

DANIELE STAZIO*

*La clausola claims made nel contratto di assicurazione sulla responsabilità civile: origine, evoluzione ed il tema dell'equilibrio economico del contratto***

Sommario: 1. Introduzione al problema. La delimitazione temporale del rischio: il sistema *loss occurrence* e quello *claims made* – 2. Sulla validità della clausola *claims made* – 3. Le responsabilità dell'assicurato e l'obbligo indennitario dell'assicuratore – 4. Vessatorietà della clausola *claims made*? 5. La prima volta della *claims made* nell'ordinamento italiano nella assicurazione obbligatoria dell'avvocato e la necessità di attenzionare il tema dell'equilibrio economico del contratto.

1. *Introduzione al problema. La delimitazione temporale del rischio: il sistema loss occurrence e quello claims made*

Nell'assicurazione della responsabilità civile *ex art.* 1917 c.c.¹ l'evento futuro ed incerto garantito è rappresentato dal pagamento che l'assicurato, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve effettuare al terzo che ha subito il pregiudizio, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto.

* Ph.D. Candidate, Università degli Studi di Camerino - Dottorato di ricerca in "Civil law and Constitutional legality" – ciclo XXXI.

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.

¹ Si ritiene che l'assicurazione si fondi sull'aspirazione dell'uomo alla sicurezza e risponda a quell'esigenza, percepita come primaria dall'individuo nella società moderna, di tutelarsi avverso le conseguenze patrimonialmente dannose connesse al verificarsi di un determinato evento. La copertura di responsabilità civile, invece, origina dall'esigenza di mantenere indenne il proprio patrimonio dal rischio di dover risarcire un danno ad un terzo. Tale polizza «nasce in ambito marittimo: la copertura per il rischio di danneggiare altre navi durante le manovre, infatti, era inclusa nell'assicurazione marittima» così VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, p. 13 ss. Sul tema dell'assicurazione sulla responsabilità civile v. anche SALANDRA A., *Dell'assicurazione*, in Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Roma-Bologna, 1948, p. 360; DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956 e ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni*, I, Milano, 2012; BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Commentario del codice civile*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010.

L'avverarsi dell'evento dannoso rappresenta il presupposto per l'operatività della copertura assicurativa; appare quindi essenziale che il sinistro si realizzi durante il periodo di vigenza dell'assicurazione, ovvero durante il tempo in cui il contratto di assicurazione dispieghi i suoi effetti.

Tuttavia, il periodo in cui opera la copertura assicurativa può differenziarsi dalla durata formale del contratto di assicurazione, che ha inizio con la conclusione del contratto e termina con la scadenza dello stesso.

In altre e diverse parole, in un contratto di assicurazione della responsabilità civile *ex* art. 1917 c.c. a fronte di una durata che può restare ferma, le parti ben possono scegliere di delimitare temporalmente il sinistro, restringendo o allargando il tempo dello stesso rispetto alla vigenza del periodo contrattuale.

Prima facie, quindi, oggetto di valutazione è il margine di libertà contrattuale che può essere concesso ai soggetti contraenti nella determinazione temporale del rischio nel contratto di assicurazione della responsabilità civile.²

Sul punto, a sostegno del carattere dispositivo della previsione di cui all'art. 1917 comma 1 rileva che l'art. 1932 c.c. non la include tra le norme inderogabili³ inserendovi, invece, le disposizioni di cui i commi 3 e 4.

Limitatamente, invece, all'individuazione dell'evento oggetto della copertura assicurativa, affinché si renda operante il diritto dell'assicurato ed il contestuale obbligo dell'assicuratore di pagamento, si possono distinguere due diversi sistemi.

Nel primo sistema c.d. *loss occurrence*, all'insorgenza del danno,⁴ assume rilievo l'evento pregiudizievole e il danno arrecato nella sfera giuridica altrui produttivo di una eventuale e successiva richiesta risarcitoria.

² La problematica non è irrilevante, atteso che la libertà dei soggetti contraenti nella determinazione del lasso temporale entro il quale può realizzarsi il sinistro affinché la compagnia assicurativa debba pagare la prevista indennità, deve coordinarsi e rispettare due norme. La prima asserisce un obbligo dell'assicuratore al pagamento dell'indennità «entro i limiti convenuti» *ex* art. 1882 c.c., la seconda individua l'obbligo medesimo «nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto» di assicurazione stipulato *ex* art. 1905 c.c.

³ L'art. 1932 c.c. ha escluso tale disposizione dalle previsioni sottratte alla libera disponibilità delle parti e, come noto, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Trib. Crotona, 8 novembre 2004, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 712.

⁴ Nel sistema *loss occurrence* l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore, alla stregua di tale tipologia di garanzie, sussiste qualora il danno sia occorso durante il periodo di copertura convenuto tra le parti. Come spiega KROLL G., *The professional liability policy "claims made"*, (1977-1978), 13 *Forum*, p. 842, «Historically, liability insurance was written on an "occurrence" basis because (a) the "occurrence" concept was drawn upon by lia-

Nel secondo sistema c.d. *claims made*, a richiesta fatta,⁵ determinante è il momento allorquando perviene all'assicurato la richiesta di risarcimento del terzo danneggiato, che manifesta la volontà di un ristoro patrimoniale, e ciò indipendentemente da quando sia avvenuto l'atto o il fatto dannoso.

Ne consegue che nel sistema *claims made* la copertura del rischio è delimitata a livello temporale e l'assicurazione è prestata nel caso di richieste di risarcimento pervenute all'assicurato per la prima volta durante il periodo di esecuzione del contratto, anche per condotte colpose poste in essere in epoca precedente alla stipula della polizza⁶

In altre parole, il sistema *claims made* va a delimitare la copertura alle sole richieste di risarcimento giunte dall'assicurato in un previamente concordato periodo di assicurazione: in tal modo, il rischio si delimita temporalmente e con certezza perché si trova a coincidere con la vigenza temporale della garanzia, e ciò rimuove alla fonte la possibilità di sinistri tardivi.

bility insurers from property insurance which had traditionally been written with respect to the happening of an event, and (b) the type of events initially insured against were such that a specific date, time and place could be determined specifically as to when a particular event occurred, such as the collision of ships, the injuring of a pedestrian by a carriage or the date of injury caused by defective premises».

⁵ Le origini di questo sistema si rinvergono nel mercato assicurativo inglese ove già a partire dai primi decenni del XIX i Lloyd's di Londra offrivano agli avvocati polizze assicurative a copertura della responsabilità professionale modulate secondo lo schema *claims made*. V. sul punto MERKIN R., STEELE J., *Insurance and the law of obligations*, Oxford, 2013, p. 64. Negli USA, invece, le poche *law firms* che avevano stipulato una polizza contro i rischi da responsabilità professionale erano ricorse al predetto modello di polizza inglese come evidenziato da DAUTCH C., *Laywers' Indemnity Insurance*, (1941) 46 Com. L. J. 412, p. 321. Nel 1957 le polizze Lloyd's divennero disponibili per architetti ed ingegneri e furono affiancate da assicurazioni simili prodotte dalla Continental Casualty Company. Ma è negli anni '80 che la *claims made* si afferma definitivamente nel nord America. Gli americani presero coscienza del nesso eziologico sussistente tra l'esposizione a sostanze tossiche e lo sviluppo di patologie a distanza di anni. Così nei confronti di patologie prodotte da inalazione di amianto, assunzione del DES (Diethylstilbestrol) e utilizzo del contraccettivo Dalkon Shield le Compagnie assicurative, per far fronte a enormi risarcimenti richiesti dalla popolazione, fecero ricorso a polizze *claims made*. Per un confronto generale con l'esperienza del *common law* da cui è mutuata la clausola *claims made* v. anche ENRIGHT I., *Professional Indemnity Insurance Law*, London, 1996.

⁶ Cfr. sul tema ANTONUCCI A., *Prassi e norma nel contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 153; BOGLIONE A., *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile*, in *Ass.*, 2009, I, p. 469; CARASSALE I., *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2009, p. 103; CESERANI F., *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799; LANDINI S., *La clausola claims made è vessatoria?*, in *Ass.*, 2006, II, 2, p. 4; LANZANI A., *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 857; LOCATELLI L., *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 1030.

Si determina così con sicurezza il termine finale di esposizione della Compagnia assicurativa al rischio oggetto di assicurazione e danni, la cui ampiezza risulta faticosamente prevedibile, sono ricondotti entro una soglia assodata di assicurabilità⁷.

A ben vedere, poi, nell'ambito del sistema di assicurazione della responsabilità civile c.d. *loss occurrence* si contrappone una nozione di fatto dannoso in una duplice accezione: come sinonimo di danno-conseguenza ovvero come evento generatore del danno; la condotta produttiva di danno, infatti, può essere stata posta in essere in un tempo di gran lunga antecedente rispetto all'insorgenza del danno medesimo⁸.

Nell'alveo del sistema *claims made*, la prassi negoziale ha, invece, sviluppato due diverse forme di garanzia.

Si distingue, in tal modo, la c.d. *claims made* pura consistente nel limitare la copertura assicurativa a tutti i sinistri per cui l'assicurato abbia ricevuto la richiesta di risarcimento durante il periodo di operatività del contratto di assicurazione, a prescindere da quando si sia verificata la condotta, e la c.d. *claims made* mista, caratterizzata invece dal fatto che la copertura assicurativa è valida soltanto per le richieste di risarcimento relative a fatti accaduti non oltre un certo limite temporale antecedente rispetto al periodo iniziale di efficacia dell'assicurazione stessa, ovvero per sinistri denunciati nel periodo di vigenza del contratto a condizione, però, che gli eventi si siano verificati nel periodo coincidente o anche precedentemente ad esso, entro un certo limite di tempo individuato, solitamente, in tre o cinque anni.

⁷ Quando il periodo di copertura concordato cessa, l'assicurato può consolidare il proprio bilancio definitivamente, eliminando il rischio di dover rispondere per sinistri accaduti ma non ancora denunciati nel tempo di vigenza della polizza.

⁸ Nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile secondo il modello *claims made* possono essere contenute anche ulteriori coperture, previste quali condizioni aggiuntive, quali la c.d. *sunset clause* o clausola del tramonto che, stante il pagamento di un premio supplementare, estende la copertura anche al periodo successivo alla cessazione del contratto, ossia alle richieste di risarcimento spiegate nei confronti dell'assicurato che termini l'attività e dei suoi eredi. Tale clausola trova una propria giustificazione solo all'interno di un contratto con clausola *claims made*, in quanto nel sistema del *loss occurrence* è connaturale al contratto che la garanzia, stipulata a copertura di un fatto dannoso, avvenuto durante il tempo dell'assicurazione, resti tale anche se l'assicurato abbia cessato l'attività assicurata. Altra eventuale pattuizione aggiuntiva (sempre con maggiorazione del premio) è la clausola della copertura cd. postuma, che consente l'estensione dell'assicurazione alle denunce pervenute all'assicurato entro un determinato numero di anni dalla cessazione del contratto, a condizione che il fatto che abbia originato la richiesta si sia verificato durante il periodo di efficacia della polizza. Infine vi è anche la clausola della garanzia pregressa che accorda una estensione retroattiva della copertura assicurativa.

La clausola *claims made* mista si configura, dunque, come un tipo di clausola spuria rispetto alla tipica formula prevista dalla *claims made* pura, in quanto in essa si assume, come elemento decisivo ai fini della copertura assicurativa, non soltanto il momento in cui sia pervenuta la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato ma anche quello in cui sia stato causato l'illecito.

Sotto diverso profilo, giova evidenziare che in materia di responsabilità civile professionale si sono diffuse, nell'ultimo decennio, numerose polizze assicurative in regime *claims made*⁹ che comportano, in particolare, una definizione convenzionale della nozione di sinistro rilevante *ex art.* 1917 comma 1 c.c.

Nello schema ammesso in questa ipotesi, infatti, l'assicurazione non opera per i danni manifestatisi durante il periodo dell'assicurazione per fatti verificatisi nel medesimo periodo, secondo un processo di collegamento temporale tra il materiale accadimento del fatto e l'attualità del contratto assicurativo, bensì per quelli in cui il risarcimento degli stessi sia richiesto per la prima volta durante il periodo di efficacia del contratto, chiaramente entro i termini di prescrizione.

