amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2019

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Marcin Princ, Giuliano Taglianetti, Ramón Terol Gómez, Salvatore Villani, Giovanni Martini.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

La clausola "claims made" dopo il vaglio delle S.U., i problemi ancora aperti e i possibili risvolti in tema di responsabilità della P.A.

di Pierfrancesco Paoloni

(Avvocato)

Sommario

1. Il percorso di integrazione della clausola claims made nel nostro ordinamento con riferimento alla Direttiva 2016/97 UE. - 2. La "summa divisio" delle clausole claims made e la loro meritevolezza. - 3. La legge 8 marzo 2017 n. 24 e la tipizzazione delle clausole claims made. - 4. L'ordinanza della Terza Sezione della Corte di Cassazione Civile e le premesse della nuova rimessione alle Sezioni Unite. - 5. Le Sezioni Unite del 2018 e lo scrutinio del meccanismo assicurativo delle clausole claims made nelle diverse varianti. - 6. L 'indagine sulla causa concreta e la funzione pratica del contratto. - 7. I possibili risvolti in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Abstract

Traditionally, in our legal system, insurance contract of civil liability was based on a loss occurence type system. The evolution of social and professional dynamics, as well as of the reference regulatory framework, has led to the introduction of an insurance form, originating from Common Law systems, focused on insurance clauses, the so-called claims made. Their versatility and suitability to cover even dated back events, led insurance companies to adopt this instrument increasingly.

Their path of integration cannot be considered perfectly completed; even if the initial perplexity on their merit has been overcome, thanks to a definitive regulation by the legislator, it still remains today, despite the numerous jurisprudential interventions, the need for an investigation into the concrete case, in order to be able to affirm the correct application of the insurance mechanism of the claims made clauses in their different variants. A more complex survey appears to be the public administration, when part of the insurance contract.

1. Il percorso di integrazione della clausola claims made nel nostro ordinamento con riferimento alla Direttiva 2016/97 UE.

Nell'ordinamento italiano, il contratto di assicurazione della responsabilità civile contempla, all'art. 1917 c.c., l'obbligo per l'assicuratore a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Escludendo, chiaramente, i danni derivanti da fatti dolosi. L'assicurazione della responsabilità civile, quindi, va ricompresa nell'ambito dell'assicurazione del patrimonio, posto che il suo obiettivo primario è quello di scongiurare un depauperamento dei beni dell'assicurato, in conseguenza all'azione risarcitoria esperita da un terzo.[1] Come oggetto del contratto sarà, dunque, opportuno considerare l'alea qualificata come effetto negativo del sinistro i cui effetti si riverberano sul patrimonio dell'assicurato.[2]

Tale impostazione tradizionale, stabilita dalla prassi assicurativa, prende il nome di *loss occurrence*.[3] L'operatività della copertura, prende in considerazione la data in cui risulta essersi verificato l'evento dannoso, indipendentemente dal momento in cui viene formulata la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato.

Sotto tale aspetto, tale tipologia di polizza, si segnala per costituire applicazione del regime normalmente previsto dall'art. 1917 c.c.

Appare evidente, quindi, che con una garanzia *loss occurence* l'assicurato è coperto anche per le richieste di risarcimento che gli pervengano allorquando la polizza

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

[2] **CFR. TRA GLI ALTRI, M. ROSSETTI, *IL DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI*, PADOVA, 2011; G. ALPA, *LE ASSICURAZIONI PRIVATE*, IN *GIUR. SIST. CIV.* COMM. BIGIAVI, TORINO, 2006; VOLPE PUTZOLU, *L'ASSICURAZIONE*, IN *TRATTATO RESCIGNO*, 13, TORINO, 198.**

[3] Nel regime *loss occurrence (insorgenza del danno)* la definizione del concetto di sinistro è quella, legislativamente stabilita *ex* art. 1917 cod. civ., in forza della quale con tale definizione si individua il fatto che ha causato il danno, accaduto durante il tempo dell'assicurazione: quindi, in tale regime, lo si identifica con la condotta dell'assicurato che si assume fonte della sua responsabilità civile. Cfr. D.DE STROBEL, *op. ult. cit.*, p. 641.

assicurativa in questione sia scaduta, mentre per l'assicuratore, per converso, l'esposizione al rischio è molto più elevata. [4]

La struttura della garanzia *loss occurence* comporta, infatti, che l'assicuratore subisca tutti gli effetti di uno sfavorevole e imprevedibile mutamento delle condizioni, sia economiche (inflazione, tassi di interesse) che giuridiche (mutamento della giurisprudenza, innovazione legislativa) che si verifichino, medio tempore, tra i diversi momenti dell'accadimento dell'illecito, del suo manifestarsi in danno e della richiesta risarcitoria del danneggiato fino alla liquidazione del risarcimento.

Questo intervallo temporale può protrarsi anche per decenni, poiché il termine di prescrizione inizia a decorrere solo da quando il danneggiato si trova nella possibilità giuridica di far valere il suo diritto al risarcimento del danno.

Gli svantaggi della clausola in *loss occurence* sono più evidenti proprio in riferimento ai rischi a manifestazione graduale nel tempo.

Non sempre il fatto generatore del danno determina l'immediata formulazione della richiesta di risarcimento, molto spesso, infatti, accade esattamente l'opposto. Tale aspetto, ad esempio, è riscontrabile in ambito professionale, dove, tra il verificarsi di una condotta colposa e la presa di coscienza del danno, da parte del terzo danneggiato, può intercorrere un considerevole lasso di tempo. [5]

Ed è soprattutto in ambito professionale, successivamente alla Riforma delle Professioni, con il DPR n. 137/2012,[6] che ha visto l'introduzione l'obbligo per tutti i

[4] Con il regime *loss occurrence* l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore, sussiste qualora il danno sia occorso durante il periodo di copertura convenuto tra le parti. «Historically, liability insurance was written on an "occurence" basis because (a) the "occurrence" concept was drawn upon by liability insurers from property insurance which had traditionally been written with respect to the happening of an event, and (b) the type of events initially insured against were such that a specific date, time and place could be determined specifically as to when a particular event occurred, such as the collision of ships, the injuring of a pedestrian by a carriage or the date of injury caused by defective premises» cfr. G. KROLL, *The professional liability policy "claims made"*, (1977-1978), in *13 Forum*, p. 842.

[5] Posto che l'obbligo indennitario a carico dell' assicuratore esiste se il danno si verifica nell' intervallo di efficacia del contratto, ovvero tra il momento in cui viene pagata la prima rata di premio e la scadenza stessa prevista dal contratto, risulta che, nelle assicurazioni di responsabilità civile, l' efficacia temporale della polizza è un elemento davvero critico che può generare alcune problematiche, connesse al tema del rapporto tra delimitazione temporale del rischio e sistema loss occurrence, in cui è possibile imbattersi. Cfr. M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 202.

[6] Vedi D.P.R., 7 agosto 2012, n. 137, che all'articolo 5, attuando la lettera e) dell'art. 3, comma 5, del D.lg., 13 agosto 2011, n. 138, afferma l'obbligo per il professionista di stipulare un'assicurazione per i danni derivanti dall'esercizio dell'attività professionale.

La disposizione riproduce il contenuto della norma di autorizzazione specificando:

- che nelle attività coperte da assicurazione devono rientrare anche la custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente;
- che il professionista deve rendere noto al cliente il massimale dell'assicurazione e gli estremi della polizza già al momento dell'assunzione dell'incarico, aggiornandolo su eventuali variazioni successive;
- che la violazione delle disposizioni sulla copertura assicurativa costituisce illecito disciplinare;
- che l'obbligo di copertura acquista efficacia dopo 12 mesi dall'entrata in vigore del regolamento.

professionisti iscritti ad un albo di stipulare una polizza assicurativa di responsabilità civile a copertura dei rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale, che la copertura assicurativa di tipo tradizionale ha cominciato a mostrare i suoi limiti, favorendo sempre più l'introduzione delle cosiddette clausole *claims made* ("a richiesta fatta").

