

Assicurazioni di RC con clausola *claims made*

Un'analisi metodologica condotta sulle clausole *claims made* tra trend passati e futuri anche alla luce delle Sezioni Unite del 2018

di Ottavia Pizzo e Federico Russo

Alla luce della *nuova meritevolezza* introdotta dal recente intervento delle Sezioni Unite con la sentenza n. 22437 del 24 settembre 2018, gli Autori compiono un lavoro di reclutamento delle pronunce aventi ad oggetto la valutazione della clausola *claims made*, analizzando le evoluzioni da parte della giurisprudenza italiana ed elaborando i principali trend passati, presenti e futuri.

Introduzione

Le clausole “*on claim made basis*” sono state scelte come tema di indagine della nuova sezione assicurativa dell'Osservatorio sul danno alla persona del Lider-Lab della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa e la scelta non può dirsi casuale perché la tipologia di polizze in esame caratterizza senza dubbio l'odierno mondo dell'assicurazione della responsabilità civile professionale.

Il compito degli Autori è quello di anticipare alcuni degli aspetti di interesse che sono emersi da una analisi preliminare e stimolare il dibattito in materia (1).

Gli autori esaminano le pronunce aventi ad oggetto la valutazione delle c.d. clausole *a richiesta fatta* in giro per l'Italia con l'obiettivo di ripercorrere la loro

storia, individuare delle categorie di appartenenza attraverso l'individuazione di specifici filoni di indagine, confermare trend noti e consolidati, evidenziare qualche difformità di veduta tra pronunce di togati che condividono lo stesso territorio e seguirne l'evoluzione nel tempo di pari passo con la legislazione nazionale. Il tutto anche alla luce del recente intervento delle Sezioni Unite che, *tipizzando* il contratto in parola, introduce forse una nuova indagine sulla causa in concreto del negozio, che a differenza del vaglio di meritevolezza a cui siamo stati abituati dal precedente intervento del 2016, dovrà essere svolta “a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto” (2).

(1) Che tipo di analisi viene condotta sulle sentenze? Del pari all'attività di ricerca svolta nei passati anni incentrata sul danno, oggi la sezione assicurativa dell'Osservatorio sul danno del Lider-Lab svolge una analisi delle sentenze a tutto tondo, che include anche gli aspetti assicurativi se presenti. Per prima cosa vengono reperite il maggior numero di sentenze che abbiano ad oggetto anche la valutazione delle clausole *claims made*. Facciamo un esempio tra tanti: viene analizzata una sentenza avente ad oggetto la responsabilità professionale, un caso di *medical malpractice*, oltre ai profili relativi al danno, l'indagine viene estesa anche al tipo di polizza dell'Ente Ospedaliero (per esempio), all'eventuale chiamata in garanzia della compagnia assicuratrice ed alle eccezioni in

punto di copertura che quest'ultima eccepisce nella sua difesa, oltre ovviamente ad analizzare la decisione del giudicante. Le sentenze reperite vengono poi categorizzate per filoni di ricerca attraverso l'utilizzo di un apposito data base che permette di ampliare i campi di analisi man mano che il lavoro di inserimento progredisce e rendendo l'analisi sempre più dettagliata e incisiva.

(2) Cfr. sul tema L. Locatelli, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, 1030; A. Antonucci, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 153; S. Landini, *La clausola claims made è vessatoria?*, in *Ass.*, 2006, II, 2, 4; F. Ceserani, *Origine e sviluppi della clausola*

Ma soprattutto ci si domanda: l'Italia è stata pronta e reattiva ad aprire le porte a questo istituto *straniero* (3)? L'integrazione può dirsi oggi attuata?

Sulla metodologia ed i filoni di indagine

Lo studio è stato condotto su di un campione di 55 sentenze, inserite ed esaminate nel database dell'Osservatorio sul Danno del Lider-Lab nel corso dell'anno 2018.

Il bacino di reperimento è nazionale e le pronunce inserite ed analizzate hanno una data di emissione ricompresa tra l'anno 1997 ed il settembre 2018 incluso.

All'interno del database rinveniamo sentenze di merito rese in primo grado e qualche pronuncia in appello, sentenze della Corte di Cassazione Civile e pronunce delle sue Sezioni Unite (4). Gli operatori cercano di *seguire* le clausole e l'indice di gradimento espresso dai giudicanti sulle stesse attraverso i diversi gradi di giudizio.

Le sentenze sono state suddivise per anni, la prima risale al 1997 (5) (una perla rara diremmo), ma i blocchi principali possono essere individuati nei range temporali 2000-2005, 2006-2015, 2016-ad oggi, ed a fare da spartiacque le ben note sentenze della Corte di Cassazione con l'enunciazione dei suoi principi ermeneutici, soprattutto la sentenza resa

dalle Sezioni Unite in data 6 maggio 2016, n. 9140 con la quale viene introdotto il vaglio di meritevolezza da condursi in concreto (6).

I filoni di indagine percorsi nella analisi condotta sino ad oggi sono stati i seguenti. *In primis* le variegiate tipologie di polizze contenenti clausole *claims made* offerte dalla prassi commerciale odierna (sono stati reperiti sia contratti emessi sul mercato da compagnie assicuratrici italiane che da compagnie straniere). Uno sguardo è stato lanciato alla tipologia di assicurati (si cerca di capire se vi siano delle differenze sull'indice di gradimento della clausola che si basino sul tipo di professione per esempio). Sicuramente ne è emerso che i giudici hanno un occhio di riguardo per le professioni che hanno l'obbligo di stipulare una copertura assicurativa, il che non desta stupore. Nonostante sia stato chiarito a più riprese che la *claims made* pura non offra elementi riflessivi sul piano della validità, l'analisi rinviene un numero inaspettato di pronunce che giudicano anche di questa tipologia di clausole (7).

Quanto alle clausole impure, che sono senza dubbio il numero predominante, queste sono state categorizzate per estensione. Ne esistono difatti di diverse fattezze che come una fisarmonica allargano l'elemento "evento" prevedendo una retroattività o l'elemento "denuncia" prevedendo una postuma (clausole di ultrattività o la *sunset dose*) (8) sino a

claims made nei mercati internazionali, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799; A. Boglione, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile*, in *Ass.*, 2009, I, 469; I. Carassale, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 2009, 103; A. Lanzani, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 857; G. Volpe Putzolu, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010; M. Gazzara, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ.*, 2012; F.A. Magni, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014; G. Rossi, *Le clausole claims made: dalla valutazione della giurisprudenza alla logica del mercato assicurativo*, aprile 2018, Padova; S. Landini, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla validità delle clausole claims made*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 25 settembre 2018.

