

MARIA PAOLA MANTOVANI\*

*Assicurazione obbligatoria medico-sanitaria e modelli contrattuali*

*Sommario:* 1. Note introduttive. – 2. Il contratto di assicurazione di responsabilità civile come *species* del *genus* assicurazione contro i danni. – 3. Analisi funzionale ed effettività della tutela del contraente assicurato. – 4. L'incidenza della clausola *claims made* nei modelli contrattuali assicurativi del settore medico-sanitario. – 5. Verso un modello integrato di socializzazione dei rischi sanitari.

1. *Note introduttive*

La ricerca muove dall'analisi del rapporto tra assicurazione e responsabilità civile medico-sanitaria alla luce dell'inadeguatezza, sempre più avvertita, di un sistema improntato alla tutela risarcitoria pura. In tal senso, la tendenza attuale è di fare leva sugli effetti virtuosi di una compartecipazione dello strumento assicurativo, con funzione riallocativa e, sostanzialmente, integrativa della tutela risarcitoria.

Le ragioni di fondo del crescente interesse verso il sistema assicurativo si rinvengono nella funzione riparatoria e, insieme, di sicurezza che tale modello realizza, connesse alla situazione di crisi che, da anni, si registra, in particolare, nel settore della responsabilità medico-sanitaria che ha conosciuto un'evoluzione senza precedenti, sia in termini di condotte difensive adottate dai sanitari (c.d. medicina difensiva), sia in termini di elevata conflittualità<sup>1</sup>.

---

\* *Assegnista di ricerca di Diritto privato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali dell'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.*

Le decisioni giurisprudenziali riportate, laddove non diversamente indicato, sono state reperite nei seguenti siti: [www.affidamentocondiviso.it](http://www.affidamentocondiviso.it); [www.altalex.com](http://www.altalex.com); [www.famigliaeminori.it](http://www.famigliaeminori.it); [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); [www.pluriscedam.utetgiuridica.it](http://www.pluriscedam.utetgiuridica.it).

<sup>1</sup> Per una ricognizione delle novità legislative e giurisprudenziali, anche alla luce della forte relazione esistente, allo stato attuale, tra il diritto della responsabilità medico-sanitaria e il diritto delle assicurazioni operante in

In tale prospettiva, l'evolversi del sistema della responsabilità medica, connesso all'emersione di nuovi rischi sanitari e di nuovi danni alla persona, ha accresciuto il bisogno di sicurezza, sia a livello individuale che sociale. Ne deriva che il sistema assicurativo di responsabilità civile si sarebbe limitato a presidiare perimetri assai più contenuti se non vi fosse stato, quale presupposto, una responsabilità civile per la quale si chiede una copertura assicurativa<sup>2</sup>.

Ai fini di una corretta impostazione della materia, è necessario identificare il concetto di interesse al risarcimento del danno, in materia di responsabilità civile, e la nozione di interesse quale presupposto di legittimità nelle assicurazioni contro i danni. Sul piano dell'inquadramento delle fattispecie esistono profonde differenze fra l'ipotesi di assunzione convenzionale del rischio, tipica del contratto di assicurazione, rispetto alla funzione assoluta dalla responsabilità civile, in cui il risarcimento del danno costituisce l'oggetto della prestazione qualificante la causa del rapporto contrattuale.

Sotto il profilo strutturale, tuttavia, costituisce un elemento comune ad ambedue le fattispecie, la situazione di soggezione cui sono sottoposti l'assicuratore, al verificarsi dell'evento dedotto in contratto, e il danneggiante, in seguito all'accertamento della responsabilità, da cui deriva l'obbligazione risarcitoria<sup>3</sup>.

Alla luce dell'emersione di fattori di crisi del sistema della responsabilità medico-sanitaria, resi sempre più evidenti dall'aumento della conflittualità risarcitoria e del rischio di sostenibilità, in termini sociali ed economici, del sistema, è intervenuta la riforma Balduzzi (d.l. n. 158/2012, conv. in l. 189/2012) che, all'art. 3, comma 2, anche in attuazione dell'art. 3, comma 5, lett. e), d.l. n.138/2011, conv. in l. n. 148/2011 e successivo D.P.R. n. 137/2012<sup>4</sup>, ha introdotto l'obbligo assicurativo per gli esercenti le professioni sanitarie<sup>5</sup>. Da

---

tale ramo, cfr. M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2015, p. 1321 ss.

<sup>2</sup> Per G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 572, «la responsabilità civile mira alla riparazione del danno, presentando, però, sempre un carattere fortemente pretorio, con una sostanziale marginalità degli interventi legislativi. [...] Il perimetro del danno non patrimoniale è, infatti, cresciuto a dismisura negli ultimi anni; e ciò ha reso sempre più difficile il compito di stimare *ex ante* i pregiudizi non patrimoniali risarcibili. Ma non v'è solo la questione dei danni risarcibili: esistono, infatti, problemi collegati all'accertamento dell'*an* della responsabilità, che possono avere forti riflessi sul corretto funzionamento del meccanismo assicurativo».

<sup>3</sup> Così, A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 182.

<sup>4</sup> Art. 5 D.P.R. n. 137/2012, «Obbligo di assicurazione»: «1. Il professionista è tenuto a stipulare, anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti,

ultimo, l'art. 27 d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014, ha statuito che il predetto obbligo di garanzia sussiste anche nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, nonché *ex art. 27*, comma 1-bis è esteso altresì alle strutture sanitarie<sup>6</sup>.

Il Consiglio di Stato, con parere n. 486/2015<sup>7</sup>, ha affermato che l'obbligo di assicurazione per gli esercenti le professioni sanitarie non possa ritenersi operante fino a quando non sarà avvenuta la pubblicazione del D.P.R. previsto dall'art. 3 d.l. n. 158/2012, cui è demandata la disciplina delle procedure e dei requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei contratti assicurativi, nonché la determinazione dei casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, anche nell'esercizio dell'attività libero-professionale intramuraria, nei limiti delle risorse del fondo stesso.

---

idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, comprese le attività di custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente stesso. Il professionista deve rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza professionale, il relativo massimale e ogni variazione successiva. 2. La violazione della disposizione di cui al comma 1 costituisce illecito disciplinare. 3. Al fine di consentire la negoziazione delle convenzioni collettive di cui al comma 1, l'obbligo di assicurazione di cui al presente articolo acquista efficacia decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del presente decreto».

<sup>5</sup> M. HAZAN e D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, Milano, 2013.

<sup>6</sup> G. COMANDÈ, *Dalla responsabilità sanitaria al no-blame regionale tra conciliazione e risarcimento*, in *Danno resp.*, 2010, p. 978; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema del doppio binario*, in S. ALEO, R. DE MATTEIS e G. VECCHIO (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, Padova, 2014, pp. 559, spec. 564, ritiene che «segnali, nel senso di una divaricazione delle due responsabilità, provengono anche da altre esperienze dell'Europa continentale accomunate, pur nella diversità delle soluzioni maturare, dall'esigenza di conferire rilievo alla responsabilità della struttura per inefficiente organizzazione dei servizi in modo autonomo dalla responsabilità del singolo medico: in talune esperienze una tale istanza, agevolata dalla configurazione di un doppio ordine di giurisdizione, è stata espressa con la configurazione di una "faute de service", del tutto autonoma dall'accertamento di una condotta colposa del medico». Nel quadro del discorso si innesta il D.l. 90/2014, che ha introdotto l'obbligo di copertura assicurativa a carico delle strutture sanitarie (*ex art. 27*, comma 1-bis), completando il quadro normativo della riforma Balduzzi che, in sede di conversione, aveva stralciato la proposta tesa ad estendere l'assicurazione obbligatoria a carico delle strutture sanitarie. Evidenti sono le ragioni sottese alla scelta normativa, mossa dalla volontà di spostare l'attenzione dal singolo operatore sull'ente che eroga le prestazioni sanitarie. La scelta normativa appare coerente con l'esigenza di protezione del malato, e con la necessità di non lasciare senza risposta le istanze risarcitorie scaturenti dalla lesione del bene salute, affermare la generalità dell'obbligo, senza delimitazioni soggettive. In tal senso, M. HAZAN, *Osservatorio di diritto e pratica della assicurazione*, in *Danno resp.*, 2015, p. 963 ss.; P.G. PONTICELLI, *Responsabilità medica e servizio sanitario*, in *Giur. it.*, 1987, IV, p. 141 ss., che osserva come, fino ad un certo periodo di tempo, il legislatore aveva manifestato un atteggiamento ondivago in ordine alla scelta di rendere obbligatoria o meno l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria per la struttura sanitaria.

<sup>7</sup> Consultabile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Le novità introdotte dalla legge Balduzzi in termini di obbligo assicurativo per i professionisti del settore medico-sanitario e le particolari modalità conformative di tale obbligo sembrano costituire un vero e proprio corpo normativo autonomo, rispetto alla disciplina generale valevole per tutti gli altri professionisti che operano in settori diversi. In tale prospettiva, il criterio di specialità della disciplina si fonda sulla particolare natura dell'attività svolta da tale categoria professionale e si prefigge l'obiettivo di garantire l'accesso al mercato assicurativo ai professionisti del settore medico-sanitario<sup>8</sup>.

La scelta normativa di introdurre l'obbligo assicurativo se, da una parte, reca benefici in termini di uniformità, a livello applicativo, della relativa disciplina, dall'altro, solleva alcune perplessità<sup>9</sup>. In particolare, alla luce della prassi invalsa, a livello assicurativo, di introdurre nelle relative polizze sulla responsabilità professionale le c.d. clausole *claims made*, elaborate per adattare il rigido schema negoziale contenuto nell'art. 1917 c.c. alla peculiarità dell'attività professionale del medico, con particolare riferimento alla valutazione dell'elemento del rischio e della durata della garanzia assicurativa, un primo profilo critico riguarda il rischio di un'eccessiva dilatazione, all'esito dell'introduzione dell'assicurazione obbligatoria in materia sanitaria, di prassi conformative del regolamento negoziale, con significative ricadute in termini di causa del contratto.

Va precisato che, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa, il legislatore ha demandato ad un successivo regolamento, di cui si attende l'emanazione, il compito di

---

<sup>8</sup> Già discuteva della possibilità di introdurre un meccanismo di assicurazione obbligatoria nel settore della responsabilità medica, G. PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no fault o risk management?*, in *Danno resp.*, 2003, p. 428 ss.

<sup>9</sup> M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma «Balduzzi»: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2013, p. 772, segnala i limiti della riforma Balduzzi, mettendo in evidenza come «quello che più immediatamente colpisce l'osservatore è che le difficoltà maggiori nel reperire le coperture assicurative riguardano sì generalmente alcune categorie di professionisti sanitari, ma soprattutto le strutture sanitarie, nei cui confronti invece la legge non prende posizione alcuna. [...] In tale prospettiva, la scelta di fare in modo che ogni professionista abbia una copertura assicurativa per la propria responsabilità professionale, oltre a cambiare il quadro non di molto (i medici sono già assicurati per contratto collettivo dalle proprie aziende sanitarie), salvo che per i casi di colpa grave, ammesso che le modalità scelte dalla legge per garantire la reperibilità sul mercato riescano a dimostrarsi efficaci, risulta anche autoreferenziale nei limiti in cui non si raccorda con l'esistenza della responsabilità delle strutture sanitarie e della relativa assicurazione»; V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, in *Tratt. dir. civ. CNN Perlingieri*, Napoli, 2011, p. 325, specifica come sia «auspicabile l'introduzione di un obbligo assicurativo generale con riferimento a tutti i soggetti esercenti l'attività sanitaria anche con riguardo a quanto questi dovrebbero corrispondere a terzi per danni derivanti dalla negligenza esecuzione della prestazione medica e paramedica».

individuare le procedure e i requisiti minimi ed uniformi per l'idoneità dei relativi contratti di assicurazione<sup>10</sup>.

Alla luce di tale dato, costituisce un secondo profilo critico l'aver previsto che il contratto di assicurazione di responsabilità professionale sia modellato sulla base di requisiti minimi ed uniformi, alla luce della totale mancanza di indicazioni legali minime circa il suo contenuto<sup>11</sup>. A tale proposito, è stato osservato come l'obbligo di stipulare una copertura assicurativa della responsabilità professionale, non correlato da elementi prescrittivi circa il contenuto del contratto di assicurazione, può far diminuire il grado di effettività della previsione, in termini di ampliamento del sistema di presidi e di tutele che ne rappresentano la *ratio* sottostante<sup>12</sup>.

In tale prospettiva, a fronte dell'introduzione di un regime obbligatorio di assicurazione di responsabilità professionale, è fondamentale che si preveda una disciplina, ancorché minima, del contratto, in grado di assicurare uniformità applicativa e, soprattutto, offrire un'effettiva tutela all'assicurato e ai terzi danneggiati, anche al fine di attenuare il fenomeno della delimitazione convenzionale del rischio assicurato, mediante l'inserimento di clausole *ad hoc*<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> M. GAZZARRA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 57, osserva come «il decreto delegato avrebbe dovuto prevedere, tra l'altro, l'istituzione di un fondo di garanzia a beneficio delle categorie più a rischio, l'introduzione di un sistema di bonus-malus per i premi la possibilità di disdetta della polizza da parte della Compagnia solo in caso di reiterazione di una condotta colposa dell'assicurato, accertata con sentenza passata in giudicato. [...] È espressamente ammessa la stipula di una copertura con formula *claims made*, che deve però obbligatoriamente prevedere una garanzia c.d. pregressa sino alla data di entrata in vigore dell'obbligo assicurativo *ex lege*, nonché, in caso di cessazione dell'attività per qualunque causa, una ultrattività di almeno dieci anni».