Adottando questo modello, perciò, con la scadenza del contratto cessa la copertura assicurativa in quanto il periodo di efficacia di quest'ultima coincide con lo spazio temporale sussistente tra la sottoscrizione e la scadenza dello stesso.

Il sistema *claims made* detiene, con tutta evidenza, anche la funzione di soddisfare esigenze di copertura assicurativa della responsabilità civile per tipologie di soggetti assicurati, quali i professionisti, caratterizzate da uno scarto temporale anche lungo tra quando si verifica la condotta idonea a determinare un danno ed il momento in cui il danno si produce, si esteriorizza o diviene percepibile per il soggetto danneggiato¹⁰, di talché si discute di danni cd. tardivi o lungolatenti (*long tail claims*).¹¹

⁹ Sul punto v. Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622.

¹⁰ Per CANDIAN A.D., *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 299, il sinistro latente è «il fatto illecito non verificato in entrambe le sue componenti (azione o accadimento ed evento di danno) nel periodo di assicurazione». Sul punto, v. anche FRAME C, *'Claims-Made' Liability Insurance: Closing the Gaps with Retroactive Coverage*, 1987, 60 Temple L.Q. 165, pp.169-170 per il quale «As industrial society grew during the post World War II era, insurers discovered that the lagtime between the occurrence and the filing of the claims for new types of latent injuries created a "tail" on the insurer's liability that undermined the predictability of actuarial estimates». Il sinistro latente deve distinguersi dal sinistro in serie: tale fenomeno, tipico della responsabilità da prodotto, si caratterizza «per una pluralità di richieste risarcitorie originate da una stessa causa che ha provocato più eventi dannosi riferibili ad un bene commercializzato, ad uno stabilimento e ciò anche laddove gli

Deve rammentarsi che i settori nei quali sussiste un rilevante scarto temporale tra la manifestazione di un effetto dannoso e l'origine del processo eziologico che lo ha prodotto non sono soltanto quelli delle libere professioni: basti pensare a tematiche quali la *gradual pollution*¹² derivante sovente da un progressivo accumulo di sostanze tossiche orientato ad una produzione e manifestazione del danno assai differita rispetto a quando si è verificato il sinistro; oppure all'utilizzo di prodotti difettosi o all'effetto collaterale di un farmaco che può verificarsi in un tempo decisamente posteriore rispetto al momento di immissione in commercio¹³; oppure alle responsabilità connesse a *malpractice* professionale medica, rispetto alla quale si constata una scissione temporale anche ampia tra l'epoca della condotta e quella produzione e manifestazione del danno.

Nelle fattispecie citate il tradizionale meccanismo di attivazione della garanzia collegato all'epoca di accadimento del fatto che genera responsabilità (modello c.d. *act committed basis*), ovvero al prodursi del danno (modello c.d. *on loss occurrence basis*) mostra talune problematiche tecniche che compromettono seriamente il funzionamento del trasferimento assicurativo del rischio.

Le compagnie assicurative, infatti, in caso di rischi di manifestazione lungolattente, debbono stimare gli importi di indennizzo basandosi su criteri di valutazione non per forza utilizzati in sede di originaria tariffazione¹⁴, per cui è assai difficile calcolare un premio in li-

eventi si siano verificati nel corso di più anni», come osservano CERINI D., GORLA V., *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011, p. 295.

¹¹ Circa la prescrizione dei c.d. danni lungolattenti v. IZZO U., *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolattente: quali regole per governare l'incertezza probatoria*, in *Danno resp.*, 2003, pp. 853-856; MONATERI P.G. *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 392; BUFFONE A., *Prescrizione del diritto al risarcimento dei danni lungolattenti*, in *Danno e resp.*, 2008, pp. 1267-1279.

¹² Cfr. PFENNIGSTORF W., *L'assicurazione r.c. danni da inquinamento*, in *Ass.*, 1991, p. 53 per il quale «talvolta trascorrono lunghissimi periodi di tempo: fra l'uso di una sostanza dannosa e la sua disseminazione nell'ambiente; fra la disseminazione e l'inizio di un'esposizione al rischio; fra l'esposizione ed un danno; fra il danno e la sua scoperta; fra la scoperta del danno e la richiesta di risarcimento». Lo ricorda anche MONTI A., in *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 43 per il quale il danno ambientale, che «comprende sia il danno causato alle risorse naturali (danno all'ambiente), sia i danni di tipo individuale, indirettamente cagionati a terzi dall'inquinamento ambientale», è «un danno insidioso, in quanto i suoi effetti vengono alla luce spesso dopo un lungo tempo dal fatto lesivo, con modalità a volte difficilmente riconducibili con certezza a quell'evento, dando origine a responsabilità sorte allora ma rilevabili solo in un secondo momento».

¹³ Cfr. VOLPE PUTZOLU G., *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 8: «Il danno a terzi si produce soltanto a seguito della vendita al dettaglio del prodotto e può avvenire dopo lungo tempo dopo dal momento in cui il prodotto è stato immesso nel mercato».

¹⁴ Nel periodo che intercorre la data dell'evento generante la responsabilità e la manifestazione del pregiudizio, l'assicuratore è esposto all'influenza negativa connessa all'andamento dei tassi inflattivi e di interesse,

nea con gli indennizzi da liquidarsi in futuro e tali compagnie devono costituire cospicui accantonamenti di bilancio.

Su quest'ultimo punto si evidenzia, inoltre, che l'inadeguatezza di un sistema fondato sulla clausola cd. *loss occurrence* è collegato anche alla distanza di tempo (salvo il termine di prescrizione) in cui può divenire attuale l'obbligo risarcitorio, circostanza che rende tracce e ricordi più labili¹⁵.

Vi è da dire, però, che nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile professionale non trova facilmente spazio la difficoltà di collocazione temporale degli atti e fatti produttivi di conseguenze pregiudizievoli, in quanto nella maggior parte dei casi essi sono facilmente individuabili, nella loro connotazione temporale.

Invero, appare più agevole individuare nell'ambito delle attività professionali il momento in cui, a titolo esemplificativo, un avvocato abbia omesso l'adempimento di atti processuali o effettuato notifiche fuori termine facendo incorrere la parte assistita nella relativa decadenza o quello in cui il commercialista abbia omesso di presentare una dichiarazione dei redditi o l'abbia presentata con forma o contenuti non corretti; oppure quello in cui il medico abbia eseguito un errato intervento terapeutico o abbia fornito una un'errata diagnosi.

La collocazione temporale degli eventi produttivi di danno diviene rilevante quando si utilizza la clausola *claims made* mista, che, come già esposto, prevede il funzionamento della copertura assicurativa sia per fatti illeciti accaduti durante la vigenza del contratto, che per quelli avvenuti precedentemente, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, alle condotte poste in essere anteriormente entro un limitato numero di anni (generalmente due o tre anni dalla stipula del contratto).

nonché agli orientamenti e ai *revirements* giurisprudenziali in tema di responsabilità civile. Per tal motivo è decisamente difficile calcolare un premio in linea con gli indennizzi che dovranno essere liquidati. Le Compagnie assicurative debbono così obbligatoriamente costituire appositi accantonamenti di bilancio (riserve IBNR, *Incurred But Not Reported claims*, ex art. 37 comma 6 Cod. Ass.) entro cui vincolare le risorse economiche eventualmente necessarie per liquidare un sinistro tardivo che, a rigore, sarebbe da imputarsi all'annualità di bilancio dell'anno di sottoscrizione della polizza da esso colpita.

¹⁵ E' possibile, sul punto, che si verifichi un ulteriore slittamento del termine iniziale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno, in quanto la prescrizione del diritto al risarcimento del danneggiato inizia a decorrere dal momento in cui il pregiudizio subito viene percepito, o diviene percepibile in base all'ordinaria diligenza, quale danno ingiusto conseguente all'altrui condotta dolosa o colposa.

Rispetto al sistema c.d. *loss occurrence* in quello *claims made* si assiste, quindi, al differimento nel tempo dell'attivazione della copertura assicurativa, che parte appunto dal momento della manifestazione della richiesta risarcitoria, invece che dal comportamento generativo della responsabilità¹⁶.

Nella variante pura del sistema *claims made* il soggetto assicurato anziché godere, come avviene quando si adotta il sistema c.d. *loss occurrence*, della copertura assicurativa per tutti i sinistri verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto di assicurazione sino al maturarsi dell'ordinario termine di prescrizione decennale del diritto al risarcimento del danno, usufruisce di una copertura assicurativa per quei sinistri accaduti fino a dieci anni prima e per i quali la domanda risarcitoria venga proposta durante la vigenza del contratto.

Anche se ambedue le formule contrattuali offrono una copertura assicurativa di un differente arco temporale (precedentemente la vigenza della polizza assicurativa ovvero successivamente), ciò non contribuisce a smorzare la particolarità dell'assicurazione della responsabilità civile nella variante *claims made*, consistente nel fatto che la copertura assicurativa è condizionata alle azioni di risarcimento del danno proposte durante la sua vigenza.

Si presenta, peraltro, come riduttivo un confronto tra i due sistemi alternative limitato al dato del decorso temporale della copertura assicurativa.

Invero, se appare improbabile per l'assicuratore essere chiamato a rispondere di un errore professionale di cui il contraente in buona fede non si sia reso conto e di cui il primo non abbia consapevolezza sulla base delle dichiarazioni rese da quest'ultimo al momento della conclusione del contratto, appare invece concreta l'eventualità che lo stesso assicuratore sia chiamato in manleva per quelle richieste risarcitorie presentate dopo la cessazione del rapporto assicurativo per fatti accaduti in corso di copertura assicurativa.

A margine, nei confronti del consumatore si può produrre un notevole sbilanciamento degli interessi contrattuali nel caso di un contratto di assicurazione della responsabilità

¹⁶ Cfr., da ultimo, Cass. civ., 17 febbraio 2014, n. 3622, in cui si legge che «la clausola *claims made* prevede il possibile sfasamento tra prestazione dell'assicuratore (obbligo dell'indennizzo in relazione all'alea del verificarsi di determinati eventi) e controprestazione dell'assicurato (pagamento del premio), nel senso che possono risultare coperti da assicurazione comportamenti dell'assicurato anteriori alla data della conclusione del contratto, qualora la domanda di risarcimento del danno sia per la prima volta proposta dopo tale data...e possono risultare viceversa sorniti di garanzia comportamenti tenuti dall'assicurato nel corso della piena validità ed efficacia della polizza, qualora la domanda di risarcimento dei danni sia proposta successivamente alla cessazione degli effetti del contratto».

civile con l'inserimento di clausola *claims made* mista, atteso che la copertura assicurativa è limitata ai soli eventi pregiudizievoli verificatisi entro un preciso spazio temporale antecedente la stipula del contratto stesso.¹⁷

Ed in effetti, quando si adotta tale clausola viene ristretta notevolmente la possibilità, per l'assicurato, di ricevere copertura per gli eventi antecedenti, né lo stesso assicurato può trovare un ristoro adeguato, che si avrebbe invece nel sistema *loss occurrence*, per le richieste di risarcimento avanzate nel termine, normalmente decennale, di prescrizione del diritto al risarcimento stesso per i sinistri avvenuti durante la vigenza del contratto.¹⁸

2. Sulla validità della clausola *claims made*

Dottrina e giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto sulla validità della clausola *claims made*.

Chi considera tali clausole nulle argomenta rilevando la natura imperativa dell'art. 1917 c.c., che deve quindi essere inserito di diritto nel contratto concluso dalle parti, anche in sostituzione della clausola difforme, in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.¹⁹

Nonostante tra le norme che non possano essere derogate nell'ambito del contratto di assicurazione l'art. 1932 c.c. ricomprenda anche taluni commi dell'art. 1917 c.c., si afferma che l'obbligo dell'assicuratore «*a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto*» rappresenti elemento essenziale senza il quale, prescindendo da

¹⁷ Si rileva che il sistema dell'assicurazione della responsabilità civile professionale è fondato, prevalentemente, sull'adozione della clausola *claims made* mista, in cui viene riconosciuta copertura alle richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel periodo di efficacia del contratto, a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere non oltre tre (o anche due, talvolta) anni prima della data di avvio della efficacia medesima.