(3) Il mercato assicurativo italiano ha importato il modello *claims made* dai paesi anglosassoni dove è nato a partire dalla fine degli anni '80 anche per far fronte al fenomeno dei cc.dd. danni lungolatenti. Nel ventennio successivo alla prima introduzione dei contratti assicurativi con clausola *claims made* si è assistito ad una loro progressiva ed inarrestabile diffusione nel campo dell'assicurazione della responsabilità civile, in particolare nelle assicurazioni per la responsabilità professionale, al punto da soppiantare quasi integralmente i contratti tradizionali *loss occurrence*, improntati alla disciplina dell'art. 1917 c.c. Per un confronto generale con l'esperienza del *common law* da cui è mutuata la clausola *claims made* v. I. Enright, *Professional Indemnity Insurance Law*, London, 1996. Con la generalizzata applicazione di tali forme di garanzia assicurativa hanno cominciato ad emergere forti

perplexità in dottrina e giurisprudenza in ordine alla compatibilità in generale del meccanismo "a richiesta fatta" con il nostro ordinamento. Il periodo di riferimento dell'analisi condotta - 1997-2018 - cerca di abbracciare quindi l'intero panorama giurisprudenziale in materia.

(4) 36 le sentenze rese in primo grado, 2 le sentenze emesse in secondo grado dalla Corte di Appello, 17 le sentenze della Corte di Cassazione, incluse le Sezioni Unite.

(5) Trib. Casale Monferrato 25 febbraio 1997.

(6) Si annoverano tra le altre sentenze utilizzate come "spartiacque": Cass., Sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624; Cass., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872; Cass., Sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891. E tra le sentenze rese dalla Corte di cassazione in materia: Cass., Sez. III, 31 agosto 2009, n. 18912; Cass., Sez. III, 29 settembre 2011, n. 19865; Cass., Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7273; Cass., Sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622; Cass., Sez. III, 13 marzo 2014, n. 5791; Cass., SS.UU., 2 dicembre 2016, n. 24645; Cass., Sez. III, 11 gennaio 2017, n. 417; Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506; Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10509; Cass., Sez. III, 18 maggio 2017, n. 12488; Cass., Sez. III, 23 novembre 2017, n. 27867; Cass., Sez. III, 15 febbraio 2018, n. 3694; Cass., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437.

(7) Sulla *claims made* pura: Trib. Milano, Sez. V, 18 marzo 2010, n. 3527; Trib. Genova, Sez. II, 23 gennaio 2012; Trib. Bologna, Sez. III, 5 maggio 2014, n. 1375; Trib. Palermo, Sez. I, 26 novembre 2014, n. 5828; Trib. Monza, Sez. II, 17 dicembre 2015, n. 3112; Trib. Monza, Sez. I, 5 luglio 2016, n. 1899; Trib. Bologna, Sez. II, 12 agosto 2016; Trib. Roma, Sez. XIII, 22 dicembre 2016, n. 23944.

(8) La previsione di una postuma rende effettiva la copertura assicurativa rispetto a claims - richieste di risarcimento - intervenuti anche in un certo arco temporale successivo alla scadenza del contratto.

giungere a delle categorie di clausole che dilatano invece la nozione del c.d. *prior knowledge* (fatto noto) e di fatto la nozione di rischio assicurato (la c.d. *deeming clause* (9), clausola che gli autori non hanno mai concretamente incontrato nella analisi condotta sino ad oggi).

L'attenzione si è posata anche sul *wording* di polizza, sul dato letterale, così come sul contenuto e sull'ampiezza della definizione di richiesta di risarcimento o denuncia.

Altri aspetti di analisi sono stati l'impatto delle dichiarazioni reticenti, parziali o inesatte e la questione relative al c.d. *prior knowledge*, ovvero il fatto noto al contraente prima della stipulazione del contratto assicurativo e le così delicate "circostanze" il più delle volte completamente assenti dai testi di polizza.

Il contenuto e l'estensione del vaglio di meritevolezza condotto dai giudici di merito e quindi anche l'eventuale *revival* di questioni di nullità della clausola per violazione dei doveri di correttezza e buona fede, sono tra i filoni analizzati. La *vexata questio* della validità dell'assicurazione del rischio pregresso e dell'alea, atipicità, limitazione della responsabilità (o dell'oggetto), contrarietà della clausola con la struttura del contratto di assicurazione e l'intangibilità del modello codicistico, nullità per assenza di causa, vessatorietà e doppia sottoscrizione, sono tornati alla ribalta nonostante sembrassero in via di estinzione.

Dal punto di vista più pratico, sono stati indagati gli effetti a cui può condurre il vaglio di meritevolezza: sono effetti reali? La clausola viene eliminata in tutto o in parte? Come viene trasformato il contratto e quindi di conseguenza che limitazioni subisce l'autonomia contrattuale delle parti? Lo schema previsto dalle clausole *loss occurrence* (ad insorgenza del danno) e quindi l'art. 1917 c.c. hanno la meglio sulle clausole a richiesta fatta?

Aspetti questi tutti messi a confronto con elementi che potremmo definire più tecnici e processuali: si studia la tipologia di difese degli assicurati che chiedono la manleva e delle compagnie che eccepiscono la mancata copertura (le eccezioni più ricorrenti). Si difendono bene? Provano in giudizio gli elementi che il giudice porrà alla base del proprio vaglio di meritevolezza? Le compagnie, per esempio, producono i premi pagati dagli assicurati per dare prova dell'equilibrio tra le parti, nonostante una delle due sia un consumatore che senza dubbio gode di *favoritismi*?

Vengono richiesti ordini di esibizione di eventuali altre polizze che l'assicurato aveva stipulato in precedenza per avere un quadro completo e per valutare quelli che vengono definiti "buchi di copertura"? Non da ultimo uno sguardo è stato rivolto alla ripartizione delle spese legali in sentenza.

L'evoluzione della giurisprudenza italiana sulle clausole *claims made* dalla fine degli anni '90 ad oggi

Dall'analisi della giurisprudenza raccolta, soprattutto dei Tribunali di primo grado, si può osservare come si è avuta un'evidente evoluzione ed apertura, sempre crescente, nei riguardi delle clausole *claims made*, in quanto si è passati da una valutazione più restrittiva e limitativa, propria delle pronunce di fine anni '90 e primi anni 2000, per arrivare a posizioni di maggiore comprensione e condivisione delle caratteristiche ed opportunità offerte da questa tipologia di copertura assicurativa, che in alcuni casi e settori ha ampiamente dimostrato di essere maggiormente utile per la tutela dei soggetti assicurati.

Visto che si tratta di fattispecie provenienti dal mondo assicurativo anglosassone, appare logico che il loro ingresso nel nostro sistema, impostato tradizionalmente sul concetto del c.d. *loss occurrence*, abbia avuto bisogno di un periodo di assestamento e di comprensione, necessario per cercare di ammettere l'utilizzo e, soprattutto, per consentire di superare il vaglio di legittimità espresso dalla Suprema Corte.

