaturare o eliminare la causa del contratto di assicurazione della responsabilità civile, che deve individuarsi nel trasferimento dall'assicurato all'assicuratore del rischio del danno derivante dal sinistro, mentre con le clausole in esame verrebbe trasferito il rischio del danno derivante dalla richiesta risarcitoria.

Tuttavia le Sezioni Unite, dopo aver escluso l'intangibilità del modello codicistico di cui all'art. 1917 c.c. non essendo tale norma ricompresa dall'art. 1932 c.c. tra quelle inderogabili, hanno ritenuto che la clausola *claims made* c.d. impura, a differenza di quella c.d. pura, non stravolga la struttura del modello legale, perché non eleva a rischio garantito la richiesta, ma aggiunge soltanto una condizione ulteriore al sorgere dell'obbligo di indennizzo. Mentre il contratto di assicurazione con clausola *claims made* c.d. pura è, quindi, un contratto atipico, in quanto considera la richiesta risarcitoria come evento assicurato, la clausola *claims made* c.d. impura non incide sulla struttura tipica del contratto di cui all'art. 1917 c.c., ma stabilisce soltanto ai sensi dell'art. 1905 c.c. i modi e i limiti entro i quali l'assicuratore deve tenere indenne l'assicurato per il danno sofferto a causa del sinistro. Essendo quindi le clausole *claims made* volte a delimitare l'oggetto del contratto e non la responsabilità dell'assicuratore, è stata esclusa la loro natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.

Una volta ammessa in astratto la validità della clausola *claims made*, le Sezioni Unite hanno, tuttavia, affermato che, data la natura atipica, è necessario che il giudice di merito accerti caso per caso la meritevolezza della clausola ai sensi dell'art. 1322 c.c., giudizio che è insindacabile se adeguatamente motivato. In particolare, i giudici di legittimità hanno ritenuto che con tale giudizio occorre verificare se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno che la richiesta di risarcimento intervengano nella vigenza del contratto, quale sia la qualità delle parti e se la clausola possa esporre l'assicurato a “buchi di garanzia”.

Prima di chiudere il suo intervento, la Dott.ssa Amendola ha chiarito un aspetto che, a suo avviso, non emerge esplicitamente dalla sentenza, ossia le conseguenze di un eventuale giudizio di immeritevolezza. Al riguardo, ha osservato che, in caso di clausola ritenuta immeritevole di tutela, tutte le sue previsioni, e non solo quelle sfavorevoli all'assicurato, devono essere dichiarate nulle, con conseguente applicazione della disciplina dell'art 1917 c.c. che prevede la copertura dei soli fatti accaduti durante la vigenza del contratto e non anche di quelli pregressi. Nel caso di specie, dunque, la società ospedaliera non avrebbe avuto interesse ad eccepire la nullità della clausola, in quanto l'eventuale accoglimento dell'eccezione, estendendo i suoi effetti all'intero contenuto della clausola e comportando l'applicazione dello schema della *loss occurrence*, avrebbe comunque determinato l'assenza di copertura degli eventi dannosi, quale quello in esame, verificatisi prima della stipula del contratto.

La relazione si è conclusa con una riflessione sulla normativa in materia di assicurazione professionale obbligatoria. Sul punto la Dott.ssa Amendola ha osservato che difficilmente un contratto al quale sia apposta una clausola *claims made* potrà risultare idoneo perché espone

l'assicurato, e quindi anche il danneggiato, a dei buchi di copertura inammissibili.

Tale problema sembra essere stato preso in considerazione successivamente dal legislatore che all'art 11 della legge Gelli, nel positivizzare la clausola *claims made*, ha previsto un periodo di retroattività e ultrattività decennale. Tale previsione, tuttavia, in alcuni casi potrebbe non essere sufficiente, ad avviso della relatrice, la quale ha però sottolineato come nel settore sanitario sia altrettanto rilevante il problema della sostenibilità dei costi di un contratto *loss occurrence* puro, che risulterebbe probabilmente troppo oneroso.

È poi intervenuto il **Prof. Luigi Balestra**⁵ che ha introdotto la sua relazione fornendo un quadro descrittivo generale dell'autonomia contrattuale e dei suoi ambiti di esplicazione, per approfondire poi in tale contesto lo specifico aspetto del rapporto tra autonomia negoziale e clausole *claims made*.

Il valore dell'autonomia negoziale, secondo il relatore, è stato, invero, messo in gioco dall'ordinanza di rimessione n. 1465/2018 nel passaggio in cui si auspica che venga dichiarata immeritevole di tutela sempre e comunque la clausola del contratto di assicurazione che escluda la copertura laddove la pretesa risarcitoria sia stata indirizzata dal terzo danneggiato all'assicurato fuori dalla vigenza del contratto.