La clausola *claims made* (ovvero a richiesta fatta) è stata per la prima volta formulata nell'alveo del *Common Law*. Le origini di questo sistema si rinvengono, infatti, nel mercato assicurativo inglese ove, già a partire dai primi del '900, i Lloyd's di Londra offrivano agli avvocati polizze assicurative a copertura della responsabilità professionale modulate secondo, appunto, lo schema *claims made.*[7]

Negli USA, invece, le poche *law firms* che avevano stipulato una polizza contro i rischi da responsabilità professionale erano ricorse ad un modello di polizza inglese di tipo *loss occurence*.[8] Nel 1957, le polizze Lloyd's divennero disponibili per architetti ed ingegneri e furono affiancate da assicurazioni simili prodotte dalla *Continental Casualty Company*.

Ma è negli anni '80 che la *claims made* si afferma definitivamente nel nord America. Gli americani presero coscienza del nesso eziologico sussistente tra l'esposizione a sostante tossiche e lo sviluppo di patologie a distanza di anni.

Così nei confronti di patologie prodotte da inalazione di amianto, assunzione del DES (*Diethylstilbestrol*) e utilizzo del contraccettivo *Dalkon Shield* le Compagnie assicurative, per fa fronte a enormi risarcimenti richiesti dalla popolazione, fecero ricorso a polizze *claims made*.[9]

Successivamente, tale prassi è circolata raggiungendo anche gli ordinamenti di *civil law*, e si è trapiantata, con gli adattamenti del caso, anche in Italia. Come si evince dal

---

Vedi anche, D.lg., 24 gennaio 2012, n. 1, articolo 9-bis, che ha precisato che la società tra professionisti, deve prevedere nello statuto la stipula di una polizza di assicurazione per la copertura dei rischi derivanti dalla responsabilità civile per i danni causati ai clienti dai singoli soci professionisti nell'esercizio dell'attività professionale.

[7] Sul tema, cfr. R. MERKIN, J. STEELE, in *Insurance and the law of obligations, Oxford, 2013, p. 64.*

[8] Cfr. tra gli altri C. *DAUTCH, Laywers' Indemnity Insurance, 1941*; MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made,* in *Resp. Civ.*, 2009, 6. Vedi sul tema, per una più specifica ricostruzione delle regole operazionali degli ordinamenti di matrice anglosassone, I. ENRIGHT, *Professional Indemnity Insurance Law*, Londra, 1996, 3023, il quale precisa: «the insurer may offer to write the professional indemnity policy on an "occurrence" basis or an "a claims made" basis. An "occurrence basis" policy has its core a promise by the insurer to indemnify the insured for any loss, arising out of a defined event, occurrence circumstance or accident». Continua poi: «the professional indemnity insurer will be unlikely to offer an "occurrence basis" policy, but it is likely that its offer will be a "claims made" policy". The core of this policy is promise by the insurer to the insured that it will indemnify for any claim that is made by a third party against the insurer within the duration of the policy, no matter, subject, to the provisions in relation to the time within which notice must be given, when the defined event affecting the third party occurred». Come emerge chiaramente, vi è una sostanziale identità, almeno di principi, con il sistema di *civil law.*

[9] Per un confronto generale con l'esperienza del *common law* da cui è mutuata la clausola *claims made* vedi, *I. ENRIGHT, Professional Indemnity Insurance Law, London, 1996.*

tenore letterale dell'articolo 1917 c.c., ai sensi del quale l'assicuratore è obbligato al risarcimento in toto dei danni causati dal sinistro che sia occorso nel periodo di efficacia del contratto o successivamente alla scadenza della garanzia, tale clausola rappresenta una deroga al sistema originariamente tipizzato dal legislatore italiano nel 1942.

Le clausole *claims made*, infatti, delimitano il rischio assicurato facendo riferimento non agli illeciti, quindi ai fatti compiuti durante il periodo di assicurazione, ma alle "richieste fatte" durante lo stesso periodo, con la conseguenza che se un fatto illecito viene compiuto durante il periodo di assicurazione, questo esulerebbe dalla copertura del rischio assicurato qualora la relativa richiesta risarcitoria venga formulata in un momento successivo alla scadenza del contratto di assicurazione, ancorché il fatto da cui origina la responsabilità civile rientri nel periodo assicurato. [10]

Proprio in relazione alla grande versatilità dimostrata dalle clausole *claims made* e dalla loro idoneità a coprire eventi anche risalenti nel tempo, le compagnie assicuratrici hanno adottato tale strumento in misura sempre crescente.

In virtù di tale clausola, la copertura assicurativa opera per quei sinistri il cui risarcimento sia richiesto durante la vigenza del contratto, non rilevando il momento in cui si sia verificato l'evento dannoso.

Si è, quindi, in presenza di una clausola che, quando prevista dal contratto di assicurazione, ne dilata gli effetti, posto che l'oggetto del negozio giuridico medesimo, non si identificherà più con la garanzia di un rischio (letto come ripercussione negativa di un evento generatore del danno), bensì con la richiesta di risarcimento.[11]

Il giudizio di meritevolezza di tali clausole è stato oggetto di lungo dibattito che è sfociato in importanti pronunce delle SS.UU. di Cassazione a distanza di pochi anni.

L'approfondimento di tale giudizio suscita alcune riflessioni: seppur in maniera compendiosa, si è affermato, infatti, che l'origine della forma di assicurazione ***claims made*** deriverebbe «dall'affermazione di **principi giuridici inconcepibili** nel nostro ordinamento». L'affermazione merita particolare attenzione, giacché si esplicita il quesito della compatibilità della clausola col sistema storico-normativo delle assicurazioni. Il problema delle ***claims made***, al di là dell'importanza pratica, assume rilievo anche in prospettiva dogmatica, in quanto si presenta come banco di prova per

[10] Cfr. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 6, p. 1219.

[11] Cfr. TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, in atti e contributi del simposio scientifico internazionale, palazzo reale di Caserta, 16-17 novembre 2007, *Justice, Cooperation, Peace*. La cooperazione di giustizia per lo sviluppo e la pace nel mediterraneo, dedicati a Gaetano Liccardo nel suo ottantesimo compleanno, Vol. I, Prospettive e modelli della cooperazione di giustizia nel Mediterraneo, Napoli, ESI, 2010, 442.

la tenuta di alcuni principi di fondo del diritto assicurativo, specie alla luce delle recenti evoluzioni normative europee dettate dalla Direttiva 2016/97 UE. [12]
In altre parole, occorrerà capire se il principio mutualistico che sta alla base dell'assicurazione e che ha portato le recenti riforme ad intervenire con decisione sulla solvibilità delle imprese e sulla tutela del mercato non possa forse trovare espressione proprio nelle (osteggiate) clausole in esame.
L'analisi delle sentenze, scomodando la compatibilità delle clausole coi principi giuridici dell'ordinamento assicurativo, richiede di ripercorrere brevemente le diverse tipologie di clausole *claims made* contemplate nella prassi assicurativa.