Come hanno dimostrato le pronunce giurisprudenziali esaminate, tali clausole per essere giudicate ammissibili nel nostro ordinamento giuridico, hanno dovuto dimostrare di poter costituire una deroga consentita a disposizioni normative primarie ed imperative, dovendo poi anche dare prova di non rappresentare una limitazione dei soli interessi degli assicuratori, in danno del soggetto assicurato, in modo da arrivare ad essere concepite solo come diverse modalità di regolamentazione dei rischi assicurativi contrattualmente assunti e concordati tra le parti, garantendo il necessario equilibrio tra le opposte posizioni di assicurato e suo assicuratore.

Vediamone degli esempi. Le prime pronunce giurisprudenziali italiane che si occupano di *claims made* risalgono agli inizi degli anni 2000, anche se la prima sentenza rinvenuta risale al 1997, e si tratta, nello specifico, della sentenza del Tribunale di Casale

(9) La c.d. *deeming clause* consente all'assicurato di ampliare l'operatività della polizza anche con riferimento alle circostanze di

fatto conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe, in futuro, scaturire la richiesta risarcitoria.

Monferrato del 25 febbraio 1997, la quale introduce una valutazione di simili clausole nel senso di ritenerle contrarie all'art. 1917 c.c., secondo cui l'assicuratore ha l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione deve pagare al terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Secondo tale pronuncia, essendo l'art. 1917 c.c. una norma imperativa e primaria, di immediata applicazione, tale previsione normativa deve essere inserita di diritto nel contratto concluso dalle parti, ove non prevista, o in sostituzione delle clausole difformi previste dalle parti *ex art.* 1339 c.c. Di pari tenore anche la successiva sentenza del Tribunale di Bologna del 2 ottobre 2002, secondo cui, addirittura, tale clausola *claims made* deve considerarsi nulla proprio in quanto contraria alla previsione del citato art. 1917, comma 1, c.c., norma primaria ed imperativa, che quindi deve essere inserita nel contratto concluso dalle parti in sostituzione della clausola difforme, *ex artt.* 1339 e 1419 c.c.

Secondo, invece, la sentenza del Trib. Napoli del 28 febbraio 2001, occorre interpretare la detta clausola di tipo *claims made* nel senso che gli eventi, rientranti nella copertura assicurativa, non devono essere individuati in base all'ambito temporale delle relative denunce, ma in base ai fatti colposi verificatisi nella vigenza del contratto di assicurazione. In caso contrario tale clausola sarebbe sanzionabile con l'inefficacia che l'art. 1341 c.c. prevede per le clausole vessatorie, in quanto essa, comportando una copertura per i rischi normalmente fuori assicurazione ed escludendo, invece, i rischi per i quali di solito ci si assicura in relazione alla colpa professionale, comporterebbe una evidente limitazione di responsabilità.

La prima sentenza, tra quelle rinvenute ed esaminate nel lavoro in commento, che si esprime in senso favorevole nei riguardi della *claims made*, e che non a caso si colloca temporalmente a ridosso della sentenza della Cass. 15 marzo 2005 - che ha definito tale clausola come contratto atipico, lecito e la cui validità o vessatorietà è verificata caso per caso dal Giudice - è quella del Trib. Crotone dell'8 novembre 2004. Si afferma la sua validità in quanto costituisce una deroga, ammessa dall'ordinamento, rispetto all'art. 1917, comma 1, c.c., che rappresenta appunto una disposizione derogabile per effetto dell'art. 1932 c.c., il quale prevede che debbano intendersi come

inderogabili solo i successivi commi 3 e 4 dell'art. 1917 c.c.

La prima pronuncia di un Tribunale di merito, successiva alla detta sentenza della Cassazione del marzo del 2005, che si occupa della clausola *claims made*, è quella del 5 luglio 2005 e proviene dal Tribunale di Milano, che ritiene ammissibile tale clausola, limitandosi solo a specificare che in questo caso la garanzia assicurativa è esclusa qualora la denuncia del sinistro sia intervenuta successivamente alla scadenza della polizza.

Nonostante l'intervento della Cassazione del 2005, rinveniamo successive pronunce, come quella del Trib. Roma del 1° marzo 2006, che continuano a ritenere nulle le clausole *claims made*, in quanto contrarie alla previsione dell'art. 1917 c.c., il quale fa espresso riferimento ai fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, e quindi l'elemento essenziale nel contratto di assicurazione della responsabilità civile è il rischio, la cui assenza comporta la nullità del contratto.

Oltre al filone di sentenze che ritiene nulle le clausole *claims made* perché contrarie alla previsione dell'art. 1917 c.c., quale norma di rango primario ed imperativo, di immediata applicazione, e che si può inserire nel contratto, *ex art.* 1339 c.c., sia qualora non sia stata prevista dalle parti, sia quando le medesime parti abbiano concordato disposizioni divergenti, il Tribunale di Roma con le pronunce del 1° agosto 2006, ed anche del 12 settembre 2007, ha aggiunto un'altra, e diversa, motivazione per cui le dette clausole dovrebbero giudicarsi nulle. La prima delle due citate sentenze, infatti, afferma che la clausola *claims made* deve intendersi nulla *ex art.* 1895 c.c. perché consente di assicurare un rischio inesistente, vale a dire un rischio putativo, ovvero l'assicurazione di rischi già verificatisi qualora le parti ne ignorino l'esistenza. Secondo i giudici capitolini con l'adozione di tale clausola, che consente l'indennizzabilità di rischi che si potrebbero già essere palesati, o comunque realizzati, al momento della stipula del contratto, ci si troverebbe nella situazione in cui verrebbe a mancare proprio il rischio da assicurare, e quindi il contratto sarebbe inficiato da nullità, in quanto rappresenterebbe l'assicurazione di un rischio putativo e si troverebbe in contrasto con l'art. 1895 c.c. (10).

Anche la successiva sentenza del medesimo Trib. Roma del 12 settembre 2007, n. 7197, affermando

(10) L'art. 1895 c.c. prevede espressamente che il contratto sia da considerarsi nullo qualora "il rischio non sia mai esistito o abbia cessato di esistere prima della conclusione del contratto". Tale

articolo in tema di nullità del contratto di assicurazione per inesistenza del rischio prevede due ipotesi: a) la prima ipotesi di nullità prevista dall'art. 1895 c.c. è che il rischio non sia mai esistito, e ciò

che la clausola *claims made*, consentendo l'indennizzabilità dei rischi già verificatisi al momento della stipula del contratto, è nulla *ex art. 1895 c.c.* in quanto rappresenta l'assicurazione di un rischio putativo, specifica che il rischio, in quanto elemento essenziale del contratto di assicurazione, deve preesistere alla stipula del contratto, e perdurare dopo tale momento. Tanto si desume dall'*art. 1895 c.c.*. Questa norma conferma indirettamente che il rischio dedotto nel contratto deve essere un evento futuro ed incerto.

Interessante evidenziare come il Tribunale di Genova, nonostante lo spartiacque della Cassazione del 2005, con la sentenza dell'8 aprile 2008 riprenda la tesi delle precedenti sentenze di merito, secondo le quali in tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola *claims made*, in quanto contraria alla norma *ex art. 1917 c.c.*, rende nullo il contratto (11).