Ad avviso del relatore, è, quindi, opportuno comprendere il valore che l'autonomia contrattuale ha nell'epoca contemporanea prima di affrontare le complesse questioni oggetto dell'ordinanza di rimessione. Come sostenuto da autorevole dottrina, l'autonomia contrattuale sta guadagnando in estensione, ma sta perdendo in intensità. Ci sono, invero, segmenti dell'ordinamento in passato impermeabili rispetto all'esplicazione dell'autonomia contrattuale che vedono oggi solcare l'autonomia in quel contesto, come il diritto di famiglia, o territori che già in passato erano avvezzi all'esplicazione dell'autonomia contrattuale, ma che hanno conosciuto una dilatazione, come in ambito successorio.

Allo stesso tempo, però, si è avvertita l'esigenza di limitare sotto il profilo degli effetti l'autonomia contrattuale che, a fronte di un progressivo aumento delle norme imperative, ha correlativamente perso di incisività. In particolare, il relatore ha richiamato gli interventi legislativi in materia di agenzia, deposito, fideiussione e usura ed ha osservato che è, in tal senso, emblematico il contratto di compravendita immobiliare, oggi non più sottoposto alla sola disciplina degli artt. 1470 e ss. c.c., ma anche asservito alla realizzazione di interessi pubblicistici quali ad esempio la regolarità urbanistica, la certificazione energetica e la conformità degli impianti.

Altrettanto limitativi sono stati, poi, una serie di interventi correttivi della giurisprudenza che, mediante il riferimento diretto alla solidarietà costituzionale di cui la buona fede deve costituire espressione concreta, hanno affermato, a più riprese, la possibilità di una declaratoria di nullità della caparra confirmatoria ritenuta eccessiva, nonché la possibilità di sanzionare il recesso *ad nutum* laddove abusivo e la possibilità di sanzionare la facoltà di avvalersi della clausola risolutiva espressa.

Venendo all'ordinanza interlocutoria n. 1465/2018, che ha fornito lo spunto per una ulteriore riflessione sulle problematiche già affrontate dalle Sezioni Unite, il Prof. Balestra ha osservato che sono a suo avviso confutabili tutti gli argomenti utilizzati dai giudici della III Sezione Civile per

⁵ Professore ordinario di Diritto civile, *Alma Mater Studiorum* Università degli Studi di Bologna

sostenere che nell'assicurazione della responsabilità civile non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1917 co. 1 c.c., nonché l'immeritevolezza *tout court* della clausola *claims made* laddove preveda che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo dipendano dalle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il danneggiato abbia richiesto il risarcimento e non già da quelle vigenti al momento in cui l'assicurato abbia causato il danno.

In particolare, ha evidenziato come il concetto di "sinistro" sia un concetto elastico, che, in un sistema come il nostro di complessità crescente dal punto di vista sociale, non può e non deve essere delineato, così come non può e non deve esserlo il concetto di "rovina di edificio" di cui all'art. 2053 c.c..

Il relatore ha poi osservato che la fattispecie che dà luogo a risarcimento è la stessa sia nel modello delineato dall'art. 1917 c.c. che in quello proprio della clausola *claims made*, ossia la condotta illecita dell'assicurato che, qualificabile dal punto di vista dell'elemento soggettivo a titolo di colpa, cagiona secondo un nesso di causalità materiale un evento di danno produttivo di conseguenze dannose ricollegabili in base ad un nesso di causalità giuridica. La pretesa risarcitoria, quindi, nella clausola *claims made*, è individuata dalle parti come condizione affinché sorga il diritto all'indennizzo dell'assicurato, ciò in conformità alla norma dell'art. 1905 c.c. che stabilisce l'obbligo dell'assicuratore di risarcire l'assicurato del danno sofferto a causa del sinistro "entro i modi e i limiti stabiliti dal contratto".

Non condivisibile sarebbe, inoltre, l'obiezione secondo la quale il rischio non può essere artificialmente creato perché altrimenti si degenererebbe nella scommessa, rispetto alla quale traspare nell'ordinanza un giudizio di sfavore a suo avviso immotivato. Si trascura, invero, che sia il contratto di assicurazione che la scommessa appartengono alla categoria dei contratti aleatori rispetto alla quale il codice civile esprime un certo *favor* nella misura in cui esclude che si applichino a questi contratti la rescissione e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. Inoltre, la mancanza di un'azione a tutela del debito derivante da una scommessa prevista dall'art. 1933 co. 1 c.c. non è più la regola generale, perché nel campo dei prodotti finanziari l'art. 23 co. 5 T.u.f. prevede esplicitamente che non si applichi questa eccezione, ed è lo stesso Stato ad essere artefice di una serie di lotterie e giochi autorizzati che rappresentano una voce importante del bilancio erariale.

Infondata sarebbe anche l'obiezione secondo la quale la richiesta di risarcimento non può essere individuata come sinistro dalle parti perché non è evento dannoso, posto che l'obbligazione risarcitoria sorge già al momento della condotta lesiva dell'assicurato e non solo con la richiesta di risarcimento. Sul punto, il relatore ha evidenziato che la clausola *claims made* si occupa dell'obbligazione di indennizzare e non di risarcire e che tale obbligazione sorge in capo all'assicuratore solo quando è proposta la richiesta risarcitoria. Si tratta di due piani diversi, quello del rapporto tra assicurato e danneggiato e quello del rapporto tra l'assicurato e l'assicuratore, e soltanto rispetto a quest'ultimo rileva la richiesta.