¹⁸ Nel sistema *claims made* vi è l'esigenza per l'assicurato, che cessi la propria attività oggetto di copertura assicurativa, di stipulare una nuova polizza con clausola di ultrattività c.d. *sunset clause* ove intenda conservare la garanzia per i fatti accaduti nel tempo di vigenza della polizza stessa, ma denunciati successivamente alla cessazione dell'attività. Tale esigenza, evidentemente, non sorge nell'ipotesi in cui l'assicurato stipuli un contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *loss occurrence*, che ha l'effetto di dare copertura assicurativa a tutti gli eventi realizzati durante la gestione della propria attività.

¹⁹ Parte della dottrina qualifica tale nullità come di protezione, cioè una nullità predisposta per tutelare esclusivamente una delle parti del rapporto cioè l'assicurato. In tal modo soltanto il contraente protetto risulta legittimato a far valere l'invalidità salvo il potere *ex officio* del giudice di rilevare il vizio connesso all'interesse di quest'ultimo. Sul punto cfr. GAZZARA M., *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1213.

un'esplicita previsione di legge, non sarebbe possibile sussumere il contratto concluso in regime di *claims made* sotto il *nomen iuris* di assicurazione della responsabilità civile.

Più specificatamente sostiene che la clausola *de qua* non possa ritenersi valida in quanto, condizionando la copertura assicurativa alla manifestazione di volontà del terzo di essere risarcito dei danni subiti, farebbe venire meno la causa stessa del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

L'inserimento di tale clausola, infatti, condurrebbe all'esclusione dalla copertura assicurativa di tutti quei fatti accaduti durante il tempo del contratto nell'ipotesi in cui i soggetti danneggiati si attivassero a chiedere il risarcimento dei danni entro il termine di prescrizione del relativo diritto ma dopo il periodo di efficacia del contratto stesso.

La logica conseguenza sarebbe quella di condizionare l'operatività del contratto di assicurazione al momento discrezionale ed eventuale in cui i pretesi soggetti danneggiati si determinino ad azionare il loro diritto ad ottenere il ristoro dei danni subiti, e non a quello oggettivamente percepibile dell'accadimento del fatto colposo, così indebolendo la natura aleatoria del contratto di assicurazione.²⁰

Avvalendosi del disposto di cui all'art. 1895 c.c. sull'inesistenza del rischio che produce la nullità del contratto di assicurazione, si è affermato che l'utilizzo della clausola *claims*

²⁰ Sulla nullità della clausola *claims made* v. in giurisprudenza: Trib. Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, in *Giur. merito*, 1997, p. 700; App. Napoli, 28 febbraio 2001, n. 503, che afferma che la clausola *de qua* produce uno stravolgimento della natura aleatoria del contratto «affidandosi alla disponibilità o al calcolo delle parti il fare rientrare un dato evento nella copertura assicurativa, che vi sarebbe, o vi sarebbe esclusa in dipendenza della scelta operata da un soggetto e del tutto sganciata dal fatto colposo». V. anche Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 711, il quale argomenta che «da clausola *claims made* prevedendo la validità dell'assicurazione solo per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta dall'assicurato nel corso del periodo di efficacia della stessa, sarebbe idonea, potenzialmente, ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo così venire meno la stessa causa del contratto, qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista ma prima del termine di prescrizione del loro diritto, il risarcimento dei danni subiti. In definitiva, si subordinerebbe l'operatività del contratto di assicurazione non al momento di accadimento del fatto (come vuole l'art. 1917, comma 1, c.c.), ma alla condotta discrezionale dei pretesi danneggiati...conclusione, questa, che contrasta con la finalità dell'assicurazione per la responsabilità civile che ha come scopo di tutelare il patrimonio complessivamente considerato dell'assicurato dal rischio di alterazione negativa a seguito di responsabilità per eventuali comportamenti colposi anche gravi», per cui il medesimo Tribunale individua l'art. 1917 c.c. quale «norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione, la quale deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti in sostituzione della clausola difforme, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c., in quanto nulla»; Trib. Roma, 10 agosto 2006, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 1, p. 171; Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103, secondo cui l'art. 1917 comma 1 c.c. è inderogabile perché rappresenta «l'essenza stessa, la funzione, del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di una attività (...) dall'agente all'assicuratore e ciò che viene assicurato è l'attività fonte di responsabilità, non la richiesta risarcitoria».

made lo renderebbe nullo in quanto, riconoscendo la copertura assicurativa anche ad eventi avvenuti antecedentemente alla stipula del contratto, verrebbe meno il rischio di accadimento dell'evento pregiudizievole ovvero sarebbero assicurati rischi già verificatisi, nonostante le parti non ne siano a conoscenza (cd. rischio putativo).

In particolare, in base a questo orientamento giurisprudenziale la clausola *claims made* consentirebbe di assicurare un rischio solo putativo in cui la condotta oggetto della copertura si è, verosimilmente, già svolta in passato e il rischio già concretizzato²¹.

Ciò sarebbe confortato dalla scelta del legislatore di consentire l'assicurazione di rischi putativi soltanto in casi eccezionali tassativamente previsti, come nel caso dell'art. 514 del Codice della navigazione che contempla *expressis verbis* che nell'ipotesi del rischio mai esistito o che ha cessato di esistere (o di sinistro avvenuto) prima della conclusione del contratto, l'assicurazione stessa è nulla, solo nel caso in cui la notizia dell'inesistenza, della cessazione o dell'avvenimento del sinistro sia pervenuta prima della conclusione del contratto stesso nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione.²²

Partendo dal fatto che il rischio già verificatosi sia assicurabile soltanto nel caso delle assicurazioni marittime ed a determinate condizioni, la posizione suesposta ha concluso che, in generale, nel sistema di assicurazione della responsabilità civile prevista dal codice civile italiano tale rischio non possa essere assicurato²³

Ulteriore argomento a sostegno di questa tesi si rinviene nella Relazione del Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942 ove, al n. 748, si legge che «essendosi voluto dare per l'assicurazione una disciplina di carattere generale non si sono poste (salvo che per gli articoli 1908, quarto comma, 1913 secondo comma, 1916, quarto comma, e 1917) norme particolari per i contratti relativi ai

²¹ In tal senso v. Trib. Roma, Sez. XII, 5 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, p. 352.

²² Per una analisi del tema del rischio putativo v. DE STROBEL D., *Claims made e rischio putativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 176 e FANELLI G., *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Cicu-Messineo, 1973, p. 66.

²³ «E' chiaro che conferire cittadinanza al rischio putativo, nell'ambito delle assicurazioni terrestri, significa giungere all'assurda conclusione per cui l'ordinamento consentirebbe, in via generale, l'assicurabilità di un rischio anche solo soggettivamente esistente, con una disciplina più favorevole rispetto a quella prevista nell'ambiente di origine (il commercio marittimo), ove l'assicurazione del rischio putativo è ammessa solo qualora venga soddisfatta una stringente condizione oggettiva». Così, VERNIZZI S., *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 89.

vari rami assicurativi», che sono lasciati «al regolamento convenzionale per quanto concerne le loro peculiarità»²⁴.

Peraltro, con riferimento specifico al dettato dell'art. 1932 comma 1 c.c. sulle disposizioni derogabili se non in senso favorevole all'assicurato e sostituite di diritto alle corrispondenti clausole difformi, la stessa Relazione afferma che si poneva l'esigenza di «una rigorosa tutela alla posizione dell'assicurato, spesso costretto ad accettare senza potere discutere le condizioni generali di polizza predisposte dall'assicuratore a difesa esclusiva del proprio interesse».

Ne consegue che per le argomentazioni finora delineate, allo scopo di assoggettare la materia dell'assicurazione della responsabilità civile alla disciplina di cui all'art. 1917 c.c. così escludendo la possibilità di derogarvi mediante accordi convenzionali, il sistema *claims made* non può essere sussunto sotto il *nomen iuris* di assicurazione della responsabilità civile e/o realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ex art. 1322 c.c.

Un altro e distinto orientamento afferma la nullità della clausola *claims made* in quanto avrebbe l'effetto di apportare modifiche al regime della prescrizione o di rendere comunque «assolutamente impossibile per il contraente esercitare il proprio diritto in violazione dell'art. 2965 cc, sia perché altera il regime della prescrizione di cui agli artt. 2952, 2935 e 2936, ugualmente limitando o impedendo completamente l'esercizio del diritto dell'assicurato»²⁵

La clausola che assoggetta l'operare della garanzia assicurativa alla convergenza temporale individuata dalla condizione che il fatto colposo, l'istanza di risarcimento del terzo e la denuncia del soggetto assicurato all'assicuratore si producano entro il periodo di efficacia del contratto di un anno, è nulla per difetto di causa di cui all'art. 1917 comma 1. c.c. poiché viene a mancare il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

Invero, quando nel contratto di assicurazione della responsabilità civile è inserita la clausola *claims made*, l'operatività della garanzia assicurativa è subordinata al fatto che il terzo danneggiato presenti richiesta di risarcimento entro il periodo di efficacia del contratto con la conseguenza che, scaduto tale momento, l'assicurato decade dal diritto di richiedere alcunché all'assicuratore.

²⁴ BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, Milano, 2010, p. 341.

²⁵ Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss.

Trattandosi di nullità di una singola clausola è possibile prospettare, in conformità al principio di conservazione del contratto, la sua sostituzione di diritto *ex art.* 1419 c.c. con la clausola *loss occurrence*, sì da consentire al contratto di assicurazione della responsabilità civile di produrre i suoi effetti assicurando, in tal modo, la copertura dei fatti pregiudizievoli avvenuti durante la sua vigenza.

Delineato un quadro generale sulla validità della clausola *claims made*, si possono muovere alcune osservazioni sul tema.

Anzitutto, appare inesatto affermare che sia conforme agli elementi tipici del contratto di assicurazione della responsabilità civile soltanto quella garanzia assicurativa con copertura attribuita ai fatti avvenuti durante il periodo di efficacia del contratto, a prescindere dal momento in cui il danneggiato chiede di essere risarcito.

L'elemento centrale del contratto di assicurazione è, infatti, la copertura della responsabilità che sorge in capo all'assicurato in virtù dell'attività dedotta nel contratto, mentre la regolamentazione convenzionale dei presupposti per l'attivazione della copertura assicurativa costituisce un aspetto secondario, che non modifica in alcun modo la causa del contratto di assicurazione.

Ne consegue che la causa rimane invariata sia nel caso in cui nel contratto sia previsto che l'obbligo dell'assicuratore operi quando i fatti generatori di responsabilità si siano realizzati durante il periodo di efficacia del contratto, sia nell'eventualità che sia stata prevista l'insorgenza dell'obbligo medesimo soltanto se nel corso dello stesso periodo il terzo danneggiato manifesti la volontà di essere risarcito.

In entrambe le ipotesi, infatti, la causa del contratto consiste nel porre a carico dell'assicuratore le conseguenze economiche della responsabilità civile che possa sorgere in capo all'assicurato per l'esercizio di una determinata attività, mentre l'individuazione dei presupposti può essere soggetta ad una diversa regolamentazione convenzionale.

La scelta di quale evento selezionare come significativo, se il fatto generatore del danno piuttosto che la richiesta di risarcimento ad opera del terzo danneggiato, assume una duplice valenza: esso è espressione sia una scelta di politica contrattuale circa l'elemento che rende operante l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennità, sia di riferibilità ad un

arco temporale in quanto, ai fini dell'efficacia della copertura assicurativa, è rilevante che l'evento selezionato si sia realizzato durante il periodo di vigenza del contratto.

Invero, con l'adozione della clausola *claims made* si realizza, rispetto al modello *loss occurrence*, uno spostamento in avanti del momento in cui sorge l'obbligo assicurativo, dal momento che la copertura viene concessa purché la richiesta di risarcimento venga avanzata durante la vigenza del contratto.

A parere di chi scrive il fatto che nell'ambito del sistema *claims made* l'elemento rilevante, affinché si attivi la copertura assicurativa, sia costituito dal momento in cui viene posta in essere la domanda risarcitoria non fa venir meno, al fine di generare l'obbligo di pagamento dell'indennità, la rilevanza della condotta, lasciando invariati i profili della traslazione del rischio e dell'aleatorietà del contratto.

La previsione della clausola *claims made* non compromette, quindi, il carattere del contratto di assicurazione in quanto l'alea è legata all'avverarsi dell'evento che ha cagionato il danno nella sfera giuridica del terzo e, quindi, al conseguente insorgere dell'obbligo risarcitorio, ricoprendo valenza secondaria il tema dell'incertezza legata all'attivazione delle istanze risarcitorie.