Una sentenza di merito di notevole rilevanza in questo ambito è la n. 3527 del 18 marzo 2010 emessa dal Tribunale di Milano, Rel. D. Spera, in cui si afferma che la clausola c.d. *claims made* costituisce una deroga lecita all'*art. 1917, comma 1, c.c.*, senza che ciò comporti né una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo, né il venir meno del rischio stesso, rimanendo oggetto della copertura assicurativa il fatto colposo dedotto in polizza. Ne consegue che il contratto di assicurazione della responsabilità civile contenente la clausola *claims made* è tipico. Infatti, si osserva che l'*art. 1932 c.c.* dispone l'inderogabilità della disciplina prevista ai commi terzo e quarto dell'*art. 1917 c.c.*, conseguentemente, il comma 1 di questo articolo è certamente derogabile. L'assicuratore, invece, si avvale di questo nuovo schema contrattuale per gestire in maniera più idonea le riserve e per adeguare l'ammontare dei premi richiesti ai massimali di polizza. La sentenza in esame si sofferma anche nell'analizzare la clausola *claims made c.d. pura*, e la sua eventuale vessatorietà, affermando che tale clausola di per sé non è vessatoria, perché non limita la responsabilità. Infatti, nel regime ordinario *ex art. 1917 c.c.* (contratto c.d. *loss occurrence*), l'assicurato copre la propria responsabilità in relazione ai rischi che si verificano durante il periodo di efficacia della polizza, ma può far valere tale copertura assicurativa (relativa al fatto

commesso durante il periodo di efficacia della polizza, di solito annuale) fino al termine di prescrizione del diritto del terzo di proporre una richiesta di risarcimento danni. In presenza della clausola *claims made c.d. pura*, invece, l'assicurazione copre le richieste di risarcimento del danno pervenute all'assicurato nel periodo (di regola annuale) di efficacia della polizza, ma relativamente a tutti i rischi (dedotti in polizza) verificatisi nel decennio precedente, cioè fino al momento in cui esso assicurato potrà ritualmente eccepire la prescrizione del diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento del danno. In questi casi può ravvisarsi un'equivalenza tra le due ipotesi in esame (contratto c.d. *loss occurrence* e con clausola *claims made c.d. pura*) nella valutazione del rischio assicurato e nel rapporto sinallagmatico tra le parti; e a volte potrebbe essere addirittura vantaggioso per l'assicurato stipulare la polizza contenente la clausola *claims made* (si pensi all'ipotesi in cui l'assicurato sia in tutto o in parte privo di copertura assicurativa per i fatti illeciti eventualmente posti in essere in epoca anteriore alla stipulazione della polizza). La medesima sentenza afferma che, al contrario di questa ipotesi, si può verificare il caso in cui la clausola *claims made* venga inserita in un sistema c.d. misto, nel quale venga utilizzata congiuntamente con una diversa clausola, *loss occurrence* o *act committed*, ed escluda dalla copertura assicurativa i rischi verificatisi oltre alcuni anni precedenti alla stipulazione della polizza, determinando una limitazione di responsabilità che riduce il lasso di tempo entro cui rimane fermo l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato. Tale clausola è qualificata come vessatoria, e richiede, quindi, la specifica approvazione per iscritto *ex art. 1341, comma 2, c.c.*, in mancanza della quale essa è inefficace per la parte che concerne la limitazione di responsabilità, con conseguente applicazione della disciplina prevista della clausola *claims made pura*. Una simile tesi viene confermata anche dalla successiva sentenza del medesimo Trib. Milano del 10 gennaio 2012, secondo cui nell'assicurazione della responsabilità civile la clausola *claims made*, nel determinare una deroga, consentita, all'*art. 1917, comma 1, c.c.*, non comporta per ciò solo l'atipicità del contratto assicurativo.

Nella sentenza del Trib. Genova del 23 gennaio 2012 si conferma l'assunto per cui la clausola assicurativa *claims*

può accadere quando la res oggetto dell'interesse protetto non esiste, ovvero non è mai stata esposta al pericolo di pregiudizio; b) la seconda ipotesi di nullità prevista dall'*art. 1895 c.c.* è che il rischio abbia cessato di esistere prima della stipula del contratto.

(11) Il Tribunale di Genova afferma anche che la clausola che subordina l'operatività della garanzia assicurativa alla coincidenza

temporale determinata dalla circostanza che il fatto colposo, la richiesta di risarcimento del terzo e la denuncia dell'assicurato all'assicuratore si verificano entro il periodo di efficacia del contratto di un anno, è nulla per mancanza di causa di cui all'*art. 1917, comma 1, c.c.*, poiché viene a mancare il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

made pura, la quale individua i sinistri per i quali vi è obbligo di risarcimento sulla base della data della richiesta risarcitoria, indipendentemente dalla data di verifica dei sinistri stessi, è valida e non è vessatoria. Però, a differenza di quanto affermato dalla sentenza del Tribunale di Milano del marzo 2010 si precisa che tale clausola conferisce natura atipica al contratto di assicurazione avverso la RC, e pertanto il contratto è soggetto a valutazione di meritevolezza dello schema causale adottato, e tale valutazione può essere negativa specie ove, anche in combinazione con altri elementi, realizza una mera limitazione dell'area di rischio assicurato senza adeguata contropartita.

Ancora in tema di clausola *claims made* c.d. miste o spurie si esprime anche la successiva sentenza del Trib. Bologna del 5 maggio 2014, in cui si afferma che qualora non siano state specificamente approvate per iscritto, dette clausole siano nulle ed inefficaci, con la conseguenza che le stesse siano sostituite di diritto dall'art. 1917 c.c., in base al quale l'assicuratore è tenuto ad indennizzare i terzi dei danni subiti dall'assicurato per il sinistro accaduto durante il tempo dell'assicurazione. Al contrario, la clausola *claim made* pura è valida ed efficace.

Anche la sentenza del Trib. Palermo del 26 novembre 2014, n. 5828, riprendendo simili tesi, chiarisce che la clausola *claims made* c.d. pura non implica una limitazione della responsabilità dell'assicuratore tale da incidere sull'assetto degli interessi disciplinati dal contratto, e pertanto, non rientra nel novero delle pattuizioni contemplate dall'art. 1341, comma 2, c. c., ed è perfettamente valida ed efficace anche in assenza di specifica sottoscrizione.

Claims made ed ... "uniformità di vedute"

Le Sezioni Unite nel 2016 enunciano il principio ermeneutico del vaglio di meritevolezza da condursi

in concreto e questo è stato uno dei principali filoni di indagine seguiti dall'analisi condotta sulle sentenze aventi ad oggetto i contratti assicurativi *claims made* (12). Gli autori hanno cercato di capire se le linee guida fornite dagli ermellini siano state effettivamente seguite dai giudici di merito e se vi siano stati casi in cui i giudici abbiamo approfondito o integrato detto scrutinio o se a contrario vi siano stati esempi in cui si è proceduto in totale assenza (13). Si procederà quindi ad un rapido excursus attraverso i dati che ne sono emersi, commentando alcune pronunce che sono apparse rappresentative del filone di indagine prescelto.