Il Prof. Balestra ha, inoltre, affermato di non condividere l'obiezione secondo la quale la clausola *claims made* sarebbe in contrasto con l'art. 1882 c.c. in quanto l'assicurato non avrebbe un interesse contrario alla richiesta risarcitoria, bensì un interesse alla sua presentazione, essendo ad essa subordinato l'obbligo di indennizzo. Il relatore ha, infatti, rilevato come l'interesse alla richiesta

risarcitoria sia del tutto estraneo al rapporto tra assicurato e assicuratore. La copertura assicurativa non viene di certo meno per il solo fatto che l'assicurato non abbia un interesse contrario alla richiesta, altrimenti dovrebbe essere esclusa anche in tutti i casi in cui l'assicurato, avendo cagionato un danno a un prossimo congiunto al quale è legato da un forte vincolo affettivo, abbia un personale interesse a che sia pagato il risarcimento.

Superabile sarebbe anche l'argomento secondo il quale la clausola *claims made* renderebbe impossibile per l'assicurato adempiere l'obbligo di salvataggio di cui all'art 1914 c.c. Tale obbligo consiste nell'eliminare o attenuare le conseguenze dannose prodotte dalla condotta illecita, ma non richiede di certo all'assicurato di rendersi irreperibile rispetto alla domanda di risarcimento.

Pertinente sarebbe invece, ad avviso del relatore, il richiamo all'art 1952 co 3 c.c. laddove stabilisce che la prescrizione decorre dal momento in cui viene proposta la richiesta risarcitoria, a differenza del comma precedente, ove si afferma che è il fatto dannoso a far decorrere la prescrizione nell'assicurazione dei danni. Da queste disposizioni normative risulterebbe, infatti, evidente che il legislatore abbia inteso la pretesa risarcitoria come componente rilevante nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile.

Il Prof. Balestra ha osservato, infine, in relazione al giudizio di meritevolezza della clausola *claims made*, che non si può oggi far riferimento nell'esplicazione dell'autonomia contrattuale a concetti difficili da decifrare quali la coscienza sociale e l'economia e che si deve invece tener conto del fatto che il legislatore fa espressa applicazione della clausola in questione nel contesto della responsabilità degli operatori sanitari, degli avvocati e della sperimentazione clinica. Da ciò risulta evidente che il legislatore ha ritenuto che l'interesse di poter beneficiare di un livello accettabile e sostenibile per quel che riguarda i premi assicurativi può comportare anche un sacrificio del diritto all'integrale risarcimento del danno. E allo stesso tempo l'interesse perseguito dalle compagnie assicurative non risulta capriccioso ed egoistico, ma risponde all'esigenza di razionalizzazione del rischio, soprattutto rispetto a quei comportamenti illeciti che generano danni lungolatenti. Se non vi fosse, infatti, la clausola *claims made*, le compagnie assicurative dovrebbero costituire ai sensi dell'art 36 del codice delle assicurazioni adeguate riserve tecniche rispetto a quei sinistri verificatisi ma non ancora denunciati alla chiusura, dei quali potranno essere chiamate a rispondere anche a distanza di molto tempo.

In conclusione, ad avviso del Prof. Balestra, la vicenda della clausola *claims made* dovrebbe essere governata ad un livello superiore: da un lato occorrerebbe assicurare un corretto funzionamento del mercato per evitare che si creino vuoti di copertura assicurativa e dall'altro si dovrebbe enfatizzare l'obbligo informativo dell'intermediario assicurativo, che deve correttamente informare i clienti sulle implicazioni della polizza e della clausola *claims made*, obbligo il cui inadempimento incide sul piano della sua responsabilità e non su quello della validità della clausola. Al contrario, sancendo l'immeritevolezza *tout court* come proposto nell'ordinanza di rimessione, “*si finirebbe per accentuare quel paternalismo giudiziario, a prima vista lodevole perché volto a realizzare più equi rapporti contrattuali, che finirebbe nondimeno per accrescere un regime di incertezza circa la validità del contratto favorendo ingresso in tribunale di tutti coloro i quali pentitisi “ex post” di un contratto ritenuto inopportuno, inidoneo cerchino la scappatoia*”.

Nella relazione successiva, il **Dott. Francesco Maria Cirillo**⁶, prima di illustrare nello specifico il contenuto dell'ordinanza di rimessione, ha ricostruito l'evoluzione giurisprudenziale in tema di clausole *claims made* alla luce delle diverse fattispecie dedotte nei singoli giudizi.