2. La "summa divisio" delle clausole claims made e la loro meritevolezza.
Le *claims made* si distinguono nella prassi, in base ad una "summa divisio", tra pure ed impure. Con le prime si indicano quelle pattuizioni con cui l'assicurato ha diritto di essere sollevato da tutte le richieste risarcitorie avanzate dai danneggiati verso l'assicurato in costanza di rapporto e per cui questo chieda di essere manlevato, a prescindere dalla data in cui sia avvenuto il fatto illecito.
Le seconde, invece, più vicine rispetto agli schemi tipici dell'assicurazione della responsabilità civile, prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria abbiano luogo durante la vigenza della copertura assicurativa, con eventuale estensione retroattiva anche a condotte anteriori alla stipulazione del contratto. [13]
Con una polizza "*claims made* pura", quindi, il professionista ha copertura assicurativa anche senza essere stato assicurato al momento della commissione dell'errore, purché sia assicurato al momento della richiesta di risarcimento danni; ma perde però, a seguito della risoluzione del contratto assicurativo, la copertura assicurativa anche per i sinistri verificatisi nel periodo di vigenza del contratto, e solo successivamente denunziati.
Con una polizza "*claims made* impura", invece, come già evidenziato, la copertura assicurativa esiste solo quando sia l'illecito che la domanda risarcitoria rientrano nel periodo assicurato, con possibile retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere anteriormente (in genere, due/tre anni prima della stipula: c.d. "pregressa"); o con possibile postdatazione della garanzia (***c.d. "postuma", o "sunset dose"***) alle

[12]Vedi la Direttiva CE, 25 novembre 2009, n.138 (*Solvency II*) in *Gazzetta Uff.* 17/12/2009 n. 335 e la Direttiva CE, 20 gennaio 2016, n.97 (IDD); Cfr. S. BALSAMO TAGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2016, p. 691.

[13] Vedi sul tema, la relazione di A. AMENDOLA, Pres. di Sez. della Corte Suprema di Cassazione, estensore della nota pronuncia a S.U. n. 9140 del 2016 su *Questioni di diritto civile all'esame delle sezioni unite: Assicurazione della responsabilità civile e clausola "claims made": sei sicuro che ti assicuri?*

richieste risarcitorie successive alla risoluzione, ma per fatti avvenuti nella vigenza della polizza. [14]

La "*claims made* pura", quindi, offrendo la garanzia di assicurazione alle richieste risarcitorie formulate per la prima volta dall'assicurato nel corso del periodo di assicurazione, indipendentemente dal momento in cui si sia verificato o si sia manifestato l'illecito, non dà luogo ad un giudizio negativo circa la meritevolezza di tale clausola: la retroattività illimitata rappresenterebbe un sufficiente bilanciamento della garanzia postuma inesistente. La seconda, invece, assume un ulteriore criterio di selezione rispetto a quello indicato in precedenza: la collocazione
temporale dell'atto o del danno; ne deriva che la garanzia opera non solo quando la richiesta di risarcimento sia stata formulata in vigenza di contratto ma anche quando l'illecito causativo si sia verificato in un lasso di tempo prestabilito antecedente alla conclusione del contratto: dall'ulteriore contrazione del termine di retroattività della garanzia o, addirittura, dalla concentrazione sia del sinistro che della richiesta di risarcimento nel tempo dell'assicurazione, deriva l'esigenza di un controllo più severo, incisivo, concreto e, spesso, un giudizio negativo circa la sua meritevolezza.

Tale esigenza di un controllo più severo, incisivo e concreto è fondamentale in quanto le conseguenze del diverso regime, e della successione di due tipi di assicurazione, possono essere importanti.

Ed infatti, se ad esempio un medico è prima assicurato con una polizza del tipo *claims made*, senza garanzia "postuma", o "*sunset dose*", (polizza che viene a scadere senza aver ricevuto alcuna richiesta risarcitoria) e poi si assicura con una polizza del tipo *loss occurrence*, durante la quale riceve la richiesta risarcitoria, gli accadrà che il "primo" assicuratore (con clausola *claims made*) negherà la copertura assicurativa per la tardività della richiesta, rispetto al periodo assicurato; e che pure il "secondo" assicuratore (con clausola *loss occurrence*) negherà la copertura assicurativa, non essendosi il sinistro verificato nel periodo di copertura assicurativa. Analogo risultato negativo (nel senso della mancanza di copertura) potrebbe l'assicurato avere nel caso di mutamento dell'assicuratore, quando egli passi da una polizza *claims made* senza postdatazione della garanzia (ovvero senza *sunset dose*), ad altra clausola *claims made* senza retroattività della garanzia (per cui in sostanza sono coperti i soli sinistri sorti nel periodo di vigenza del contratto e per cui la richiesta risarcitoria pervenga nel medesimo periodo).

Negli ultimi anni l'indirizzo dettato dagli ermellini è stato comunque, quello di riconoscere l'inderogabilità, ai sensi dell'art. 1932 c.c., del terzo e del quarto comma dell'art. 1917 c.c. ma non anche del primo, escludendo, quindi, che potesse definirsi ***ex se***

[14]Vedi la nota Sentenza di Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

invalido l'inserimento nella polizza di una clausola ***claims made***, sia essa pura o mista, proprio perché espressione dell'autonomia contrattuale delle parti. [15]

Escludere, però, la copertura assicurativa per quei sinistri occorsi durante la vigenza del contratto di assicurazione ma la cui domanda risarcitoria sia stata formulata dopo lo scioglimento dello stesso, potrebbe comportare uno squilibrio della corrispettività tra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo, con apparente, ed in alcuni casi anche concreta, alterazione del sinallagma contrattuale.

E ciò, si osservi, può verificarsi sia in caso di scopertura assicurativa che di stipula di una nuova polizza con una diversa Compagnia di Assicurazioni, qualora questa non inserisca nei propri contratti la clausola ***claims made***, tenendo, dunque, indenne l'assicurato per i soli "**fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione**".

La natura vessatoria, e questo il giudice di legittimità lo ha precisato sin dal 2005, va però valutata in concreto, non potendosi desumere meramente dalla non conformità della stessa al dettato normativo di cui all'art. 1917 c.c..

L'errore, che la Suprema Corte ha più vote riscontrato, nel giudizio ***in iure*** operato dai giudici di merito è stato proprio quello di avere ritenuto vessatoria la clausola ***claims made*** contenuta nella polizza assicurativa per il solo fatto che la stessa derogasse all'art. 1917 c.c. e, dunque, al modello legale ivi previsto che, si ripete, non ha natura imperativa.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza n. 9140 del 2016, avevano (o almeno così sembrava), posto alcuni punti fermi nell'ambito del dibattito circa la validità del modello in questione, sciogliendo dubbi precedentemente posti e stabilendo l'inconsistenza di ostacoli prospettati al funzionamento della clausola *claims made*.[16] Intanto, mentre un giudizio positivo di meritevolezza è presuntivamente

---

[15] Orientamenti espressi in precedenza negli arresti giurisprudenziali di Cassazione Civile, Sezione Terza, 22 marzo 2013 n. 7273 in *Guida al diritto 2013, 2 6, 63,* Cassazione Civile, Sezione Terza, 17 febbraio 2014 n. 3622 *in Banca Borsa Titoli di Credito 2015, 6, II, 712 e* Cassazione Civile, Sezione Terza, 13 febbraio 2015 n. 2872 *in Responsabilità Civile e Previdenza 2015, 1, 278.* Con la sentenza n. 7273/2013 i giudici della Terza Sezione hanno riconosciuta la validità ed efficacia della clausola *claims made* affermando che spetta al giudice stabilire, caso per caso, con valutazione di merito, se quella clausola abbia natura vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c..

Con la sentenza n. 3622/2014 è stato affermato il seguente principio di diritto: nei contratti di assicurazione della responsabilità civile l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto (cosiddetta clausola "claims made") non fa venire meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento della stipula le parti (e, in specie, l'assicurato) ignoravano l'esistenza di questi fatti, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente *ex* artt. 1892 e 1893 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti.

Con la sentenza n. 2872/2015 i giudici di Legittimità hanno ammesso l'efficacia e la legittimità, anche in termini di buona fede, della clausola claims made chiarendo nuovamente che tale clausola non introduce una limitazione della responsabilità in favore dell'assicuratore, ma stabilisce quali sinistri possano o meno essere indennizzati.