La sentenza emessa dal Trib. Roma il 19 dicembre 2016 rappresenta un esempio di come sia stato svolto un vaglio di meritevolezza completo, ovvero di come il giudicante abbia utilizzato la maggior parte dei criteri che vengono indicati dalla Corte di cassazione e forse ... anche qualcuno in più. Il giudice romano si interroga sulla conformità e compatibilità della clausola *claims made* con la variegata piattaforma normativa apprestata dall'ordinamento a tutela del consumatore e dell'utente in generale, avendo riguardo alla normativa sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione, sulla disciplina della subfornitura nelle attività produttive ed in particolare sulle previsioni dell'abuso di dipendenza economica con un occhio rivolto anche alla strategia ed agli obiettivi imprenditoriali sottesi alla clausola. Dall'esame del contratto emerge la mala fede contrattuale della compagnia assicuratrice e la *claims made* appare sfavorevole, e non poco, all'assicurato (14). Interessante notare come in conclusione del vaglio condotto, sia lo stesso giudice a suggerirci la soluzione affinché la clausola da reietta si trasformi in meritevole: la previsione di una retroattività di almeno due-tre anni e di una postuma. Viene

(12) Le Sezioni Unite della Corte di cassazione nella nota sentenza del 6 maggio 2016, n. 9140, specificano che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto e non in astratto, valutando: (c') se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto; (c'') la qualità delle parti; (c''') la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di garanzia". Vengono poi suggeriti altri elementi di valutazione quali l'entità del premio pagato dall'assicurato, il *wording* di polizza ed il tenore delle previsioni contrattuali di polizza. Viene specificato che il vaglio deve essere condotto sull'abbrivio di quel sacro principio della cooperazione solidale che, a sua volta sancito dall'art. 2 della Cost., inciderebbe anche sui rapporti contrattuali, impegnando le parti a non dar luogo ad assetti negoziali sperequati e, in quanto tali, immeritevoli di tutela.

Tale principio è stato poi confermato anche dalla successiva sentenza, sempre a Sezioni Unite, della Suprema Corte del 2 dicembre 2016, n. 24645.

(13) Rinveniamo ulteriori indici sul vaglio di meritevolezza nella nota sentenza di Cassazione, Relatore Rossetti, del 28 aprile 2017, n. 10506 (vedi ultima pagina). La meritevolezza di cui all'art. 1322 rappresenta un giudizio "che deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito" e che deve necessariamente guardare alla conformità alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico. Conseguentemente "l'im-meritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati".

(14) Così Trib. Roma 19 dicembre 2016, sent: "La *claims made* appare sfavorevole, e non poco, all'assicurato: a) che di fatto ha poca o nessuna scelta alternativa, pur essendo spesso, come accade per molte categorie professionali, obbligato per legge ad assicurarsi; b) ha difficoltà a comprendere la portata tecnico giuridica e le conseguenze delle 'novità'; c) che riceve, in presenza della clausola *claims made*, in termini di effettiva copertura assicurativa una tutela anni luce distante, ed ovviamente in peggio,

Speciale

Danno alla persona

in sostanza suggerito di dilatare il periodo assicurativo *da testa a coda*.

Un vaglio altrettanto completo quello che viene svolto dal Trib. Firenze in data 30 marzo 2018, con la sentenza n. 955 (15). Interessante notare come il giudicante si soffermi sulla problematica relativa alla vanificazione dell'obbligo assicurativo di recente previsto anche per la responsabilità sanitaria. La clausola *claims made* contrasterebbe con detto obbligo, informato sull'utilità sociale, e metterebbe l'assicurato in una condizione non affine ai superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti in quanto ove "l'assicurato adempia spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore" (si veda, al riguardo, la fattispecie concreta già decisa da Cass., Sez. III, 13 marzo 2014, sent. n. 5791). Esito, secondo il giudice fiorentino, paradossale, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore (16).

Un dato interessante emerso è la circostanza che se la garanzia oggetto di causa risulta essere

anteriore rispetto all'entrata in vigore dell'obbligo assicurativo di legge in vari casi le decisioni non prendono in considerazione quegli aspetti di immeritevolezza propugnati dalle Sezioni Unite proprio in relazione all'assicurazione obbligatoria dei professionisti (in questo senso si veda anche Trib. Treviso 10 giugno 2016, n. 1530; Trib. Bologna 12 agosto 2016).

Non tutti i giudici di merito seguono però le linee guida dettate dalle Sezioni Unite nel 2016: si rinven- gono pronunce difformi sia come *modus operandi* sia come principi sottesi alla decisione stessa di salvare o meno le clausole a richiesta fatta dalla ghigliottina della nullità. Che quadro ne emerge? Le parole del Tribunale di Milano rendono sicuramente l'idea: "Il quadro che se ne ricava, ben al di là delle apparenti rassicurazioni di ordine generale, è estremamente incerto, in quanto caratterizzato dalla possibilità, concessa al Giudicante, di vulnerare - diremmo scardinare - il regolamento negoziale liberamente voluto dalle parti, sacrificandolo sull'altare di un (sovente) impalpabile giudizio di meritevolezza. Il pericolo di una deriva giurisdizionale 'eversiva' è, dunque, evidente, e già se ne registrano esempi eloquenti" (così Trib. Milano 17 giugno 2016, n. 7149).

Ecco alcuni esempi recenti a riprova di un impalpabile giudizio di meritevolezza ed al perdurare del quadro di incertezza (17).

rispetto al modello codicistico perché detta clausola rende del tutto incerta e labile l'effettività della copertura assicurativa".