In particolare, il relatore ha osservato come la prima pronuncia della Corte di Cassazione sul tema, la sentenza n. 5624/2005, conteneva in nuce tutti i problemi che sono stati poi affrontati dalle Sezioni Unite dieci anni dopo. In primo luogo, era stato chiarito che l'espressione “fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione” di cui all'art. 1917 c.c. si riferisce al fatto di cui l'assicurato deve rispondere e non può essere inteso nel senso di richiesta di risarcimento del danno. I giudici di legittimità avevano poi osservato che l'art. 1917 co. 1 c.c. non è richiamato dall'art. 1932 c.c. tra le norme inderogabili e che la clausola *claims made* non rientra nelle ipotesi dell'art. 1917 c.c. ma è clausola atipica da ritenere in linea di massima lecita, salvo dover verificare la sua validità caso per caso. Già con questa prima pronuncia era stato inoltre affrontato il problema della rilevanza della conoscenza della dannosità dei fatti da parte dell'assicurato ai fini dell'art. 1892 c.c. ed il problema che all'avvicinarsi della scadenza i fatti che si vorrebbero assicurati corrono viceversa il rischio di non esserlo.

Si è poi analizzata la sentenza n. 7273 del 2013, con la quale la Suprema Corte si è pronunciata nuovamente sul tema in relazione ad un caso di responsabilità professionale di un avvocato. In questa occasione, i giudici di legittimità, nel confermare la decisione della Corte d'Appello circa la non operatività del contratto di assicurazione, non hanno analizzato *funditus* il problema della clausola *claims made*, perché trattandosi di responsabilità professionale ed essendo il fatto ben noto al momento della stipulazione del contratto di assicurazione, quest'ultimo era a loro avviso invalido ai sensi dell'art. 1892 c.c.

Un altro caso di responsabilità professionale è stato deciso con la sentenza n. 3622/2014. Si trattava di un fatto illecito avvenuto tra il 1990 e il 1991, rientrante nell'ambito di operatività della polizza che decorreva dal 1994 ma, in virtù della clausola *claims made*, con retroattività di tre anni. In questo caso, la Suprema Corte ha ritenuto errato l'assunto secondo il quale, essendosi già verificato il fatto, sarebbe venuta meno l'alea propria del contratto di assicurazione, perché, essendo il danno emerso solo in seguito, l'assicurato non era consapevole degli illeciti commessi. Ha, quindi, accolto il ricorso affermando che è valida la clausola *claims made* con la quale le parti stabiliscono che sono coperti i fatti anteriori alla stipula del contratto e che sono esclusi invece quelli che si verificano in costanza di contratto se la relativa domanda di risarcimento è proposta quando la polizza non è più operativa. Tuttavia, il Consigliere Cirillo ha fatto notare che, nel caso di specie, la clausola è stata ritenuta valida perché favorevole all'assicurato, mentre la Corte non si è interrogata sulla validità della clausola qualora venga invocata per escludere la copertura assicurativa e si è limitata a rilevare che, in tal caso, potrebbero sorgere problemi interpretativi sulla validità della clausola stessa.

Tralasciando quindi la pronuncia delle Sezioni Unite del 2016 già ampiamente analizzata dalla Dott.ssa Amendola, il relatore ha esaminato l'ordinanza di rimessione n. 1465/2018, già anticipata dalla sentenza n. 10506/2017 della III Sezione, che conteneva in nuce gli aspetti teorici poi sviluppati *funditus* l'anno successivo.

⁶ Consigliere della III Sezione Civile della Corte di Cassazione

Con quest'ultima pronuncia, la Suprema Corte, seguendo un *iter* motivazionale diverso dal solito, pur ritenendo fondati i motivi di ricorso della società di assicurazione, non ha cassato la sentenza impugnata, ma ha corretto la motivazione e nel farlo ha affermato che la clausola *claims made* che esclude le richieste postume di risarcimento non è meritevole di tutela.

In relazione a questa pronuncia, il relatore ha messo in evidenza come la clausola nel caso di specie era tendenzialmente identica a quella oggetto del giudizio innanzi alle Sezioni Unite del 2016, in quanto copriva i sinistri anteriori nei limiti del triennio e condizionava l'operatività della polizza alla proposizione della richiesta nella vigenza del contratto. Tuttavia, la vicenda concreta era diversa poiché, seppure in entrambi i casi la richiesta di risarcimento fosse stata proposta dopo la scadenza della polizza, nel giudizio del 2016 il fatto dannoso si era verificato nel triennio antecedente la stipulazione del contratto, mentre nell'altro caso lo stesso era intervenuto in costanza del contratto. Ed è con riferimento, quindi, ai fatti dannosi che avvengono durante la vigenza della polizza che la Corte, nel 2017, ha osservato che, quando il sinistro si verifica all'approssimarsi della scadenza, è quasi certo che la polizza non opererà mai.

