

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Claims made fra ruolo sociale dell'impresa assicurativa e tutela del mercato: considerazioni di meritevolezza sistematica. Nota a Cassazione Civile, Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1465.

1. *Fatti di causa e cronistoria delle clausole claims made*

Il 28 giugno 2002 le merci di proprietà della “Laboratori Piazza s.n.c.”, custodite nel magazzino di una sua agente (la “Martignone s.n.c.”), vengono danneggiate da una gru per l’edilizia operante nel cantiere adiacente ove opera la società “CEV S.p.A.”. Nel 2003 la “Laboratori s.n.c.” conviene avanti al Tribunale di Treviso entrambe le società; senonché la “CEV S.p.A.”, negando la propria responsabilità, chiama in giudizio la società fabbricante della Gru, la quale chiede di essere mallevata dal proprio assicuratore della responsabilità civile (la “Allianz S.p.A.”).

La società assicuratrice, tuttavia, si costituisce sostenendo di non essere tenuta alla malleva in virtù del fatto che entrambi i contratti di assicurazione stipulati contenevano una clausola in cui l’impresa si obbligava a tenere indenne l’assicurata per i soli danni rispetto ai quali il risarcimento fosse stato richiesto dal terzo durante il periodo di efficacia della polizza (cd. *claims made*). Il primo contratto aveva durata dal 1° gennaio 2001 al 31 dicembre 2002 (e prevedeva una franchigia di euro 4.547), la durata del secondo andava dal 1° gennaio 2003 al 1° gennaio 2004 (e prevedeva una ben più alta franchigia, fissata ad euro 150.000); avendo la società attrice presentato la richiesta risarcitoria nel 2003 opererebbe il secondo dei due contratti, con la conseguenza che nulla sarebbe dovuto all’assicurata in considerazione del fatto che la richiesta di risarcimento del terzo è ben inferiore alla franchigia.

Le doglianze della società attrice vengono accolte dal Tribunale di Treviso, che qualifica la clausola *claims made* vessatoria ex art. 1341 c.c.

La Corte d’Appello ribalta il giudizio di prime cure ritenendo che la *claims made* non fosse né nulla ai sensi dell’art. 1895 c.c., né vessatoria ai sensi dell’art. 1341 c.c., ma pienamente valida: la domanda di garanzia viene dunque rigettata.

La società assicurata ricorre in Cassazione, fondando il proprio ricorso sull'immeritevolezza in concreto della clausola *claims made* (e dunque sulla falsa applicazione degli artt. 1322 e 1917 c.c.), il che ci porta all'ordinanza di rinvio in commento, con la quale l'estensore chiede alle Sezioni Unite di pronunciarsi (nuovamente!) sulla validità delle clausole in parola¹.

L'ordinanza *de qua* aggiunge, dunque, un nuovo capitolo alla lunga e travagliata vicenda giurisprudenziale (e non) delle clausole *claims made*², ormai commensali abituali alla tavola del giudice di legittimità³. Come noto, sul punto sono già recentemente intervenute le stesse Sezioni Unite (n. 9140/2016)⁴, le quali - dopo aver sciolto

¹ L'ordinanza, reperibile in *Foro It.*, 2018, I, 452, pone due principali profili problematici che concernono: a) l'individuazione di una nozione unitaria di sinistro e, segnatamente, la sussistenza della facoltà delle parti di determinare convenzionalmente il fatto che può ritenersi tale, b) la meritevolezza in concreto delle clausole *claims made*. In questa nota ci si concentrerà sul secondo dei due punti, con riferimento al primo *cf.* P. CORRIAS, *Claims made, rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile: prime riflessioni alla luce dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 33, 2018.

² Il modello di assicurazione della responsabilità civile previsto dal codice (cd. *loss occurrence*), assai dispendioso per l'assicuratore, pare derogabile ai sensi dell'art. 1932 c.c.: la prassi ha, dunque, elaborato le clausole cd. *claims made*, per le quali la garanzia vale solo per le richieste di risarcimento inviate per la prima volta all'assicurato nel periodo di efficacia della polizza. Tali clausole possono prevedere la copertura assicurativa per il sol fatto che al momento in cui perviene la richiesta di risarcimento sia efficace il contratto (forma pura), oppure per il caso in cui tanto il sinistro quanto la richiesta risarcitoria si presentino nel periodo di vigenza della polizza (forma impura).

³ Il primo approdo delle *claims* in Cassazione risale al 2005 (Cass. 5624/2005), *cf.* L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La Resp. Civ.*, 12, 2005, 1030. Le clausole in esame, prima dell'arresto a Sezioni Unite del maggio 2016 (su cui *infra*), sono state oggetto di numerosi dubbi circa la loro validità con riferimento al problema del rischio putativo (art. 1895 c.c.), della inderogabilità del modello legale (art. 1917 e 1932 c.c.), della decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.) e della vessatorietà (art. 1341 c.c.), *cf.*, *ex multis*: Cass. 23741/2009, Cass. 8235/2010, Cass. 17783/2014, Cass. 3622/2014, Cass. 2872/2015; per una sintesi di tutti i problemi relativi alla clausola *cf.* M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2017, 1031 ss.