<sup>11</sup> M. GAZZARRA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1219 ss.; F.A. MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della «clausola» claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile*, in *Corr. mer.*, 2013, p. 1162 ss.

<sup>12</sup> R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. 288 s, ove rileva come «il vincolo di obbligatorietà non può che esprimersi in un duplice senso, non solo ordinando la necessaria costituzione di un rapporto assicurativo, ma anche imponendo che esso abbia un determinato contenuto sostanziale».

<sup>13</sup> Per M. GAZZARRA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 54, «il legislatore, nel prevedere l'obbligatorietà dell'assicurazione, non ha ritenuto sino a questo momento di dettare una disciplina minima (ad esclusione di quanto si dirà appresso con riferimento all'assicurazione della responsabilità sanitaria), anche una disciplina minima del contratto, scelta quanto mai discutibile perché sottrarre alla libera esplicazione dell'autonomia privata almeno alcuni rilevanti profili dell'operazione negoziale avrebbe significato per un verso offrire piena tutela alle ragioni dei terzi danneggiati, dall'altro proteggere il contraente non predisponente dallo strapotere delle compagnie assicurative».

Inoltre, alla luce della preferenza adottata dal legislatore di introdurre un obbligo assicurativo a carico degli esercenti una professione sanitaria, non pare scelta adeguatamente meditata quella di non introdurre un obbligo legale a contrarre da parte delle imprese assicurative<sup>14</sup>, sulla scorta di quanto già avviene nel settore della responsabilità civile automobilistica<sup>15</sup>, anche in una prospettiva di corretto funzionamento del meccanismo assicurativo, alla luce del pericolo di una fuga dal mercato assicurativo del ramo della responsabilità professionale<sup>16</sup>.

2. *Il contratto di assicurazione di responsabilità civile come species del genus assicurazione contro i danni*

La definizione legislativa contenuta nell'abrogato codice di commercio qualifica l'assicurazione come un contratto con cui l'assicurato si obbliga a risarcire le perdite o i danni che possono derivargli da caso fortuito o forza maggiore (art. 417 cod. comm.)<sup>17</sup>. Il codice civile del 1865 annovera tale contratto nella categoria dei contratti aleatori (art. 1102), alla luce del dato secondo cui ogni contratto, considerato isolatamente, reca con sé l'alea del guadagno o della perdita per l'assicuratore<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Particolare interesse riveste, in tale prospettiva, una decisione della Corte di Giustizia ove si affronta la questione dell'obbligo di contrarre imposto alle imprese italiane in materia di r.c.a. auto, ex art. 132 cod. ass. Tale obbligo trae la sua *ratio* dalla rilevanza sociale che ha assunto il fenomeno della circolazione di veicoli e si traduce in una previsione volta ad imporre, a carico dell'impresa assicuratrice, due diverse condotte: da un lato, predisporre le condizioni generali di contratto e le tariffe, per ogni rischio derivante dalla circolazione; dall'altro accettare le proposte contrattuali formulate in modo conforme a tali condizioni e tariffe. Il primo di tali obblighi è coesistente al secondo. Esso infatti impone all'assicuratore di dichiarare preventivamente a quali condizioni ed a quali tariffe stipulerà il contratto che gli viene richiesto. Corte Giust. C.E., 28 aprile 2009, causa C-518/06, in *Corr. giur.*, 2010, p. 455 ss., con commento di M. ROSSETTI, *Tanto tuonò che non piove: come sopravvisse l'obbligo di contrattare*. La medesima sentenza è commentata da M. GAGLIARDI, *L'interesse generale nel diritto comunitario e l'obbligo a contrarre nella RC auto: una «ventata» di solidarismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 97 ss.

<sup>15</sup> M. GAGLIARDI, *Salute e assicurazione: il diritto delle assicurazioni in campo sanitario*, cit., p. 1324, osserva come, «il nostro ordinamento ha visto, storicamente, crescere l'attenzione per i rischi connessi allo svolgimento dell'attività sanitaria, così come è già successo per i rischi connessi allo svolgimento di attività lavorative (infortuni sul lavoro) e per quelli legati alla circolazione degli autoveicoli».

<sup>16</sup> Non si condividono talune obiezioni mosse da una parte della dottrina, secondo cui l'imposizione di obblighi a contrarre determinerebbe una rarefazione degli elementi di consensualità, in quanto tale scelta si giustifica sulla base di ragioni di interesse pubblico: A. CAGNASSO, G. COTTINO e M. IRRERA, *L'assicurazione, l'impresa e il contratto*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, Padova, 2001, p. 170; M. MAGGIOLO, *Appunti sull'obbligo a contrarre nella assicurazione obbligatoria di veicoli a motore e natanti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 39 ss.

<sup>17</sup> C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, vol. I, *Le assicurazioni terrestri*, Milano, 1885, p. 41 ss.

<sup>18</sup> C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 43, il quale vede nella conclusione dei contratti da parte delle compagnie di assicurazione una «guida razionale di un calcolo di probabilità».

Nel diritto vigente, il contratto di assicurazione è un contratto consensuale, pur se, i suoi effetti giuridici, ai sensi dell'art. 1901 c.c., decorrono dal momento in cui il contraente paga il premio assicurativo. Tale obbligo deve essere adempiuto anche nel caso in cui non vi sia coincidenza fra la persona dell'assicurato ed il contraente, come nell'ipotesi dell'assicurazione per conto altrui<sup>19</sup>. Il mancato pagamento del premio assicurativo non giustifica, tuttavia, la validità della clausola che legittima l'assicuratore a sospendere la copertura assicurativa, laddove la controparte non rispetti gli obblighi discendenti dal patto di regolazione del premio<sup>20</sup>. In effetti, il mancato pagamento del premio assicurativo si verifica esclusivamente nel caso in cui non sia stato pagato il premio iniziale (art. 1901, comma 1, c.c.) o successivo (art. 1901, comma 2, c.c.). Inoltre, l'art. 1932, comma 1, c.c. dispone l'impossibilità di derogare il contenuto dell'art. 1901 c.c., se non in senso più favorevole all'assicurato, operando un sostanziale riequilibrio del rapporto tra premio e rischio assicurativo<sup>21</sup>. Dall'obbligo dell'assicurato di corrispondere il premio pattuito, quale prestazione principale del contraente, legata da un vincolo di sinallagmaticità con la controprestazione dell'altra parte, sorgono tutta una serie di obblighi accessori o secondari, distinti rispetto all'obbligo di pagare il premio, in ragione della «loro intima natura giuridica, che impedirebbe di porli in stretto rapporto sinallagmatico con la prestazione dell'assicuratore e che richiamerebbe per essi, non già la qualifica di obbligazioni, ma quella diversa di semplici oneri»<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> A. VENDITTI, *L'assicurazione di interesse altrui*, Napoli, 1961, p. 1: «nel sistema del cod. comm. del 1882, l'art. 421, posto fra le “disposizioni generali” sul contratto di assicurazione, costituisce il fondamento testuale della distinzione fra assicurazione per conto proprio ed assicurazione per conto altrui: nell'una il titolare dell'interesse assicurato è il soggetto stesso che contrae l'assicurazione in proprio nome, non così nell'altra, identificata dalla alienità dell'interesse assicurato, e della conseguente scissione fra qualità di “contraente” e di “assicurato”, le quali anziché confluire nello stesso soggetto, vengono ad appartenere a soggetti diversi».

<sup>20</sup> Rilevante, in proposito, Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4631, in *Guida dir.*, 12, 2007, p. 42 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. R. CALVO, *Unità del contratto, variabilità del rischio e frazionamento del premio assicurativo*, in *Resp. civ.*, 2007, p. 774 ss.; approfondisce la questione relativa alla rilevanza assunta dall'equilibrio contrattuale delle prestazioni assicurative, S. GRAZIADIO, *Equilibrio contrattuale ed equilibrio dell'impresa nelle assicurazioni private*, in *Dir. econ. ass.*, 2012, p. 435 ss., secondo cui, tale principio, è in grado di assumere la valenza e la portata di principio generale, estensibile anche ai contratti associativi, con specifico riferimento alle società e a quelle particolari forme societarie richieste, *ex lege*, per l'esercizio dell'attività assicurativa.

<sup>22</sup> «Questi c.d. oneri sono numerosi; essi derivano sia direttamente dalla legge (o legali) che dal contratto (convenzionali) [...]. Il concetto di onere è il risultato [...] di una minuziosa analisi condotta sui concetti fondamentali di rapporto giuridico, diritto soggettivo, dovere ed obbligo giuridico. [...] Il primo (l'obbligo giuridico) quale dovere di condotta imposto a tutela di un interesse altrui, quale *correlatum* ed aspetto passivo di un altrui diritto soggettivo; il secondo (l'onere) quale necessità di osservare un determinato comportamento per conseguire un proprio vantaggio a tale condotta subordinato e pertanto quale dovere di condotta da

Con l'assunzione, da parte dell'assicuratore, dell'obbligo di pagare una somma di denaro al verificarsi dell'evento incerto si realizza, sul piano economico, il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore<sup>23</sup>. Ne deriva che l'obbligo di sopportare, in cambio di un corrispettivo, definito premio assicurativo<sup>24</sup>, il rischio assicurato<sup>25</sup>, incombe sull'impresa assicurativa.

Al fine di individuare la struttura del contratto di assicurazione è necessario richiamare la disciplina codicistica, imperniata sul concetto di rischio e di premio assicurativo<sup>26</sup>. In tal senso, l'art. 1882 c.c. individua, a carico dell'assicuratore, l'obbligo di rivalere il danno, mediante pagamento di una somma di denaro<sup>27</sup>. L'assicuratore si trova, dunque, in una situazione di soggezione ad un effetto giuridico eventuale, costituito dal sorgere di un'obbligazione avente ad oggetto l'adempimento di una prestazione materiale, cui si connette un'aspettativa giuridica dell'assicurato<sup>28</sup>.

Costituisce un requisito necessario del contratto di assicurazione, a pena di nullità, che al momento della conclusione, esista un elemento esterno ad esso, rappresentato dal

osservare nell'interesse proprio, quale presupposto (*Voraussetzung*) per raggiungere un effetto utile a sé medesimo» (G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945, p. 204).

<sup>23</sup> A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 4.

<sup>24</sup> «L'assicurazione assolve così una funzione di previdenza, in quanto colui che si assicura, in previsione del sorgere di bisogni futuri, vuole garantirsi la disponibilità dei mezzi, necessari a soddisfare i bisogni stessi. [...] L'assicurazione non ha quindi una funzione di prevenzione, in quanto con essa non si accolla all'assicuratore il compito di impedire che dati sinistri si verificano o colpiscano il patrimonio dell'assicurato, ma ha invece una funzione di reintegrazione, in quanto l'assicuratore deve intervenire solo *a posteriori*, a sinistro avvenuto, quando cioè il danno non è più eventuale ma attuale, al fine di eliminare, in tutto o in parte, le conseguenze dannose del sinistro, ristabilendo [...] l'equilibrio che il sinistro ha rotto o turbato» (A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, Napoli, 1949, p. 1).

<sup>25</sup> Per A. LUMINOSO, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, pp. 501 ss. spec. 517, è dubbio «se alla c.d. assunzione del rischio e alla conseguente sicurezza che essa procura all'assicurato debba essere attribuita solamente una valenza psicologica e/o economica oppure la stessa si traduca immediatamente – fin dal momento della conclusione del contratto – in una situazione soggettiva passiva giuridicamente rilevante nella sfera dell'assicuratore e in una situazione giuridica soggettiva attiva nella sfera dell'assicurato».

<sup>26</sup> A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 7; A. DE GREGORIO e G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 89 s.

<sup>27</sup> Per A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 182, è analoga, sotto il profilo strutturale, la posizione di soggezione al verificarsi delle conseguenze dell'evento incerto, che caratterizza l'assicurazione contro i danni e il sistema della responsabilità civile. La situazione giuridica di soggezione, più che di obbligo, come termine passivo nei rapporti aleatori, costituisce il punto di riferimento di una situazione intersubiettiva, «che si pone accanto al tradizionale rapporto rappresentato dal diritto soggettivo e dall'obbligo giuridico» (p. 191).

<sup>28</sup> Secondo A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 196, «la soggezione contrattuale si caratterizza come impossibilità giuridica di sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli collegate, attraverso un regolamento negoziale, al verificarsi di un evento indipendente dalla libera volontà del soggetto, che a quelle conseguenze è sottoposto» (p. 187).

rischio, a conferma della natura aleatoria di tale contratto. Ne deriva che, in siffatti contratti, l'adempimento della prestazione dell'assicuratore dipende dal verificarsi di un evento futuro ed incerto, dedotto nel contratto, con conseguente indeterminatezza, *ex ante*, del risultato economico<sup>29</sup>.

In particolare, nell'assicurazione contro i danni, la prestazione dell'assicuratore è condizionata dal verificarsi dell'evento incerto. Per effetto della stipulazione del relativo contratto, si determina, dunque, il sorgere di un rischio giuridico o alea contrattuale, che incide sull'*an* e sul *quantum* del rapporto obbligatorio<sup>30</sup>.