Il Dott. Cirillo ha successivamente esaminato la fattispecie oggetto dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018, nella quale non si chiede stavolta di decidere se vi sia o meno copertura assicurativa bensì di verificare quale delle due polizze succedutesi nel tempo debba applicarsi. Infatti, nella fattispecie, il contratto di assicurazione prevede una prima copertura da gennaio 2001 a dicembre 2002 e poi una proroga da gennaio 2003 a gennaio 2004. Il fatto dannoso si è verificato nel 2002, quindi in vigenza del primo contratto, mentre la richiesta è stata presentata durante il tempo di operatività del successivo contratto. La controversia è sorta perché, nel rinnovare il contratto, l'assicuratore ha elevato la franchigia da 4.000 euro a 100.000 euro, così che il sinistro risulterebbe indennizzabile alle condizioni del primo contratto ma non in base a quelle del secondo, essendo il danno inferiore alla nuova franchigia.

Con riguardo alla prima delle questioni rimesse alla Sezioni Unite, ossia il divieto per le parti di elevare a rango di sinistro fatti diversi da quello dell'art. 1882 c.c., il Dott. Cirillo ha osservato che vi è una pronuncia già abbastanza evidente e chiara nella sentenza delle Sezioni Unite dalla quale emerge che il sinistro nel contratto di assicurazione della responsabilità civile non può che essere il fatto dannoso e non la richiesta di risarcimento.

A tale proposito, il relatore ha rilevato che occorre distinguere tra il momento in cui si verifica il sinistro, la durata del contratto e la richiesta risarcitoria e che è lo sfasamento di questi tre eventi a determinare l'insorgere del problema. Ed è proprio in base al momento in cui si verificano il sinistro e la richiesta risarcitoria che, secondo il Dott. Cirillo, è possibile delineare la seguente casistica rispetto ad un contratto di assicurazione con clausola *claims made*:

- se il fatto dannoso si è già verificato prima della stipula del contratto e la richiesta risarcitoria interviene in corso di validità, allora l'obbligo di indennizzo sussiste solo se con la clausola si comprendono i sinistri pregressi;
- se il fatto dannoso si è già verificato prima della stipula del contratto ma la richiesta è proposta dopo la scadenza, ovvero il caso deciso dalle Sezioni Unite del 2016, allora non vi è copertura assicurativa;

- se il fatto dannoso e la richiesta risarcitoria si verificano entrambi durante la vigenza del contratto, non sorgono dubbi sulla sussistenza dell'obbligo di indennizzo;
- se il fatto dannoso si verifica durante la vigenza del contratto ma la richiesta è successiva, ovverosia il caso oggetto della sentenza n. 10506/2017, l'assicuratore non è tenuto all'indennizzo a meno che la clausola non preveda un periodo di ultrattività.

Il Dott. Cirillo ha poi concluso la sua relazione rilevando che i contratti di assicurazione per responsabilità professionale generalmente si rinnovano a cadenza annuale e che quindi, a suo avviso, il problema principale resta quello di chiarire cosa succede quando l'attività cessa. Sicuramente la Legge Gelli e il D.M. 22 settembre 2016 sull'obbligo di assicurazione per la professione forense hanno fornito un'indicazione di quella che può essere una certa linea di tendenza, prevedendo una particolare forma di *claims made* con retroattività decennale o illimitata e, in caso di cessazione della professione, ultrattività decennale. Tuttavia, in assenza di un intervento chiarificatore del legislatore, è evidente, ad avviso del relatore, che la giurisprudenza è chiamata ad intervenire in via suppletiva e nel farlo deve prendere le mosse dalla pronuncia delle SU 9140/2016 che costituisce un punto di partenza prezioso e imprescindibile.

Ha svolto, quindi la propria relazione il **Prof. Paoloefisio Corrias⁷**, che ha affrontato il tema della definizione del “sinistro”, del “rischio” e del “danno” nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile.

Preliminarmente, il relatore ha svolto alcune osservazioni sulle principali problematiche relative alla clausola *claims made* oggetto dei precedenti interventi.

In particolare, ha fatto notare che, a suo giudizio, occorre attribuire la giusta rilevanza alla legge Gelli sulla responsabilità sanitaria e al decreto sulla responsabilità professionale degli avvocati, nella parte in cui prevedono forme specifiche di clausole *claims made* in cui la copertura assicurativa è sufficientemente estesa dal punto di vista temporale con il regime di retroattività e anche in parte di ultrattività. Da ciò si può, infatti, dedurre che il legislatore ritiene meritevole di tutela una clausola *claims made*, purché questa consenta all'assicurato un lasso temporale abbastanza ampio in cui far valere la garanzia.

Il relatore ha, inoltre, sottolineato che sarebbe più opportuno parlare di assicurabilità dei fatti pregressi e non dei rischi pregressi, perché un contratto di assicurazione che copra un rischio già verificatosi contrasterebbe con l'art. 1895 c.c., norma che prevede la nullità in caso di inesistenza del rischio. Come emerge, invece, dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 9140/2016, il fatto dannoso è solo uno degli elementi del rischio contro il quale il soggetto si vuole assicurare e finché non interviene anche l'altro elemento, ossia la richiesta risarcitoria, la situazione di incertezza deve reputarsi ancora esistente ed è perciò possibile assicurarsi nonostante il fatto dannoso si sia già verificato.