⁴ *Ex multis*: M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni unite: osservazioni «a margine»*, in *Riv. dir. banc.*, 5, 2016; R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite*

positivamente i dubbi circa la compatibilità della clausola rispetto ai problemi del rischio putativo (art. 1895 c.c.), derogabilità del modello legale (artt. 1917 e 1932 c.c.), decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.) e vessatorietà (art. 1341 c.c.) - con una soluzione pilatesca, hanno dichiarato che le suddette clausole non sono nulle *sic et simpliciter*, ma dovranno essere valutate dal giudice del merito in ordine alla loro “meritevolezza in concreto”, «con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell’interprete». La pronuncia ha inevitabilmente lasciato aperto il problema, rinviandolo ai giudici di prime cure, i quali hanno dovuto assumere il compito di stabilire i parametri in base ai quali una *claims made* può essere (im)meritevole di tutela e dunque salvata (o meno) nell’assetto di interessi divisato contrattualmente dalle parti. Come si avrà modo di specificare meglio nel proseguio, il giudizio di meritevolezza *case by case* ha portato la giurisprudenza, prima di merito e poi di legittimità, a dichiarare sistematicamente nulle le clausole in esame, valutandone, invero, aprioristicamente quasi sempre l’immeritevolezza⁵.

In tale contesto di pregiudizio brevemente tratteggiato si iscrive la pronuncia in commento, portando però sul tavolo della discussione nuovi e importanti argomenti.

In primo luogo, si chiede di affermare che «nell’assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di “sinistri” fatti diversi da quelli previsti dall’art. 1882 c.c., ovvero nell’assicurazione della responsabilità civile, dall’art. 1917, comma primo, c.c.»⁶.

sulla clausola *claims made*: a capofitto nella tempesta perfetta, in *Foro It.*, 6, 2016, 2026; A. GUARNIERI, *Le clausole claims made miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 4, 2016, 1238; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un’analisi a tutto campo*, in *BBTC*, 6, 2016, 1370.

⁵ A distanza di circa un anno dalla pronuncia a Sezioni Unite sono intervenute due sentenze gemelle della III sez. (10506/2017 e 10509/2017), le cui motivazioni, che in gran parte richiamano quelle dell’ordinanza in commento (del resto la firma è la stessa), mostrano i pregiudizi nella valutazione di meritevolezza, *cfr.* L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *NGCC*, 10, 2017, 1377.

⁶ Benché la sentenza affermi che «è del tutto irrilevante la circostanza che l’art. 1932 c.c., nell’elencare le norme inderogabili dalla volontà delle parti, non faccia cenno dell’art. 1917, comma primo, c.c.», giacché «di prevedere l’inderogabilità di quella norma non v’era infatti bisogno, per la semplice ragione che derogare all’art. 1917, comma primo, c.c., significa stipulare un contratto che non è un’assicurazione

Il secondo quesito riguarda, nuovamente, il giudizio di meritevolezza: segnatamente si chiede (senza mezzi termini) di dichiarare le clausole *claims made* «sempre e comunque immeritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.».

L'approfondimento del secondo punto suscita alcune riflessioni: seppur in maniera breviloquente, infatti, si afferma che la scaturigine della forma di assicurazione *claims made* deriverebbe «dall'affermazione di *principi giuridici inconcepibili* nel nostro ordinamento». L'affermazione merita particolare attenzione, giacché si esplicita il quesito della compatibilità della clausola col sistema storico - normativo delle assicurazioni⁷. Gli è, infatti, che il problema delle *claims made*, al di là dell'importanza pratica, assume rilievo anche in prospettiva dogmatica, in quanto si presenta come banco di prova per la tenuta di alcuni principi di fondo del diritto assicurativo, specie alla luce delle recenti evoluzioni normative europee ed interne⁸. In altre parole, occorrerà capire se il principio mutualistico che sta alla base dell'assicurazione e che ha portato le recenti riforme ad intervenire con decisione sulla solvibilità delle imprese e sulla tutela del mercato non

della responsabilità civile», v'è da sottolineare che le predette SS.UU. avevano già affrontato il problema constatando, diversamente, che «sul piano strettamente dogmatico la tesi dell'intangibilità del modello codicistico si scontra contro il chiaro dato testuale costituito dall'art. 1932 cod. civ., che tra le norme inderogabili non menziona il primo comma dell'art. 1917 cod. civ. Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più acconcia, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito “di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione”, deve pagare a un terzo». Ritenendosi sufficientemente chiara la posizione delle Sezioni Unite sul punto, il tema non verrà direttamente approfondito; ci si concentrerà, come anticipato, sul giudizio di meritevolezza.

⁷ A ben vedere la problematica appariva, seppure sullo sfondo, anche nella pronuncia delle Sezioni Unite, ove: «si tratta a questo punto di verificare, alla stregua degli stimoli critici contenuti in ricorso e alla luce dei criteri innanzi in ordine al controllo, immanente nella funzione giudiziaria, della compatibilità del regolamento d'interessi in concreto realizzato dalle parti con i principi generali dell'ordinamento».

⁸ Ci si riferisce alla Direttiva 2009/138 CE (*Solvency II*) e alla Direttiva 2016/97 UE (IDD); cfr. S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2016, 691; nonché ai recenti interventi in tema di responsabilità civile dell'avvocato e dell'esercente la professione sanitaria, su cui *infra*.

possa forse trovare espressione proprio nelle (osteggiate) clausole in esame.

L'analisi della sentenza, scomodando la compatibilità delle clausole coi principi giuridici dell'ordinamento assicurativo, richiede di ripercorrere brevemente il dibattito storico dottrinale sulla funzione dell'assicurazione e postula un previo bilanciamento di tutti gli interessi che vengono in gioco, attesa la peculiare natura del contratto assicurativo, intimamente connesso all'impresa.