Il rischio, elemento essenziale del contratto di assicurazione ma ad esso esterno, nel contratto di assicurazione della responsabilità civile consiste nella probabilità che un sinistro determini una diminuzione nel patrimonio dell'assicurato, in virtù della responsabilità sorta a suo carico; al terzo danneggiato, però, è attribuita l'iniziativa sul se e in quale momento richiedere il risarcimento del danno, concretizzando il pregiudizio a carico dell'assicurato ed il rischio contemplato dal contratto.

Il sistema che utilizza la clausola *claims made*, quindi, non risulta in contrasto con quanto disposto dall'art. 1895 c.c. che sancisce la nullità del contratto di assicurazione per l'inesistenza del rischio.

Ciò in quanto estendere la copertura assicurativa anche ai sinistri verificatisi antecedentemente alla conclusione del contratto e per i quali il risarcimento del danno sia stato richiesto durante il periodo dell'assicurazione non fa, comunque, venir meno il rischio oggetto della copertura assicurativa.

Il rischio, diversamente, diviene rilevante solo nell'eventualità in cui la richiesta di risarcimento del danno, in conseguenza del fatto colposo dedotto in polizza, pervenga all'assicurato durante il tempo dell'assicurazione.²⁶

Nel ritenere la clausola in oggetto *contra legem* non può, poi, attribuirsi valore determinante al contenuto della Relazione del Guardasigilli al codice civile.

Anche a voler sostenere che il tipo contrattuale delineato dal legislatore rispecchi il sistema *loss occurrence*, le disposizioni di cui agli artt. 1917 e 1932 c.c., alla luce di quanto sopra esposto, convincono del fatto che l'assicurazione della responsabilità civile possa essere assoggettata a una diversa regolamentazione convenzionale; semmai sarebbe possibile qualificare il contratto di assicurazione con clausola *claims made* come contratto atipico, ma certamente non nullo.

Argomento a favore della liceità della clausola *claims made* può trarsi proprio dal fatto che l'art. 1932 c.c. preveda l'inderogabilità (se non in senso più favorevole all'assicurato) soltanto del terzo e del quarto comma dell' art. 1917 c.c., ma non del primo comma per il quale nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto.

Tale ipotesi normativa ipotizza chiaramente che la richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato possa essere avanzata anche in un secondo e successivo momento rispetto al periodo di efficacia del contratto.²⁷

A latere, la liceità della clausola *claims made* è stata affermata anche dalla Suprema Corte, per la quale il contratto di assicurazione della responsabilità civile con l'apposizione della clausola in commento non rientra nella fattispecie astratta prevista dall'art. 1917 c.c. ma costituisce un contratto atipico, da ritenersi in linea generale lecito *ex art.* 1322 c.c.²⁸

²⁶ Si applicano comunque gli artt. 1892 e 1893 c.c. che prevedono, a seconda dei casi, l'annullabilità del contratto di assicurazione o il potere di recesso dell'assicuratore nel caso di dichiarazioni inesatte o reticenze dell'assicurato su circostanze che possano incidere sulla valutazione del rischio contrattuale. Sul tema recente giurisprudenza sul contratto di assicurazione con copertura ai sinistri antecedenti al contratto stesso ha affermato che, qualora l'assicurato ne fosse a conoscenza, la garanzia non opera, potendo in tal caso l'assicuratore rifiutare l'indennizzo ai sensi dell'art. 1442, ultimo comma, c.c., ammettendo quindi implicitamente l'operatività della garanzia per i sinistri verificatisi in precedenza, ma non conosciuti dall'assicurato. In tal senso v. Cass. civ., 4 gennaio 2010, n. 11, in *Contratti*, 2010, p. 371.

²⁷ In dottrina v. GAGLIARDI M., *Il contratto di assicurazione: spunti di atipicità e di evoluzione*, Torino, 2009.

²⁸ V. Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Giur. it.*, 2006, 2, p. 254 e Cass. civ., 22 marzo 2013, n. 7273.

Sotto altro e diverso profilo la clausola *claims made* non sembra nemmeno violare la normativa in materia di prescrizione e di decadenza, non incidendo sui termini per l'esercizio del relativo diritto.

Il tema della prescrizione e della decadenza potrebbe essere fondato nel caso in cui la regolamentazione convenzionale avesse l'effetto di condizionare e limitare temporalmente i tempi di esercizio del diritto al pagamento dell'indennità da parte della compagnia assicurativa. Ma, a ben vedere, nel caso della clausola *claims made* tutto ciò non è previsto.

Appare dunque inappropriato il richiamo all'art. 2936 c.c. sull'inderogabilità delle norme sulla prescrizione e all'art. 2965 c.c. sulla nullità di ogni patto con cui si stabiliscano termini di decadenza contrattuali tali da rendere eccessivamente difficile ad una delle parti l'esercizio del diritto²⁹.

Nel dibattito³⁰ circa la validità della clausola *claims made*, reso attuale anche dalla riforma del settore dell'assicurazione obbligatoria professionale³¹, è intervenuta la Cassazione.

Con sentenza a Sezioni Unite del 6 maggio 2016 n. 9140³² la Suprema Corte, pronunciandosi in un caso inerente un contratto di assicurazione della responsabilità professionale medica con inserita una clausola *claims made*, ha inizialmente escluso che la limitazione della

²⁹ Peralto, fissare convenzionalmente il periodo di copertura va ad incidere sulla nascita dell'obbligo di indennizzo spettante in capo all'assicuratore, quindi richiamare la decadenza la prescrizione è inconferente: tali istituti operano sulla base di un diritto già sorto «mentre rispetto alle vicende escluse dalla clausola *claims made* il credito dell'assicurato verso l'assicuratore non sorge neppure». Così GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 435. Dello stesso avviso anche RIVA I., *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Asv.*, 2014, p. 592 per il quale «il diritto alla prestazione assicurativa, qui, non può dirsi venuto ad esistenza, poiché esso contrattualmente sorge con la richiesta di pagamento e non con il verificarsi dell'illecito». Quindi nei casi in cui non è avanzata nel periodo convenuto una richiesta da parte del danneggiato nei confronti dell'assicurato, in capo a quest'ultimo non matura alcun diritto di indennizzo avverso la compagnia assicurativa, non sussistendo neanche la posizione soggettiva attiva in grado di legittimare il ricorso alla citata previsione.

³⁰ Tale dibattito è stato portato avanti da DE LUCA N., «*Act committed, loss occurrence claims made*» nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, pp. 721-732; GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto impr.*, 2013, p. 411; LOCATELLI A., *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, pp. 1030-1039; MAGNI F., *Le nuove prospettive del "claims made" nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1066; MONTICELLI S., *La clausola "claims made" tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, pp. 701-716; BUGIOLACCHI L., *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*, in *Danno e resp.*, 2012, pp. 922-937.

³¹ Sul contratto di assicurazione professionale v. BOSA S., *Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, II, p. 256.

³² V. VERNIZZI S., *Le Sezioni Unite e le coperture assicurative retroattive*, in *Resp. Civ.*, 2016, pag. 861.

copertura assicurativa alle richieste di risarcimento presentate all'assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento, possa integrare una decadenza convenzionale³³.

La Suprema Corte, inoltre, ha valutato come infondata l'eccezione di nullità per asserito contrasto della previsione pattizia con le regole di comportamento da osservarsi all'atto della formazione del contratto³⁴.

In ordine all'obiezione che la clausola *claims made* consentirebbe di assicurare un rischio non presente al momento della stipula del contratto assicurativo, con conseguente mancanza dell'alea ed in violazione dell'art. 1895 c.c., secondo cui il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto, la Corte ha affermato che l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex artt.* 1892 e 1893 c.c. per le dichiarazioni inesatte o reticenti³⁵.

Dunque il rischio dedotto nel contratto non è rappresentato dall'incertezza dell'avveramento del sinistro (ovvero dell'evento dannoso), bensì dall'incertezza dei danni che da questo possono derivare, con la conseguenza che la situazione di rischio e, quindi, di interesse all'assicurazione *ex art.* 1904 c.c. deve essere considerata sussistente anche a fronte

³³ In seguito, il collegio giudicante ha affermato sul punto che «la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso. Ne deriva che non v'è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell'art. 2965 c.c.»

³⁴ La Corte ha stabilito, infatti, che il rispetto il principio di correttezza come regola alla quale il debitore e il creditore devono improntare il proprio comportamento (art. 1175 c.c.), della buona fede come criterio informatore della interpretazione e della esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.) e dell'equità quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende non contemplate dalle parti (art. 1374 c.c.) in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro in modo esclusivo sul piano risarcitorio.

³⁵ Sul punto, la Corte ha aggiunto che il rischio di aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta nella sola condotta materiale cui è riconducibile casualmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento.

di un sinistro già verificatosi, ma del quale sono ancora incerte - nell'*an* o nel *quantum* - le conseguenze che da esso possono derivare.

Nell'assicurazione della responsabilità civile, infatti, la nozione di rischio non descrive tanto la possibilità di un evento, futuro ed incerto, idoneo a determinare danni, quanto la possibilità di un danno futuro e incerto.³⁶

Nel sistema c.d. *claims made*, quindi, il rischio è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma anche alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, «essendo fin troppo ovvio che, ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo - e specularmente nessun obbligo di manleva - insorgerà a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo»: ³⁷ per tale ragione, tale sistema con garanzia pregressa è da considerarsi lecito.

3. Le responsabilità dell'assicurato e l'obbligo indennitario dell'assicuratore

In merito alla compatibilità della clausola *claims made* rispetto al modello legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile delineato dal Codice civile, alla luce di quanto finora esposto si evince che l'orientamento ormai dominante sia quello secondo cui il contratto che presenti la *claims made* non possa farsi rientrare nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., in cui l'obbligo per l'assicuratore di tenere indenne l'assicurato di quanto deve pagare al terzo danneggiato sorge con l'accadimento del fatto, non con la richiesta di risarcimento.

Da ciò deriva, quindi, che l'introduzione della clausola c.d. *claims made* comporta che il contratto di assicurazione della responsabilità civile in questione non possa farsi rientrare nella fattispecie tipizzata dal codice costituendo, piuttosto, un contratto atipico.

Invero, il sistema codicistico, ai fini dell'attivazione della copertura assicurativa, non considera rilevante il momento della richiesta di risarcimento come si interpreta agevolmente dal contenuto dell'art. 1917 c.c., che parla «del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione», nonché dagli artt. 1913 e 1914 c.c. i quali, prevedendo rispettivamente un

³⁶ CORRIAS P., *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 41-76.

³⁷ Cass., Sez. Un., civ., 6 maggio 2016, n. 9140.

obbligo di avviso del sinistro all'assicuratore ed un obbligo di salvataggio in capo all'assicurato, implicano una nozione di sinistro coincidente con l'evento pregiudizievole.

Non può portare ad una diversa conclusione, trattandosi di norma con differente oggetto e diversa *ratio* in quanto volta unicamente a determinare la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore l'art. 2952 c.c., che individua come termine iniziale il giorno in cui il terzo danneggiato abbia richiesto il risarcimento all'assicurato ovvero in quello in cui abbia promosso la relativa azione di responsabilità.

All'art. 2952 c.c. è da riconoscere, però, la funzione di evidenziare come il legislatore codicistico avesse bene in mente la distinzione fra i due momenti, cioè il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione e la successiva richiesta di risarcimento.

Ne consegue che se ai fini dell'attivazione della copertura assicurativa il legislatore avesse voluto attribuire rilevanza al secondo momento, lo avrebbe fatto espressamente nel definire la nozione del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Il concetto di sinistro rilevante ai fini codicistici si identifica, invece, con il fatto accaduto durante il periodo di efficacia del contratto di cui l'assicuratore è tenuto a rispondere anche se i danni conseguenti siano successivi alla scadenza della garanzia³⁸

Si possono però formulare delle obiezioni in ordine ai caratteri del contratto di assicurazione della responsabilità civile come sopra delineati.

Appare infatti inappropriato sostenere che l'obbligo dell'assicuratore possa concretizzarsi sulla base del mero accadimento del sinistro, senza attribuire alcuna rilevanza alla manifestazione della volontà del terzo danneggiato di essere risarcito in via stragiudiziale ovvero mediante la proposizione di un'azione giudiziaria.