Nel contratto di assicurazione la natura giuridica aleatoria è idonea a realizzare, sul piano economico, la funzione del trasferimento del rischio che si concreta, al verificarsi dell'evento, in quel risultato utile che rappresenta la ragione per la quale l'assicurato ha stipulato la polizza assicurativa<sup>31</sup>. Con la raccolta dei premi si creano delle riserve da parte dell'impresa assicurativa mediante le quali si accantona un patrimonio funzionale a realizzare, in favore dell'assicurato, il diritto alla prestazione indennitaria. Ne deriva che l'interesse sottostante all'operazione assicurativa è, dunque, la neutralizzazione del rischio dedotto in contratto<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 81, precisa che «se il riferimento, al fine di discriminare la categoria dei contratti aleatori, all'incertezza del risultato economico contrattuale non è in sé errato, indicando una caratteristica di ordine economico effettivamente in essi riscontrabile, l'utilizzazione, a tale scopo, del concetto di alea normale pone del tutto fuori strada l'interprete. [...] Con il concetto di alea normale del contratto si fa quindi riferimento alla possibilità, in un certo periodo di tempo, di normali variazioni di valore economico delle prestazioni contrattuali. Anche siffatta alea si manifesta, in definitiva, nell'incertezza, per effetto del differimento, del risultato economico complessivo, del reciproco vantaggio o danno economico, riscontrabile pure [...] nei contratti aleatori».

<sup>30</sup> G. COTTINO e M. IRRERA, *Il contratto di assicurazione in generale*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. COTTINO, X, Padova, 2001, p. 72, rilevano come «colui che si assicura, mira soltanto a garantire a sé o ad altri una copertura per il caso che si verifichi un determinato evento, preso in considerazione nella polizza o, se si preferisce, una garanzia».

<sup>31</sup> «La conclusione circa l'applicabilità al contratto di assicurazione delle norme sui contratti a prestazioni corrispettive – con esclusione peraltro, trattandosi di contratto aleatorio, dell'azione generale di rescissione per lesione (art. 1448, co. 4°, c.c.) e del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1469 c.c.) – deve conseguire quindi non deduttivamente alla costruzione di una prestazione di assunzione del rischio corrispettiva al pagamento del premio, ma all'analisi della portata delle relative norme (art. 1453 c.c.) ed all'accertamento della compatibilità di esse con le caratteristiche proprie dell'assicurazione» (A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 8).

<sup>32</sup> G. SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 175 ss.; più di recente, G. CAPALDO, *Contratto aleatorio e alea*, Milano, 2004.

La prestazione assicurativa<sup>33</sup> nei suoi aspetti giuridici, economici e tecnici evoca una nozione di rapporto assicurativo che, pur riferendosi a diversi tipi contrattuali, non preclude *a priori* la possibilità di costruire una teoria giuridica unitaria del contratto di assicurazione<sup>34</sup>, anche sulla scorta del dato codicistico (art. 1882 c.c.)<sup>35</sup>. Tuttavia, il carattere unitario del contratto di assicurazione, non esclude l'esistenza di vari rami assicurativi che, quantunque basati su uno stesso concetto giuridico fondamentale, il trasferimento del rischio dall'assicurato all'impresa assicurativa, sono innegabilmente distinti, ciascuno connotato da proprie peculiarità e, pertanto, soggetti a regole diverse<sup>36</sup>.

Carattere comune a tutti i contratti di assicurazione è che essi realizzino un bisogno, pur se diverso, nei diversi tipi assicurativi (interessi o indennità e vita)<sup>37</sup>.

Una parte della dottrina<sup>38</sup>, ha messo in rilievo il nesso esistente nel contratto di assicurazione tra prospettiva giuridica ed economica<sup>39</sup>, attraverso la teoria del bisogno patri-

<sup>33</sup> O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009, p. 41 ss.

<sup>34</sup> G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945, p. 62 ss., rileva come «coloro che hanno cercato di definire l'assicurazione con una formula unitaria capace, da un lato, di porne in rilievo le caratteristiche comuni a tutti i suoi vari rami e, dall'altro, di segnarne nettamente i confini con altri rapporti somiglianti e cioè, in breve, con una formula non sola unitaria, ma anche completa ed individuatrice, non hanno saputo sempre distinguere la generale nozione di assicurazione, intesa come una complessa operazione economica tecnica e giuridica, dalla nozione più ristretta e particolare di contratto di assicurazione». L'impostazione tesa ad inquadrare il contratto di assicurazione in un'ottica ricostruttiva unitaria è stata avversata dalla dottrina risalente: per tutti, J. HÉMARD, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, Paris, 1925, p. 22.

<sup>35</sup> *Contra*, G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, Milano, 1973, pp. 70 ss., spec. 75, secondo cui «a considerare le cose più da vicino, ci si accorge che la disciplina unitaria e comune è una realtà assai più formale che sostanziale e che le discordanze fra le assicurazioni danni e le assicurazioni vita si rivelano nette e numerose proprio in seno a queste “disposizioni generali” [...]. Ci preme ora mettere in rilievo come, non soltanto in sede di definizione (art. 1882 cod. civ.), ma anche in sede di tutta la disciplina generale del contratto (artt. 1882-1903 cod. civ.) si rivela la enorme difficoltà di raccogliere e mettere insieme elementi giuridici sufficienti a costruire una nozione unitaria del contratto».

<sup>36</sup> Interessanti spunti in G. VALERI *La classificazione dei contratti di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 347 ss.

<sup>37</sup> L. MOSSA, *Saggio legislativo sul contratto di assicurazione. Estratto dall'Archivio di studi corporativi*, Pisa, 1931, p. 2.

<sup>38</sup> U. GOBBI, *L'assicurazione in generale*, Milano, 1898, p. 34 ss. La teoria del rischio fu sviluppata da Ulisse Gobbi già in uno studio precedente: *Theorie der Versicherung, begründet auf dem Begriff des eventuellen Bedürfnisses*, in *Baumgartnersche Zeitschrift für Versicherungsrecht und Wissenschaft*, vol. II e III, 1896-1897.

<sup>39</sup> Offre una lettura approfondita della teoria di Ulisse Gobbi, H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, in *Assicurazioni*, 1979, I, pp. 178 ss., spec. 185: «non col concetto di “danno”, ma col concetto di “bisogno” dominante l'intera teoria economica egli cerca di spiegare l'essenza ed il contenuto di quelle attività economiche che sono alla base dell'assicurazione». Non manca chi ha mosso vivaci critiche alla teoria del bisogno, come A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni. Parte generale*, Napoli, 1949, p. 3 ss., secondo il quale «una teoria che ha avuto ed ha un notevole numero di seguaci, anche autorevoli, è la c.d. teoria del bisogno, la quale, formulata da un economista, il Gobbi, come teoria economica dell'assicurazione, è stata adottata anche come teoria giuridica: ma questa trasposizione non può dirsi accettabile. La definizione

moniale eventuale<sup>40</sup>, che ruota attorno all'individuazione del rischio quale possibilità di un evento provocatore di un bisogno, che sorge al verificarsi di un evento futuro ed incerto<sup>41</sup>.

Il contratto di assicurazione è un contratto aleatorio<sup>42</sup>, in quanto il suo risultato dipende da un avvenimento *incertus an e quando* oppure, nell'assicurazione sulla vita, solo *incertus quando*<sup>43</sup>.

In tal senso, «tutte le azioni economiche hanno necessariamente come causa ultima determinante la circostanza che sono chiamate a soddisfare un bisogno che esisteva prima di esse»<sup>44</sup>. L'assicurazione, dunque, costituisce sempre un mezzo mediante il quale l'assicurato limita la misura e l'entità delle spese che dovrebbe sostenere per il soddisfacimento di un bisogno eventuale<sup>45</sup>, aumentata dei costi inerenti il meccanismo assicurativo<sup>46</sup>.

---

dell'assicurazione come quell'operazione avente per scopo la “soddisfazione di un bisogno attuale di sicurezza” oppure di “un bisogno futuro (eventuale)” è definizione giuridicamente inutilizzabile, perché troppo vaga e generica. Invero, ogni negozio giuridico a contenuto patrimoniale è per sua natura rivolto alla soddisfazione di un bisogno (attuale o eventuale) di uno o di entrambi i soggetti, cioè sostanzialmente al “procacciamento di beni, come mezzi per la soddisfazione di un bisogno”: questa destinazione o funzione dell'assicurazione, costituendo elemento comune di tutti i contratti, non può ovviamente essere assunta come elemento specifico e caratteristico (quindi qualificante) di un solo tipo contrattuale».

<sup>40</sup> Per la storia di questa dottrina, cfr. J. LINDENBAUM, *Ein Vierteljahrhundert der Bedarfstheorie der Versicherung*, in *Zeitschrift Nationalökonomie*, 1930.

<sup>41</sup> A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, II, p. 11; N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1964, p. 584.

<sup>42</sup> E.M. PIERAZZI, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 249 ss., precisa che «con l'espressione contratto aleatorio, contrapposto a contratto commutativo, si indica una fattispecie contrattuale nella quale una parte assume una obbligazione essendo consapevole, sin dal momento della stipulazione del contratto, della possibilità di non ricevere alcunché a titolo di controprestazione, ovvero di ricevere una prestazione di valore sensibilmente inferiore a quella eseguita». Pone in evidenza la connessione tra contratto di assicurazione e attività d'impresa, G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.; M. FRANZONI, *L'assicurazione fra i contratti aleatori*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 417 ss., sottolinea che «da tesi dell'aleatorietà del contratto ha dalla sua parte la norma tuttora vigente del codice francese; chi l'ha messa in dubbio ha pensato prevalentemente alla traslazione sociale del rischio effettuata con il contratto e realizzata mediante l'attività d'impresa. Proprio per questo non sarebbe pensabile, se non sul piano logico, l'esistenza di un solo contratto, a prescindere dal ramo assicurativo di riferimento; così, non sarebbe pensabile ipotizzare il sinallagma del rapporto, se non nella logica di un attuario ossia con l'impiego di complessi calcoli matematici che consentono di stabilire il *quantum* del singolo premio, che presuppone la socializzazione del rischio resa possibile proprio dall'attività d'impresa».

<sup>43</sup> L. BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 469; N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, cit., p. 589; A. GAMBINO, *Assicurazione. Contratto di assicurazione: profili generali*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma, 1988, p. 7. ID., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 44 ss. In generale sull'alea: R. NICOLÒ, *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1029 ss; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, 1960, p. 127 ss; G. DI GIANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 24.

<sup>44</sup> H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, cit., p. 179.

<sup>45</sup> H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, cit., p. 183.

<sup>46</sup> H. INNAMI, *Il vero ideatore della teoria del bisogno. Uno studio dogmatico-storico*, cit., p. 187, precisa che «per determinare la probabilità dell'evento che si vuole fronteggiare, si osserva un gran numero di casi nei quali l'evento potrebbe verificarsi e si accerta quanto spesso tale evento può in realtà verificarsi. Quanto più alto è il

In termini generali, l'assicurazione contro i danni appartiene alla categoria dei contratti aleatori e tale postulato, pur se non è espressamente qualificato a livello giuridico, è ampiamente riconosciuto sul piano dogmatico<sup>47</sup>.

Nell'assicurazione contro i danni, l'oggetto dell'assicurazione si fonda sull'interesse dell'assicurato al risarcimento, nucleo concettuale attorno a cui si muove la garanzia contrattuale<sup>48</sup>. In tale prospettiva, l'interesse esiste in quanto tale, ma rileva, ai fini del contratto assicurativo, solo quando è minacciato da un rischio<sup>49</sup>. Il rischio non costituisce, dunque, la premessa dell'esistenza dell'interesse, ma la condizione della sua assicurabilità.

Nelle assicurazioni contro i danni, il concetto di rischio è strettamente legato a quello di interesse al risarcimento del danno, nel senso che il rischio consiste nella possibilità della lesione di un interesse e, con specifico richiamo alla previsione di cui all'art. 1904 c.c., alla possibilità di subire un danno<sup>50</sup>. L'art. 1904 c.c., da cui si deduce la natura indennitaria di tale contratto<sup>51</sup>, rappresenta la previsione cardine attorno a cui ruota ogni questione sull'interesse nell'assicurazione e, sebbene tale previsione non fa alcun riferimento testuale

numero delle osservazioni, tanto più il rapporto fra il numero dei casi nei quali l'evento si è realmente verificato e il numero delle osservazioni si avvicinerà al rapporto corrispondente alla probabilità del verificarsi dell'evento considerato, per cui si può applicare il primo rapporto al posto del secondo. La probabilità così determinata a mezzo di operazioni statistiche può essere applicata soltanto ad un gran numero di casi, i quali sono eguali a quelli osservati».

<sup>47</sup> A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., p. 57; G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit.; A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1960, I, p. 260; R. CAPOTOSTI, *L'alea nel contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV, c. 16 ss.; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 444.

<sup>48</sup> Propende per tale inquadramento dogmatico, S. FERRARINI, *L'interesse nell'assicurazione*, Pisa, 1935, p. 21, che scrive: «tale teoria, oltreché possedere un preciso fondamento teorico, presenta numerosi vantaggi pratici. Così la possibilità di distinguere a priori, sulla base dell'interesse assicurato, tra più assicurazioni contratte su una stessa cosa, e ciò non solo dal lato concettuale, ma anche dal lato della terminologia, così la maggior chiarezza che, sulla base dell'interesse, acquista il concetto di valore di assicurazione e quello di doppia assicurazione».

<sup>49</sup> Il concetto di interesse assume, nell'ambito della teoria generale delle assicurazioni, particolare rilievo sia per la corretta costituzione che per il regolare svolgimento del rapporto assicurativo: G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, cit., p. 139.