2. *Lo speciale ruolo dell'impresa nel diritto assicurativo*

Nel diritto delle assicurazioni l'impresa si lega al contratto in una relazione affatto speciale, tanto che il problema dei termini del loro rapporto si è riproposto ciclicamente nel dibattito dottrinale.

Il tema venne portato per la prima volta all'attenzione degli autori grazie alle intuizioni di Cesare Vivante, al quale si deve la paternità della cd. «teoria dell'impresa»⁹. Il merito della tesi sta nell'adozione di un metodo (per l'epoca) assai innovativo, basato su una prospettiva di tipo storico-economico e non meramente tecnico. Il fallimento del primo mercato assicurativo era dovuto all'incapacità di calcolo dei rischi da parte dell'impresa: l'esercizio dell'attività assuntiva in forma «avventizia, isolata ed incontrollabile» non consentiva una vera assicurazione del rischio, che il dissesto dell'assicuratore si sarebbe ineluttabilmente riversato su tutti gli assicurati. La rivoluzione di Vivante sposta, dunque, l'organizzazione professionale d'impresa e il procedimento tecnico-attuariale al centro del sistema: solo attraverso la predisposizione del cd. «piano organico» l'impresa può calcolare efficacemente i rischi, predisporre riserve adeguate e svolgere la funzione sociale di protezione per la quale è nata¹⁰. La conseguenza in punto di diritto è che l'impresa penetra la causa del contratto, ne contamina la disciplina e ne diventa elemento essenziale. Il singolo

⁹ C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, III, Milano, 1887, ID., *Trattato di Diritto Commerciale*, IV, Milano, 1929, 340; ID., *Del contratto di assicurazione, di pegno, di deposito nei magazzini generali*, Torino, 1936, Introduzione.

¹⁰ Per un saggio sul ruolo "di sicurezza" svolto dall'assicurazione cfr. A. SAPORI, *Per la storia dei sentimenti. Divagazioni sulle Assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1958, I, 3; H. MÖLLER, *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sull'evoluzione del diritto della responsabilità civile dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1961, 386.

contratto non può essere considerato isolatamente, ma solo in quanto elemento di una massa omogenea.

La tesi viene accolta con entusiasmi e sensibilità diverse. Ciò che qui più preme sottolineare è che il rapporto fra impresa e contratto inizi ad essere studiato alla luce degli interessi coinvolti (*recte*: «interesse comune» che contraddistingue l'assicurazione)¹¹. La predisposizione del piano organico e il principio di «buona guida dell'impresa» si pongono sì come regole dettate all'impresa, ma in funzione del vantaggio indiretto che ne possono trarre tutti gli assicurati, in questo senso si esplica la funzione sociale dell'assicurazione¹².

Seguitando nella medesima direzione, la prestazione dell'assicuratore assume un diverso significato nell'economia del sinallagma contrattuale¹³: l'impresa, al momento della stipulazione del contratto, assume nei confronti dell'assicurato l'obbligo *specifico* ed *autonomo* di attribuirgli il risultato della propria organizzazione quale corrispettivo del premio ricevuto: la specifica prestazione d'impresa (o «di sicurezza»), intesa quale autonomo obbligo di *facere*, si pone a garanzia di tutti coloro che entrano in contatto con l'assicuratore¹⁴. L'approccio, peraltro, non sfigura la natura aleatoria del contratto di assicurazione, il rischio diviene semplicemente un «rischio calcolato»¹⁵.

¹¹ L. MOSSA, *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicurazioni*, 1953, I, 148.

¹² *Cfr. amplius*, L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, I, 1942.

¹³ L'inquadramento atomistico del contratto assicurativo portava gli autori ad individuare la prestazione dell'impresa ora nell'assunzione del rischio patrimoniale, ora nella copertura del danno eventuale a cui l'assicurato può andare incontro laddove si verifici l'evento dedotto in contratto, al più relegando il rispetto delle regole tecniche nella formazione del premio come mera prestazione accessoria. Rispettivamente: V. SALANDRA, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1939, I, 11; L. BUTTARO, *L'interesse nell'assicurazione*, Milano, 1954; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1956.

¹⁴ S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicurazioni*, 1959, VI, pp. 365 – 417; R. IPPOLITO, *Il sinallagma contrattuale nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1983, 512.

¹⁵ A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964; P. CORRIAS, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *BBTC*, 3, 2015, 301. Per un corretto inquadramento del

Un attento studio dell'architettura normativa - tanto del codice civile, quanto del codice delle assicurazioni – conferma che l'impronta di Vivante ha trovato sicure conferme nel diritto positivo¹⁶.

Il tema raggiunge un nuovo stadio di maturazione: la connotazione marcatamente pubblicistica del diritto assicurativo impone di studiare il rapporto fra impresa e contratto in relazione agli interessi tutelati dall'ordinamento¹⁷. La sinergia tra impresa e contratto si riflette direttamente sulla regolazione del mercato assicurativo. Così, in un periodo di forti turbolenze per i mercati finanziari, il legislatore comunitario, mutuando principi già noti nel settore bancario, interviene all'insegna della solvibilità dell'impresa con la direttiva *Solvency II*. Al fine di tutelare il sistema e proteggere gli assicurati occorre regolare l'attività d'impresa: vincoli funzionali, adeguati requisiti di capitalizzazione¹⁸, requisiti di onorabilità e professionalità per la *governance*¹⁹, valorizzazione della sana e prudente gestione, che diventa a tutti gli effetti regola di condotta²⁰.