Invero, il contratto di assicurazione della responsabilità civile si configura come contratto volto a tenere indenne il patrimonio dell'assicurato dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dagli obblighi risarcitori.

Alla luce di ciò, risulta non conforme alla *ratio* dell'istituto valutare che l'efficacia della copertura assicurativa si concretizzi con il mero accadimento materiale del fatto pregiudi-

³⁸ Cfr. VOLPE POTZULU G., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione. Problemi giuridici*, Bologna, 1992, p. 67.

zievole, da solo non sufficiente a costituire una minaccia al patrimonio dell'assicurato,³⁹ conformemente all'inquadramento dell'assicurazione della responsabilità civile quale *species* dell'assicurazione contro i danni, qualificata anche come assicurazione di patrimonio e tradizionalmente contrapposta all'altra *species* cioè l'assicurazione di cose.

Proprio in quest'ultima il rischio investe la cosa nella sua materialità, e l'obbligo dell'assicuratore si concretizza nel risarcire l'assicurato del danno subito per la perdita o il danneggiamento del bene assicurato; diversamente, nell'assicurazione sulla responsabilità civile il rischio consiste nel cautelarsi avverso il rischio di alterazione negativa del patrimonio dell'assicurato, complessivamente considerato ed esposto a responsabilità illimitata per eventuali suoi comportamenti colposi che abbiano arrecato danni a terzi.

Ne consegue l'affermazione che mentre il danno alla cosa si manifesta in seguito al fatto pregiudizievole che la colpisce, il danno al patrimonio dell'assicurato si manifesta *ex post* rispetto alla proposizione della domanda risarcitoria da parte del danneggiato, ed è in detto momento che diviene attuale il pericolo di diminuzione patrimoniale.

Lo stesso art. 1917 c.c., poi, considera come essenziale la presentazione della domanda risarcitoria del terzo⁴⁰

Invero, la norma *de qua* indica quale presupposto ai fini dell'efficacia della copertura assicurativa, l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto debba pagare al terzo danneggiato, in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto «*in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*», facendo quindi riferimento a circostanze consequenziali al fatto accaduto, quali una richiesta stragiudiziale ovvero un'azione giudiziaria rimanendo, in mancanza di queste, la responsabilità dell'assicurato e, quindi, quella dell'assicuratore, potenziale e quiescente.⁴¹

³⁹ Cfr. BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni*, cit., 268, che contesta l'atipicità del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* «perché il rischio, in ogni caso, resta quello della responsabilità civile, che rientra tra i rischi coperti dalle assicurazioni del patrimonio (dell'assicurato), garantiti dalle assicurazioni contro i danni, tutte classificazioni di tipi e sottotipi che, in conformità con l'art. 1882, fanno riferimento alla natura del rischio, del – fatto – o evento dannoso, e non alla mera delimitazione temporale del suo accadimento».

⁴⁰ Sul punto v. DE GREGORIO A.; FANELLI G.; LA TORRE A., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 162 s., 249 ss.

⁴¹ Cfr., nel senso della tipicità del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 857.

Il pericolo di pregiudizio nel patrimonio dell'assicurato diviene infatti concreto solo nel momento in cui l'obbligo risarcitorio è acclarato stragiudizialmente ovvero quando sia divenuto certo, liquido ed esigibile.

Quanto finora esposto vale sia per il contratto con clausola *loss occurrence* che per quello con clausola *claims made*, seppur dovendo evidenziare la funzione ulteriore assunta nel secondo caso dalla manifestazione di volontà del terzo danneggiato.

Il nucleo della funzione economico-sociale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, consistente nel tenere indenne il patrimonio dell'assicurato, rimane invariato indipendentemente dall'inserimento di una clausola *loss occurrence* o *claims made*, avendo tali clausole soltanto la funzione di selezionare eventi diversi tra loro, quali il fatto pregiudizievole ovvero la richiesta di risarcimento, da cui far attivare l'obbligo assicurativo.

I due momenti, cioè quello che genera la responsabilità dell'assicurato operante in base ai canoni vevoli in campo contrattuale ed extracontrattuale ed il realizzarsi del rischio dedotto nel contratto, con la conseguente attivazione dell'obbligo dell'assicuratore, non coincidono mai

Si può quindi dubitare della natura atipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile con inserita la clausola *claims made*, in quanto la funzione del contratto medesimo non è sminuita né è venuto meno il rischio; oggetto della copertura assicurativa resta infatti sempre il fatto colposo dedotto nella polizza, che rileva solo allorquando la richiesta di risarcimento pervenga all'assicurato durante il tempo dell'assicurazione.⁴²

Seppur parte della dottrina e della giurisprudenza abbia sostenuto che la clausola *claims made* comporti un'interpretazione comunque accettabile dell'art. 1917 c.c., secondo cui per «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» dovrebbe intendersi la richiesta risarcitoria⁴³, appare opportuno evidenziare che l'evento rilevante nell'ambito dell'assicurazione

⁴² Vedasi Trib. Milano, 10 gennaio 2012, in Resp. civ. prev., 2012, p. 922 in cui si asserisce che «nell'assicurazione con clausola *claims made* non mutano né l'oggetto del contratto né la natura del rischio dedotto che resta la realizzazione della condotta negligente dell'assicurato. Ciò che si assume come criterio che qualifica il rischio stesso ai fini assicurativi è la circostanza che la richiesta di risarcimento del danno ad opera del terzo debba pervenire durante il tempo dell'assicurazione».

⁴³ Cfr. in dottrina VOLPE PUTZOLU G., *La clausola claims made. Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, pp. 14 ss ed in giurisprudenza v. Trib. Novara, 13 giugno 2011, in *NovaraIUS.it*, 2012 e App. Roma, 22 marzo 2011 per il quale con la predisposizione di una clausola *claims made* si assume una definizione convenzionale della nozione di sinistro che rileva ai fini dell'art. 1917, comma 1, c.c., in quanto tale nozione viene

della responsabilità civile sia il fatto che ha arrecato pregiudizio alla sfera del terzo danneggiato, atteso che la richiesta di risarcimento deve essere necessariamente preceduta, in quanto accessoria, dalla realizzazione del sinistro.

Ma è con la presentazione della domanda risarcitoria del terzo danneggiato, che rende concreto il pericolo di *deminutio patrimonii* del soggetto assicurato, che si realizza la condizione legale di efficacia del contratto, emergendo l'obbligo indennitario a carico della compagnia assicurativa⁴⁴.

La già citata pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite 6 maggio 2016 n. 9140 affrontando il tema della supposta contrarietà della clausola *claims made* con la struttura tipica propria del contratto di assicurazione *ex art.* 1917 c.c., richiamando il dato testuale dell'art. 1932 c.c. che tra le norme inderogabili non menziona il primo comma dell'art. 1917 c.c., ha affermato che ciò, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più opportuna, 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*».

In particolare, il fatto che la clausola *claims made* circoscriva la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si inserisce pienamente nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato, non potendosi sostenere che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione⁴⁵.

D'altra parte, il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui all'art. 1917 c.c. non può essere identificato con la richiesta di risarcimento⁴⁶.

fatta coincidere con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal terzo e non con il comportamento del danneggiante-assicurato, fonte di responsabilità.

⁴⁴ Ciò trova anche conferma nella disposizione di cui all'art. 2952 comma 3 c.c. che, facendo decorrere il termine di prescrizione del diritto dell'assicurato al pagamento dell'indennità dal momento in cui il terzo gli abbia richiesto il risarcimento o promosso l'azione, consente di affermare che il diritto medesimo diventi attuale ed esigibile solo nel momento delle istanze risarcitorie, conformemente al principio generale per cui la prescrizione decorre da quando il diritto può essere fatto valere.

⁴⁵ Per la Cassazione, dunque, «il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 cod. civ., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità».

⁴⁶ Non par dubbio infatti che tale fatto, inserito all'interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall'area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, primo comma, ultimo periodo, c.c.) ed in cui sono imposti all'assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi

Inoltre, diversamente da quanto affermato dalla Cassazione⁴⁷, si ritiene - in linea con un autorevole contributo dottrinale - che la nozione di “fatto accaduto durante il tempo dell’assicurazione” ex art. 1917 c.c. sia tutt’altro che precisa e dettagliata.

Ciò produce che il fatto *de quo* possa essere oggetto di autonoma determinazione dei predisponenti⁴⁸ di un contratto di assicurazione senza che ciò contrasti con la struttura tipica del contratto, conformato sul modello c.d. *loss occurrence*⁴⁹.

Da tale assunto consegue, quindi, che nella tecnica assicurativa è ammissibile l’inquadramento funzionale di un nuovo e diverso elemento, cioè il sinistro che si genera nel *claims made*: tale modello, ove meritevole, può legittimamente derogare all’impianto di cui all’art. 1917 c.c. e non sussiste alcuna distonia tra il concetto di sinistro in senso tecnico assicurativo e quello discendente proprio da tale norma codicistica.

Sul fatto poi che le parti possano o no anche stabilire convenzionalmente cosa si intenda per sinistro⁵⁰ è lecito attendersi nel breve termine un parere da parte della Cassazione a Sezioni Unite, adita dalla sua III sez. con ordinanza di rimessione n. 1465 del 19 gennaio 2018⁵¹

Ciò detto, in relazione al differente tema della prescrizione del diritto del soggetto leso al risarcimento del danno, la giurisprudenza riconosce rilevanza alla previsione per la quale essa inizi a decorrere non dal momento in cui si realizza il fatto illecito stesso o dal

(art. 1913 c.c.) oltre alla previsione di un obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.), si riferisca inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l’assicurato deve rispondere.

⁴⁷ Cass. Sez. un. 6 maggio 2016 n. 9140.

⁴⁸ Sul punto giova evidenziare che lo stesso art. 1932 c.c. ammette che la delimitazione del sinistro possa essere rimessa all’autonomia privata.

⁴⁹ VOLPE PUTZOLU G., *Assicurazione r.c. dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della S.C. a sezioni unite, in Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, Napoli, 2016, p. 317.

⁵⁰ L’autonomia, però, incontra un limite: le parti, infatti, non possono pattuire che il sinistro non sia un evento privo dei caratteri di incertezza, possibilità, dannosità ed indesiderabilità: diversamente, l’assicurazione non potrebbe distinguersi dalla scommessa. Nella scommessa il rischio è creato artificialmente, mentre nell’assicurazione il rischio è effettivamente esistente.

⁵¹ Cass. civ., sez. III, ordinanza di rimessione n. 1465, 19 gennaio 2018, in *Italgjure*.

In particolare, la rimessione riguarda due aspetti estremamente significativi per il contratto di assicurazione complessivamente considerato: a) se nell’assicurazione della responsabilità civile sia consentito alle parti convenire che per “sinistro” debba intendersi, sia ai fini del pagamento dell’indennizzo sia a tutti gli altri fini contrattuali, un evento diverso dalla causazione di un danno a terzi da parte dell’assicurato-responsabile, quale la ricezione, da parte sua, di una richiesta di risarcimento proveniente dal danneggiato; b) se il patto atipico di esclusione dell’indennizzo per le richieste postume (cd. clausola *claims made*), nella parte in cui esclude il diritto dell’assicurato all’indennizzo quando la richiesta di risarcimento gli pervenga dal terzo dopo la scadenza del contratto, debba considerarsi o meno diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.

momento in cui il pregiudizio stesso si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui inizi ad essere percepito dal danneggiato con l'uso dell'ordinaria diligenza, potendo sussistere anche un notevole distacco temporale tra momento dell'inadempimento e quello della consapevolezza dell'imputabilità degli eventi, quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo altrui⁵².

La fattispecie genetica dell'obbligo dell'assicuratore della responsabilità civile coincide con la richiesta, stragiudiziale o giudiziale, di risarcimento del danno ad opera del danneggiato, che ha effetto di rendere attuale il dovere di pagamento dell'indennità assicurativa e far decorre il relativo termine di prescrizione.⁵³

Tra l'altro, anche con l'inclusione della clausola *loss occurrence* l'azione del danneggiato rappresenta una condizione affinché sorga l'obbligo di protezione giuridica, in forza del principio generale per cui la prescrizione decorre solo dal momento in cui il diritto possa essere fatto valere⁵⁴.