[16] Commenti alla sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 aprile 2016, n. 9140, cfr. tra gli altri R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, in Corr. giur., 7/2016; F.A. MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made: contratto valido* (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa"), in *Giur. it*. 2016; A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. e prev., fisc*. 4, 2016; M. GAZZARA, *La*

operato per la formula pura, la riflessione dei giudici di legittimità interessa sostanzialmente la sua versione mista.[17]

La pronuncia stabilisce che la clausola *claims made* non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio *ex art.* 1895 c.c. e che l'esclusione delle richieste postume non rende vessatoria la clausola, operando una limitazione dell'oggetto del contratto e non della responsabilità dell'assicuratore. Le Sezioni Unite, tuttavia, indicano una verifica da superare: il controllo di meritevolezza rispetto al caso concreto, ovverosia la valutazione circa il perseguimento con il contratto atipico di finalità apprezzabili alla stregua dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

L'astratta derogabilità del primo comma dell'art. 1917 c.c., comporta, infatti, l'atipicità del modello che si discosti da quello tipico e, quindi, l'esigenza di una verifica della concreta meritevolezza del patto.[18] Tale accertamento, per molto tempo identificato da giurisprudenza e dottrina con quello di liceità, non è definito precisamente neanche in

---

meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite, in *Danno resp.*, 10/2016; V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le sezioni unite,* in *Danno resp.*, 10/2016; M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite*, in *Danno resp.*, 10/2016; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa*, fasc. 6, 2016.

[17] Cfr. M. GAZZARA, op cit, p. 950, «Nell'ambito dei principi fissati dalla Corte, la distinzione tra clausole claims made impure (fortemente sospette di immeritevolezza) e pure (presuntivamente ritenute meritevoli) non appare, per le ragioni esposte, del tutto convincente, e può verosimilmente ritenersi dettata da ragioni di prudenza, e di politica del diritto, tese a non "terremotare" oltre misura l'attuale assetto di mercato, dominato da un regime ritenuto (almeno per quanto attiene al settore della r.c. professionale) in gran parte illegittimo, e comunque inadeguato al nuovo tempo dell'assicurazione obbligatoria, in vigenza del quale tuttavia sono state appostate le riserve e calcolati e riscossi i premi»; in senso contrario cfr. F. GRECO, «Le clausole cc.dd. miste o impure, le uniche a necessitare di uno stringente vaglio, sia esso di vessatorietà o, viceversa, di meritevolezza (stante la ormai controversa qualificazione di atipicità), espongono fisiologicamente il soggetto "debole", l'assicurato, a una seria problematicità: per come concepite, inducono una discrasia tra la scadenza del contratto assicurativo e il momento della cessazione del rischio, con il potenziale aggravio, per l'assicurato, di corrispondere un premio senza ricevere nessuna controprestazione. In altri termini, si palesa una posizione di debolezza sostanziale del professionista assicurato, che, benché non possa considerarsi riconducibile nella letteralità di consumatore, comunque pare assoggettato alla posizione di supremazia della compagnia assicurativa», op.cit., p. 476.

[18] Ancora sulla distinzione tra norma imperativa e norma dispositiva, cfr. M. GAZZARA, op. cit., «La circostanza che il Legislatore non conferisca alla norma una esplicita qualifica di inderogabilità non implica tuttavia affatto, come sembrerebbe desumersi da alcune un po' affrettate affermazioni della giurisprudenza e della dottrina, che essa sia sempre liberamente derogabile dall'autonomia privata, specie quando nelle concrete circostanze quest'ultima si riduca ad un mero simulacro, essendo il contenuto del contratto determinato del tutto unilateralmente dal contraente predisponente», p. 940; «Una volta stabilito che la clausola è atipica, occorre controllarne la meritevolezza: solo all'esito positivo del giudizio di meritevolezza si potrà concludere che la clausola è lecita, dunque produttiva di effetti giuridici [...] Resta comunque da verificare, infatti, se vi siano obbiettive ragioni che giustifichino uno scostamento assai significativo come quello realizzato dalla clausola in parola rispetto al regime legale. Ed è appunto a tale indagine, che con apprezzabile apertura innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente, si dedicano le Sezioni Unite, pur facendo precedere il *quid proprium* della valutazione, e cioè il giudizio di meritevolezza della clausola, dallo scrutinio di vessatorietà, il quale viceversa – come è stato giustamente osservato – dovrebbe a rigore costituire un *posterius* rispetto al giudizio di validità», così V. ALLAVENA in *Danno resp.*, 10/2016, p. 940.

questa circostanza; in ogni caso, i parametri che i giudici di merito dovranno considerare sono l'eventuale subordinazione dell'indennizzo alla condizione che sia il danno sia la richiesta di risarcimento avvengano in vigenza di contratto; la qualità delle parti, l'asimmetria informativa esistente tra le due e l'equilibrio-squilibrio di diritti ed obblighi derivante dall'operazione; l'entità del premio pagato e la possibilità di esposizione dell'assicurato a buchi di copertura, tenuto conto delle disposizioni normative che recentemente hanno introdotto l'obbligo di assicurare la responsabilità derivante dall'esercizio di attività professionali.

3. La legge 8 marzo 2017 n. 24 e la tipizzazione delle clausole claims made

Le clausole a "richiesta fatta" in Italia, così come in altri ordinamenti, hanno risposto all'esigenza via via sempre più rilevante nella prassi commerciale, di contrastare l'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione dell'area dei cosiddetti **"**rischi lungo-latenti**"** ossia quei danni provocati da prodotti difettosi e da responsabilità professionale, soprattutto in ambito sanitario, che si manifestano a grande distanza di tempo dall'evento. Per questa ragione, le compagnie assicuratrici hanno iniziato a circoscrivere l'operatività delle polizze ai soli sinistri "reclamati" durante la vigenza del contratto, così da poter «conoscere con precisione sino a quando saranno tenute a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi».

In Francia, Spagna e Belgio, l'assicurazione basata sulle clausole a richiesta fatta (***on claims made basis***) è stata riconosciuta a livello di diritto positivo e lo stesso è accaduto in Italia, a partire dal 2017, sebbene limitatamente ad alcuni settori; in particolare, si fa riferimento alla normativa in materia di responsabilità medica e a quella che prevede l'obbligo assicurativo in capo agli esercenti la libera professione. [19]

[19] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli), recante "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie". In particolare, l'art. 11 rubricato "Estensione della garanzia assicurativa" recita: «La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta» e il d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 novembre 2011, n. 148), come novellato dall'art. 1, comma 26, della legge 4 agosto 2017, n. 124. L' art. 3, comma 5, lett. e), dispone che: «[…] Le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al presente comma possono essere negoziate, in convenzione con i propri iscritti, dai Consigli Nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti. In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le

Ma la tipizzazione della clausola claims made nel nostro ordinamento è, stata realizzata nelle more di una complessa situazione. Da una parte, infatti, vi era la Cassazione, per la quale la validità o meno della clausola dipenderebbe dalla sua sostanziale conformità a principi superiori di giustizia contrattuale, da valutarsi tenendo conto dell'equilibrio sinallagmatico in concreto realizzato da ciascun singolo paradigma di copertura, tenuto conto, ad esempio, del maggiore o minor bilanciamento tra le limitazioni della garanzia postuma e l'estensione della copertura a fatti pregressi.

Precisando che, sempre secondo le Sezioni Unite, nelle assicurazioni obbligatorie dei professionisti (come già ricordato rese obbligatorie a tutela dei clienti, prima ancora che dei professionisti medesimi, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, lettera E del dl 138 del 2011) l'assenza di copertura postuma renderebbe la polizza certamente immeritevole e pertanto nulla (a rincarare la dose sono poi intervenute, sempre nel 2017, altre due sentenze gemelle della Suprema Corte, che hanno assunto un atteggiamento ancor più radicale, affermando una sorta di ontologica immeritevolezza, e quindi nullità, di clausole *claims made* che non prevedano alcun periodo di ultrattività). [20]

Dall'altra, i modelli (ormai socialmente tipici) elaborati da una prassi che, specie nel comparto delle polizze di responsabilità professionale, si erano strutturati (per lo più) attorno allo schema di una *claims made* con retroattività ma senza garanzia postuma. Il tema assumeva particolare impatto in vista e in funzione dell'introduzione dell'obbligo di assicurazione del rischio clinico [21], in relazione al quale, il già poco popolato mercato assicurativo si è da sempre dichiarato non disponibile a offrire garanzie corredate di copertura postuma.