La stabilità dell'impresa assicuratrice, prima garanzia per gli assicurati e aventi diritto alle prestazioni assicurative, è un valore che

concetto di alea, inteso in senso «giuridico» e non «meramente economico», R. NICOLÒ, (voce) *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1024, secondo il quale l'aleatorietà è data dal «mutamento della posizione giuridica» dei paciscenti, mutamento che dipende dall'evento rischioso esterno.

¹⁶ Non può essere questa la sede per affrontare il tema, si pensi tuttavia alla stessa nozione tecnica di premio (art. 1882 c.c.), alle norme che ne impongono il pagamento anticipato in caso di dichiarazioni inesatte o reticenti (artt. 1892 – 1893 c.c.) o in caso di aggravamento del rischio (art. 1898 c.c.), alle norme in tema di pagamento anticipato (artt. 1901 e 1924 c.c.). Con riferimento al d. lgs. 209/2005 è importante considerare la nullità di protezione di cui all'art. 167 per il caso in cui l'impresa eserciti la propria attività senza autorizzazione, sul punto *cfr.* le condivisibili considerazioni sistematiche di O. CLARIZIA, *Contratto di assicurazione, impresa, mercato*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2017, 1226.

¹⁷ *Cfr. amplius*: F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, Milano, 1978.

¹⁸ L.F. MARINIELLO, *La solvibilità nelle imprese di assicurazione*, Padova, 1993.

¹⁹ Con riferimento al bancario, *cfr.* L. PASSAMONTI, *Governance bancaria: la relazione fra vigilanza e disciplina del mercato*, in *Banca, impr. soc.*, 2003, 141; A. MINTO, *La governance bancaria fra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012. Le considerazioni sono sovrapponibili stante l'identità di disciplina con Basilea II.

²⁰ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *BBTC*, 2, 2017, 131.

può riflettere i propri effetti positivi, a cascata, sugli assicurati e sul mercato intero.

3. *Il nuovo diritto privato regolatorio e la tutela degli interessi generali*

Parallelamente dev'essere considerata la nuova fisionomia del sistema normativo in genere e del diritto privato in particolare. Il codice civile - ridimensionato prima dall'avvento della Carta Costituzionale e, poi, dall'ipertrofia della legislazione speciale - perde la propria originale centralità sistematica²¹. La diaspora delle fonti stravolge la tecnica legislativa e le coordinate interpretative di riferimento²²: sbiadiscono i caratteri della generalità e dell'astrattezza e le norme assumono la natura di obblighi di risultato (schiettamente politico)²³.

L'impatto del diritto comunitario è dirompente: l'attenzione si sposta sulla tutela della concorrenza e del mercato. La finalità della simulazione del meccanismo concorrenziale determina, tuttavia, il nascere di un processo di delegificazione: la preservazione dei meccanismi di mercato viene affidata alle Autorità amministrative indipendenti, dotate di pervasivi poteri regolamentari²⁴. Il potere regolatorio delle Autorità indipendenti si inserisce nella piramide gerarchica delle fonti e si presenta come un atto amministrativo

²¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 4 ed., Milano, 1999.

²² G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 25; P. PERLINGIERI, *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2010, 164.

²³ P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2005, 1.

²⁴ V. RICCIUTO, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. DI RAIMO – ID. (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato in economia*, Roma, 2006; F. SARTORI, *op. loc. cit.*, p. 136, «In questo contesto, i guardiani del nuovo ordine sono le Autorità indipendenti, il cui obiettivo è tutelare gli interessi pubblici e della collettività. Banca d'Italia, Consob, Ivass, sono dotate di incisivi poteri di vigilanza informativa, ispettiva e sanzionatoria. Ma soprattutto [...] di un potere di regolamentazione pervasivo che si estende a tutti gli aspetti dell'organizzazione e dell'attività dei soggetti vigilati: assetto strutturale, modalità di governo dell'impresa, sistemi di controllo dei rischi assunti, trasparenza delle condizioni negoziali e correttezza dei comportamenti.

sostitutivo di negozi privati²⁵, volto al soddisfacimento di interessi generali quali l'adeguata protezione degli assicurati e la stabilità del sistema dei mercati finanziari²⁶.

Il processo di affinamento tecnico e la natura sempre più teleologica del formante legislativo obbligano a riconsiderare il ruolo del contratto, ora intimamente legato al mercato²⁷. Il contratto diviene strumento di regolazione del mercato, «un “affare tra privati” sempre meno “privato” e sempre più di “interesse generale”»²⁸, le nuove funzionalizzazioni contrattuali guardano ad obiettivi ulteriori rispetto a quelli delle parti, cercando una convergenza fra l'interesse individuale e l'interesse di sistema²⁹. Rotte le maglie strette dell'individualismo, la cifra del nuovo «diritto privato regolatorio» diventa la ricerca dell'interesse sistemico e non più solo privato - individuale.

Tornano pertanto utili le considerazioni svolte sull'evoluzione della teoria di Vivante, giacché nel diritto delle assicurazioni gli interessi contrattualmente perseguiti di stabilità del mercato e di tutela degli assicurati passano per la disciplina dell'attività d'impresa. Il *need of protection* dell'assicurato è soddisfatto solo se, in una, questi riceva adeguate informazioni (regole di trasparenza) e abbia la garanzia della solvibilità dell'impresa (la sana e prudente gestione). La clausola di sana e prudente gestione assume una veste relazionale: il criterio da un lato indirizza l'esercizio dell'attività, dall'altro si pone come una regola

²⁵ G. CERIDONO, *Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia Costituzionale*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, 465.

²⁶ M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. Imp.*, 1, 2016.