(15) La sentenza ha ad oggetto un contratto di assicurazione con clausola *claims made* c.d. impura con copertura limitata alle condotte commesse e denunciate nel tempo di vigenza della polizza con retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente. La condotta censurata è stata commessa nel periodo di vigenza della polizza ma è contestata la data di denuncia effettuata dalla Azienda Ospedaliera alla compagnia assicurativa successivamente alla scadenza di operatività della polizza. Rinveniamo l'utilizzo delle indicazioni che ci sono state fornite dalle Sezioni Unite nel maggio 2016 e dalla Corte di cassazione nel 2017. Il contratto viene dichiarato immeritevole di tutela in quanto: (a) attribuisce ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per l'altra; (b) pone una delle parti in posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra e (c) costringe una delle parti ad adottare condotte in violazione dei doveri costituzionali di solidarietà. Il giudice specifica subito che il vaglio di meritevolezza deve tener conto dell'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio dell'attività medica in una ottica di tutela non tanto, o comunque, non solo dell'assicurato ma anche del paziente terzo danneggiato "esposto al pericolo che gli effetti della colpevole e dannosa attività della controparte restino, per incapienza del patrimonio della stessa, definitivamente a suo carico". Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, comma 2, e 41, comma 2, Cost. Così Trib. Firenze 30 marzo 2018, n. 955: "Tenuto conto della inviolabilità del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., dell'obbligo di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e dell'obbligo previsto dalla legge di assicurazione professionale obbligatoria per esplicitate finalità di tutela non solo del professionista ma anche

del cliente/paziente, una clausola che non solo non prevede alcuna retroattività della copertura assicurativa, qualificandosi appunto come clausola *claims made* impura, ma neppure alcun periodo di ultrattività per la responsabilità derivante da fatti commessi nel periodo di vigenza della polizza ma denunciati successivamente, espone chiaramente a gravi rischi di scopertura anche la struttura sanitaria che regolarmente ha adempiuto all'obbligo di legge stipulando polizze senza soluzione di continuità ma - se del caso - con diversa Compagnia assicurativa adottante comunque una siffatta clausola."

(16) La sentenza di merito del Trib. Firenze 30 marzo 2018, n. 955, ha statuito che l'analisi sulla meritevolezza della clausola *claims made* deve essere effettuata in concreto, e non in astratto, e valutando alcuni profili, tra cui: se tale clausola è impura, la qualità delle parti, la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a buchi di copertura, il risultato perseguito dal contratto, ed inoltre, in aggiunta rispetto a quanto previsto dalla Suprema Corte, anche l'entità del premio assicurativo pagato dall'assicurato, il *wording* della polizza e quindi il tenore letterale delle sue previsioni contrattuali, oltre che il rispetto dei principi costituzionali dettati dagli artt. 2, secondo periodo, relativo alla solidarietà sociale, 4, comma 2, e 41, comma 2.

(17) Le sentenze in commento (Trib. Piacenza 11 aprile 2017, n. 172; Trib. Caltanissetta 17 marzo 2017, n. 125; Trib. Benevento 20 ottobre 2016, n. 2349; Trib. Benevento 15 febbraio 2017, n. 248; Trib. Benevento 29 novembre 2016, n. 2608) trattano tutte di casi in cui il paziente chiama in causa l'azienda ospedaliera che a sua volta chiama in manleva la propria compagnia assicuratrice la quale solleva la mancata copertura su clausola *claims made* perché la denuncia del danno è avvenuta fuori dal periodo di copertura.

Un primo set di sentenze enucleato mostra come vi siano delle notevoli differenze tra gli scrutini condotti, con ancora dei casi recenti in cui non è stato svolto alcun vaglio concreto da parte del giudicante ma applicate le condizioni della clausola *claims made sic et simpliciter* (18).

La sentenza n. 172, emessa dal Tribunale di Piacenza in data 11 aprile 2017, è un esempio di clausola impura che viene salvata, ma non a seguito di quel vaglio che ci si attenderebbe. La compagnia chiamata in causa in manleva eccipe la mancata copertura perché la prima richiesta risarcitoria sarebbe intervenuta a contratto scaduto. Nessun vaglio di meritevolezza viene svolto bensì viene esclusivamente valutata la duplice condizione prevista dalla tipologia di *claims made* impura ovvero che il *date of loss* (ovvero la data dell'accadimento) ricadesse nel periodo di copertura della polizza e che la prima richiesta di risarcimento del danno fosse pervenuta in corso di vigenza di polizza. Il ragionamento svolto dal giudice è semplice e nessun accenno viene rivolto a precedenti giurisprudenziali o principi enucleati dagli ermellini (rinveniamo una motivazione concisa che dedica all'operatività della polizza sole 23 righe) (19): il sinistro non è coperto dal contratto assicurativo dedotto in giudizio, ed obbligata al risarcimento sarà direttamente e soltanto la convenuta Azienda Ospedaliera, in quanto una delle condizioni previste dalla clausola *claims made* non è soddisfatta, ovvero la denuncia del sinistro non è occorsa in vigenza di polizza (20). Quale caratteristica dell'estensione della clausola faccia ritenere la *claims made* meritevole di tutela non è specificato (il contratto prevedeva una retroattività ma non una postuma). Anche la sentenza n. 125, emessa dal Tribunale di Caltanissetta il 17 marzo 2017 risulta priva di tale scrutinio. A differenza del tribunale piacentino, in questo caso però il giudice nisseno esplicita quale sia

il meccanismo idoneo a compensare lo squilibrio sinallagmatico determinato dall'apposizione della clausola *claims made*: la previsione di una retroattività triennale (21). Se da un lato viene limitato il rischio ricadente sull'assicuratore per i fatti accaduti durante la vigenza della polizza (in quanto se, come nel caso di specie, le relative richieste risarcitorie giungono in un momento successivo la copertura assicurativa non opera e non viene prevista invece alcuna postuma), dall'altro, l'assicurato gode di una copertura per fatti verificatisi in epoca anteriore (nei limiti del triennio) rispetto alla stipula e dunque alla vigenza del contratto la cui richiesta risarcitoria sopraggiunga in epoca successiva. La domanda di manleva non trova quindi accoglimento. Interessante notare come il medesimo *wording* della clausola preveda espressamente che "la copertura non comprende le richieste di risarcimento avanzate nei confronti dell'assicurato successivamente alla fine del periodo di assicurazione".

I giudici del Tribunale di Benevento sono invece gli estensori di due sentenze che nonostante abbiano ad oggetto la clausola *claims made* impura contenuta in un medesimo contratto assicurativo (22) stipulato dalla medesima azienda sanitaria assicurata, giungono a conclusioni diametralmente opposte circa la validità della clausola (Trib. Benevento 20 ottobre 2016, n. 2349, e Trib. Benevento 15 febbraio 2017, n. 248).

Nella sentenza n. 2349 il Giudice richiama la sentenza delle Sezioni Unite del maggio 2016 che, secondo l'interpretazione data, avrebbe confermato la validità e la non vessatorietà delle richiamate clausole (si cita la questione dell'atipicità sul 1917 c.c., il dovere di correttezza e buona fede, la causa, la limitazione di responsabilità e la vessatorietà) ma è evidente che la ricostruzione non colga il pensiero sostanziale espresso dalla Corte di Cassazione su tale

(18) Sempre sul vaglio di meritevolezza si segnala: Trib. Lecce 6 marzo 2018, n. 924.

(19) La polizza citata opera esclusivamente "per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato durante il periodo di assicurazione dalle ore 24,00 del 30.06.2006 alle ore 24,00 del 30.06.2008 purché siano conseguenza di fatti avvenuti durante il periodo di assicurazione e anche anteriormente a tale data, ma non prima del 31.12.1999.". Essendo l'evento accaduto nel 2007, in vigenza di polizza ma denunciato nel 2011, fuori dal periodo di copertura, il sinistro non può ritenersi coperto.