<sup>50</sup> G. FANELLI, *Le assicurazioni*, I, cit., p. 70, declama che «lo stesso concetto di “risarcimento del danno”, testualmente richiamato nelle citate disposizioni legislative, postula, nella teoria generale del danno e della responsabilità, [...] la nozione di interesse inteso come relazione tra il soggetto ed un bene idoneo alla soddisfazione dei suoi bisogni».

<sup>51</sup> A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Milano, 1952, I, p. 7 ss.; secondo A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 29. «l'interesse è infatti fuori del rapporto assicurativo, costituendo solo un requisito estrinseco per la giuridica tutela di quel rapporto, per la giuridica validità del contratto».

all'interesse assicurato, postula ai fini della valida costituzione del rapporto contrattuale, l'interesse dell'assicurato al risarcimento del danno.

Sul piano sistematico, la figura del contratto di assicurazione di responsabilità civile costituisce una *species* del *genus* assicurazione contro i danni. Tale contratto disciplinato, a livello codicistico, dall'art. 1917 c.c. ss., sul piano funzionale<sup>52</sup>, comporta la traslazione del rischio connesso al verificarsi di eventi, futuri ed incerti, che potrebbero produrre effetti dannosi sul patrimonio dall'assicurato<sup>53</sup>. Carattere peculiare di tale figura contrattuale è quello di soddisfare un bisogno patrimoniale dell'assicurato<sup>54</sup>.

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile si basa sul principio indennitario<sup>55</sup>, in ossequio al quale alla prestazione dell'assicuratore, che assume su di sé un rischio dell'assicurato<sup>56</sup>, corrisponde una controprestazione dell'assicurato avente ad oggetto l'obbligo di pagare il premio assicurativo per il periodo pattuito, in base ad un vincolo di sinallagmaticità<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, cit., p. 55, rileva come «il dibattito che segna il passaggio in premessa definito dal “contratto nell’impresa” “all’impresa nel contratto” costituisce una delle migliori testimonianze della “autonomia cognitiva” e del “limite cognitivo” del contratto, frammento quest’ultimo della contrattazione, dell’istituzione del contrarre».

<sup>53</sup> A. FIORENTINO, *L’assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 12, secondo cui l’oggetto dell’obbligazione assunta dall’assicuratore «consiste nella reintegrazione totale o parziale nel patrimonio dell’assicurato del valore distrutto o danneggiato dal sinistro. [...] In ogni caso, inoltre, una obbligazione eventuale, cioè subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto. Il verificarsi di questo evento, cioè del sinistro, funziona come condizione della obbligazione dell’assicurato. [...] Essendo però condizionale una sola delle obbligazioni non è condizionale il contratto: questo è perfetto ed efficace nel momento nel quale viene concluso, perché solo così si giustifica l’obbligazione dell’assicurato di pagare il premio, anche se il sinistro non si verifica. Il contratto di assicurazione è un contratto con prestazioni corrispettive, il che non è in contrasto con la sua natura aleatoria ma ne costituisce anzi un requisito necessario. Si applica quindi al contratto di assicurazione la norma dell’art. 1460 sulla *exceptio inadimpleti contractus*, che normalmente potrà operare solo a favore dell’assicuratore, il quale potrà rifiutare il pagamento dell’indennizzo, eccedendo il non avvenuto pagamento del premio da parte dell’assicurato».

<sup>54</sup> A. GAMBINO, *Assicurazione. Contratto di assicurazione: profili generali*, cit., p. 2.

<sup>55</sup> Nei contratti assicurativi contro i danni, la funzione indennitaria, sebbene con le caratteristiche che meglio rispondono alla natura del rischio assicurato e del danno che si vuole indennizzare, permane (T. ASCARELLI, *Sul concetto unitario di assicurazione. Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 397).

<sup>56</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, Milano, 1952, p. 172; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 357.

<sup>57</sup> A. MAURA, *I contratti della borsa, delle assicurazioni e dei titoli di credito. Il contratto di assicurazione*, in G. CASSANO (a cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche, Clausole specifiche, giurisprudenza di riferimento*, I, Padova, 2010, p. 949 ss.

Attualmente, si registra la tendenza a conformare il contenuto dei contratti assicurativi, alle esigenze dell'impresa assicurativa<sup>58</sup>, tale da riflettere la sostanziale posizione di squilibrio esistente fra i contraenti<sup>59</sup>. In tale ottica, è sempre più avvertita l'esigenza di approntare un sistema di presidi e tutele in favore del contraente assicurato<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> In argomento: G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari nel diritto privato italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 114, M. BESSONE, *Contratti di adesione e natura ideologica del principio di libertà contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 3; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto, usi negoziali e principio di effettività*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, p. 31. Per una riflessione di diritto comparato: E. FERRANTE e R. KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. impr. Eur.*, 2011, p. 695 ss.

<sup>59</sup> In argomento si innesta il dibattito intervenuto fra due autori che si sono interrogati sull'inquadramento del contratto come accordo, propendendo in favore di due diverse posizioni: N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347; *contra*, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss. Si veda, in materia, C.M. BIANCA, *Tecniche di formazione del contratto e nuove tutele: alla ricerca di un diritto privato europeo*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*. Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea (Messina 4-7 giugno 2002), a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 885 ss., secondo cui «a fronte di queste nuove forme di manifestazione della volontà contrattuale, vi è chi ha annunciato la morte del contratto [...] poiché non vi sarebbe più l'accordo. In realtà non si tratta della morte del contratto ma dell'avvento dei contratti di massa, che non conoscono la vicenda che normalmente precede la conclusione di affari individuali, la trattativa». Sulla formazione del contratto, cfr. A. DI MAJO, *Accordo contrattuale e dintorni*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, p. 567, secondo cui, «a ben riflettere, anche sul piano del contenuto, l'accordo riceve più deroghe che conferme. Il fenomeno che va sotto il nome di "condizioni generali di contratto", disciplinato nel nostro codice agli artt. 1341 e 1342 ed oggi viepiù potenziato sul versante dei consumatori [...] non può che testimoniare come, con riguardo all'aspetto più propriamente "normativo" del contratto, la conoscenza e/o conoscibilità di quanto "predisposto" da una delle parti è sufficiente al fine della conclusione del contratto. Si è parlato di contratto senza "negoziato individuale". Il contenuto del contratto non è quindi negoziato ma solo "conosciuto" e cioè fatto oggetto di conoscenza».

<sup>60</sup> Il contratto di assicurazione, come tutti i contratti c.d. di massa, è un contratto per adesione che si conclude mediante accettazione, di una delle parti, dello schema contrattuale predisposto dall'altro contraente: M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, in C.M. BIANCA (a cura di), I, Milano, 1979, p. 155 ss., secondo il quale, «se si osserva l'ambito ed il modo in cui lo strumento delle c.g.c. opera, ci si accorge che esse sono qualcosa di diverso dal contratto inteso come accordo, diretto a regolare un dato assetto di interessi fra soggetti privati dotati di pari (o diversa) forza economica. La c.d. tipizzazione contrattuale, in cui si manifesta e si risolve la tecnica delle c.g.c., rappresenta uno strumento comodo e pratico per risolvere "una volta per tutte", la regolamentazione di una data operazione economica. In altre parole, il contratto *standard* è la conseguenza diretta di una sempre crescente massificazione della società [...]. In altri termini, il riferimento al profilo socio-economico delle contrattazioni standardizzate non è sufficiente a spiegare le ragioni per le quali questo tipo di contrattazione è stato adottato ed è stato utilizzato in così vaste proporzioni»; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 42, pone in evidenza, come, alla luce dello «sviluppo dell'economia e della società capitalistica porta con sé i fenomeni della massificazione e della standardizzazione. Essi incidono fortemente sulla moderna figura del contratto. L'economia e la società di massa inducono bisogni standardizzati. [...] Il fenomeno della standardizzazione implica gli ulteriori fenomeni della predisposizione unilaterale e dell'adesione. I contratti della moderna economia di massa sono unilateralmente predisposti: il testo contrattuale non esce da una trattativa fra l'impresa e il cliente, nella quale questi possa far valere le proprie ragioni e i propri interessi, e in relazione a questi conformare il contratto; bensì viene elaborato dalla stessa impresa interessata, che presenta al cliente un contratto compiutamente confezionato e non modificabile. Per questo i contratti della moderna economia di massa sono contratti "per adesione": il cliente "aderisce" al contratto standard, ovvero lo accetta senza

In termini generali, occorre rilevare che la morfologia dei contratti di assicurazione prevede, sempre, condizioni generali di contratto e che, tali contratti, sono conclusi mediante la predisposizione di moduli e formulari standard. Ne deriva che, in una prospettiva di tutela dell'aderente, la verifica della vessatorietà delle previsioni contenute nelle condizioni generali di contratto, unilateralmente predisposte dalle imprese di assicurazione, non può non collegarsi alla previsione contenuta nell'art. 1932 c.c.<sup>61</sup>, che sancisce un divieto di *reformatio in pejus* delle clausole negoziali contenute all'art. 1917 c.c., commi 3 e 4, aggiungendo che le clausole che derogano in senso meno favorevole all'assicurato sono sostituite, di diritto, dalle corrispondenti disposizioni di legge, in virtù del secondo comma della norma di cui all'art. 1932 c.c.

«L'art. 1932, nel complesso, ha emancipato il giudizio di vessatorietà dal mero arbitrio dell'autorità ancorandolo oggettivamente allo squilibrio *inter partes* di diritti ed obblighi che deriva dal raffronto con la norma inderogabile *in pejus*, la cui verifica permette di ritenere fondato il sospetto di abuso della libertà contrattuale a prescindere dalla discussione attorno al significato da assegnare alla clausola generale di buona fede»<sup>62</sup>. La *ratio* sottesa a tale norma, è quella di esercitare una funzione di controllo in caso di uso distorto della libertà contrattuale<sup>63</sup>. In quest'ordine di idee, dunque, il controllo sul contenuto del contratto si ispira ad una finalità di giustizia protettiva, al fine di favorire la congruità e l'equilibrio del regolamento negoziale<sup>64</sup>.

---

discuterlo o comunque senza riuscire a influenzarne il contenuto»; F. REALMONTE, *Le condizioni generali riprodotte o richiamate nel contratto*, in *Jus*, 1976, pp. 80 ss., spec. 118.

<sup>61</sup> R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ.* Franzoni, Milano, 2012, p. 24, secondo cui, «il freno all'uso unilaterale (ossia al monopolio) delle prerogative contrattuali nella fase costrittiva dell'accordo deriva dalle norme le quali, pur non rispondendo a direttive di ordine pubblico, risultano qualificate dall'impronta assiologica che soddisfa il bisogno di regolare il traffico mercantile nel rispetto del principio della equilibrata distribuzione del rischio economico scaturente dalla libera iniziativa privata»; P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania*, 17-18 maggio 1969, Milano, 1970, p. 25 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 239.

<sup>62</sup> R. CALVO, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, cit., p. 19.

<sup>63</sup> V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, pp. 19 ss., spec. 25.

<sup>64</sup> M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss., spec. p. 49, precisa che, parametrando sulla buona fede il giudizio di vessatorietà, il legislatore comunitario ha inteso sancire il principio secondo il quale non ogni squilibrio, per quanto «significativo», legittima l'intervento ablativo dell'ordinamento, ma solo quello che non si sarebbe prodotto in condizioni di mercato efficiente. In una prospettiva europea, H. COLLINS, *La giustizia*

Occorre rilevare come, in particolare nel settore della responsabilità professionale, si è affermata la prassi di conformare il contratto alle peculiari esigenze dell'assicurato, mediante predisposizione di condizioni speciali di polizza<sup>65</sup>.

In tale prospettiva, si pone il problema di valutare il grado di ragionevolezza e di giustificabilità delle eventuali divergenze del contratto concluso mediante condizioni speciali di polizza, emblematico è il meccanismo della clausola *claims made*, rispetto a quello concluso mediante condizioni generali. A nostro avviso, la soluzione potrebbe essere quella di operare un confronto fra il modello legale e quello particolare divisato dalle parti, in termini di compatibilità rispetto alle norme contenute nel codice civile, nonché nel codice delle assicurazioni, specie per quanto concerne il rispetto degli obblighi informativi<sup>66</sup>, al fine evitare il pericolo che si affermino prassi distorsive, specie in un ambito ove esiste una forte connotazione asimmetrica dello scambio contrattuale<sup>67</sup>.

### 3. *Analisi funzionale ed effettività della tutela del contraente assicurato*

Un tema classico su cui, da tempo, si registra un acceso dibattito a livello dottrinale e giurisprudenziale, anche sulla scorta delle recenti tendenze che fanno leva sulla concezione dinamica dell'autonomia privata, è quello che investe la causa del contratto di assicurazione<sup>68</sup>.

---

*contrattuale in Europa*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 83 ss.

<sup>65</sup> A. FIORENTINO, *L'assicurazione contro i danni, Parte generale*, cit., p. 59, sottolinea che «le parti discutono e fissano di volta in volta solo le “clausole particolari” del contratto (c.d. “condizioni speciali di polizza”), quelle cioè che devono necessariamente essere diverse per ogni contratto, mentre le “clausole generali” [...] non possono essere dal contraente aderente, che accettate in blocco». A parte gli effetti, in vario senso vincolanti, che vengono ricondotti alle condizioni generali nel contratto di assicurazione, la valutazione giuridica delle modalità di formazione dell'accordo, non può esaurirsi negli schemi propri delle tecniche di formazione del contratto, ma deve anche tenere conto della conformità di esso ai valori espressi dal nostro sistema giuridico, nei limiti in cui questi possano adeguarsi alla tendenza dell'economia a razionalizzare i suoi strumenti di azione, in seguito alle mutate esigenze economiche e sociali. In tale direzione, S. VICIANI, *Alcune considerazioni sull'art. 1341 c.c. (primo comma): l'ermeneusi del procedimento di formazione dell'accordo contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 263 ss., spec. 264; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 22 ss.