²⁷ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998; V. BUONOCORE, *Contratto e mercato*, in *Giur. comm.*, 4, I, 2007, 379; H.W. MICKLITZ, *The visible hand of european regulatory private law*, in *Yearbook of European Law*, 28, 3, 2009.

²⁸ E. PICOZZA – V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, p. 273.

²⁹ F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 3, 2009, 97. L' «obiettivo del legislatore è a questo punto oltre modo chiaro: nella prospettiva economica rimuovere l'asimmetria informativa evitando inefficienze di mercato; nella prospettiva giuridica eliminare una disuguaglianza sociale all'interno del contratto. [...] Efficienza ed equità non confliggono, ma diventano condizioni prenesarie al fine di soddisfare un'utilità sociale, ovvero lo sviluppo necessario del mercato e financo la tutela del risparmio in tutte le sue forme».

che governa il rapporto fra le parti³⁰. La regola di sana e prudente gestione è clausola pensata non tanto *per l'impresa*, quanto *per l'attività d'impresa*, cioè in funzione della massa degli assicurati. La *policy* di fondo del rivoluzionato impianto normativo è improntata alla protezione degli assicurati, ricercandola anche indirettamente, attraverso la previa salvaguardia dell'impresa.

4. *Funzione del giudicare e regolazione del diritto dell'economia: il problema delle claims*

Nel nuovo ordinamento multilivello la tutela degli interessi sistemici viene, dunque, affidata a strumenti di diritto privato come contratto e impresa, corpi un tempo estranei alla regolazione politica. Il polimorfico contesto delle fonti ha generato un senso di vuoto nell'interprete, quasi che le coordinate di riferimento fossero andate perdute. Il cambiamento è ancor più evidente nel mondo di banche, intermediari finanziari ed assicurazioni, dove i frenetici mutamenti del sostrato economico impongono una celerità di adeguamento non sempre propria alle lunghezze del formante legislativo³¹.

La proliferazione e confusione normativa responsabilizza la magistratura, alla quale si richiede, nel diverso sistema delle fonti, di recuperare la razionalità del sistema, pur senza posporre gli interessi del caso concreto³². La rigidità del dato normativo-regolamentare viene, infatti, allentata grazie al ricorso alle clausole generali³³. L'utilizzo di clausole elastiche restituisce al giudice un discreto spazio di manovra per trovare il bilanciamento fra i vari interessi che di volta in volta vengono in gioco. Riacquista importanza il «valere del diritto come valore» e si assiste a «due processi da un lato convergenti, dall'altro potenzialmente idonei ad innescare una reazione esplosiva: la progressiva diffusa tendenza a una sempre maggiore creazione giurisprudenziale del diritto e le difficoltà per il giudice di individuare

³⁰ Cfr. F. SARTORI, *Deviazione del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 3, 2015, 569.

³¹ A.A. DOLMETTA parla di «instabilità fisiologica», *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 351.

³² P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, 2008.

³³ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale (...)*, cit. p. 136.

punti di riferimento costanti e ampiamente condivisi cui agganciare le soluzioni interpretative»³⁴. Proprio nel momento dell'applicazione concreta il giudicante ha il compito di tener conto della particolare funzione svolta dall'impresa nel diritto assicurativo e del ruolo di garanzia che la solvibilità della stessa svolge nei confronti degli assicurati e del mercato in genere. Sotto quest'aspetto le clausole *claims made* paiono un interessante banco di prova per valutare la consapevolezza del formante giurisprudenziale riguardo ai principi generali dettati dal legislatore.

Il diritto privato, *a fortiori* quello assicurativo, è dotato di natura costitutivamente "protettiva". Oggi è in parte mutato, però, l'oggetto della protezione: la logica microeconomica del codice civile (tutela degli incapaci, annullamento per vizi della volontà, rescissione per lesione, etc.) è stata sostituita dalla regolazione macroeconomica delle fonti europee (trasparenza contrattuale, obblighi di informazione, sana e prudente gestione, etc.)³⁵. La differenza di prospettiva fatica a penetrare in seno alla magistratura, intenta a garantire protezione al singolo consumatore, ma in una logica individualistica, noncurante dell'indirizzo del formante legislativo, col quale registra gravi difficoltà comunicative.

5. Critica all'ordinanza 1465/2018: compatibilità delle *claims made* rispetto ai recenti interventi legislativi

L'interesse sistemico di stabilità del mercato non sembra raggiungibile attraverso un'adozione pura e semplice dello schema *loss occurred*. Il modello legale, come noto, presenta un non trascurabile inconveniente: esso espone l'impresa ai cd. danni lungolatenti, cioè quei particolari danni che emergono solo a distanza di svariati anni

³⁴ N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2009, 143; cfr. anche M. PENNASILICO, "Menage a trois": la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2016, 179; M. NUZZO, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2016, 966.

³⁵ Per intelligenti considerazioni sull'evoluzione della tutela offerta dal diritto privato, prima col codice civile e poi con le fonti comunitarie, cfr. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, *Eur. e dir. priv.*, 4, 2008, 831.

rispetto alla verifica dell'evento, costringendo l'impresa i) a stimare il risarcimento sulla base di criteri valutativi non in uso al momento di tariffazione della polizza³⁶, ii) ad effettuare un calcolo con proiezioni statistico-attuariali molto più complesse e i cui errori ricadono sui bilanci futuri, iii) a restare esposto all'incognita *incurred but non reported* (IBRN)³⁷. Ciascuno dei problemi potrebbe essere superato attraverso l'adozione del modello atipico³⁸.