(20) La sentenza appare interessante anche per la definizione di "prima richiesta di risarcimento" perché ritiene inidonea la comunicazione che parte attrice invia alla Azienda manifestando l'intenzione di svolgere accertamenti con riserva di eventualmente formulare una richiesta risarcitoria all'esito di questi (la Asi comunicava detta missiva alla compagnia che apriva il sinistro come si suol dire *cautelativamente*).

(21) La polizza sottoposta all'esame del Tribunale di Caltanissetta prevede una clausola impura secondo la quale la polizza opera "esclusivamente per le richieste di risarcimento avanzate per la prima volta nei confronti dell'assicurato durante il periodo di assicurazione e cioè dalle ore 24.00 del 31.12.2005 alle ore 24:00 del 31.12.2008 [periodo poi prorogato sino alle ore 24:00 del 31.12.2009], purché siano conseguenza di fatti avvenuti durante lo stesso periodo e anche anteriormente a tale data, ma non prima dell'8.2.2002".

(22) Clausola impura con previsione di retroattività dal seguente tenore letterale: "l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a fatti colposi posti in essere durante il periodo di validità della garanzia e, anche, in data antecedente l'effetto della presente polizza e comunque non prima del 31.12.2000. (...) valenza dal 31.12.2005 al 31.12.2008+rinnovo sino a maggio 2009".

argomento, poiché i supremi giudici ritengono che le clausole *claims made* in realtà siano da sottoporre singolarmente ad uno scrutinio di meritevolezza da parte del giudice di merito da condursi in concreto che qui non rinveniamo. La domanda di manleva formulata dalla convenuta nei confronti della compagnia assicurativa viene rigettata essendo intervenuta la richiesta risarcitoria successivamente al periodo di efficacia del contratto (l'evento ricade invece in periodo di vigenza del contratto). Come mai la clausola si è salvata? Per la previsione di una retroattività? Lo si può solo supporre... Nessuna postuma era invece prevista.

Nella sentenza n. 248, a contrario, la gemella clausola *claims made* non passa il vaglio di meritevolezza. In questo caso il giudice, cogliendo il pensiero dei Supremi Giudici, verifica se sia possibile trovarsi o meno in una situazione di nullità del patto negoziale ma non considera la presenza di una retroattività quanto piuttosto la circostanza che la clausola esponga l'assicurato a buchi di copertura: "Da quanto esposto pare evidente che la clausola *claims made* contenuta nel contratto n. X, stipulato con la Y sicuramente nel momento in cui è accaduto il fatto, non è meritevole di tutela poiché è fortemente penalizzante per una delle parti, ovvero per l'assicurato che, a fronte di cospicui premi assicurativi pagati nel corso degli anni al fine di essere manlevato contro eventuali "incidenti", si è ritrovato puntualmente senza alcuna copertura assicurativa" (23). Sarà la compagnia assicurativa a dover manlevare l'Ospe-
dale dal risarcimento danni dovuto agli attori (24). Il Tribunale di Palermo, con la sentenza n. 536 del 31 gennaio 2017, a contrario, salva la clausola *claims made* impura senza analizzare eventuali buchi di copertura o sussistenza di altre polizze per la sola presenza contrattuale della retroattività a 5 anni.

Se un terzo dei contratti esaminati prevede la retroattività, usualmente di tre anni, la minoranza prevede invece una postuma. Se la clausola impura prevede una retroattività, ha una *chance* di sopravvivenza. Gli

interessi maggiormente meritevoli di tutela sono quelli che prevedono una garanzia estesa tale da ricomprendere una copertura complessiva pari ad un numero di anni che si avvicina a 10 (tale dato è ovviamente da porsi in connessione con il termine prescrizione della responsabilità professionale). Dalla analisi condotta emerge che gli effetti della *immeritevolezza ante 2018* hanno quasi sempre carattere reale: il giudice interviene in senso modificativo sullo statuto negoziale, la clausola *claims made* viene espunta dal contratto con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula *loss occurrence ex art. 1917 c.c.* (25) anche se non sempre il meccanismo di conversione viene esplicitato (26). E che succede quando vi sono più contratti assicurativi in continuità temporale? Dall'analisi condotta emerge che il contratto assicurativo che non prevede la retroattività viene dichiarato nullo (così Trib. Roma 22 dicembre 2016, n. 23944). Nelle sentenze più recenti l'attenzione viene posta non solo alla retroattività ma anche alla ultrattività ovvero alla postuma (si cfr. la stessa Cass., sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506) con decisioni che dichiarano la polizza *claims made* illecita laddove escluda la copertura dei danni richiesti dopo la vigenza del contratto (Trib. Treviso, 10 giugno 2016, n. 1530). Ma l'esclusione dei *claims* dopo la scadenza della polizza non è l'essenza stessa di questo tipo di copertura? Ha davvero senso porsi la questione relativa alla presenza di una postuma in questa tipologia di contratti?

Per quanto riguarda gli aspetti prettamente processuali, dall'analisi condotta emerge che gli assicurati eccepiscono il più delle volte la nullità delle clausole in modo generico senza fornire ulteriori elementi a sostegno e che le compagnie non hanno ancora chiari gli elementi su cui il giudice basa il giudizio di meritevolezza. Non da ultimo uno sguardo è stato rivolto alla ripartizione delle spese legali in sentenza, per lo più integralmente compensate tra l'assicurato convenuto e le terze chiamate, con qualche caso di

(23) Cit. da Trib. Benevento 15 febbraio 2017, sentenza n. 248. Ed ancora: "Se la struttura ospedaliera di cui sopra avesse stipulato un contratto assicurativo con valenza nel periodo della denuncia del fatto da parte del danneggiato ovvero nel 2012, di certo non avrebbero trovato una compagnia assicurativa che l'avrebbe 'coperta' anche per i fatti occorsi nel lontano 2008 ovvero 4 anni prima. Allo stesso modo, pur avendo contratto un'assicurazione - in particolare la n. X, che ha avuto valenza dal 31.12.2005 al 31.12.2008 + rinnovo fino a maggio 2009 - nel periodo in cui si è verificato il fatto, non ha trovato alcuna copertura assicurativa poiché esclusa dalla presenza della clausola *claims made*, che obbliga l'assicurato a denunciare il fatto entro il 2009. Di conseguenza, l'assicurato, pur pagando ingenti premi assicurativi, non trova mai 'copertura' poiché il fatto è accaduto nel lontano 2008 e

la copertura assicurativa per Y sarebbe arrivata massimo al 31.05.2009 ma non avrebbe mai coperto una denuncia danno pervenuta all'assicurato nel giugno 2012".

(24) Si veda dello stesso giudice, Trib. Benevento 29 novembre 2016, n. 2608: la clausola *claims made* non passa il vaglio di meritevolezza con giudizio condotto sulla circostanza che l'assicurato è esposto a buchi di copertura (non viene analizzata la presenza di retroattività o postuma).