Ed è stato nella consapevolezza di tale *impasse* operativa, che il legislatore, con la legge 8 marzo 2017 n. 24 (c.d. legge Gelli) ha voluto legittimare le clausole *claims made* sancendo un regime di estensione temporale della garanzia vagamente compromissorio, con previsione di una duratura copertura retroattiva (decennale) e la

---

compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

[20] Vedi Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10506 in *Giurisprudenza Commerciale 2018, 6, II, 973* e Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10509 in *Banca Borsa Titoli di Credito 2017, 6, II, 667.*

[21] L. SOLITO-C. GOJ, *Il rischio clinico: gestione integrata dei rapporti tra medici, Ente ospedaliero e Istituto assicuratore*, in *L'ortopedico Traumatologo Informer*, n. 33 del 2008.

correlativa esclusione di quella garanzia postuma tanto auspicata dalla giurisprudenza di legittimità.

La ratio della legge è evidentemente orientata a ritenere non necessaria alcuna ultrattività, tanto più a fronte della continuità dell'obbligo di copertura imposto a esercenti e strutture.[22] In tal senso, l'unica previsione di garanzia postuma decennale è stata inserita per il solo caso di cessazione di attività dell'esercente la professione sanitaria: al venir meno dell'attività professionale consegue il venir meno dell'obbligo assicurativo e, con esso, della sostanziale continuità di garanzia immaginata dal legislatore. L'esercente in riposo, infatti, deve poter fruire, in tal caso, di una copertura postuma decennale atta a coprire rischi di responsabilità concretizzatisi, in richieste risarcitorie formulate, nei dieci anni successivi all'abbandono dell'attività. In sostanza, può affermarsi che la legge Gelli segna, anche in questo particolare settore, il superamento, da parte del diritto positivo, di talune spinte giurisprudenziali a volte troppo lontane da ciò che la prassi ha trasformato in consuetudini consolidate e, in quanto tali, comunque rilevanti. [23] Nell'ambito così di una ampia logica di sistema (quella della nuova assicurazione obbligatoria del rischio clinico), la costruzione di una polizza senza garanzia postuma è stata resa non solo possibile ma sostanzialmente obbligatoria, tale essendo il paradigma temporale di operatività descritto dalla legge.[24]

A rendere, però più complesse le cose, è intervenuta a qualche mese di distanza dalla riforma Gelli, anche la Legge annuale per il mercato e la concorrenza [25] che disciplina proprio il regime temporale delle polizze obbligatorie dei liberi professionisti; di tutti i liberi professionisti, dunque, nessuno escluso, compresi, quindi, anche gli esercenti in proprio di attività medica o sanitaria. Viene disposto che le "condizioni generali delle polizze assicurative... prevedano l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura.

---

[22] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli), articolo 10, "Le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private devono essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera."

[23] Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere Giur*., 2017, 6.

[24] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli), articolo 11, "La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta".

[25]Vedi Legge, 4 agosto **2017**, n. 124, articolo 1, comma 26, "Legge annuale per il mercato e la concorrenza".

La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio".

Tale disciplina, precisa il legislatore, si applica in ogni caso, pur fatta salva la libertà contrattuale delle parti di stabilire un regime di operatività diverso.

È evidente, però, che la nuova norma, rimasta sostanzialmente invariata nella sua formulazione iniziale, non tenga in nessun conto le diverse previsioni del citato articolo 11 della legge n. 24 del 2017. La disposizione della legge sulla concorrenza, avendo visto la luce dopo la legge Gelli è, però, destinata a prevalere su quest'ultima: l'obbligo di offerta di una copertura postuma decennale obbligatoria, che la legge Gelli non prevedeva, se non per gli esercenti cessati, costituisce dunque un'autentica novità per l'intero comparto libero professionale compreso il settore del rischio clinico. Il fatto che la legge sulla concorrenza completi la riforma Gelli, si desume chiaramente nella parte della riforma in cui pone, in capo ai liberi professionisti, l'obbligo di assicurarsi in proprio.[26]

La novità introdotta dalla legge n. 124 del 2017 potrebbe anche essere letta come una sorta di avallo legislativo all'impostazione della più recente giurisprudenza di legittimità (e quindi all'affermazione della necessaria previsione di una garanzia postuma, quale parte integrante della polizza di Rc).

Non è, pero, possibile sostenere che la legge sulla concorrenza abbia reso sempre e comunque obbligatoria, per tutti i professionisti, una copertura del tipo *loss* (o, almeno, con postuma decennale). La volontà del legislatore, infatti, è stata probabilmente solo quella di rendere più concorrenziale l'offerta assicurativa, ampliando il ventaglio delle offerte reperibili sul mercato delle polizze di Rc professionale.[27]

In questo senso il comma 26 dell'articolo 1 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza, non estende affatto (come predefinita) la copertura obbligatoria dei professionisti per le richieste pervenute nei dieci anni successivi alla scadenza della polizza. Semplicemente pone a carico delle compagnie l'obbligo di offrire ai propri assicurati liberi professionisti la possibilità di coprire quei dieci anni ulteriori.

I detrattori della clausola *claims made*, anche alla luce delle citate leggi che per la prima volta la disciplinano, potrebbero sostenere, specie nelle garanzie delle responsabilità libero professionali, che la libertà negoziale delle parti dovrebbe comunque misurarsi

---

[26] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24, (c.d. Legge Gelli), articolo 10, comma 2, "Obbligo di assicurazione per l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture di cui al comma 1 del presente articolo o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente".

Ossequiando agli obblighi imposti a tali soggetti dall'articolo 3 comma 5 lettera e del dl 138/2011 (la stessa norma, cioè, che la legge sulla concorrenza interviene a modificare).

[27] Cfr. E. MARCHETTI, *Analisi ed interpretazione della Polizza RCT/O, in Sanità, Aspetti Giuridici e medico legali nelle polizze assicurative, Regione Lombardia*, IREF, Milano, 6 e 11 aprile 2006.

con quel labile vaglio di meritevolezza che, propugnato dalla Suprema Corte,[28] potrebbe far ritenere in concreto nullo (proprio perché eccessivamente sbilanciato e immeritevole) lo schema liberamente prescelto dalle parti. L'accento posto dal legislatore, per ben due volte, all'interno della stessa disposizione sulla libertà contrattuale delle parti, sembrerebbe però, voler tendere a comprimere e non certo ad enfatizzare, il potere giudiziale di sindacato sull'autonomia negoziale delle parti. Un'autonomia che, dopo tutto, il nostro codice civile tende piuttosto a preservare, in ossequio a una buona regola di certezza dei transiti giuridici. Bisogna anche, considerare, però, che l'adesione alla formula con postuma decennale e senza copertura pregressa, obbligatoriamente offerta dalla compagnia ma liberamente negoziabile dalle parti, potrebbe rivelarsi, in numerosi casi, del tutto inopportuna per il professionista.

Una compagnia che si limitasse, infatti, a proporre una polizza conforme al comma 26 dell'articolo 1 della legge n.124 del 2017 (con copertura postuma e senza retroattività) a chi disponga di una copertura senza postuma e con retroattività, finirebbe evidentemente per lasciare il cliente esposto a un buco di garanzia per tutte le richieste risarcitorie che, non avanzate nella vigenza della polizza precedente, resterebbero escluse dall'ambito di applicazione della nuova copertura. La compagnia assicurativa, in tali casi, sarebbe comunque tenuta a rispettare l'obbligo di profilare correttamente le esigenze di rischio della propria clientela, offrendo soluzioni adeguate agli effettivi bisogni di copertura di volta in volta implicati. Ma in taluni contesti, e ferma la libertà contrattuale, continuare a proporre polizze con retroattività e senza postuma, in alternativa alla soluzione individuata dalla legge sulla concorrenza, costituirebbe condotta non censurabile, e anzi del tutto apprezzabile. Parte del problema, infatti, non è dato dal più o meno ampio regime di estensione temporale delle polizze ma dal rischio di discontinuità che si potrebbe porre nel passaggio da un regime all'altro.