Appare allora opportuno distinguere il momento in cui sorge il diritto dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore da quello successivo in cui si realizza l'evento dannoso, potendosi infatti scomporre la nozione di evento dannoso in una duplice accezione: come sinistro, idoneo a generare danno nel patrimonio dell'assicurato *ex art. 1882 c.c.* e come fatto

⁵² Sul punto cfr., tra le tante, Cass. civ., 6 febbraio 1982, n. 685, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2781; Cass. civ., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno resp.*, 2003, p. 845; Cass. Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Mass. Giur. it.*, 2008. Il riferimento va, ad esempio, al caso dell'azione risarcitoria da danno lungolatente (si pensi alla contrazione di contagi per cui, verosimilmente, può esistere una differenza temporale tra il momento della contrazione del male e quello dell'acquisita consapevolezza dell'eziologia degli eventi). Sul punto cfr. Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, 1, p. 451, in cui si legge «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito da chi abbia contratto per contagio una malattia decorre dal giorno in cui essa viene percepita quale danno ingiusto conseguente all'altrui condotta dolosa o colposa, ovvero può essere percepita come tale, in relazione all'ordinaria diligenza del soggetto leso e tenuto conto delle comuni conoscenze scientifiche dell'epoca». A tale orientamento si contrapponeva quello tradizionale che, riconoscendo rilievo alla formulazione testuale dell'art. 2947 c.c., faceva decorrere il termine prescrizione dal momento causativo del danno, indipendentemente dalla sua manifestazione esteriore e dalla conoscibilità da parte del danneggiato (cfr., in tal senso, Cass. civ., 28 gennaio 2004, n. 1547, in *Danno resp.*, 2004, p. 389 ss.; Cass. civ., 19 novembre 1999, n. 12825, in *Giust. civ. Mass.*, 1999).

⁵³ Nel senso della tipicità della clausola, facendo leva anche sul disposto dell'art. 2952 c.c., cfr. DE GREGORIO A.; FANELLI G., *Il contratto di assicurazione*, Roma, 1987, p. 162.

⁵⁴ Può quindi affermarsi che nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile il diritto al pagamento dell'indennizzo assicurativo sorga allorquando persistano sia l'accadimento del fatto pregiudizievole che la richiesta di risarcimento ad opera del terzo danneggiato.

accaduto durante il tempo dell'assicurazione, da cui deriva il pregiudizio nella sfera del terzo⁵⁵.

Invero, sul punto sussistono due orientamenti⁵⁶.

Il primo asserisce che l'evento pregiudizievole che colpisce il terzo danneggiato si manifesta all'esterno mentre l'evento riguardante l'assicurato è pregiudizievole in senso giuridico, in quanto il danno deriva dalla richiesta di risarcimento o, comunque, dalla composizione stragiudiziale della controversia ovvero dalla sentenza di condanna, che rendono il credito del danneggiato diviene liquido ed esigibile.

Il secondo focalizza l'attenzione sul fatto che il diritto dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore diviene attuale e concreto quando il terzo manifesta, anche in via stragiudiziale, la volontà di essere risarcito.

Ma è chiaro che l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore diventa concreto, in quanto definito nei suoi elementi essenziali, mediante la determinazione dell'entità del risarcimento⁵⁷.

A tal fine, si richiede la quantificazione del risarcimento dovuto dall'assicurato che rappresenta anche il *quantum* dell'indennizzo: ciò può avvenire mediante composizione convenzionale tra le parti ovvero, in caso di contrasto, a seguito di pronuncia giudiziale.

Infine, circa la natura tipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* parte della dottrina⁵⁸ ritiene che il tipo contrattuale presenta una elasticità tale da consentirgli, nello svolgimento del contratto, le modificazioni di taluni suoi

⁵⁵ Tra i due eventi vi è, evidentemente, un legame di consequenzialità perché il danno nella sfera dell'assicurato esiste in quanto esiste il danno nella sfera del terzo di cui il primo risponde quale soggetto responsabile.

⁵⁶ Sul punto la giurisprudenza appare ancora in disaccordo. A favore dell'orientamento che ritiene necessario un accertamento del giudice affinché l'assicuratore sia obbligato v. Cass. civ., 22 maggio 1998, n. 5137, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce Assicurazione (contratto), p. 116; Cass. civ., 1° luglio 1995, n. 7330, in *Ass.*, 1996, II, 2, p. 13; Cass. civ., 14 ottobre 1993, n. 10170, in *Dir. econ. ass.*, 1994, p. 330. A favore della manifestazione giudiziale o stragiudiziale del terzo per ottenere il risarcimento, v. Cass. civ., 28 agosto 2000, n. 11228, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1240.

⁵⁷ In altre parole, al fine del manifestarsi dell'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore concretamente determinato in ogni suo elemento non risulta sufficiente il mero realizzarsi del sinistro ma è imprescindibile una determinazione del suo importo.

⁵⁸ In dottrina v. GIORGIANNI M., voce Causa (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960; SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, I, 1966, p. 785 ss.; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969; DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988. In giurisprudenza cfr. Cass. civ., 8 maggio 2006 n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, I, p. 2203; Cass. Sez. Un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. Sez. Un. civ., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 904.

elementi o integrazioni pur conservando i caratteri fondamentali, con la possibilità, quindi, di essere sussunto comunque nel tipo astratto⁵⁹

Non può, pertanto, essere messa in discussione la tipicità del contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, che trova la sua fonte negoziale e regolamento contrattuale nella disciplina del contratto tipico di assicurazione sulla responsabilità civile, sussistendo la medesima funzione e/o causa del negozio individuata nel bisogno sociale di tenere indenne l'assicurato.⁶⁰

Vi è, comunque, chi giustifica in altro modo la riconduzione al tipo contrattuale: ciò sul presupposto che il legislatore, contrariamente all'impostazione tradizionale, individua elementi e criteri eterogenei per i diversi tipi contrattuali ovvero qualifica un elemento contrattuale come essenziale quando la sua assenza non consente di sussumere il contratto medesimo nella fattispecie legale⁶¹.

Proprio a taluni singoli contratti il legislatore ha attribuito tratti distintivi attinenti alla natura della prestazione⁶², alla qualità delle parti, alla natura del bene oggetto della negoziazione, al fattore tempo o al modo di perfezionamento.

Applicando le osservazioni appena esposte sulla eterogeneità degli elementi che implicano l'inquadramento di un contratto in un particolare tipo, si può confermare che la funzione/causa tipica del contratto di assicurazione della responsabilità civile sussista anche nella versione *claims made*.

Non può, in conclusione, nemmeno affermarsi che la clausola *claims made* utilizzi in modo atipico il fattore tempo, adottando quale riferimento temporale per il realizzarsi della

⁵⁹ V. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 15 per il quale «...si può osservare che quanto più l'interprete è disposto a tollerare deviazioni dallo schema legislativo, giudicandole inidonee a snaturare il contratto, tanto più si allarga l'ambito di applicazione del tipo. Di conseguenza, ogni qual volta si trova affermato che una determinata clausola è solo un naturale *negotii*, che una norma della disciplina del tipo è derogabile, che una clausola in deroga è compatibile con il tipo e non lo snatura, in tutti questi casi è aperta la strada alla riconduzione a quel tipo».

⁶⁰ In tal senso cfr. BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, rist. II ed., Torino, 1960, pp. 185-186; PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria, pratica*, Milano, 1951, 114; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, VIII ed., Napoli, 1964, p. 173; MESSINEO F., *Il contratto in genere*, t. 1, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Ciccu-Messineo, Milano, 1968, p. 62. In giurisprudenza v. Cass. civ., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Giust. civ.*, 1973, I, p. 603.

⁶¹ Cfr. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 59 ss.

⁶² Nel caso della natura della prestazione, sussistono casi in cui essa risulta essere finalità principale del contratto o elemento strumentale dello stesso: si pensi, ad esempio, alla custodia laddove si confrontano contratti di deposito e comodato.

copertura assicurativa la circostanza che durante il periodo di vigenza della polizza, vengano avanzate le istanze risarcitorie del terzo, concretizzandosi solo in quel momento il rischio dedotto in contratto.

Tale previsione, infatti, costituisce soltanto un elemento discrezionale dell'efficacia della copertura assicurativa che non altera il rischio alla cui copertura tende il contratto e ne individua la funzione, analoga, sia nella versione *loss occurrence* che *claims made*, non facendo venir meno il suo inquadramento tipologico del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

4. *Vessatorietà della clausola claims made?*

Sul tema della vessatorietà *ex art.* 1341 c.c. della clausola *claims made*⁶³ erano stati avanzati dubbi in quanto la stessa, limitando la copertura ai sinistri denunciati durante la vigenza del contratto, poteva avere l'effetto di ridurre l'ambito della responsabilità dell'assicuratore così come delineato dall'art. 1917 c.c.

Così facendo la clausola *de qua* poteva farsi rientrare quindi nella categoria delle patuizioni che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore del predisponente⁶⁴

Anzitutto va detto che con riguardo al contratto di assicurazione della responsabilità civile professionale, il rapporto sussistente tra soggetto assicuratore e soggetto assicurato non è tra professionista e consumatore.

Non possono essere considerati consumatori i liberi professionisti che stipulano polizze inerenti la loro attività lavorativa: ne consegue che tale materia resta al di fuori del campo di applicazione del D.lgs. 6.09.2005 n. 206 c.d. Codice del Consumo.

In secondo luogo le clausole limitative della responsabilità delimitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o circoscrivono il rischio garantito: diversamente, le clau-

⁶³ Cfr. in dottrina, sulla disciplina delle clausole vessatorie nel settore delle assicurazioni, MARIOTTI P., SERPETTI A.B., *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie*, Milano, 2011.

⁶⁴ In tal senso cfr. Cass. civ., 15 marzo 2005, n. 5624, cit., ove si legge che «...una clausola contrattuale può essere ricompresa tra quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di colui che l'ha predisposta a condizione che essa restringa (ad es. sotto il profilo quantitativo, spaziale o temporale) l'ambito obiettivo di responsabilità, così come fissato, con più ampia estensione, da precetti normativi (o da altre clausole generali)... non possono, pertanto, qualificarsi vessatorie quelle clausole che abbiano per contenuto una mera determinazione dell'effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione».

sole inerenti il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa, che altro non fanno che meglio specificare il rischio garantito, attengono all'oggetto del contratto⁶⁵

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile accompagnato dalla *claims made* non comporta, invero, alcuna attenuazione dell'obbligo dell'assicuratore nel coinvolgimento nel rischio-

Esso, semmai, incide sulla qualificazione dell'obbligo medesimo: infatti la compagnia assicurativa resta obbligata all'indennizzo per i fatti dell'assicurato sia nel sistema del *claims made* che in quello *loss occurrence* essendo solo diverso, tra i due sistemi, l'evento selezionato da cui far dipendere l'attivazione dell'obbligo.

Né può dirsi operante una limitazione di responsabilità in quanto questa sussisterebbe solo nel caso in cui l'ambito della stessa e le conseguenze delle colpe poste a carico dell'assicurato fossero più ampie rispetto a quelle poste a carico dell'assicuratore.

Si ritiene all'uopo che se le clausole del contratto di assicurazione della responsabilità civile specificano il rischio assicurato,⁶⁶ prevedendo un determinato meccanismo procedurale complesso ed articolato per l'attivazione della copertura assicurativa,⁶⁷ esse attengono ad una mera individuazione dell'oggetto del contratto.

⁶⁵ In tal senso cfr. Cass. civ., 10 novembre 2009, n. 23741; Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno resp.*, 2007, p. 905; Cass. civ., 4 febbraio 2002, n. 1430, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1895. Su tale scia Cass. civ., 26 giugno 2012, n. 10619, in *Danno resp.*, 2012, p. 713, esclude che abbiano carattere vessatorio «quelle clausole le quali, come quella ricorrente nel caso di specie, mirino soltanto a delimitare l'oggetto della garanzia prestata sotto il profilo temporale, fissando la durata entro cui i rischi restano assicurati».

⁶⁶ Si veda l'art. 34 del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) per il quale «la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto». Si veda anche il Considerando 19 della Direttiva n. 93/13 in materia di clausole abusive che prevede la non operatività delle norme poste a tutela del consumatore per le pattuizioni che riguardano gli elementi maggiormente qualificanti del rapporto di assicurazione, specificandosi che «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurativo e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore».