Svolte queste precisazioni, il Prof. Corrias si è interrogato poi sui concetti di sinistro, di rischio e di danno nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, premesse a suo parere necessarie per comprendere i temi oggetto dell'ordinanza di rimessione.

⁷ Professore ordinario di Diritto dell'economia, Università degli Studi di Cagliari

Sulla nozione di sinistro, il relatore ha osservato che, come già rilevato dal Prof. Balestra, si tratta di termine ambiguo che può astrattamente indicare tanto il fatto dannoso che la fattispecie complessa costituita dal fatto dannoso e dalle conseguenze dannose che l'evento determina. Tuttavia, ad avviso del Prof. Corrias, dall'analisi di alcune norme è possibile dedurre che il legislatore abbia inteso il sinistro come solo fatto dannoso. L'art 1882 c.c. fa infatti riferimento al danno quale conseguenza del sinistro ("danno prodotto dal sinistro") quindi come elemento esterno, e non come componente del sinistro. Ciò emerge anche dagli artt. 1913 e 1914 c.c. che prevedono, a fronte di un fatto dannoso già verificatosi, l'obbligo di avvisare l'assicuratore del sinistro, nonché la facoltà per l'assicuratore e il dovere per l'assicurato di intervenire per evitare o limitare i danni. Quindi, secondo l'opinione del Prof Corrias, il sinistro nell'ambito dell'assicurazione per responsabilità civile è il fatto causalmente idoneo a provocare il danno, quello che fa scattare l'obbligo di avviso e di salvataggio.

Per quanto riguarda invece la nozione di rischio, il relatore ha messo in evidenza come siano state le stesse Sezioni Unite, nell'ammettere l'assicurabilità dei fatti pregressi, ad affermare implicitamente che il rischio comprende non solo il fatto dannoso ma anche le sue conseguenze negative. Affermando che l'assicurato stipula il contratto di assicurazione proprio per garantirsi contro il rischio di un danno consistente nell'aggressione al proprio patrimonio, le Sezioni Unite hanno di fatto collegato l'impoverimento alla richiesta risarcitoria; con la conseguenza che, se al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda, non sorge alcun diritto all'indennizzo.

Su questi principi l'ordinanza di rimessione del 2018 ha espresso, ad avviso del relatore, un dissenso neanche troppo velato quando ha negato che la richiesta di risarcimento possa essere considerata il fatto dannoso in quanto l'assicurato si sarebbe impoverito già quando nel suo patrimonio è sorta l'obbligazione risarcitoria.

Conseguentemente, secondo il Prof. Corrias, il punto centrale da trattare è, non tanto l'individuazione del sinistro, ma dell'impoverimento, ossia il danno dal quale l'assicurato vuole garantirsi.

Il danno in ambito assicurativo è l'alterazione negativa del patrimonio ed in base alle regole del bilancio è chiaro che molteplici sono gli eventi che possono incidere negativamente sulla consistenza patrimoniale di un individuo. Pertanto, seppure in materia di responsabilità civile il danno corrisponde alla nascita dell'obbligo risarcitorio, è possibile che le parti di un contratto assicurativo considerino un danno diverso quale ad esempio la richiesta di risarcimento o il riconoscimento dell'obbligo risarcitorio mediante sentenza o il pagamento effettivo dell'obbligo. Ed è rispetto all'individuazione del danno che, ad avviso del Prof. Corrias, la clausola *claims made* deroga al modello legale dell'art. 1917 c.c. Sia nel contratto di assicurazione della responsabilità civile previsto dal codice che nel contratto con clausola *claims made*, infatti, il sinistro è l'evento che genera le conseguenze negative dalle quali l'assicurato si vuole garantire, cioè il fatto dannoso. La differenza sta nell'individuazione del rischio che l'assicurato intende trasferire con il contratto di assicurazione. Invero, secondo lo schema dell'art. 1917 c.c. l'obbligo di indennizzo dell'assicuratore scatta nel momento in cui sorge l'obbligo dell'assicurato di pagare il danneggiato, ossia quando nasce l'obbligazione risarcitoria. Al contrario, con la clausola *claims made* le parti individuano convenzionalmente un danno diverso, non la nascita dell'obbligazione risarcitoria contestuale alla condotta lesiva, ma l'effettiva aggressione al patrimonio dell'assicurato che si realizza quando il

danneggiato propone la domanda risarcitoria.

Non occorre pertanto interrogarsi sulla possibilità o meno per le parti di determinare convenzionalmente il sinistro in modo diverso da quanto previsto dall'art. 1917 c.c. perché non è ciò che avviene con la clausola *claims made*. La richiesta di risarcimento, in base a questo tipo di clausola, non rappresenta il sinistro, ma una modalità per individuare danni diversi rispetto a quelli previsti dallo schema codicistico. Le clausole *claims made* sono, cioè, un modo di delimitare la copertura assicurativa. Da ciò è possibile dedurre, ad avviso del relatore, che questo tipo di clausola apporta una deroga al modello legale dell'art. 1917 c.c., non solo rispetto all'operatività temporale del contratto, ma anche rispetto all'oggetto dello stesso.