Con riguardo poi allo specifico tema delle assicurazioni del rischio clinico, è bene subito evidenziare come il doppio regime non vada a sovrapporsi. Le due leggi disciplinanti le clausole *claims made*[29] sono affiancate ma sembrerebbero disegnare un diverso ambito di applicazione.[30]

L'articolo 10, comma 2, della legge n. 24 del 2017, in combinato disposto con la nuova disciplina introdotta dalla legge n. 124 del 2017 (articolo 1 comma 26), applicabile ai liberi professionisti del settore sanitario, è fondata sull'obbligo di offerta di una polizza con previsione di postuma decennale e senza retroattiva (regime derogabile);

L'articolo 11, della legge n. 24 del 2017, applicabile, invece, alle altre polizze (tra le

[28] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[29] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli) e Legge, 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza).

[30] Cfr. S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24*, in *Jus Civile* 2018 n.1.

quali, eventualmente, anche quelle riguardanti i liberi professionisti) disciplinate dalla stessa legge Gelli, con postuma eventuale (solo in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale) e retroattiva decennale.
Da una parte, appare ragionevole che non vi sia, per le compagnie assicurative, un obbligo di offrire la garanzia postuma per le strutture, le quali potrebbero decidere, in piena autonomia, di passare da un regime di autoritenzione a uno assicurato o viceversa, assorbendo su di loro gli eventuali vuoti di copertura potenzialmente lasciati aperti da una polizza senza copertura postuma (eventualmente bisognerebbe valutare, se, e in che termini, il subentro di una compagnia di assicurazione ad un periodo di autogestione del rischio, possa giustificare il venir meno della retroattività decennale della garanzia assicurativa).
Dall'altra, andrebbe verificato se, derogando alla legge sulla concorrenza, il libero professionista, di cui all'articolo 10 comma 2 della legge Gelli, possa concordare senza vincoli una qualsiasi formula di garanzia o sia comunque assoggettato al rispetto, almeno, del paradigma minimo stabilito dall'articolo 11 della medesima legge.
Problematiche simili possono porsi, anche, per le polizze obbligatorie della responsabilità civile professionale degli avvocati. Qui il regime legale[31], ha introdotto una *claims made* con retroattività illimitata e una sunset clause (postuma in caso di cessazione) di durata almeno decennale. Tale disciplina, che nel decreto ministeriale[32] era certamente obbligatoria, oggi di fatto, pone a carico delle compagnie il solo obbligo di offrire ai propri assicurati liberi professionisti la possibilità di coprire quei dieci anni ulteriori. La compagnia assicuratrice, in sostanza, deve proporre (e prevedere nelle sue *Cga*[33]) la possibile estensione decennale, o prevedere, di base, nelle sue condizioni generali di assicurazioni, la garanzia postuma di dieci anni, salva la possibilità, per le parti, nell'ambito della loro libertà contrattuale, esplicitamente riaffermata nel testo di legge, di stipulare la polizza anche in assenza di copertura postuma (o comunque con soluzione di ultrattività di minor durata).
Ancora una volta, conseguentemente, la possibilità per le parti di negoziare soluzioni

[31] Vedi D.M., 22 settembre 2016, articolo 2.
[32] Vedi D.M., 22 settembre 2016, articolo 2.
[33] Attraverso la Cga *(Condizioni generali assicurazione)*, *l'Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici (ANIA)* con la diffusione annuale di contratti standard, indica alle imprese associate le modalità di stipulazione dei contratti e relative clausole, mirando a promuovere trattamenti omogenei per ogni ramo assicurativo. Le compagnie possono modificare le condizioni con la personalizzazione delle polizze, sempre nel rispetto delle leggi e regolamenti in materia e di quel giusto equilibrio che non dovrebbe consentire alla parte contrattuale forte di prevalere su quella più debole. È un aspetto che investe, come poc'anzi accennato, direttamente l'ambito complesso della tutela del consumatore, anche per l'invalidità delle cd clausole vessatorie nei contratti predisposti unilateralmente dalle assicurazioni per una serie indeterminata di rapporti dello stesso tipo. La disciplina applicabile per eventuali declaratorie di invalidità è dunque, oltre a quella speciale, l'art. 1341, prevalendo tuttavia la disciplina speciale con conseguente inefficacia delle clausole "incriminate" anche se specificatamente approvate per iscritto.

diverse da quelle stabilite dalla legge sulla concorrenza,[34] rimane condizionata a un vaglio di meritevolezza o di adeguatezza che potrebbe, in concreto, ritenersi positivamente superato ogni qualvolta il regime prescelto coincida con quello originariamente dettato dal decreto ministeriale.

4. L'ordinanza della Terza Sezione della Corte di Cassazione Civile e le premesse della nuova rimessione alle Sezioni Unite.

Le SS.UU. del 2016, come già ricordato pur avendo ritenuto atipica la clausola (e non l'intero contratto di cui essa fosse parte), si erano dichiarate convinte della meritevolezza della *claims made* c.d. pura mentre avevano rinviato ad un esame «caso per caso» da parte del giudice del merito quelle «c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento».[35]

Con ordinanza annotata, la Terza Sezione Civile della Suprema Corte [36] ha, però, sollecitato il Primo Presidente ad una nuova rimessione al vaglio delle Sezioni Unite, ipotizzando, nuovamente e persino in ogni loro variante (compresa, pertanto anche quella c.d. pura), l'atipicità e l'immeritevolezza delle clausole claims made ai fini previsti dall'art. 1322 c.c. .

Nella fattispecie, il fatto dal quale era scaturita la controversia giunta poi all'esame della Terza Sezione, riguardava la caduta del braccio di una gru, operante in un cantiere, che provocava il crollo di un magazzino con il conseguente danneggiamento delle merci ivi custodite.

La società proprietaria delle merci conveniva in giudizio la titolare del magazzino ed il responsabile del cantiere edile. A sua volta, l'impresa edile citava il fabbricante del braccio meccanico, il quale chiamava in manleva l'assicurazione.

Tra il costruttore della gru, responsabile del danno e l'assicurazione erano state concluse due distinte polizze, rispettivamente nel 2002 e nel 2003. Ambedue recavano una clausola *claims made* in virtù della quale l'assicuratore doveva tenere indenne l'assicurato per i danni il cui risarcimento fosse stato richiesto durante la vigenza del contratto. L'evento danno, però, si verificava nel 2002, durante vigenza del primo contratto (il quale, prevedendo una franchigia esigua, obbligava l'assicuratore a risarcire il danno), mentre la richiesta risarcitoria veniva formulata solamente nel 2003, durante l'efficacia del secondo contratto (la cui franchigia superava invece 150 mila euro). L'assicuratore, quindi, si rifiutava di manlevare l'assicurato, in quanto il risarcimento era stato chiesto durante il periodo di efficacia del secondo contratto, in

[34] Vedi Legge, 4 agosto 2017, n. 124, articolo 1, comma 26 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza".