⁶⁷ La giurisprudenza ha sancito che la clausola *claims made* risulta vessatoria se la sua applicazione è circoscritta nel tempo prevedendo una limitazione retroattiva della responsabilità a carico dell'assicuratore (cfr., in tal senso, Trib. Milano, 18 marzo 2010 e Trib. Bari, 12 luglio 2012, in *Giur. it.*, 2012, p. 2558). Ciò si verifica quando la clausola sia elaborata nella forma mista rispetto al sistema *loss occurrence* prevedendo una copertura assicurativa per richieste di risarcimento formulate durante il tempo dell'assicurazione purché il fatto illecito si sia verificato entro un certo lasso temporale precedente rispetto al contratto stesso, o, analogamente, quando si preveda copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di assicurazione, purché relative a fatti avvenuti durante la validità del contratto (cfr., in tal senso, Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Notariato*, 2007, 5, p. 495 e Cass. civ., 29 maggio 2006, n. 12804, in *Mass. Giur. it.*, 2006). Si osserva inoltre che se le parti, in sede di predisposizione del regolamento contrattuale, hanno fatto riferimento al momento della richiesta risarcitoria ai fini della copertura assicurativa, ogni previsione che introduce un riferimento alla data dell'accadimento (*claims made* spuria) risulta limitativa della responsabilità

Sulla vessatorietà della *claims made ex art. 1341 c.c.* rileva la pronuncia della Suprema Corte del 10 novembre 2015n. 22891⁶⁸.

Essa opera un discrimine tra clausola che delimita l'oggetto del contratto e clausola con funzione limitativa della garanzia assicurativa, per la quale si renderebbe soltanto necessaria la specifica sottoscrizione *ex art. 1341, comma 2, c.c.*

A ben vedere, però, la clausola *claims made* non determina alcuna limitazione di responsabilità a vantaggio dell'assicuratore: essa circoscrive soltanto *ab origine* l'area dell'evento in base al quale sorge l'obbligazione indennitaria ed il credito dell'assicurato avverso l'assicuratore⁶⁹.

In altre parole la clausola *claims made* conforma il regolamento contrattuale nella definizione dell'*an* e del *quantum* della prestazione indennitaria assicurativa, dell'oggetto del contratto, senza restringere la partecipazione patrimoniale dell'assicuratore alle conseguenze pregiudizievoli provocate dagli eventi assicurati⁷⁰

Sotto dissimile profilo si deve anche escludere che la clausola *claims made* possa ridurre i sinistri di cui debba rispondere l'assicuratore: se da un lato, infatti, essa opera un differimento dell'efficacia della copertura assicurativa dal momento del fatto a quello della richiesta di risarcimento, dall'altro comporta l'indennizzabilità dei danni provocati da fatti verificatisi anche nel tempo precedente la stipula della polizza, con l'effetto di realizzare un sostanziale arretramento temporale della copertura assicurativa medesima.

dell'assicuratore. E quindi la clausola invalida, nel caso di mancata specifica approvazione per iscritto *ex art. 1341, comma 2, c.c.*, deve essere sostituita da quella *claims made c.d. pura*, ossia senza alcuna limitazione temporale. Senza invalidità risulterebbe violata l'autonomia negoziale delle parti che hanno voluto regolare la assicurazione per la responsabilità civile professionale con modalità differenti rispetto alle previsioni codicistiche.

⁶⁸ Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22891, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529, con nota di LOCATELLI L., *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 361, con nota di FERMEGLIA M., *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta della Cassazione*, secondo la quale: «Il Collegio ritiene opportuno avvertire che, nel rendere la presente decisione è ben consapevole che, con decreto del 27 marzo 2015, il Primo Presidente Aggiunto ha ritenuto di rimettere alle Sezioni Unite la decisione dei ricorsi iscritti ai numeri di ruolo generale 13729/2012, 8815/2014 e 5472/2014, in quanto prospettanti la questione di particolare importanza della natura della clausola *claims made* e, secondo l'istanza delle parti ricorrenti, nella supposta presenza di un contrasto fra la sentenza n. 5624/2005 e le sentenze nn. 3622/2014 e 2872/2015».

⁶⁹ La sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite 6 maggio 2016 n. 9140 già esaminata risulta allineata con questo orientamento laddove riconosce che il patto *claims made* circoscrive, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, delineando così l'oggetto senza limitare la responsabilità nell'ambito dello schema contrattuale.

⁷⁰ Cfr., in tal senso, GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto impr.*, 2013, p. 442.

Un contemperamento dell'operatività della copertura assicurativa ai fatti antecedenti alla stipula del contratto si rinviene, invece, nell'applicazione combinata del disposto degli artt. 1892, 1893 e 1895 c.c.

Tali articoli prevedono l'obbligo in capo all'assicurato di fornire all'assicuratore, al momento della conclusione del contratto, una reale rappresentazione degli eventi pregressi in grado di incidere sulla propria responsabilità: tale circostanza limita decisamente la possibilità che sopraggiunga, in modo inaspettato, una richiesta di risarcimento per detti eventi.

Invero, nel sistema *claims made* l'equilibrio delle posizioni di assicurato ed assicuratore si può riscontrare solo confrontandolo con il sistema *loss occurrence* in cui il sinistro viene identificato con il fatto che ha recato le conseguenze pregiudizievoli ed in cui la copertura assicurativa è operativa per il fatto materialmente accaduto durante la vigenza del contratto.

Nel sistema *loss occurrence* è poi possibile che la richiesta di manleva possa essere rivolta all'assicuratore anche a distanza di anni dalla scadenza della polizza stessa ovviamente sempre entro il termine di prescrizione del diritto del danneggiato.

Nella richiamata sentenza 6 maggio 2016 n. 9140 la Cassazione si è pronunciata anche circa il profilo della meritevolezza di tutela della deroga convenzionale al regime legale previsto dall'art. 1917 cui si assiste con l'apposizione di clausola *claims made*.

Essa ha affermato l'infondatezza di ogni censura di immeritevolezza con riferimento alle clausole *claims made* cd. pure che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto⁷¹ la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito⁷².

5. *La prima volta della claims made nell'ordinamento italiano nella assicurazione obbligatoria dell'avvocato e la necessità di attenzionare il tema dell'equilibrio economico del contratto*

⁷¹ L'immeritevolezza non può affermarsi invece *sic et simpliciter* per le clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento.

⁷² I principi di diritto enunciati dalla Cassazione a sez. unite con sentenza 6 maggio 2016 n. 9140 sono i seguenti: a) nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria; b) tale clausola, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al D.lgs. 6 Settembre 2005 n. 206 c.d. Codice del consumo per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

L'esigenza sottesa alla stipula di contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*, rivolti a dare copertura ai sinistri per cui sia avanzata richiesta di risarcimento durante la vigenza della polizza, è quella di ridurre lo spazio temporale che esiste normalmente, nel caso in cui venga adottato il sistema tradizionale ovvero quello convenzionale alternativo del *loss occurrence*, tra il realizzarsi del sinistro e la vigenza della polizza assicurativa medesima.

Il fine è quello di consentire all'assicurato di disporre di una copertura assicurativa più consona ai propri interessi, sia sotto il profilo dell'evento assicurato che per la copertura concessa, con riguardo al tempo in cui venga azionata la richiesta di risarcimento, adeguando il contratto di assicurazione alla realtà dei tempi, alla evoluzione della tecnica assicurativa, nonché alla misura del massimale⁷³.

La clausola *claims made*, predisposta unilateralmente dall'assicuratore, risponde indubbiamente anche alle esigenze delle compagnie in quanto consente a queste ultime una più efficiente quotazione del rischio e una migliore predisposizione delle riserve sotto il profilo della gestione aziendale, neutralizzando l'alea di richieste risarcitorie avanzate successivamente alla fine del rapporto.

Le osservazioni appena svolte in merito agli interessi delle compagnie assicurative a favorire la stipula di polizze *claims made* non possono comunque essere utilizzate per sostenere l'esistenza, in materia, di un abuso di posizione dominante⁷⁴ da parte delle compagnie medesime, mancando uno dei presupposti di tale nozione cioè il comportamento dell'imprenditore/professionista che, abusando della posizione di dipendenza economica di

⁷³ Cfr. MARIOTTI P., GUACCI A., GUACCI P., *La responsabilità civile nelle polizze di assicurazione*, Milano, 2004, p. 126, ove si evidenzia che le clausole *claims made* sono nate per «rispondere alle esigenze assicurative delle imprese di produzione di beni, le quali, se avessero utilizzato la copertura assicurativa RCT tradizionale, collegata al fatto generatore del danno, si sarebbero trovati privi di garanzia in numerosi casi, poiché per l'operatività della medesima garanzia occorre che l'errore di fabbricazione determinativo della responsabilità avrebbe dovuto verificarsi in pendenza di contratto, con la conseguenza che sarebbero rimasti fuori garanzia tutti i sinistri relativi a prodotti fabbricati e distribuiti in epoca antecedente alla stipulazione della polizza e ciò in contrasto con l'interesse del contraente che voleva garantirsi per tutti gli eventi dannosi originati dalla merce già in circolazione presso il pubblico».

⁷⁴ Il divieto di abuso di posizione dominante nelle relazioni contrattuali si individua nell'art. 3 della l. n. 287/1990 che vieta l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, oltre a vietare l'imposizione diretta o indiretta di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. Anche l'art. 9 della l. n. 192/1998 vieta l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice.

un altro imprenditore/professionista, determini, a proprio vantaggio e nella regolamentazione dei rapporti commerciali, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi in dispregio dei canoni di buona fede e correttezza⁷⁵.

Gli argomenti sviluppati in questo scritto dimostrano che l'inserimento della clausola *claims made* abbia la mera funzione di specificare il rischio assicurato, senza apportare alcuna limitazione di responsabilità a vantaggio delle compagnie assicurative, non rispondendo ad esigenze a loro riservate in modo esclusivo e dunque non rappresentando una ipotesi di vessatorietà.

Preme segnalare, però, che la maggiore criticità del sistema *claims made* si manifesta nel caso di stipulazioni successive nel tempo, o di passaggio da una polizza ad un'altra, magari anche con la stessa compagnia assicurativa⁷⁶, sussistendo un forte rischio di vuoto di copertura nonostante l'assicurato sia stato costantemente assicurato nel tempo corrispondendo i relativi premi senza alcuna interruzione.

Su tale aspetto, concernente il mercato delle polizze della responsabilità civile professionale, è intervenuta l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato⁷⁷, che ha censurato un possibile effetto distorsivo della concorrenza in caso di adozione del sistema *claims made* sul presupposto che possa ostacolare il passaggio di fatto da una compagnia all'altra e quindi la concorrenza tra operatori del sistema assicurativo⁷⁸.

Le ipotesi di possibili vuoti di copertura possono essere le più varie.

A titolo esemplificativo e non esaustivo si pensi al caso in cui l'assicurato, in pendenza di una polizza, sia consapevole di aver posto in essere una condotta colposa il cui pre-

⁷⁵ Sul punto cfr. Sez. Un. civ., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, 10, p. 2054, secondo cui «l'abuso di dipendenza economica, disciplinato nel contesto della legge sulla subfornitura nelle attività produttive, è fattispecie di applicazione generale, come tale invocabile in ogni rapporto contrattuale nel quale sia ravvisabile un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti». In dottrina cfr. DI BIASE A., *La vocazione allargata del divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese: limiti e presupposti applicativi*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, vol. II, Milano, 2008, p. 1073 ss.

⁷⁶ Si è diffusa una prassi per la quale alcune compagnie alla scadenza naturale del contratto stipulano una nuova polizza anziché rinnovare precedente.

⁷⁷ Il riferimento è al parere della Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, 4 luglio 2014, n. AS1137.

⁷⁸ È indubbio infatti che l'assicurato - pur soggiacendo al potere delle compagnie di recedere in qualsiasi momento - sia indotto a non mutare compagnia assicuratrice, a causa del timore di vedersi opposto dalla nuova compagnia il rifiuto di indennizzo per fatti accaduti durante la vigenza del precedente contratto e che l'assicurato non avrebbe comunicato in fase di sottoscrizione della nuova polizza. Sul punto anche MAGNI F.A., *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 810. In giurisprudenza, questo profilo è riscontrabile in Trib. Roma, 10 aprile 2013, in *Corr. merito*, 2013, p. 1162.

giudizio da essa derivante sia destinato a manifestarsi in un tempo successivo (c.d. *long-tail claims*) e, nel frattempo, la polizza vigente al momento in cui si è verificato il fatto cessi di avere efficacia, giungendo la richiesta di risarcimento nel momento in cui è stata sottoscritto un nuovo contratto.