In conclusione, il Prof. Corrias opterebbe per una riformulazione del quesito posto alle Sezioni Unite dall'ordinanza n. 1465/2018, affinché queste si pronuncino sulla facoltà delle parti, derivante dall'autonomia privata, di poter convenzionalmente considerare quale danno non la nascita dell'obbligazione risarcitoria come indicato dall'art. 1917, ma l'escussione dell'obbligo con richiesta risarcitoria. Possibilità che, ad avviso del relatore, dovrebbe essere data alle parti in base alle regole vigenti sul rischio, salvo il controllo sulla meritevolezza, che riguarda, tuttavia, la specifica clausola così come formulata dalle parti in concreto.

E', quindi, intervenuto il **Dott. Danilo Ariagno**⁸ che, dopo aver chiarito il carattere eminentemente pratico del suo contributo, che non involge aspetti di tecnica giuridica, ha osservato che la clausola *claims made* era stata in origine importata per rispondere ad una specifica esigenza di imprenditori e professionisti, che volevano assicurarsi contro il rischio di possibili richieste risarcitorie relative a fatti dannosi già verificatisi. Era quindi stata accolta con estremo favore in quanto considerata vantaggiosa per l'assicurato.

Seppur ancora convinto che si tratti di uno strumento importante per lo sviluppo del settore assicurativo, in particolare in tema di danni da inquinamento o da prodotto difettoso nonché di responsabilità professionale, il Dott. Ariagno ritiene che i dubbi sorti circa la validità della clausola *claims made* siano legittimi, alla luce delle formulazioni spesso molto discutibili che sono emerse nella prassi. Ad esempio, se una polizza per la responsabilità civile professionale di un commercialista copra soltanto gli errori commessi negli ultimi due anni e richieda che la domanda risarcitoria sia proposta durante la vigenza della polizza, è chiaro che di fatto la garanzia risulta fortemente ridotta, se non del tutto annullata, perché l'errore di un commercialista nella prassi emerge a distanza di anni. Si tratta, però, di una clausola che deve continuare ad essere utilizzata dagli intermediari assicurativi, sui quali come ricordato dal Prof. Balestra incombe un importante obbligo informativo nei confronti dei loro clienti.

Il Dott. Ariagno ha, inoltre, osservato che proprio in ragione delle molteplici forme che ha assunto la clausola *claims made* nel tempo, i broker assicurativi hanno recepito la distinzione, nata a livello giurisprudenziale, tra clausole *claims made* pure e impure.

Ha poi proseguito evidenziando che la previsione contenuta nella legge Gelli e nel decreto sulla responsabilità professionale forense di una retroattività, decennale nel primo caso e illimitata nel secondo, costituisca un importante risultato perché di fatto ha determinato la disponibilità delle

⁸ Componente del Comitato scientifico dell'Associazione Italiana Broker di Assicurazione e Riassicurazione

compagnie assicuratrici all'estensione retroattiva della garanzia, seppure quella decennale in ambito sanitario non sempre sia sufficiente a garantire l'effettività della tutela.

Il Dott. Ariagno si è, infine, soffermato sulla nozione di sinistro. In particolare ha messo in luce come la clausola *claims made*, così come recepita nel nostro ordinamento, non soddisfa appieno le esigenze dell'assicurato. Poiché il sinistro viene definito come intervento della richiesta risarcitoria, l'assicurato pur essendo consapevole del rischio di una futura aggressione al suo patrimonio non può in alcun modo cautelarsi, eventualmente denunciando in via preventiva l'avvenuto fatto lesivo all'assicuratore, così come avviene invece con la clausola "*claims and circumstances made*" che negli ordinamenti di *common law* definisce il sinistro come denuncia della circostanza (*rectius* evento lesivo), senza necessità di dover aspettare la richiesta. Solo in questo modo la polizza risulta a suo avviso completa, e costituisce un prodotto che, al di là del giudizio di meritevolezza, certamente si può definire adeguato come richiesto dal codice delle assicurazioni.

Il **Prof. Ugo Carnevali**⁹, nel trarre le conclusioni sui lavori svolti, ha evidenziato come le problematiche collegate alle clausole *claims made* non concernano solo l'assicuratore e l'assicurato, ma anche i terzi, in quanto il contratto di assicurazione della responsabilità civile tutela anche i terzi danneggiati che possono rivolgere la loro richiesta risarcitoria direttamente all'assicuratore.

Il tema decisivo dell'intera questione, ad avviso del relatore, è incentrato sul giudizio di meritevolezza che la clausola *claims made* deve superare in quanto clausola atipica, non coincidente con il modello codicistico di cui all'art. 1917 c.c. Sul punto, è stata sottolineata la notevole divergenza interpretativa tra la pronuncia n. 9140/2016, con la quale le Sezioni Unite hanno indicato alcuni dei parametri per compiere tale giudizio, e l'ordinanza di rimessione n. 1465/2018, con la quale la III Sezione Civile ha proposto una soluzione più drastica, suggerendo che queste clausole siano da ritenersi sempre immeritevoli di tutela.