[35] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[36] Vedi Cassazione Civile, Terza Sezione, 19 gennaio 2018, n.1465 in *Responsabilità Civile e Previdenza 2018, 3, 900.*

virtù del quale la franchigia era superiore al danno arrecato.
In primo grado, il giudice dichiarava nulla la clausola *claims made ex* art. 1341 c.c. e condannava l'assicurazione a manlevare il convenuto.[37] In sede di gravame, invece, la clausola veniva considerata valida e non vessatoria, in quanto volta a meglio descrivere l'oggetto del contratto, e la domanda di garanzia dell'assicurato veniva rigettata.[38] Si giungeva così in Cassazione, ed è evidente come la controversia sottoposta all'esame della Terza Sezione riguardi proprio un contratto caratterizzato da una *claims made* pura, per la quale, pertanto, alla stregua del precitato orientamento del 2016, non si sarebbe dovuto far luogo alcuna valutazione di meritevolezza.
La garanzia prestata per la responsabilità civile della società assicurata, infatti, aveva per oggetto i danni da questa cagionati a terzi per i quali avesse ricevuto una richiesta di risarcimento durante la vigenza del contratto di assicurazione, ancorché eventualmente verificatisi anteriormente a questa e, a tal fine, le condizioni generali definivano il «sinistro» come «la richiesta di risarcimento di danni per i quali è prestata l'assicurazione». Ma è proprio da questa pattuizione, che trae spunto la Terza Sezione per giustificare la rimessione alle SS.UU., asserendo che essa porrebbe problemi «ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi» dalla sentenza del 2016. [39]
Per l'estensore della Suprema Corte, una definizione di sinistro inteso come richiesta di risarcimento di danni confliggerebbe non già solo con la nozione di sinistro, che si ricaverebbe dall'art. 1917, comma 1, c.c., ma addirittura con quella dettata, più in generale, dall'art. 1882 c.c. per le assicurazioni contro i danni. [40]
Tale premessa, poi, giustificherebbe il fatto che l'art. 1932 c.c. non abbia annoverato il comma 1 dell'art. 1917 c.c. tra le disposizioni inderogabili, poiché «di prevedere l'inderogabilità di quella norma non v'era infatti bisogno, per la semplice ragione» che derogarvi «significa stipulare un contratto che non è un'assicurazione della responsabilità civile» ma, in realtà, nemmeno un'assicurazione, bensì una

[37] Vedi Tribunale di Treviso, 2 febbraio 2007, n. 128.
[38] Vedi Corte d'appello di Venezia, 3 febbraio 2014, n. 264.
[39] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.
[40] Vedi l'articolo 1917, comma 1, c.c. "Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi." e l'articolo 1882 c.c. "L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana."
Il sinistro, pertanto, coincide con tale evento dannoso, il quale deve essere connotato, inevitabilmente, dai caratteri di incertezza, possibilità, indesiderabilità e dannosità e deve presentarsi in termini di netta contrapposizione con l'interesse dell'assicurato: questi non deve volere la verificazione del sinistro. È necessario precisare che il rischio deve essere effettivamente esistente, può operare ***in rerum natura*** e non deve essere artificiosamente creato dall'assicuratore, poiché in tal caso si costituirebbe il distinto rapporto negoziale della scommessa.

scommessa.[41]
La tesi prospettata dall'ordinanza è che i contraenti dell'assicurazione sarebbero liberi di scegliere quale rischio assicurare, ma non di definire «sinistro un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato e sia privo dei caratteri di quello ovvero: non volizione e dannosità».
I contratti che contemplano (o presuppongono) una simile nozione di sinistro, infatti, non potrebbero «qualificarsi "assicurazione"», ma sarebbero contratti di altro tipo, non stipulabili quindi da un assicuratore [42] e la cui validità sarebbe «da vagliare caso per caso» ai fini di verificare la meritevolezza degli interessi da essa tutelati.
L'ultimo assunto viene, però subito smentito, poiché la tesi propugnata con vigore dalla Terza Sezione, implica l'immeritevolezza «sempre e comunque» della *claims made*, in ogni sua versione, per le ragioni che essa aveva già, in sostanza, prospettato, in due sue recenti decisioni. [43]
In conclusione, quindi, per i giudici di legittimità, la «ricezione, da parte di questi, d'una richiesta di risarcimento» non rivestirebbe i caratteri propri del sinistro, quali delineati dagli artt. 1882 e 1917 c.c., e, per di più, comporterebbe «sei conseguenze paradossali», che l'estensore illustra specificamente e che scomporremo più avanti, auspicando un nuovo, e più radicale, pronunciamento delle Sezioni Unite sulla invalidità «sempre e comunque» della *claims made*, in ogni sua formulazione. [44]
A parere di chi scrive, sembrerebbe opportuno operare, qui, una breve digressione. Tra le diverse cause riconducibili alla crisi della nomofilachia, vi è, sicuramente, l'eccessivo numero di ricorsi alla Suprema Corte, a fronte dei quali saranno prodotte

[41] Il rilievo sembrerebbe contrastare, in realtà, con l'interpretazione logica dell'art. 1932 c.c. Non si comprende, infatti, per qual motivo il legislatore, se realmente avesse ritenuto inderogabile anche il disposto del comma 1 dell'art. 1937 c.c., non lo abbia esplicitato ovvero, molto più semplicemente, non abbia ricompreso l'intero art. 1917 c.c. fra le disposizioni dichiarate inderogabili, limitandosi invece ad includervi i soli commi 3 e 4, il cui oggetto, nell'economia dello specifico rapporto contrattuale, è assai meno rilevante rispetto a quello del comma 1, che riguarda, invece, l'obbligazione principale dell'assicuratore.

[42] Vedi D.lgs., 7 settembre 2005, n. 209, articolo 11, comma 2.

[43] Vedi Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10506 in *Giurisprudenza Commerciale 2018, 6, II, 973* e Cassazione civile, Sezione Terza, 28 aprile 2017, n. 10509 in *Banca Borsa Titoli di Credito 2017, 6, II, 667*.

[44] È noto, che la clausola *claims made* sia da tempo al centro di un ampio dibattito dottrinale dando così luogo ad un'amplissima bibliografia. Senza pretese di esaustività, cfr. tra gli altri, MAGNI, *Contratto di assicurazione claims made: una storia senza fine?*, in *Corr. giur*, 2018, 465; *F. BACHELET, No contract is a island: Nuovi spunti in tema ci claims made (attendendo le Sezioni Unite) in Contratti, 2018, 261;* LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ*. comm., 2017, 1377; DELFINI, *Le Sezioni Unite nuovamente sollecitate a pronunciarsi sulle clausole claims made*, in *Giur. it*., 2018, 560; Id., *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nella assicurazione r.c. professionale*, in *Nuova giur. civ*. comm., 2017, 893; FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, ivi, 2016, 1523; TASSONE, *Clausole claims made: bandito il controllo di vessatorietà*, in *Foro it*., 2016, I, 2032; DE LUCA, *Act committed, loss occurance, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred*., 2015, 721; CIOFFI, *Modelli assicurativi: validità e vessatorietà della clausola claims made*, in *Contratto impr*., 2016, 1515.

altrettante decisioni non di rado discordanti e ben lontane dall'obiettivo di uniformità sincronica della giurisprudenza. Si tratta, in buona parte, di una conseguenza derivante dell'attribuzione a quest'ultima di funzioni tanto di tutela del diritto oggettivo nazionale, garantendo la esatta applicazione e la uniforme interpretazione della legge, quanto di tutela dei diritti soggettivi, alla luce del riconoscimento costituzionale della ricorribilità in Cassazione avverso tutti i provvedimenti concernenti la libertà personale dell'imputato.

Tra le diverse prospettive di rivitalizzazione della funzione nomofilattica, la più contemplata è quella incentrata sul valore del precedente giudiziario, la cui uniforme applicazione tra i giudici di merito e le stesse sezioni semplici della Cassazione, consentirebbe di prevenire contrasti giurisprudenziali conferendo alle pronunce delle Sezioni Unite quel grado di autorevolezza tale da determinare una necessaria uniformazione al ***dictum*** contenuto nelle sue sentenze.