È chiaro che il predetto sinistro rimarrebbe privo di garanzia, tenuto conto che il nuovo assicuratore opporrà il disposto di cui all'art. 1892 c.c. stante la consapevolezza dell'assicurato, al momento della sottoscrizione della polizza, di aver posto in essere una condotta colposa.

All'assicurato sarà poi opposta la non operatività della copertura anche da parte dall'assicuratore sottoscrittore della polizza vigente nel momento in cui sia stata posta in essere la condotta colposa.

Viene a mancare, infatti, l'elemento caratteristico del sistema *claims made*, cioè la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato nel periodo di efficacia della predetta polizza.

Le situazioni di criticità possono essere scongiurate affinando le tecniche di redazione dei contratti e ricorrendo alla clausola generale di buona fede, sia nell'interpretazione che nell'esecuzione del contratto quale fonte integrativa *ex art. 1374 c.c.*⁷⁹

Al di là di tutto, comunque, il tema della clausola *claims made* nei contratti sulla responsabilità civile è sempre vivo nel panorama giurisprudenziale italiano⁸⁰.

⁷⁹ Sull'art. 1375 c.c., quale ipotesi nella quale la legge, ai sensi del precedente art. 1374 c.c., integra il contratto, si segnala, FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentario*, in Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli, Milano, 2013; CAPOBIANCO E., *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Regolamento, II, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 414. Il tema è ampiamente trattato da RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 117; GALGANO F., *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, sub. art. 1375 c.c., Bologna-Roma, 1993, p. 117. In senso diverso, invece, SCOGNAMIGLIO C., *L'integrazione*, in *I Contratti in generale*, II, a cura di Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, p. 1173.

⁸⁰ Recentemente la Cassazione sez. III civile con sentenza 28 aprile 2017 n. 10506 ha affermato che «la clausola *claims made* impura, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva opera solo se tanto il danno quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo intervengano durante il tempo dell'assicurazione, non contemplando alcuna garanzia "postuma", costituisce un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.». Ciò in quanto, per i giudici, la *claims made* impura attribuisce un ingiusto e sproporzionato vantaggio all'assicuratore ponendo invece l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione. Ancora, la Cassazione civile sez. III con sentenza 23 novembre 2017 n. 27867 ha affermato che «in tema di responsabilità professionale, non è da considerarsi vessatoria la clausola '*claims made*' ai sensi dell'art. 1341 c.c., nel caso in cui la stessa non sia in grado di limitare la responsabilità dell'assicuratore e sia esclusivamente finalizzata a circoscrivere l'oggetto di copertura dell'assicurazione». Per il Tribunale di Udine, sez. II, 03

Ciò deriva, anzitutto, dalla mutata *ratio* sottesa alla responsabilità civile: tale istituto non è più concepito come sanzione, predisposta nei confronti del danneggiante, in grado di colpire una trasgressione cosciente di un dovere giuridico⁸¹ bensì come mezzo riparatorio del pregiudizio arrecato.

Appare poi evidente, in secondo luogo, che la *claims made* rappresenti il futuro prossimo del mercato assicurativo⁸²

Sul questo punto, lo scorso 11 novembre 2017 è scaduto il termine entro il quale dovevano fissarsi condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative rivolte agli avvocati⁸³ stante il Decreto del Ministero della Giustizia 22 settembre 2016 attuativo dell'obbligo di cui all'art. 12 della Legge 31 dicembre 2012 n. 247.

Per la prima volta in Italia la *claims made* è stata oggetto di normazione: si rinviene nell'art. 2 comma 1 del citato Decreto per il quale «l'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza».

La disposizione richiamata introduce nell'ordinamento italiano anche la c.d. *deeming clause*, cioè quella clausola di origine anglosassone che copre anche le richieste di risarcimento giunte dopo la scadenza della polizza che siano conseguenti e/o collegate a “circostanze” che siano state denunciate in corso di vigenza della polizza stessa⁸⁴.

Maggio 2017 n. 613 in tema di assicurazione invece «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela le clausole *claims made* c.d. impure, particolarmente penalizzanti, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, senza deroghe di sorta verso il passato od il futuro. In tale ipotesi va seguito un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2729 comma 1 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».

⁸¹ La funzione riconosciuta dalla tradizione alla responsabilità civile è riassunta nella formula di Grozio *ut nemo laedatur*, perché nessuno subisca la lesione dei propri diritti.

⁸² Il modello *claims made* appare nettamente più efficiente in quanto le polizze tradizionali risultano inadatte sia per le compagnie sia per i soggetti assicurati, in particolar modo quando si discute di rischi derivanti da danni lungolatenti.

⁸³ E, più in generale, di tutti i professionisti soggetti ad assicurazione obbligatoria in virtù dell'art. 3 comma 5 let e del D.l. 13 Agosto 2011 n. 148 convertito con modificazioni nella Legge 14 Settembre 2011 n. 148.

⁸⁴ Diversamente dalle polizze tradizionali presenti del mercato italiano con le quali si può aprire un sinistro esclusivamente in caso di sussistenza di una concreta richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, nelle polizze *all risk* si prevede una denuncia da parte dell'Assicurato anche prima della concreta formalizzazione della richiesta di risarcimento, estendendosi anche a tutte quelle circostanze che siano tali da far presumere oggettivamente che la richiesta di risarcimento giungerà in un futuro più o meno prossimo. In tale circostanza il momento di apertura del sinistro sarà quello della denuncia della relativa circostanza in corso di vigenza della polizza e quindi la richiesta di risarcimento sarà in copertura anche se pervenuta dopo la scadenza della polizza stessa. Tale clausola è assai rilevante nel caso in cui il professionista sia a conoscenza di circo-

Dovendo concludere, si ribadisce che l'inserimento di una clausola *claims made* in un contratto di assicurazione sulla responsabilità professionale specifica esclusivamente il rischio assicurato, senza implicare limitazioni di responsabilità a vantaggio delle compagnie, non rispondendo inoltre alle esclusive esigenze di queste ultime.

La stessa *claims made* non può definirsi vessatoria *ex art. 1341 c.c. comma 2* dato che tale disposizione è incentrata soltanto su clausole in grado di escludere o limitare in maniera preventiva le conseguenze imputabili al debitore stante un suo inadempimento⁸⁵.

Ad avviso di chi scrive nel campo delle polizze assicurative per responsabilità civile per ottenere una tutela appropriata è opportuno riferirsi all'obbligo di informativa precontrattuale previsto dal Codice delle Assicurazioni private di cui al D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 per gli intermediari.

In particolare, due disposizioni – l'art. 166⁸⁶ e l'art. 183⁸⁷ del richiamato Codice – permettono un efficiente controllo sul contratto e possono essere invocate agevolmente in caso di contrasti, errori o omissioni in termini di informazioni precontrattuali tra l'assicuratore ed il soggetto assicurato

stanze rilevanti (ovvero oggettivamente suscettibili di causare o aver causato un sinistro) e voglia passare da compagnia assicurativa ad un'altra o nel caso in cui, pur restando con la stessa compagnia, la polizza non preveda il tacito rinnovo: infatti tutte le polizze escludono dalla garanzia, oltre che, ovviamente, tutte le richieste di risarcimento vere e proprie già avanzate da terzi all'assicurato, anche quelle eventualmente derivanti da circostanze rilevanti già note all'assicurato al momento della stipula.

⁸⁵ Rifarsi al tema della vessatorietà risulta inappropriato anche in quelle fattispecie nelle quali la compagnia assicurativa è in posizione di dell'aderente, ovvero il soggetto nel cui interesse la disciplina di cui all'art. 1341 c.c. è dettata. Si pensi ai contratti di assicurazione sulla responsabilità civile stipulati da aziende pubbliche. In tale ipotesi è l'azienda pubblica che, nell'ambito di una procedura di gara conforme al D.lgs. 50/2016, sottopone un testo di polizza rispetto al quale l'impresa di assicurazione aggiudicataria deve poi aderire. Pertanto, paradossalmente, sarebbe esattamente quest'ultima a dover approvare specificatamente una clausola che risulta già ad essa favorevole.

⁸⁶ Per l'art. 166 del Codice delle Assicurazioni private «1. Il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente va redatto in modo chiaro ed esauriente. 2. Le clausole che indicano decadenze, nullità o limitazione delle garanzie ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato sono riportate mediante caratteri di particolare evidenza».

⁸⁷ Per l'art. 183 del Codice delle Assicurazioni private «1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati».

Violare un dovere informativo integra fuor di ogni dubbio una ipotesi di responsabilità precontrattuale: l'intermediario, in tale ipotesi, è obbligato al risarcimento del danno che si quantifica, di norma, nella misura del risarcimento che l'assicurato fosse chiamato a pagare in quanto sprovvisto di equa copertura⁸⁸.

La clausola *claims made* incide unicamente sulla determinazione temporale del rischio e non sulla natura dello stesso⁸⁹.

Ne consegue che quando si discute di *claims made* occorre attenzionare non già la tematica della vessatorietà od il controllo sulla meritevolezza della causa *ex art.* 1322 comma 2 c.c. bensì il tema dell'equilibrio economico del contratto.

Se la clausola *claims made* risulta immeritevole, infatti, la sua nullità comporta analogicamente l'applicazione di quanto di cui all'art. 1419 comma 2 c.c. cioè l'inserimento automatico dello schema base del contratto di assicurazione di cui all'art. 1917 c.c.

Tale meccanismo produce, con tutta evidenza, un danno in capo agli interessi dell'assicuratore⁹⁰.

Ecco allora che un controllo del giudice sul contenuto economico del contratto sostiene uno strumento rimediabile in grado di proteggere il mercato assicurativo della responsabilità civile, essendo orientato alla conservazione del contratto.

Se infatti il giudice dovesse accertare una differenza in termini di equivalenza tra le prestazioni dedotte nel contratto, la nullità colpirebbe quella clausola, parzialmente priva di causa, unicamente nella sua parte di eccessività con il conseguente diritto, per il soggetto assicurato, di restituire la parte di premio indebitamente corrisposta.

Sul punto, giova rilevare che l'art. 1419 primo comma c.c. differenzia la nullità parziale del contratto dalla nullità delle sue singole clausole: per tal motivo si può verificare una nullità parziale di una singola clausola che non essendo nullità di tutta la clausola assomma a nullità parziale del contratto.

⁸⁸ Data la classificazione tra regole di condotta e regole di validità una violazione delle regole informative, antecedenti la stipula del contratto di assicurazione, non può intaccare la validità complessiva dello stesso.

⁸⁹ Il rischio resta sempre lo stesso: esso è l'eventualità che dall'accadimento di un fatto dannoso per il terzo e fonte di responsabilità per l'assicurato possano prodursi conseguenze pregiudizievoli per il patrimonio di quest'ultimo.

⁹⁰ Il premio che spetta in caso di adozione della clausola *claims made* con assoggettamento dell'assicurazione all'obbligazione contrattuale accettata entro un arco temporale ben confinato sarebbe non più proporzionato in caso di clausola *loss occurrence* che comporta una obbligazione assicurativa e di garanzia per un arco temporale ben più ampio ed incontrollabile.

In altre parole, è necessario controllare che l'assicurato non sia obbligato al pagamento di un premio per un rischio non gravante sulla sua posizione anche valutando le garanzie offerte.

In tale ipotesi, la parte della copertura ed il connesso premio che fanno riferimento ad un rischio non esistente per il soggetto assicurato ricade in ipotesi di nullità *ex art.* 1865 c.c. con obbligo di restituzione della parte di premio pagata in eccesso.

Abstract

This research aims to study origin, structure, effects and problems of insurance policies written on claims made basis. Nearly all liability insurance policies fall into one of two categories, either claims-made or occurrence.

Currently, claims made clause goes to the heart of the debate in Italy, altering model set out in the Italian Civil Code traditionally based on loss occurrence system. Finally, the Author aims at demonstrating worthiness and validity of this clause, and the need to analyse every time the economic balance of the liability insurance policy.

Camerino, agosto 2018.