Lo schema "a richiesta fatta", consentendo una migliore razionalizzazione dei rischi e, dunque, costituendo una garanzia maggiore per la preservazione delle riserve³⁹, non pare (ri)sostituibile con quello *loss occurred*.

Eppure, come prevedibile, gli interventi di merito successivi all'arresto delle Sezioni Unite si sono schierati frontalmente contro la meritevolezza delle clausole (specialmente con riferimento a quelle impure⁴⁰) optando per una «tutela reale», *i.e.*: una sostituzione pura e

³⁶ Acuisce il problema l'altalenante orientamento della giurisprudenza in tema di danni risarcibili e responsabilità civile, *cfr.* M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, 7-8.

³⁷ Il problema è quello relativo ai sinistri avvenuti durante il periodo di vigenza della polizza *loss occurrence*, ma non denunciati dall'assicurato causa la lungolatenza del danno, «il che comporta l'impossibilità di consolidare il bilancio di polizza alla scadenza contrattuale per l'eventualità di denunce di sinistri tardivi e comporta anche una minore stabilità della riserva tecnica per sinistri avvenuti, ma non ancora denunciati alla data di chiusura dell'esercizio (prevista dall'art. 37 cod. ass.)», U. CARNEVALI, *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I contratti*, 8-9, 2016, 759. Per una più ampia analisi sui problemi del modello *loss occurrence* *cfr.* M. MAZZOLA, *Le clausole claims made al vaglio (...)*, cit.

³⁸ Non è pacifica in dottrina la natura tipica o atipica della clausola. Ritene che il modello *claims made* sia sempre derogatorio rispetto al regime dell'art. 1917 c.c. G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assicurazioni*, I, 2010, 3, *contra* G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 4, 2017, 1401.

³⁹ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, 804.

⁴⁰ Da ultimo *cfr.* Trib. Udine, sez. II 03/05/2017, n. 613, che utilizza il concetto di presunzione «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela quelle clausole claims made c.d. impure, particolarmente penalizzanti ed appunto oggetto di questo giudizio, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento [...] La motivazione della Corte legittima dunque in tale ipotesi un ragionamento di tipo presuntivo semplice

semplice del modello legale al modello *claims* (asseritamente) immeritevole⁴¹. L'atteggiamento dei giudici di merito si è rivelato pragmatico, volto unicamente ad eliminare l'*horror vacui* del «vuoto di copertura», senza considerare un possibile bilanciamento di interessi o tutela del sistema - mercato. La relazione fra impresa ed assicurato viene, tuttora, letta come un rapporto dualistico e conflittuale, senza che sembri possibile risalire all'interesse comune sottostante al rapporto assicurativo. L'(unico) interesse dell'assicurato pare essere ritenuto, incondizionatamente, la copertura da parte dell'impresa al momento di verifica dell'evento, restando irrilevante il processo tecnico-attuariale necessario per poter garantire detta copertura. La giurisprudenza di merito spesso nemmeno sembra tenere in considerazione il meccanismo di tutela concretamente adottato nel contratto, tacciando sistematicamente di nullità per immeritevolezza la clausola in tutti quei casi in cui il rischio non è coperto e ciò senza valutare in alcun modo tutta una serie di altri elementi, quali ad esempio il fatto che il premio corrisposto a fronte di una copertura *claims made* è certamente inferiore, ciò che riporterebbe in equilibrio il sinallagma contrattuale, giustificando la causa della *claims*⁴². La *deep pocket*

(art. 2729 primo comma c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione».

⁴¹ Per qualche nota critica sull'applicabilità di un meccanismo di tutela reale prospettato dalle Sezioni Unite cfr. G. FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2017, 767; ID. *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova Giur. Civ.*, 11, 2016, 1523.

⁴² V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e Resp.*, 10, 2016, 952; M. HAZAN, *La singolare vicenda delle "claims made", prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *ibidem*, 970, merita di essere segnalato sul punto Trib. Genova, 23-01-2012, *Assicurazioni*, I, 2012, 186, con nota di I. RIVA, ove una particolare *claims made* mista viene tacciata di nullità non *in re ipsa*, ma in quanto priva di causa, giacché la riduzione del periodo di copertura offerto non è «accompagnata da un diverso equilibrio sinallagmatico», quale ad es. «riduzione del premio, rinuncia al diritto di recesso, estensione della garanzia su altre basi, proroga generale del termine». La pronuncia sposta correttamente l'attenzione sull'equilibrio contrattuale, lasciando intendere che, di norma, l'assicurato può trarre anche vantaggi immediati dal singolo contratto con clausola *claims made*. Sostiene, opportunamente, che l'utilità delle *claims* si spiega (anche) in considerazione della riduzione del premio e dunque nel più facile accesso al mercato assicurativo (art. 47 Cost.) M. MAZZOLA,

dell'impresa determina una sorta di (comoda, ma forse ingiusta) presunzione di copertura del sinistro⁴³, il risultato pratico perseguito è sempre la malleva da parte dell'impresa.

L'ordinanza in commento si registra in piena sintonia con le pronunce di merito e con i precedenti di legittimità dello scorso anno, demolendo, con pragmatico riferimento al risultato, la *claim* nel giudizio in concreto.

Ricalcando la motivazione dei due recenti arresti a sezioni semplici si riduce a sistema il principio di meritevolezza ricordando che essa non ricorre allorquando un contratto a) attribuisca «ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra», b) ponga «una delle parti in una indeterminata soggezione rispetto all'altra», c) costringa «una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti» e ritenendo che la clausola non appaia «destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati». Secondo la Corte «l'immeritevolezza discenderà 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».