<sup>66</sup> V. SANGIOVANNI, *Le regole di comportamento di imprese e intermediari assicurativi*, in *Danno resp.*, 2010, pp. 93 ss., spec. 127; A. TENCATI, *L'assicurazione*, in *Tratt. dei nuovi danni* diretto da P. Cendon, I, *Danni in generale. Integrità fisica e psichica. Criteri di risarcimento*, Padova, 2011, p. 299 ss.

<sup>67</sup> Così, M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 167.

<sup>68</sup> A. PALERMO, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Piacenza, 1969, p. 202; M. ROSSETTI, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, in *Il diritto delle assicurazioni*, I, cit., p. 734.

A livello generale, costituisce – da sempre – questione di natura problematica l'individuazione della nozione di causa del contratto.

Una prima impostazione<sup>69</sup> qualifica la causa come «funzione economico-sociale» del contratto, in linea di continuità con i redattori del codice civile<sup>70</sup>.

Tale teoria fondata sulla nozione di causa c.d. oggettiva non è stata, tuttavia, esente da critiche, sulla scorta di considerazioni secondo cui, così inteso, il requisito della funzione economico-sociale non sembra essere «susceptibile di applicazioni pratiche che lo distinguano dall'illiceità del contratto»<sup>71</sup>, né, tantomeno, sembra idoneo a tutelare, nell'economia dell'affare, gli interessi dei contraenti<sup>72</sup>.

Come è stato notato, «in realtà nessuno tra gli autori che hanno fornito i più rilevanti contributi sull'argomento ha ommesso di considerare che la nozione di causa presenta un duplice profilo di rilievo: sia *in abstracto*, cioè quale funzione economico-sociale dell'operazione posta in essere dalle parti, al fine di valutarne la meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c.; sia *in concreto*, cioè quale scopo reale ed effettivo del contratto stipulato dalle parti»<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, *Noviss. Digesto*, III, Torino, 1957, p. 32 ss. ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, 3<sup>a</sup> ed., XV, 2, Torino, 1960, pp. 39 ss., spec. 51.

<sup>70</sup> La *Relazione* (n. 603) del Ministro della Giustizia al codice civile, a proposito dell'art. 1322 c.c. reca, testualmente: «Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di nuovo tipo, se il risultato pratico, che i contraenti si propongono con essi di perseguire, sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, comma secondo); l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte».

<sup>71</sup> Secondo, G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1954, pp. 199 ss., 203, «la teoria della causa del contratto come funzione economico-sociale è il prodotto più squisito di un certo metodo (insensibile alla storia e al diritto comparato) di nebulose astrazioni e di equivocate generalizzazioni, croce e delizia di una parte notevole dei nostri scienziati del diritto, quelli che, nella storia della *civil law*, si chiamano i «savants»». Per C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 251 ss., spec. 253, tale impostazione, non trova riscontro nella nostra disciplina civilistica, che distingue nettamente i due momenti della liceità della causa e della meritevolezza degli interessi contrattuali. Ma, soprattutto, essa non appare costituzionalmente orientata.

<sup>72</sup> C. MIRABELLI, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, I, p. 323 ss.; ID., *Causa, oggetto, funzione, interesse*, in *Arch. giur.*, 1951, p. 323 ss.

<sup>73</sup> M. ROSSETTI, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale, L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, in *Il diritto delle assicurazioni*, I, Padova, 2011, p. 736, continua, sostenendo che «l'uno e l'altro profilo vanno congiuntamente considerati, con la conseguenza che, così come non potrebbe ritenersi

La propensione a circoscrivere l'ambito degli interessi rilevanti a quelli che sono caratteristici di un tipo legale o, comunque, *ex art. 1322 c.c.*, socialmente apprezzabili, appare difficilmente compatibile con il ruolo che, nelle moderne contrattazioni, le parti assegnano al contratto<sup>74</sup>.

In tale prospettiva, sembra essere definitivamente entrata in crisi l'intera costruzione teorica fondata sul concetto di causa, quale funzione economico-sociale del contratto, alla luce della considerazione secondo cui la ragione giustificativa di un contratto non si esaurisce, necessariamente, nella sua funzione tipica<sup>75</sup>.

L'analisi in termini di causa del contratto, non può ritenersi completa se non si richiama il diritto giurisprudenziale che, da circa una decade<sup>76</sup>, iscrive la causa nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, «ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale»<sup>77</sup>.

In tale prospettiva, la causa non si ricollega più al tipo negoziale<sup>78</sup>, ma allo specifico assetto di interessi, in concreto, delineato dai contraenti<sup>79</sup>, nell'ottica di qualificare correttamente il tipo negoziale ed individuare, conseguentemente, la disciplina applicabile<sup>80</sup>.

dotato di una causa valida un contratto atipico volto a realizzare un'operazione commerciale non meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento (e quindi per vizio della causa astratta), allo stesso modo non può ritenersi valido un contratto che, pur corrispondendo allo schema legale tipico, in realtà è stato posto in essere dalle parti distortendo lo strumento contrattuale tipico per ottenere risultati ad esso estranei (e quindi per vizio della causa concreta)».

<sup>74</sup> M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 214 ss., spec. 262.

<sup>75</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1960, pp. 122 ss., spec. 133, critica la teoria della causa come funzione economico-sociale del contratto, che rende fissa e immutabile la causa per ogni tipo di contratto, almeno per i contratti tipici. Tale teoria, pur nel suo rigore, non riesce a giustificare la regolamentazione legislativa data da una serie di ipotesi di anomalia del contratto.

<sup>76</sup> Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss., con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*; E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 151 ss.

<sup>77</sup> Così, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit. Non priva di critiche è l'applicazione giurisprudenziale del principio della causa concreta, V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 957 ss. Alcuni rilievi critici sono posti da M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012.

<sup>78</sup> Sul legame fra causa del contratto e tipo negoziale: G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. Sul tipo negoziale, fondamentale il contributo di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

Allo stato attuale, appare predicabile un'ermeneutica della nozione di causa fondata su una ricostruzione in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, da qualificare come funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere<sup>81</sup>.

L'inquadramento della nozione di causa da sempre riveste uno degli aspetti più problematici anche nello studio del diritto delle assicurazioni<sup>82</sup>.

Le conseguenze che discendono dalla qualificazione della nozione di causa del contratto di assicurazione, si riflettono in termini di individuazione delle norme applicabili alle singole tipologie contrattuali<sup>83</sup>, a seconda che le si sussuma nell'assicurazione vita o in quella danni; e che si qualifichi la prestazione dovuta dall'assicuratore in termini di *dare* (pagare l'indennità), ovvero in termini di *facere* (assumere o sopportare il rischio)<sup>84</sup>.

In tale prospettiva affermare l'esistenza di una causa unitaria del contratto di assicurazione, in particolare con riferimento alla diversità della specie di rischi coperti, pone l'interprete dinanzi all'arduo compito di individuare quali sono le norme generali compatibili con la specialità del rapporto.

Rispetto all'assicurazione, la legge pone questa esigenza non solo per le assicurazioni contrattuali, ma anche per le assicurazioni sociali, disponendo che in mancanza di norme speciali, si applicano le disposizioni sulle assicurazioni in generale (art. 1886)<sup>85</sup>.

Il codice civile reca una nozione di contratto di assicurazione dalla quale si desume la qualificazione della causa in termini di assunzione, da parte dell'assicuratore, di un rischio

---

<sup>79</sup> Sul concetto di causa e sui profili applicativi, si veda R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416 ss.; A. LANOTTE, *La causa: uno, nessuno, centomila*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 541 ss.

<sup>80</sup> M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 44.

<sup>81</sup> M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 44.

<sup>82</sup> N. GASPERONI, *Contratto di assicurazione (in generale)*, cit., pp. 563 ss., spec. 583.

<sup>83</sup> La prassi assicurativa, accogliendo le sollecitazioni del mercato e le necessità sociali, ha generato nuovi prodotti. «Il fatto che tali prodotti siano commercializzati con il nome di contratti di assicurazione, polizze di assicurazione o coperture assicurative, come noto, non risolve il problema della relativa qualificazione tipologica. Tuttavia, è naturale che l'interprete prenda in esame il tipo legale di riferimento come primo elemento di valutazione e di raffronto, fosse anche solo per escluderne la ricorrenza nel caso di specie. Infatti, assai spesso l'attività di ricostruzione della volontà delle parti come espressa nel regolamento negoziale si interseca con quella di qualificazione del tipo, e le due operazioni ermeneutiche, inevitabilmente, finiscono per condizionarsi» (M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, cit., p. 41).

<sup>84</sup> M. ROSSETTI, *L'impresa di assicurazione. Il contratto di assicurazione in generale*, cit., p. 737.

<sup>85</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, pp. 133 ss., 258.

preesistente al contratto<sup>86</sup>, al fine di rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dal verificarsi di un sinistro o di un evento attinente la vita umana, dietro pagamento di un corrispettivo, definito premio, da parte dell'assicurato<sup>87</sup>.

Nello studio dei contratti di assicurazione, la causa assurge ad elemento fondamentale ai fini della classificazione dei contratti<sup>88</sup>. In tale ottica, l'obbligo di risarcire il danno<sup>89</sup>, fa parte dell'elemento causale di talune forme di assicurazione (assicurazione di responsabilità civile), mentre rimane del tutto estraneo all'elemento causale di altre (assicurazione vita)<sup>90</sup>.

L'analisi funzionale del contratto di assicurazione di responsabilità civile, conduce a ritenere che la causa di tale contratto sia relativa al trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore<sup>91</sup>, che si traduce nell'obbligo risarcitorio cui soggiace l'assicuratore in luogo dell'assicurato, per effetto della garanzia assicurativa. Anch'esso è un contratto d'indennità, «tuttavia, qui non si tratta di risarcire l'assicurato, bensì di accollarsi l'obbligazione di risarcimento verso un terzo cui egli era esposto, per avergli arrecato danno col fatto proprio. [...] L'assicurazione di responsabilità costituisce eccezione al principio per cui non possono assicurarsi le conseguenze del proprio illecito»<sup>92</sup>.

#### 4. *L'incidenza della clausola claims made nei modelli contrattuali assicurativi del settore medico-sanitario*

Il dibattito sul fondamento e i limiti del contratto di assicurazione della responsabilità civile con meccanismo *claims made* riveste, attualmente, rilievo centrale, almeno per due

<sup>86</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 172, precisa che «l'assicuratore, in cambio della corresponsione di una somma di denaro, (premio), da parte del contraente, si obbliga a sollevare (tenere indenne; la legge dice con espressione meno corretta "rivalere") l'assicurato dalle perdite, o dai danni, che possono derivargli da determinati sinistri (o casi fortuiti); ovvero a pagare (all'assicurato o a un terzo) una somma di denaro, secondo la durata, o gli eventi della vita di una o più persone. Il che significa, appunto, che l'assicuratore assume sopra di sé (o "copre") un rischio di altri, ossia dell'assicurato».

<sup>87</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 457.

<sup>88</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 133 ss.; ID., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961, II, p. 1168.

<sup>89</sup> G. VALERI, *La classificazione dei contratti di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 347 ss, spec. 350.

<sup>90</sup> G. VALERI, *op. cit.*, p. 350: «tale classificazione ha indiscutibilmente una solida base tecnico-economica ma sotto l'aspetto giuridico, non può dirsi che vada oltre la superficie, che soddisfi necessità sistematiche profonde di danni patrimoniali»; ID., *Natura giuridica delle assicurazioni contro gli accidenti*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, II, p. 571.

<sup>91</sup> G. LEONE, *Il concetto di danno nel contratto d'assicurazione contro i danni*, in *Ass.*, 1963, I, pp. 492 ss, spec. 495; A. DONATI, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 327.

<sup>92</sup> F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, cit., p. 192.

ordini di considerazioni. Da un lato, in ragione della sostanziale prevalenza di siffatto modello di assicurazione, divenuto ormai paradigma negoziale nel settore della responsabilità professionale; dall'altro, per il rinnovato interesse che tale materia riveste, anche alla luce dell'assicurazione obbligatoria per gli esercenti le professioni sanitarie.

Il diritto delle assicurazioni si integra con la realtà operativa<sup>93</sup>, a conferma del forte intreccio esistente tra la teoria generale del diritto delle assicurazioni e la prassi assicurativa.

Emblematica, in tal senso, è la prassi sviluppatasi nell'ambito dell'assicurazione di responsabilità professionale di inserire, nella polizza assicurativa, la clausola *claims made* o a «richiesta fatta»<sup>94</sup>. In particolare, nel settore della responsabilità medica, può accadere che possa trascorrere un considerevole lasso di tempo dal momento in cui si è verificato il danno al momento in cui esso si produce o si manifesta<sup>95</sup>.