(25) Si veda ad esempio, Trib. Roma 19 dicembre 2016; Trib. Benevento 29 novembre 2016, n. 2608; Trib. Udine 3 maggio 2017, n. 613; Trib. Milano 17 giugno 2016, n. 7149.

(26) Si veda in tal senso Trib. Roma 22 dicembre 2016, n. 23944.

condanna alla manleva della compagnia terza chiamata nei confronti delle spese che l'assicurato è tenuto a pagare nei confronti dell'attore.

La nuova meritevolezza a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite della Suprema Corte con la sentenza del 24 settembre 2018, n. 22437, facendo seguito all'ordinanza di rimessione della Terza Sezione dell'8 gennaio 2018, n. 1465, hanno effettuato un'attenta e completa disamina in merito alla validità delle clausole *claims made*, partendo dall'affermare la tipicità del contratto di assicurazione per la responsabilità civile in cui sia presente una clausola *claims made*, in quanto questa costituisce una deroga, ammessa nel nostro sistema dall'art. 1932 c.c., al modello di assicurazione previsto dal primo comma dell'art. 1917 c.c., vale a dire improntato al *loss occurrence* o all'*act committed*.

La sentenza rammenta anche che nel nostro ordinamento l'assicurazione secondo il modello delle clausole *claims made* ha trovato, di recente, espresso riconoscimento legislativo, con riferimento specifico alle polizze di assicurazione della responsabilità civile dei professionisti (cfr. art. 11 della L. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. Legge Gelli, l'art. 3, comma 5, lett. e), D.L. 13 agosto 2011, n. 138 e l'art. 2 del D.M. Giustizia del 22 settembre 2016).

La Suprema Corte esclude poi che tale clausola possa essere dichiarata vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c. e necessiti pertanto di specifica sottoscrizione in quanto limitativa della responsabilità, essendo la clausola *claims made* una clausola che, individuando il sinistro assicurato, rappresenta una delimitazione dell'oggetto del contratto e non della responsabilità. Questo nuovo assetto comporta, di conseguenza, l'esclusione della necessità del noto giudizio di meritevolezza della clausola *claims made* che proprio la precedente giurisprudenza della Suprema Corte aveva richiesto.

La sentenza specifica però che, anche se la clausola *claims made* non dovrà più essere oggetto del giudizio di meritevolezza, tale previsione può comunque presentare alcune criticità, tali da richiedere un'indagine sulla "causa in concreto del negozio", per verificare, innanzitutto, "come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello *claims made*, rispetti, anzitutto i limiti imposti dalla legge". Ed occorre sin da subito specificare che una simile indagine dovrà essere molto più estesa di quella dello scrutinio di meritevolezza, in quanto deve riguardare non solo la conformazione genetica

del contratto, ma anche la fase precedente alla sua conclusione e quella relativa all'attuazione del rapporto assicurativo. In tal senso la Suprema Corte afferma che tale indagine deve svolgersi rispetto ai tre citati momenti, che sono la fase precontrattuale, il contenuto negoziale e la fase di attuazione del rapporto assicurativo.

Nella prima fase si dovrà accertare il corretto adempimento degli obblighi informativi sul contenuto del contratto secondo il modello *claims made* da parte dell'impresa assicurativa o dei suoi intermediari "nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze". La violazione di tale obbligo dovrà comportare: "un effettivo ristoro del danno patito" dall'assicurato contraente "commisurabile all'entità delle utilità che avrebbe potuto ottenere in base al contratto correttamente concluso".

In merito, invece, al contenuto negoziale sarà necessario verificare la "causa concreta" del contratto, analizzando il rapporto sinallagmatico del contratto assicurativo, per valutare la determinazione del premio di polizza e quindi se lo scopo effettivo del regolamento negoziale fondato sulla clausola *claims made* comporti uno squilibrio giuridico tra il rischio assicurato ed il premio, perché in tali casi, in cui opererà la nullità del contratto, il Giudice potrà porre rimedio ricavando ciò che è necessario, "per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazioni legislative".

Da ultimo, con riferimento alla fase di attuazione del rapporto assicurativo, la sentenza considera certamente abusiva la clausola che preveda il recesso da parte dell'assicuratore in caso di denuncia di un sinistro compreso nei rischi assicurati.

Prime considerazioni conclusive

L'ultimo arresto delle Sezioni Unite ha affermato il principio secondo cui la clausola *claims made* è valida, lecita e tipica, ma occorre che sia oggetto di un'ampia indagine che parta dalla fase precontrattuale per giungere sino a quella attuativa del rapporto assicurativo, al fine di verificare il rispetto del contratto assicurativo rispetto agli obblighi informativi, l'adeguatezza dello stesso allo scopo pratico, la "causa in concreto" del negozio, oltre ad eventuali clausole abusive. In definitiva, da un lato non si può che osservare con spirito positivo la posizione espressa dalla Suprema Corte, in quanto in tal modo la giurisprudenza ha riconosciuto, dopo che in verità lo aveva già fatto il legislatore con riferimento alle assicurazioni della responsabilità civile sanitaria e

Speciale

Danno alla persona

dei professionisti, la piena legittimità del contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato secondo lo schema del *claims made*. Dall'altro, però, non si può sottacere un certo timore per quei contratti che sono già stati stipulati sino ad oggi, e che a seguito della presente statuizione dovranno essere oggetto, e superare, la detta indagine ad ampio raggio che parte dalla fase precontrattuale, con riferimento alla valutazione dell'adeguatezza degli obblighi informativi, per passare al vaglio del contenuto del negozio, e quindi all'analisi della causa concreta del contratto e dell'adeguatezza dello stesso allo scopo pratico perseguito dai contraenti, per terminare nella fase attuativa del rapporto contrattuale.

Sarà molto interessante continuare a seguire gli sviluppi del caso e mettere a confronto il vaglio di meritevolezza sino ad oggi conosciuto, con questa nuova indagine ad ampio spettro. Potrà dirsi il giudizio di meritevolezza davvero soppiantato nel

contenuto dalla nuova indagine richiesta dalle Sezioni Unite? La risposta a tali quesiti la si rinverrà nelle soluzioni che adotteranno i Tribunali di merito nell'applicazione pratica di quanto statuito dalla Suprema Corte.

Ma un quesito rimane fermo: il vaglio ante e post 2018 include aspetti tecnici e presuppone una conoscenza del mercato assicurativo che ci si domanda se sia appannaggio di chi è chiamato a decidere: è davvero in grado di farlo il giudice? Non sarebbe un compito da attribuire ad operatori del settore esperti del campo assicurativo come per esempio gli attuari? Ed il ruolo dei broker? Sarebbe auspicabile quindi un intervento più capillare del legislatore? *“Perché non c'è né una legge, né un atto di indirizzo del legislatore. E si giudica sul caso concreto. E quindi si resta nell'incertezza giurisprudenziale”* (27). Non ci resta che attendere le future pronunce.

(27) Andrea Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, 27.