Il giudizio di meritevolezza degli interessi (in teoria di *tutti* gli interessi) che avevano prospettato le Sezioni Unite viene *de facto*

La copertura assicurativa claims made: origini (...), op. loc. cit., «L'interesse dell'assicurato ad una copertura [eventualmente] ridotta pare dunque ampiamente giustificato [...] da una drastica riduzione del premio, che nell'economia complessiva dell'operazione, gioca un ruolo decisivo: è il pagamento del premio che giustifica, sinallagmaticamente, la neutralizzazione del rischio», cit. p. 1050.

⁴³ In questo senso *cfr.* B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro. It.*, II, 9, 2017; il quale commentando una delle due pronunce gemelle (10506/2017) e anticipando ciò che viene affermato nell'ordinanza in commento, «L'odierna statuizione non si presta punto ad applicazioni case by case. E quella che dovrebbe essere una valutazione casistica colpisce al cuore le clausole claims made, persino ove esse siano «pure» [...] tanto valeva allora dire che «tutte le clausole claims made sono immeritevoli, salvo che - ma l'ipotesi è di minore ricorrenza - non venga in rilievo il profilo della limitata retroattività», cit. p. 2723, *contra*: U. CARNEVALI, il quale ritiene che la conclusione «tombale» della sentenza sia circoscritta solo ad una particolare categoria di clausole, cioè a quelle incluse in polizza che coprono la responsabilità professionale sanitaria, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 4, 2017, 383.

scavalcato, traducendosi in una incondizionata copertura *ex post*, a fronte della quale, però, è stato pagato – ben meno solidaristicamente – un premio ben più basso⁴⁴.

Rispetto al precedente di legittimità il giudizio è questa volta *tranchant*: l'ordinanza, infatti, «auspica» che le Sezioni Unite stabiliscano che la clausola *claims made* «sia dichiarata immeritevole di tutela sempre e comunque». In buona sostanza, la valutazione di meritevolezza dovrebbe portare in ogni caso alla nullità della clausola, senza un'apparente valorizzazione del giudizio in concreto prospettato dalle Sezioni Unite e, in teoria, riservato al solo giudice di merito.

A livello argomentativo, come anticipato, suscita qualche perplessità l'affermazione relativa alla compatibilità della *claims* col nostro sistema giuridico, già presente in Cass. 10509/2017⁴⁵. Al di là della larga diffusione pratica, controprova dell'insostenibilità economica del modello tradizionale, occorre chiedersi se il sistema delle assicurazioni non abbia ormai cambiato volto rispetto al passato, specialmente da un punto di vista di regolazione normativa. I brevi cenni compiuti con riferimento al dibattito sulla teoria dell'impresa e alla rivoluzione del sistema delle fonti, orientato ad una tutela del mercato assicurativo che postula una garanzia sulla solvibilità degli assicuratori, sembrano esaltare la funzione sociale dell'assicurazione *lato sensu* intesa. L'insistenza del legislatore comunitario sulla solvibilità delle imprese è disposta in funzione protettiva del mercato intero. Com'è stato detto, la *ratio* delle norme sull'esercizio dell'impresa assicurativa è

⁴⁴ Condivide lo scetticismo la nota a Cass. 10509/2017 di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro It.*, I, 6, 2017, «Questo modo di guardare le cose rivela un errore di prospettiva. Che consiste, a conti fatti, nel rimproverare alla clausola *claims made* di non operare come la previsione pattizia improntata al criterio di *loss occurrence*. Se, alle corte, il parametro valutativo implicito è quello testè evocato, l'esito negativo può darsi per scontato. La *claims made* fa un altro lavoro. Per meglio dire, fa lo stesso lavoro assicurativo, ma in modo diverso. E, allora, i “buchi di garanzia”, intorno ai quali si è scatenata una sorta di caccia alle streghe, non possono essere ricostruiti in chiave statica, ossia in rapporto a ciò che una polizza dell'un tipo, sottoscritta per un dato lasso temporale, non copre rispetto a quella, di diverso lignaggio, sottoscritta per lo stesso periodo», *cit.* p. 1930, *cfr.* anche ID., *Code lunghe e “ostracismi giudiziari”*, in *Danno e Resp.*, 4, 2017, 441.

⁴⁵ «La clausola *claim's made* è un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è stato in passato, e resta ancora oggi, molto distante da quello italiano: per genesi, sviluppo e contenuto».

«rappresentata non soltanto dalla tutela del singolo assicurato, ma anche e soprattutto dalla tutela della massa degli assicurati complessivamente considerata»⁴⁶, tutela che postula, proprio al fine di consentire il funzionamento del meccanismo assicurativo, la calcolabilità del verificarsi dei rischi e, conseguentemente, dei premi. L’atteggiamento dei giudici, dettato da esigenze di tutela del cliente assicurato, si rivela talora miope: per garantire copertura al singolo assicurato si sacrifica la solvibilità dell’impresa (e si comprime l’autonomia privata), quindi l’interesse di massa degli assicurati, presupposto dell’operazione assicurativa.