Sulla scorta di tale dato, nei contratti di assicurazione della responsabilità professionale è frequente la predisposizione di clausole c.d. *claims made*, con le quali si deroga allo schema codicistico contenuto all'art. 1917 c.c., modellato sul sistema c.d. *loss occurrence*, che ancora la garanzia assicurativa all'ipotesi di insorgenza del danno nel periodo di efficacia del contratto, vale a dire la copertura assicurativa opera in relazione a tutti i sinistri verificatisi nel periodo di validità del contratto di assicurazione.

Tale clausola, al contrario, introduce un principio in base al quale si circoscrive l'operatività della garanzia assicurativa ai soli sinistri per i quali, nel periodo di vigenza del contratto, il danneggiato promuove un'azione risarcitoria nei confronti dell'assicurato tenuto, contestualmente, a denunciare il sinistro all'assicuratore.

Le ragioni sottese alla scelta di promuovere il meccanismo *claims made* da parte delle imprese assicurative<sup>96</sup> si fondano sulla certezza, in termini di durata, dell'esposizione al ri-

---

<sup>93</sup> G. BELLUSSI, *Teoria generale e diritto delle assicurazioni*, Firenze, 1974, p. 35 scrive: «da soluzione topica ci tiene strettamente legati al problema, e quindi alla realtà data dai rapporti economici».

<sup>94</sup> Per un affresco dell'operatività, nei principali Paesi europei, di tale meccanismo di matrice convenzionale, F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2008, pp. 799 ss., spec. 824.

<sup>95</sup> In argomento, L. DI NELLA, *Le assicurazioni per il rischio di non autosufficienza. Modelli e tutele*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 235 ss.

<sup>96</sup> Secondo M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 89, «gli innegabili vantaggi che il regime *claims made* assicura alle Compagnie assicurative ne hanno garantito la fortuna e consigliato poi l'adozione anche in riferimento ad altri tipi di assicurazione, primo fra tutti l'assicurazione della

schio assicurativo, con evidenti ricadute anche in termini di riserve economiche da accantonare da parte delle compagnie assicurative, nonché in termini di agevolazioni ai fini del calcolo del premio assicurativo.

A livello di prassi assicurativa, si annoverano diversi tipi di clausole, ma quelle più ricorrenti sono la c.d. *claims made* «pura», in cui l'assicuratore assume l'obbligo di manleva per tutte le richieste risarcitorie formulate e i sinistri denunciati dall'assicurato nel corso di durata della polizza assicurativa, qualunque sia l'epoca in cui sia stato commesso il fatto illecito<sup>97</sup>, e la c.d. *claims made* «mista o impura», che prevede la copertura assicurativa dei sinistri denunciati nel periodo di operatività della polizza, ma verificatisi in un preciso arco temporale limitato, convenzionalmente pattuito che, generalmente, non supera il quinquennio anteriore alla stipula del contratto.

Infine, è stata elaborata, nella prassi assicurativa, un'ipotesi espressamente rivolta ai professionisti che siano in stato di quiescenza o intendano cessare la propria attività lavorativa. In tale prospettiva, per beneficiare degli effetti della polizza assicurativa e conservare la garanzia per il tempo in cui vigeva la clausola *claims made*, anche al fine di evitare «buchi di copertura assicurativa», essi sono tenuti a stipulare una polizza contenente la c.d. clausola di ultrattività (*sunset clause*)<sup>98</sup>.

La legittimità, sul piano pattizio, delle clausole *claims made* solleva numerose questioni sia in termini di validità, sia in termini di causa del contratto<sup>99</sup>.

Da un lato, i giudici di legittimità<sup>100</sup>, tendono ad affermarne la validità<sup>101</sup>, mentre la giurisprudenza di merito è divisa fra un orientamento, minoritario, che ne afferma la validità<sup>102</sup>, ed uno, maggioritario, che si esprime in termini di nullità per difetto di causa<sup>103</sup>.

---

responsabilità professionale», relativamente ai quali non si riscontrano analoghe difficoltà rispetto a quelle registrate negli Stati Uniti in relazione a danni cagionati da farmaci; G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola «claims made». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 14.

<sup>97</sup> I. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno resp.*, 2006, p. 600.

<sup>98</sup> M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 93, sottolinea come «neanche tale ben costosa accortezza elimina del tutto il rischio di restare sprovvisti di garanzia per i sinistri c.d. tardivi. Tale copertura aggiuntiva (c.d. postuma) sarà infatti possibile [...] a condizione che all'atto della stipula il libero professionista non sia a conoscenza di fatti che possano dar luogo a richieste risarcitorie».

<sup>99</sup> S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.* 2013, p. 701; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 401; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contratti*, 2013, p. 887.

La giurisprudenza di merito<sup>104</sup>, giunge ad affermare la nullità della *claims made*, sulla scorta di argomentazioni fondate sulla contrarietà all'art. 1895 c.c., il quale vieta di assicurare un rischio inesistente, nonché un rischio putativo, quale evento verificatosi anteriormente alla stipula del contratto ma di cui le parti non hanno conoscenza. Secondo altra impostazione giurisprudenziale<sup>105</sup>, la nullità deriverebbe, invece, dal contrasto con l'art. 1917, comma 1, c.c., norma primaria e imperativa in materia di contratto di assicurazione. Diverso orientamento di merito propende per la vessatorietà della clausola, esclusivamente nelle

---

<sup>100</sup> Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Resp. civ.*, 2005, p. 961, con commento di L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*. La Corte di legittimità esprime censure in termini di vessatorietà della clausola che, dunque, non opererebbe, se priva della doppia sottoscrizione. Conforme, Cass. 22 marzo 2013, n. 7273, ove si è ribadito che la clausola *claims made* «non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico, generalmente lecito ex art. 1322, poiché, del suindicato art. 1917, l'art. 1932 prevede l'inderogabilità – se non in senso più favorevole all'assicurato – del terzo e del quarto comma, ma non anche del primo, in base al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti (o sinistri) accaduti durante il tempo dell'assicurazione, di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno, da parte del danneggiato, sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto, e non solo nel periodo di efficacia cronologica del medesimo».

<sup>101</sup> La S. Corte ha riconosciuto, la validità di tale clausola, pur se confinata al caso in cui la copertura assicurativa sia estesa ai comportamenti anteriori alla stipulazione del contratto. Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, è commentata da L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 830 ss., nonché da F.A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 803 ss., il quale precisa che «l'interprete che esamini con attenzione il nuovo intervento della suprema Corte sul tema del contratto di assicurazione cd. *claims made*, dopo l'iniziale impressione di una conferma della validità, almeno teorica e generale, di tale schema contrattuale, conformemente ad altre prese di posizione delle suprema Corte, è costretto a ricredersi e a non comprendere se siamo dianzi al prologo di un ripensamento o se, invece, non debba darsi gran peso ad un mero *obiter dictum* e a qualche altra perplessa osservazione che si legge nelle pieghe della motivazione. [...] Ma la decisione si segnala soprattutto per quanto non dice o meglio accenna, lasciando intendere di nutrire dubbi su un meccanismo, il *claims made* appunto, che affida la copertura al momento della richiesta risarcitoria e non dell'accadimento. Nel lanciare il sasso (del dubbio) nascondendo la mano (della precisa indicazione delle ragioni di tale perplessità), la suprema Corte non rinnega se stessa rispetto a quanto poco prima affermato, perché, come visto, la copertura dei sinistri precedenti non è di esclusivo appannaggio dei contratti *claims made* ma è spesso contenuta anche nelle garanzie tipiche di *loss occurrence*, quando contengono anche un'estensione retroattiva».

<sup>102</sup> Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 438, che riconosce la validità assoluta della clausola, prescindendo da qualsiasi censura in termini di vessatorietà, ritenendola espressione del principio dell'autonomia contrattuale, pur nei limiti del vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti; Trib. Napoli, 11 febbraio 2010, in *Ass.*, 2011, p. 131 ss.

<sup>103</sup> Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 711 ss.

<sup>104</sup> Trib. Roma, 1° agosto 2006, n. 16975, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 171 ss., con nota di D. DE STROBEL, *Claim's made e rischio putativo*.

<sup>105</sup> Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss., con nota di I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*.

ipotesi in cui la clausola non preveda una retroattività illimitata, o almeno decennale, termine di prescrizione dell'azione di tutela contrattuale<sup>106</sup>.

Di recente, la giurisprudenza<sup>107</sup> conferma il contratto di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* in termini di atipicità<sup>108</sup>, in linea generale lecito, aggiungendo che tale clausola delimita, esclusivamente, l'oggetto della copertura assicurativa, in quanto individua i sinistri indennizzabili. In tale prospettiva, pare necessario sottoporre ad un vaglio *in concreto* il contratto di assicurazione con clausola *claims made*, al fine di verificare se tale clausola, per il suo specifico atteggiarsi, sia valida o contenga una limitazione della responsabilità a favore dell'assicuratore.

Tale approccio non appare risolutivo<sup>109</sup>, atteso che un contratto tipico ben può connotarsi di elementi e clausole convenute pattiziamente, senza che tali elementi siano in grado di far perdere alla operazione negoziale la sua connotazione di contratto tipico. In tal senso, la dottrina afferma che «costituisce un risultato ormai acquisito alla teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato di meritevolezza anche alla singola clausola atipica inserita in un contratto tipico»<sup>110</sup>.

Assume particolare rilievo problematico la questione diretta ad accertare se tale clausola possa comportare una deviazione incidente sulla causa del contratto, *ex art.* 1917 c.c.<sup>111</sup>.

La giurisprudenza di merito<sup>112</sup> ha ritenuto che attraverso il meccanismo del *claims made* si verrebbe a delineare una fattispecie negoziale priva di causa, ai sensi dell'art. 1917,

<sup>106</sup> Trib. Milano, 10 gennaio 2012, in *Resp. civ. prev.*, 2012, con nota di L. BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made*.

<sup>107</sup> Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, riafferma il principio manifestato con la sentenza n. 5624/2005, teso a configurare la fattispecie relativa alla clausola *claims made* in termini di atipicità.

<sup>108</sup> *Contra*, Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 864, secondo cui non vi sarebbe alcuna deviazione della clausola *claims made* dallo schema tipico previsto dall'art. 1917 c.c., non variando la natura del rischio oggetto del contratto assicurativo e senza il venir meno dell'alea, sussistendo, dunque, tutti i requisiti di tipicità del sistema.

<sup>109</sup> Secondo P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, cit., p. 433, è ben difficile negare che sia qualificabile come atipica la clausola; anche L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 830 ss., sostiene che la «semplice non coincidenza del regolamento negoziale con quello legale non sembra sufficiente ad escludere la qualifica del contratto secondo un determinato tipo; un contratto tipico può recepire clausole subordinate aggiunte dalle parti che comportino prestazioni sussidiarie, senza che il dato sia sufficiente a far perdere al negozio la sua connotazione nominata».

<sup>110</sup> M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 107.

<sup>111</sup> L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, nota a Cass. 15 marzo 2005, n. 5624, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 153.

comma 1, c.c., poiché verrebbe a mancare il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore. Ne deriva che tale clausola sarebbe idonea ad alterare la struttura del contratto di assicurazione della responsabilità civile, conformato al modello dell'insorgenza del danno, atteso che essa subordina la copertura dei sinistri a condizione che ne venga chiesto il ristoro entro un periodo di tempo determinato coincidente con la vigenza della polizza, decorso il quale cessa ogni obbligo di garanzia assicurativa.

Negli stessi termini, si muove anche la dottrina prevalente<sup>113</sup>, secondo cui la clausola *claims made* è affetta da nullità, in quanto vanificherebbe la causa del contratto di assicurazione, individuata, con specifico riferimento all'assicurazione della responsabilità professionale, nel trasferimento, dall'assicuratore all'assicurato, dei rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale<sup>114</sup>.

Sulla scia del diritto giurisprudenziale che, da circa una decade, iscrive la causa del contratto nella dimensione funzionale concreta, la S. Corte, al fine di accertare la natura di un contratto, apparentemente assicurativo e, conseguentemente, al fine di vagliare la natura vessatoria o meno di una clausola inserita nel contratto, ha statuito che «nel procedere all'identificazione del rapporto contrattuale al fine di individuare la disciplina che lo regola, è necessario effettuare una valutazione in concreto della causa intesa quale composizione degli interessi che le parti, con il contratto posto in essere, intendono perseguire»<sup>115</sup>. Così, anche in tema di contratto di assicurazione sulla vita<sup>116</sup>, i giudici di legittimità hanno ritenuto necessario operare un vaglio in termini di funzione concreta che quel contratto era teso a realizzare, contemperando interessi in gioco<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> Trib. Genova, 8 aprile 2008, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 784 ss., con nota di G. LOCASCIULLI, *Ancora in tema di clausola claims made: due pronunce a confronto*.

<sup>113</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, cit., p. 134.

<sup>114</sup> A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2009, p. 180.

<sup>115</sup> Cass. 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. it.*, 2012, p. 1795 ss.

<sup>116</sup> Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 448 ss., con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*.

<sup>117</sup> Forti critiche a tale lettura sono espresse da V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 971: «Qui davvero la distorsione è forte, e si manifestano i pericoli di un uso poco sorvegliato della categoria. La sentenza si attira almeno due censure. La prima riguarda la giusta collocazione e relazione delle categorie. Qui in gioco non c'è altro, se non un problema di interpretazione del testo di una clausola del contratto. E allora cosa c'entra la causa? Proprio nulla, direi. Perché tirare in ballo la categoria della causa (concreta), che serve a stabilire se il contratto è valido e può stare in piedi, quando il problema è tutt'altro, e cioè scoprire in via ermeneutica, con i criteri legali degli artt. 1362 ss. c.c. [...]. Forse il giudicante non ci ha pensato: ma sovrapporre, come egli fa, l'elemento della

Particolare rilievo assume, in materia, il recente intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, secondo cui l'estensione della garanzia assicurativa alla responsabilità dell'assicurato per fatti verificatisi anteriormente alla stipula del contratto di assicurazione «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 e reticenti. [...] Ne deriva che la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato»<sup>118</sup>. Da ciò discende che il patto *claims made* impuro, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa ad un fattore temporale aggiuntivo, rispetto all'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, è finalizzato ad individuare, rispetto al paradigma designato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili e, dunque, delimita esclusivamente l'oggetto della copertura assicurativa e non la responsabilità.