Il relatore ha proseguito osservando che l'art. 1917 c.c. è una norma dispositiva che rappresenta il frutto di una preventiva valutazione in astratto del legislatore dei contrapposti interessi. Per giudicare della meritevolezza della clausola occorre, quindi, verificare se vi siano elementi che giustificano il discostarsi dal modello codicistico.

L'interesse degli assicuratori sotteso alla clausola *claims made* è quello di non essere esposti per tempo illimitato al rischio di un futuro indennizzo nonché agli oneri economici di gestione delle polizze. L'*optimum* per le società assicurative sarebbe quello di poter chiudere il bilancio economico della polizza al momento della scadenza della stessa ed è proprio ciò che avviene con la *claims made* nella parte in cui si prevede che l'obbligo di indennizzo per i sinistri coperti dalla polizza sorge solo se la richiesta risarcitoria interviene durante la vigenza della stessa polizza.

L'interesse degli assicurati soddisfatto attraverso la clausola *claims made* è, invece, quello di essere coperti nonostante il fatto generatore del danno si sia verificato prima della stipula del contratto di assicurazione. Gli assicurati però hanno interesse a che la copertura assicurativa operi anche se il fatto dannoso si verifichi in prossimità della scadenza della polizza e la richiesta sia, quindi, successiva. È pertanto evidente che, all'avvicinarsi della scadenza della polizza, il sinallagma comincia ad indebolirsi.

⁹ Già Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università degli Studi di Milano

L'aspetto che pone maggiori problemi è il fatto che il meccanismo che fa scattare la copertura assicurativa nella clausola *claims made* non è nella disponibilità dell'assicurato ma del danneggiato, il quale prima di inoltrare richiesta risarcitoria generalmente aspetta un certo lasso di tempo per accertare la causa del danno e valutarne l'entità. È proprio per ovviare a questo problema che alcuni ordinamenti della *common law* hanno introdotto clausole in base alle quali lo stesso assicurato, se è a conoscenza di fatti che potrebbero generare dei danni, può denunciare l'accaduto. In tal modo, in caso di successiva richiesta risarcitoria, la sua preventiva denuncia avrà valore di richiesta.

La soluzione prospettata dal Prof. Carnevali è quella di un'ultrattività la cui durata deve essere calibrata in relazione al tempo della prescrizione della responsabilità dell'assicurato per le condotte lesive che potrebbe commettere. Così per un costruttore o progettista che ai sensi dell'art. 1669 c.c. potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni derivanti da rovina o gravi difetti dell'immobile entro 10 anni dalla consegna dell'opera, la copertura assicurativa dovrebbe avere un'ultrattività di almeno 10 anni.

Altro aspetto che incide sul giudizio di meritevolezza è, ad avviso Prof. Carnevali, l'asimmetria informativa. La conoscenza del meccanismo previsto dalla clausola *claims made*, in base al quale la polizza non opera per le richieste pervenute dopo la scadenza, non è ancora sufficientemente diffusa e occorre, quindi, che sia portato all'evidenza degli assicurati prima della sottoscrizione affinché questi siano pienamente consapevoli e possano esercitare la loro autonomia negoziale.

Proprio in un'ottica di bilanciamento dei contrapposti interessi, è evidente che la clausola *claims made* sarà immeritevole se inserita in un contratto di assicurazione stipulato con un esordiente. Un professionista che inizia ad esercitare la sua attività, infatti, non avrà alcun interesse ad una copertura retroattiva, non essendovi alcuna condotta lesiva pregressa dalla quale si potrebbe voler assicurare. Al contrario, un professionista che cessa definitivamente la sua attività avrà interesse a una garanzia postuma per danni che emergeranno in seguito come conseguenza di condotte poste in essere prima della scadenza della polizza.

Il relatore è quindi del parere che il giudizio di meritevolezza della clausola non dovrebbe basarsi solo sul tipo di clausola, pura o impura, ma occorre verificare per quanto tempo l'assicurato può essere chiamato a rispondere dei fatti dannosi. Come già osservato, ad esempio, se il commercialista commette degli errori nel compilare una dichiarazione di redditi potrà essere chiamato a rispondere del danno procurato al cliente anche a distanza di tempo e, comunque, verosimilmente oltre il biennio, termine di ultrattività della polizza che non risulta quindi idoneo a garantirlo.

Il Prof. Carnevali ha concluso ribadendo quanto già osservato dalla Presidente Amendola in merito alle conseguenze del giudizio di immeritevolezza. Si tratta di una tutela non obbligatoria, ma reale, che comporta la sostituzione dell'intera clausola ritenuta immeritevole con il modello legale di cui all'art. 1917 c.c. Ciò, a suo avviso, va confermato soprattutto alla luce di una serie di pronunce di merito che hanno svolto un'operazione non consentita dall'ordinamento, tagliando la parte relativa alla necessità che la richiesta pervenga entro il periodo di vigenza della polizza ma lasciando in vita la parte relativa alla retroattività.