Non possono, infine, essere taciute alcune considerazioni con riferimento agli ultimi interventi normativi interni, i quali hanno enfatizzato la fase di prevenzione del rischio, prevedendo due forme di assicurazione obbligatoria in caso di responsabilità forense e responsabilità per l’esercizio della professione sanitaria. Come noto, infatti, dapprima l’art. 2 del d.m. 22 settembre 2016 che definisce i requisiti minimi delle polizze di assicurazione obbligatorie per la responsabilità civile della professione di avvocato, poi l’art. 11 della cd. legge Gelli (n. 24/2017) sulla responsabilità civile delle «strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche o private» e degli «esercenti le professioni sanitarie», hanno introdotto due coperture assicurative basate sul modello *claims made*⁴⁷. Sostanzialmente anche il legislatore interno, nel disciplinare due fondamentali settori della responsabilità civile, ha riconosciuto *iure posito* il modello *claims*, dimostrandone l’imprescindibilità (o quanto meno la non aprioristica illiceità), tanto che taluni sostengono che il patto non abbia più nemmeno carattere

⁴⁶ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, vol. I, Padova, 2011, 77.

⁴⁷ La norma in tema di responsabilità forense prevede una copertura assicurativa «per qualsiasi tipo di danno» e stabilisce che «l’assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un’ultrattività almeno decennale», sostanzialmente una copertura *claims made* pura; mentre la disposizione in tema di responsabilità dell’esercente la professione sanitaria: «la garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all’impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza [...] deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura», in buona sostanza una clausola *claims made* impura.

atipico⁴⁸. È opportuno chiarire che l'adozione della forma di assicurazione *claims made* (o simile, come quelle adottate) non può eliminare tutti i problemi⁴⁹, tant'è vero che il legislatore ha adeguato il modello in conformità delle ineliminabili esigenze di tutela del terzo danneggiato che contraddistinguono il settore della responsabilità civile prevedendo clausole di retro e ultrattività. Ciò che in questo contesto preme sottolineare è che un riconoscimento espresso del modello – seppure, si ripete, con alcuni correttivi – può fornire un importante ulteriore elemento sistematico per escludere che le clausole possano essere dichiarate, «sempre e comunque» immeritevoli di tutela, come l'ordinanza in commento postula⁵⁰.

⁴⁸ Alcuni autori ormai sostengono che il modello non potrebbe nemmeno più essere definito “atipico”, cioè non solo in considerazione delle predette novelle legislative, ma anche sulla base del fatto che l'atipicità di un contratto sarebbe dettata dall'atipicità della causa, cioè che non accade con un contratto di assicurazione con clausola *claims made*, la cui causa resta, evidentemente, sussumibile all'interno del tipo assicurativo, *cfr.* G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli (...), op. loc. cit.*, «proprio perché è largamente diffusa in dottrina l'opinione secondo la quale “il tipo è per lo più definito per riferimento alla causa del contratto”, coerentemente si ritiene che “il contratto atipico è dunque generalmente percepito come contratto avente una causa atipica, non sussumibile in alcuna” [...] non si poteva dunque sostenere che la clausola, in quanto tale, influisse sulla causa del contratto, modificandola e così facendo trasmodare il contratto stesso nell'atipicità», *cit.* pp. 1402-1403. Portando alle estreme conseguenze il ragionamento si giungerebbe ad una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella prospettata dall'ordinanza in commento: sarebbe da escludere il giudizio di meritevolezza (non essendovi più un oggetto atipico da giudicare), e dunque le clausole sarebbero valide sempre e comunque.

⁴⁹ Per una ricostruzione di tutti i problemi che contraddistinguono il decreto sulla responsabilità civile degli avvocati *cfr.* M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli avvocati*, in *Contr. e Impr.*, 3, 2017, 989, il quale «non v'è dubbio che l'adeguamento ai dettami del decreto in commento imponga un profondo restyling dei modelli contrattuali attualmente in vigore. Non credo esista, infatti, allo stato sul mercato una polizza assicurativa per gli avvocati che preveda una garanzia postuma decennale [...] né tantomeno una *claims made* pura senza limiti di retroattività. La dilatazione dei limiti temporali della copertura, unita all'impossibilità di servirsi di clausole ad oggi ricorrenti, come quella che prevede la facoltà di recesso dopo il sinistro o che limita l'indennizzo in caso di responsabilità solidale dell'assicurato, configurano un oggettivo ampliamento del rischio, cui farà inevitabilmente seguito un aggravio dei premi», *cit.* p. 1015.

⁵⁰ N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made: nomofilachia o disorientamento?*, in *BBTC*, 6, 2017, 667, nota a Cass. 10506 e

Il dialogo tra i formanti, fra giudici ed economia, sembra soffrire ancora di alcuni problemi comunicativi, il che persisterà finché non si crederà che l'interesse del singolo assicurato può collimare con quello dell'impresa e che entrambi possono convergere in un unico interesse generale di mercato.

Da una tutela microeconomica (del singolo contratto) ad una macroeconomica (della massa di contratti): questa è l'impronta data dal legislatore, coerente con la tradizione di quel particolare diritto "di sicurezza" che è l'assicurativo. L'ordinanza, prospettando l'eliminazione *tout-court* della clausola, potrebbe arrecare conseguenze economicamente pericolose quali il significativo aumento dei premi e possibili crepe nelle strutture organizzative delle società di assicurazione, a scapito dei principi solidaristici (generali) e prudenziali che formano la base della tradizione e dei recenti interventi normativi.

10509/2017, «Al di là dei rilievi critici mossi, il trend normativo indicato mostra chiaramente la via per eliminare per il futuro ogni residua perplessità sulla validità o sulla efficacia delle clausole *claims made*: queste sono pienamente legittime e non suscettibili di valutazione di meritevolezza o di vessatorietà quando coprono tutti gli eventi generatori di danni passati, o almeno quelli degli ultimi dieci anni».