Tale orientamento è pienamente coerente con la famosa sentenza in materia di causa concreta, specie quando afferma che lo scrutinio di validità della clausola *claims made* deve essere condotto sotto il profilo della meritevolezza, in concreto, degli interessi, con riferimento alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete<sup>119</sup>.

Ne deriva che, qualsiasi analisi in termini di vessatorietà della clausola *claims made*, costituisce un *posterius* rispetto alla preliminare indagine in termini di liceità del contratto contenente il modello *claims made*, sulla scorta di un vaglio, preliminare, sulla causa concreta del

---

causa con l'elemento dell'accordo significa identificare la causa con la volontà, e in definitiva assorbire la prima nella seconda, decretandone la superfluità: che è – come noto – l'essenza del pensiero anticausalista! La seconda censura riguarda i contenuti che la sentenza sembra assegnare alla categoria».

<sup>118</sup> Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>119</sup> Evidenti sono i punti di contiguità nelle parole delle Sezioni Unite n. 9140/2006, rispetto a Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, con nota di C. UNGARI TRASATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Riv. not.*, 2007, I, p. 184 ss., che iscrive la causa, nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma quale funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, tenda a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica e, a suo modo unica, convenzione negoziale.

contratto, per verificare se l'assetto di interessi in concreto sia effettivamente meritevole di tutela<sup>120</sup>.

In conclusione può affermarsi la necessità di introdurre un sistema di regole in grado di disciplinare la clausola *claims made*, fino ad oggi esclusivamente demandata al diritto giurisprudenziale, al fine di evitare che, anche alla luce dell'ingresso dell'obbligo assicurativo, possano essere favoriti meccanismi distorsivi dell'autonomia contrattuale, a vantaggio delle compagnie assicurative.

In tal senso, persuasiva appare la scelta compiuta in Francia, che ha previsto un fondamento su base legale della clausola *base réclamation*, introdotta dalla *Loi About*, n. 2002-1577 del 30 dicembre 2002, e, definitivamente consacrata dalla *Loi* n. 2003-76 del 1° agosto 2003, relativa alla *sécurité financière*. In tale prospettiva, l'art. L. 124-5, al. 1°, *Code des assurances*, ai fini dell'operatività della garanzia assicurativa, pone la scelta entro due regimi, quello legato all'avverarsi del fatto dannoso e quello subordinato alla proposizione della richiesta del danneggiato<sup>121</sup>.

##### 5. Verso un modello integrato di socializzazione dei rischi sanitari

L'ambito della responsabilità professionale rappresenta, attualmente, un settore assicurativo in continua evoluzione. In particolare, il comparto relativo alle professioni sanitarie è connotato da un forte dinamismo, in ragione del costante aumento dei rischi professionali e dell'elevato livello di conflittualità risarcitoria<sup>122</sup>.

In termini generali può affermarsi che l'area della responsabilità medica è, attualmente, connotata da un sistema di regole, di matrice giurisprudenziale, la cui incidenza è stata così forte da aver costruito un «sottosistema»<sup>123</sup> di regole. In tale prospettiva, significativa è

---

<sup>120</sup> Secondo F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, cit., p. 1075, «l'eventuale accertamento dell'assenza di una causa concreta del contratto, oltre a rendere superfluo il giudizio di vessatorietà, pone l'ulteriore problema delle conseguenze, perché è quantomeno dubbio che si possa affermare la sostituzione di diritto del *claims* con il *loss*, stante anche la natura non imperativa dell'art. 1917, comma 1, c.c.».

<sup>121</sup> H. GROUDEL, *De la difficulté d'élaborer une règle de droit. À propos de la garantie dans le temps en assurance de responsabilité*, in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Paris, 2005, p. 161; J. KULLMANN (sous la direction de), *Contrat d'assurance*, Lamy Assurances, Rueil-Malmaison, 2014, p. 518 ss.; G. HELLERINGER, *Les clauses du contrat. Essai de typologie*, Paris, 2012, p. 1 ss.

<sup>122</sup> G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, cit., p. 572.

<sup>123</sup> R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995.

la diversa articolazione delle regole probatorie<sup>124</sup> e l'adozione di criteri di accertamento del nesso causale<sup>125</sup>.

Occorre rilevare come, attualmente, specie nel settore della responsabilità medica, si assiste all'emersione di nuove esigenze e di nuovi rischi sanitari che hanno contribuito, progressivamente, ad individuare una nuova funzione assolta dal modello assicurativo, tendente sempre più a rispondere ad istanze solidaristiche e di sicurezza sociale. Tale stato di cose, inevitabilmente, si riflette sul corretto funzionamento del meccanismo assicurativo nonché in termini di aumento dei relativi costi del settore della responsabilità professionale<sup>126</sup>.

Il problema dei costi assicurativi è stato rilevato anche dai giudici della Consulta che, in una pronuncia in tema di legittimità costituzionale sull'art. 139 cod. ass., hanno osservato come, in un sistema di assicurazione obbligatoria, come quello introdotto nel settore della responsabilità sanitaria, «l'interesse risarcitorio del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi»<sup>127</sup>.

La scelta di introdurre l'obbligo assicurativo per gli esercenti le professioni sanitarie è maturata, dunque, in un contesto istituzionale e politico che attribuisce un forte peso ad al-

<sup>124</sup> L'aumento considerevole del contenzioso nella responsabilità medica è stato, certamente, favorito dall'ingresso, per via giurisprudenziale, di un sistema di regole probatorio, introdotto dal famoso arresto delle Sezioni Unite n. 13533/2001, in *Corr. giur.*, p. 1569 ss., con nota di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, nonché in *Contratti*, 2002, p. 113 ss., con nota di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; nonché, *ex multis*, G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707 ss. In tema di obbligazione di fare, si è fondato il principio in base al quale il creditore che agisca per la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno o l'adempimento deve soltanto dimostrare la fonte (legale o negoziale) del suo diritto, limitandosi alla sola allegazione dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere di provare l'adempimento. Nell'area medica, le Sezioni Unite, 11 gennaio 2008, n. 577 in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 849 ss., con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, hanno fissato il principio in ossequio al quale, «l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danni lamentato».

<sup>125</sup> Sul criterio di accertamento del nesso causale, da ultimo, Cass., 20 febbraio 2015, n. 3390, in *www.iusexplorer.it*, ha ribadito l'utilizzo del criterio della preponderanza dell'evidenza, altrimenti definito anche «del più probabile che non», criterio che implica una valutazione dell'idoneità della condotta del sanitario a cagionare il danno lamentato dal paziente che deve essere correlata alle condizioni del medesimo, nella loro irripetibile singolarità. In dottrina, in termini di prova del nesso causale, è stato affermato come, nel settore della responsabilità medica, si sia giunti ad una «presunzione del nesso di causa»: così, G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, nota a Cass., 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno resp.*, 2014, p. 33 ss.; L. BERTI, *Il nesso di causalità in responsabilità civile*, Milano, 2013, p. 322 ss.

<sup>126</sup> M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 19.

<sup>127</sup> Corte Cost., 16 ottobre 2014, n. 235.

cuni bisogni ed esigenze, fra cui quello di garantire, attraverso il meccanismo assicurativo, una funzione di sicurezza individuale e sociale<sup>128</sup>. In tale ottica, la scelta di rendere obbligatorio il meccanismo assicurativo può costituire un fattore virtuoso in grado di correggere l'andamento negativo dell'assicurazione di responsabilità civile dell'area medica<sup>129</sup>.

Come giustamente rilevato, tuttavia, sarebbe un falso postulato «che si dia sovente per presupposto (anche a livello implicito) la possibilità di ripararsi da qualsiasi forma di responsabilità civile mediante una copertura assicurativa in una sorta di “immunizzazione” dalle difficoltà tecnico-giuridiche e tecnico-organizzative»<sup>130</sup>.

Lo strumento assicurativo rappresenta il mezzo mediante il quale si realizza una funzione di socializzazione dei rischi<sup>131</sup>, attraverso un accorgimento, di carattere tecnico, consistente nell'assunzione, da parte dell'impresa assicurativa, di una pluralità di rischi, la cui concentrazione permette di prevederne, secondo leggi statistiche, la verifica, sostituendo ad un rischio incerto la previsione dell'accadimento di una determinata percentuale di sinistri. La diffusa presenza dei rischi nel mercato è constatazione evidente, il cui costo ricade su un soggetto (assicuratore) che lo sopporta. In tale prospettiva, al fine di predisporre gli strumenti idonei a garantire la solvibilità del soggetto obbligato, l'impresa assicurativa è tenuta ad accantonare le risorse economiche per la realizzazione di un fondo, costituito dall'insieme dei premi raccolti che, per propria natura, si modula secondo le obbligazioni assunte dall'impresa.

La funzione posta alla base dello scambio dei rischi nel contratto di assicurazione<sup>132</sup> presenta varie ragioni di utilità, individuale e sociale<sup>133</sup>. Ne deriva che la finalità economica

---

<sup>128</sup> M. MINIELLO, *L'assicurazione della responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Dir. econ. ass.*, 2001, p. 1005 ss., precisa che «l'assicurazione della responsabilità civile delle aziende sanitarie ed ospedaliere e dei medici, avendo riguardo all'esercizio dell'attività assicurativa, è ricompresa nel ramo delle assicurazioni danni individuato dalla legge come “r.c. generale”».

<sup>129</sup> A. D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. econ. ass.*, 2002, p. 539 ss., rileva come «da rivisitazione di tali postulati alla luce delle analisi potrebbe aprire orizzonti di indagine, (di per sé interessanti) nell'ottica del gemellaggio RC-Assicurazione. Si allude, in particolare, alla visione di un'americanizzazione del sistema della responsabilità civile la quale inevitabilmente ci condurrebbe alla ricerca di un criterio per distribuire il rischio».

<sup>130</sup> Così, A. D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, cit., p. 539 ss.

<sup>131</sup> M. GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 461 ss.

<sup>132</sup> V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, p. 13.

<sup>133</sup> «La prima ragione è costituita dal fatto che se un individuo è esposto ad un rischio e non ama il rischio, trova un altro individuo o organizzazione per i quali la sopportazione del rischio ha un costo minore, disposti ad assumerlo in cambio di un premio in senso ampio, ed entrambi i contraenti a seguito della contrattazione

sottesa all'operazione assicurativa è strettamente connessa alla funzione sociale che si realizza mediante l'esercizio dell'attività assicurativa<sup>134</sup>, quale strumento teso a favorire un'allocatione del peso risarcitorio su soggetti che operano professionalmente e ritenuti in grado di sostenerlo<sup>135</sup>. La finalità insita nella costituzione del fondo è, dunque, quella di far fronte ad un bisogno di sicurezza, anche mediante la certezza della capienza patrimoniale dell'assicuratore, quale scopo essenziale del contratto di assicurazione<sup>136</sup>.

L'indagine condotta muove dall'analisi del rapporto tra assicurazione e responsabilità civile, alla luce della particolare incidenza, nel settore medico-sanitario del verificarsi di eventi dannosi. Negli ultimi anni si è assistito ad un ricorso massivo al sistema assicurativo, mediante stipula di polizze assicurative di responsabilità civile i cui contenuti sono conformati dalla prassi assicurativa. Paradigmatico è il fenomeno delle clausole *claims made* che possono dare luogo a fenomeni degenerativi, sul piano funzionale, del contratto di assicurazione di responsabilità professionale<sup>137</sup>.

In termini generali, lo sviluppo delle assicurazioni obbligatorie è un fenomeno strettamente connesso alla progressiva oggettivazione del sistema della responsabilità civile e si pone nel solco di una tendenza, già da tempo avvertita in altri modelli giuridici (basti pensare al modello nordamericano legato ad un sistema *no fault*), di allocare il peso risarcitorio sul soggetto più idoneo a sostenerlo. \*\*\*

L'assicurazione della responsabilità civile presuppone una matrice sottostante assolutamente indeclinabile, fondata sul legame virtuoso, da sempre esistente, fra assicurazione e

migliorano la loro situazione economica, mentre nessun altro individuo esterno al contratto peggiora la sua situazione economica, la società e il suo complesso trae guadagno» (V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, cit., p. 3).

<sup>134</sup> Per comprendere meglio tale affermazione, è necessario operare una distinzione tra contratto di assicurazione e mezzo, l'impresa, attraverso il quale si realizzano gli effetti del contratto, R. CAPOSTOSTI, *Note in tema di qualificazione del contratto di assicurazione*, in P. CORRIAS e G. RACUGNO (a cura di), *Prestazioni di facere e contratto di assicurazione*, in *Quaderni giur. comm.*, Milano, 2013, p. 79 ss. In tema, si vedano anche le riflessioni di A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, cit., p. 160.

<sup>135</sup> V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, cit., p. 12.

<sup>136</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, cit., p. 339.

<sup>137</sup> «Il che vale soprattutto nell'assicurazione della responsabilità civile (*third party insurance*) ancor più che nell'assicurazione contro gli infortuni (*first party insurance*). [...] I nuovi compiti della responsabilità civile, inaugurati dagli studi pionieristici di Calabresi e Posner, trovano, dunque, nel meccanismo assicurativo il loro logico completamento. Infine, la crescita della responsabilità, e la nascita di nuovi criteri di imputazione della responsabilità diversi ed alternativi rispetto alla colpa, sono stati sempre accompagnati, infatti, dal meccanismo assicurativo» (G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, cit., p. 571 ss.).

responsabilità civile<sup>138</sup>. Appare perciò coerente una riflessione su quali siano gli strumenti e i meccanismi in grado, effettivamente, di garantire una tutela alle vittime di errori medici. Le modalità prescelte, sul piano normativo, per garantire l'obbligo assicurativo si muovono intorno ad alcune direttrici fondamentali.

La prima, riguarda la costituzione di un fondo di garanzia diretto a fornire un'idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Tale fondo<sup>139</sup> è finalizzato a consentire un effettivo accesso alle coperture assicurative a prezzi sostenibili ed accessibili<sup>140</sup>. In tal senso, evidenti sono le divergenze rispetto ai fondi di garanzia operanti nel settore della circolazione dei veicoli *ex l. n. 990/1969*, ove tale fondo interviene nell'ipotesi di danno cagionato da veicolo non assicurato, da veicolo anonimo o in caso di liquidazione coatta amministrativa della compagnia assicurativa nonché quello inerente l'attività venatoria<sup>141</sup>.

Inoltre, appare discutibile la disciplina relativa alle modalità di finanziamento del fondo, in parte costituite con il contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta e, in parte, con l'ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio

---

<sup>138</sup> R. PARDOLESI, *Il contratto di assicurazione nella prospettiva europea tra discipline nazionali ed armonizzazione comunitaria*, in *Verso una disciplina europea del contratto di assicurazione?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2006, p. 422, sottolinea che «se funzione precipua dell'assicurazione è garantire la compensazione, allora dovremmo ripensare le finalità della responsabilità civile che, dagli anni '70 in poi, abbiamo focalizzato sul ristoro di tutti i costi, ossia sull'allargamento dell'area del danno risarcibile» (p. 424).

<sup>139</sup> In argomento, anche al fine di rilevare i limiti di operatività dei fondi di garanzia, v. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, Torino, 2014, p. 659, secondo cui «il proliferare di fondi di garanzia, volti a estendere l'area di riparazione dei danni che rimangono sforniti di tutela assicurativa, cerca di correggere la struttura decisamente imperfetta dell'assicurazione di responsabilità, testimoniando l'aspirazione del sistema italiano a risarcire incondizionatamente le lesioni dell'integrità psicofisica anche mediante la previsione di meccanismi di sicurezza sociale. I fondi per le vittime della strada o della caccia, che hanno lo scopo di indennizzare i danni provocati a terzi da soggetti non assicurati (presso un ente solvibile) o non identificati, ribadiscono la funzione solidaristica di tali strumenti e compravano le profonde interazioni esistenti tra la struttura dell'illecito e il momento assicurativo. [...] I fondi di garanzia, pur contribuendo a rappresentare un esempio di modello misto che tende a combinare strumenti risarcitori e meccanismi di sicurezza sociale, hanno dimostrato di funzionare male e non sembrano idonei a realizzare in modo efficiente quelle finalità di solidarietà sociale che invece avrebbero dovuto assolvere».

<sup>140</sup> M. HAZAN e D. ZORZIT, *Assicurazione obbligatoria del medico e responsabilità sanitaria*, cit., p. 49, osservano come il fondo di garanzia in Italia è, evidentemente, «destinato a svolgere funzioni prossime a quelle riservate in Francia al *Bureaux de Tarification*. Ma è soprattutto da un punto di vista ben più sostanziale che la nuova norma sembra aver voluto ripristinare la funzionalità di un mercato connotato dalla difficile sostenibilità dei rischi sanitari [...] con una rimodulazione generale degli assetti, penali e civili – della responsabilità sanitaria, riportandola ad un regime tale da diminuire i costi della stessa complessivamente indotti dal sistema».

<sup>141</sup> G. PONZANELLI, *Caccia e circolazione stradale: Corte costituzionale, identità di disciplina e legislatore «distratto»*, nota a Corte Cost. n. 470/2000, in *Danno resp.*, 2001, p. 369 ss.

dell'assicurazione per danni, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio.

Altro profilo critico riguarda l'aver previsto che i contratti di assicurazione della responsabilità professionale medico-sanitaria debbano possedere requisiti legali minimi ed uniformi, predisposti mediante regolamento, allo stato non ancora attuato. Tale disposizione si presta almeno ad un'obiezione, fondata sull'assenza di indicazioni legali minime circa il contenuto del contratto.

Per rafforzare la tutela dell'assicurato vi è chi ha prospettato la possibilità di demandare all'Ivass il potere di conformazione dell'attività negoziale<sup>142</sup>, al fine di escludere che nell'assicurazione di responsabilità professionale, specie nei modelli con clausola *claims made*, vi possano essere ingiuste limitazioni di garanzia a danno dell'assicurato<sup>143</sup>.

Tale processo di eterodeterminazione del contenuto del contratto non è, peraltro, un fenomeno nuovo. Basti pensare alla disciplina dei modelli contrattuali nel settore bancario (*ex art. 117, comma 8, TUB*)<sup>144</sup>, nel quale si è assistito ad un affidamento, da parte del legislatore, all'organo di vigilanza, del potere di conformazione dell'attività negoziale, dettata da «finalità di “trasparenza” dell'operazione economica, ma realizzata tramite lo strumento della tipizzazione e della complementare descrizione del contratto»<sup>145</sup>.

Ulteriore novità è quella relativa all'introduzione di un sistema di bonus-malus per i premi, in relazione al verificarsi o meno di sinistri, nonché quella di subordinare la possibilità, da parte della compagnia assicurativa, di esercitare una disdetta della polizza

<sup>142</sup> M. GAZZARRA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1219 ss. F.A. MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della «clausola» claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile*, in *Corr. merito*, 2013, p. 1162 ss.

<sup>143</sup> F.A. MAGNI, *Le nuove prospettive del claims made nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile*, cit., p. 1076. ID., *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazioni di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 834.

<sup>144</sup> T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia, d.lgs. n. 385/1993, aggiornato al d.lgs. n. 72/2016, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), all'art. 117, comma 8, sotto la rubrica, *Contratti*, dispone: «La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia».

<sup>145</sup> V. CUFFARO, *Descrizione legale e contenuto del contratto*, Milano, 2000, p. 4; in argomento, G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 935; G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 498.

solo in caso di reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario, accertata con sentenza definitiva.

Dall'analisi dell'attuale modello di assicurazione obbligatoria medico-sanitaria, emerge come esso sia improntato alla logica di garantire un'effettiva tutela sia del professionista assicurato sia dei terzi danneggiati, «i quali dovrebbero a rigor di logica costituire i beneficiari ultimi, nella *ratio legis*, della previsione dell'obbligo assicurativo»<sup>146</sup>.

La disciplina relativa all'obbligo assicurativo in materia sanitaria, al di là dei profili segnalati, si presta ad un'ulteriore censura fondata sulla mancata previsione di meccanismi di garanzia e di socializzazione dei rischi, che intervengano a proteggere il paziente danneggiato, in ipotesi di danno non imputabile ad errore medico.

In tale prospettiva, particolare interesse suscita la scelta effettuata nel modello giuridico francese, con la *Loi Kouchner* Legge n. 2002-303 del 4 marzo 2002<sup>147</sup>, sui diritti del malato e la qualità del sistema sanitario, che ha previsto l'introduzione di un regime speciale di indennizzo, profondamente innovativo del sistema, che conduce a trasferire sulla collettività il peso della riparazione, in una prospettiva di socializzazione dei rischi sanitari.

Nel modello giuridico francese, da una parte, operano le tradizionali regole di diritto comune che disciplinano la «*responsabilité civile des professionnels de santé*» fondate sulla colpa, quale criterio generale di imputazione della responsabilità<sup>148</sup>, dall'altra, sussiste una regola speciale che riconosce, in favore delle vittime di *accidents médicaux*, la possibilità di ottenere un risarcimento, ricorrendo ad un sistema posto a carico della *solidarité nationale*<sup>149</sup>, in caso di «*accident médicale, infection iatrogène, infection nosocomiale*», ove i danni non siano imputabili, secondo le regole del nesso causale, a colpa medica o della struttura sanitaria, e presentino un carattere di apprezzabile gravità.

---

<sup>146</sup> M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 20, anche se ad una rapida ricognizione delle polizze ad oggi operanti nel settore medico, si rileva che esse mal si accordano con una logica di assicurazione obbligatoria e di tutela del terzo danneggiato, per una molteplicità di ragioni.

<sup>147</sup> J.O. 5 mars 2002, P. MISTRETTA, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critique sur un droit en plein mutation*, in *Sem. jur.*, ed. gén., 2002, I, p. 141 ss.; Y. LAMBERT-FAIVRE, *La loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, in *Dalloz*, 2002, p. 1291; CH. RADE, *La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002*, in *Resp. civ. Ass.*, 2002, p. 7.

<sup>148</sup> P. JOURDAIN, *Le principe de la responsabilité civile*, Paris, 6<sup>e</sup> ed., 2003.

<sup>149</sup> J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE e R. RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 14<sup>e</sup> ed., 2001.

La logica sottesa a tale scelta normativa si fonda sul principio secondo cui «qualsiasi danno deve trovare adeguata collocazione all'interno del sistema»<sup>150</sup>, in una prospettiva tesa a garantire un'effettiva tutela al paziente danneggiato<sup>151</sup>.

Ne deriva che, anche nel nostro sistema giuridico, alla luce del crescere del rischio sanitario, dovuto a fattori di progresso delle tecniche mediche e chirurgiche, possono sussistere ipotesi di danni non ascrivibili ad errore medico, ma a fattori di rischio intrinseco all'attività diagnostica e terapeutica<sup>152</sup>.

In questi termini sarebbe opportuno un ripensamento, in termini di scelte di politica del diritto, specie nel settore medico, ove l'esercizio dell'attività è potenziale fonte di pregiudizi, secondo una prospettiva di un sistema integrato di socializzazione dei rischi e di migliore distribuzione delle perdite<sup>153</sup>, connesso alle tradizionali regole di diritto comune che disciplinano la responsabilità professionale, fondate sulla colpa<sup>154</sup>, in linea con le soluzioni normative adottate nel modello giuridico francese<sup>155</sup>.

---

<sup>150</sup> M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, Orléans, 2004, p. 465.

<sup>151</sup> G. PIGNARRE, *La responsabilità: débat autour d'une polysémie*, in *La responsabilità civile à l'aube du XXI siècle. Bilan et prospectif*, in *Resp. civ. assur.*, 2001, p. 14 ss.

<sup>152</sup> Fondamentali le riflessioni di C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 787 ss., secondo cui il fenomeno di oggettivazione della colpa che ha, progressivamente, dilatato i suoi confini, specie in alcuni ambiti (tutela del consumatore, tutela ambientale), è indice dell'esigenza, in materia di responsabilità civile, «di ampliare l'area della responsabilità in favore di esso. Questa linea di tendenza, sul terreno dei criteri di imputazione si traduce nel tendenziale disancoraggio dal principio della colpa che ha caratterizzato ogni momento del graduale spostamento dell'asse della responsabilità civile verso il danneggiato».

<sup>153</sup> U. NATOLI, F.D. BUSNELLI e A. GALOPPINI, *Responsabilità, assicurazione e solidarietà sociale nel risarcimento dei danni*, in *Ann. dir. comp.*, 1970, p. 56 ss.; M. BESSONE, *Disciplina dell'illecito, distribuzione dei rischi e «costo sociale» dei sistemi di risarcimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 719 ss.; G. ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Ass.*, 1985, I, p. 540 ss.

<sup>154</sup> R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, cit., p. 5, osserva come l'interferenza dell'assicurazione sul sistema della responsabilità civile abbia una precisa valenza giuridica: «l'influenza dell'assicurazione sul fenomeno della responsabilità civile non è stato solo di tipo quantitativo, ma anche di tipo qualitativo: essa si è svolta non solo su un piano fattuale, ma anche su un piano giuridico. Deve così essere pienamente condivisa l'affermazione secondo cui, qualora l'attività umana non avesse potuto neutralizzare grazie allo strumento tecnico assicurativo i crescenti rischi della responsabilità patrimoniale, nessun legislatore avrebbe potuto accentuare tanto intensamente la tutela del danneggiato assecondando in tal modo lo sviluppo economico della moderna società di massa».

<sup>155</sup> L. NOCCO, *Un no-fault plan come risposta alla «crisi» della responsabilità sanitaria? Uno sguardo sull'alternativa francese a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2012, pp. 449 ss., spec. 454, mette in evidenza come il modello francese disegna «un sistema che non fornisce più un'unica risposta istituzionale (la responsabilità civile) al problema del danno alla persona in sanità, ma una pluralità di risposte fra loro combinate: in caso di colpa del medico, il paziente può convenire in giudizio il medesimo per ottenere il pieno ristoro dei danni sofferti; in caso di assenza di colpa il paziente può ottenere dal sistema della solidarietà nazionale un ristoro (sebbene parziale) del danno sofferto».

Camerino, luglio 2016.