Diverse sono, infatti, le voci [45]che guardano a favore della introduzione di un precedente che aspiri ad essere più generale, autorevole, uniforme e coerente, grazie al quale si conferirebbe maggiore effettività alla garanzia del principio di uguaglianza

[45]Cfr. tra gli altri, R. RODORF, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche* "Chi più chi meno, tutti i teorici del diritto sono ormai propensi ad ammettere che l'ordinamento si forma e vive non soltanto attraverso la posizione di precetti legali stabiliti in via generale ed astratta dal legislatore, perché – per adoperare un'espressione del Betti risalente alla prima metà del secolo scorso – esso «non è qualcosa di bello e fatto, ma è qualcosa che si fa per opera assidua di interpretazione». "…è quindi inevitabile circoscrivere il valore sistematico dei precedenti a quelli che, o per la più spiccata funzione nomofilattica dell'organo da cui provengono (per esempio le sezioni unite, chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza) o per il loro marcato respiro argomentativo (i cc.dd. *grand arrêts*) o per la loro ripetizione costante nel tempo (la giurisprudenza consolidata) paiono davvero in grado di orientare le decisioni di ogni successivo interprete, e quindi lo onerano di un supplementare sforzo argomentativo se eventualmente egli voglia discostarsene" in *Roma Tre-Press*, Scritti dedicati a Maurizio Converso, pp. 534 e 536; GALGANO, *Il precedente giudiziario in civil law* e *L'interpretazione del precedente giudiziario* ***"Sta di fatto*** che, nell'esperienza forense dei paesi di civil law, gli avvocati redigono le proprie difese – ed i giudici le proprie sentenze – facendo appello più che alle norme di legge, ai precedenti di giurisprudenza, assumendo a questo modo atteggiamenti argomentativi non dissimili da quelli degli avvocati – o dei giudici – di common law" in *Contratto e Impresa*, 1985, 701; TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, che sostiene la necessità di formulare una teoria del precedente che aspiri ad essere generale, dal momento che "il precedente esiste in ordinamenti storicamente e strutturalmente diversi, e che esso presenta caratteri diversi nei vari ordinamenti. Tale teoria dovrebbe servirsi di concetti ampi e differenziati, capaci di ricondurre a relativa unità fenomeni che presentano molteplici peculiarità". E soprattutto mette in rilievo come "il problema dell'efficacia del precedente non può dunque ridursi alla semplice alternativa tra efficacia vincolante e non vincolante. Occorre invece ipotizzare una scala composta da vari gradi di efficacia del precedente" in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 411; Sull'avvicinamento progressivo dei due sistemi cfr. ZWEIGERT-KOTZ, *Introduzione*, cit., p. 86; P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, secondo cui "il ruolo del giudice si è ingigantito; è facile constatazione che istituti nodali del vivere civile, fuori delle secche di un legislatore troppo lento e anche troppo distratto, hanno avuto e stanno tuttora avendo una formazione giudiziale (e anche dottrinale): l'esempio della responsabilità civile, specchio fedele degli attuali rivolgimenti con le sue frontiere mobilissime, ci si presenta come davvero emblematico. E la stessa civilistica italiana più sensibile si interroga da tempo sul valore del 'precedente', trapiantando con disinvoltura una mentalità peculiare a un pianeta ritenuto fino a poco tempo fa distante ed alieno come il *common law"* in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 32 (2003), Milano, 2004, p. 45

nell'applicazione della legge e al principio di certezza delle interpretazioni. **Un siffatto** precedente, (affine ad uno *stare decisis*), a maggior ragione, renderebbe effettive le libertà e i diritti fondamentali riconosciuti sulla Carta (***rectius*** le Carte nazionali come le Carte sovranazionali), creando un ambiente di maggiore sicurezza giuridica.

L'evoluzione del sistema ha, infatti, determinato, anche nei paesi di *civil law*, la necessità di rendere più efficace la funzione nomofilattica delle magistrature apicali.

Le stesse Sezioni Unite cosi come l'Adunanza Plenaria[46] hanno più volte, ritenuto, di "includere" il precedente giudiziario tra le fonti del diritto aderendo alla giurisprudenza EDU, la quale sancisce la irretroattività dell'***overruling***[47] con effetti ***in malam partem.***

Tale esigenza di certezza del diritto ha indotto, però, le corti superiori a stabilire che la propria decisione produca effetti unicamente pro futuro, escludendone la retroattività mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling* [48], istituto creato nel diritto nordamericano degli anni trenta proprio per mitigare gli effetti della naturale retroattività dei *revirement* delle corti supreme.

A partire da Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144 e numerose altre successive,[49] si è costantemente affermato che, per configurare il c.d. *prospective overruling*, sia necessaria la concomitante presenza dei seguenti tre presupposti: 1) l'esegesi deve incidere su una regola del processo; 2) l'esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento; 3) l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa. Tale impostazione è stata pedissequamente seguita

---

[46] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 12 febbraio 2019, n. 4135 in *Giustizia Civile Massimario 2019* e Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 dicembre 2017, n. 13 in *Redazione Giuffrè amm. 2017.*

[47] Cfr. MATTEI, "la possibilità di *overruling*: cioè il potere, riconosciuto ad una corte, di «discostarsi da un precedente interno alla propria giurisdizione e non distinguibile», potere che è ammesso in caso di decisioni palesemente assurde o sbagliate. Non è però possibile per un giudice inferiore discostarsi in questa maniera da un precedente posto da un superiore: egli dunque «applicherà il precedente, sottoponendolo comunque a tali e tante critiche nel corso della sua opinione da invitare il soccombente al gravame, ed inviare in tal modo un messaggio affinché il giudice superiore provveda all'*overruling*». Al di là dei casi estremi (errori palesi o risultati assurdi), negli altri casi «il potere di decidere circa l'esercizio o meno dell'*overruling* risiede interamente nella discrezionalità della corte successiva». In quest'ultimo caso la situazione è sostanzialmente analoga a quella che si trova a fronteggiare un giudice di *civil law."* in *Precedente*, cit., pp. 158 e 159. Cfr. su tutti i temi accennati SARTOR, in *Precedente*, cit., spec. p. 1335

[48] Cfr. STEIN, "Negli ordinamenti di *common law*, attraverso la *prospective overruling*, si decide il caso in esame conformemente ai precedenti in materia (per tutelare l'affidamento), ma contemporaneamente si annuncia che un futuro caso identico o simile sarà risolto secondo un'altra regola di diritto." in *I fondamenti*, cit., p. 126

[49] Vedi tra le altre, Cassazione Civile, Sezione Sesta, 9 gennaio 2015, n. 174 in *Giustizia Civile Massimario 2015*; Cassazione civile, Sezione Lavoro, 27 gennaio 2015, n.1483 in *Giustizia Civile.com 2015, 6 luglio*; Cassazione civile, Sezioni Unite, 13 febbraio 2014, n.3308 in *Foro it. 2014, 4, I, 1114*; Cassazione Civile, Sezioni Unite 21 maggio 2015, n. 10453 in *Giustizia Civile Massimario 2015;* e, da ultimo, Cassazione Civile, Sezione Unite, 13 settembre 2017, n. 21194 in *Diritto & Giustizia 2017, 14 settembre.*

anche dal giudice amministrativo.[50] All'interno di tale contesto rimane, inoltre, fondamentale l'art. 374 c.p.c. che prevede un meccanismo di rimessione obbligatoria del ricorso alle Sezioni Unite in tutti i casi in cui le stesse abbiano già enucleato un principio di diritto sulla medesima questione e le sezioni semplici ritengano di non aderirvi.
Da ciò, si può desumere una chiara volontà legislativa di accentrare l'attività interpretativa del diritto in capo alle Sezioni Unite, alle quali viene riservato il compito di enucleare quei principi di diritto che costituiscono l'astrazione e l'universalizzazione della *regola iuris* che sarà oggetto di applicazione in futuro da parte dei giudici di merito (e delle stesse sezioni semplici).[51]
Alla luce di quanto definito, se da una parte va considerato che la controversia, sottoposta all'esame della Terza Sezione della Suprema Corte, [52] riguardava un contratto stipulato anteriormente all'entrata in vigore delle nuove norme che hanno tipizzato le clausole *claims made* e che la stessa Terza Sezione, non ritenendo di aderire al principio di diritto enucleato dalle SS.UU. del 2016 sulla validità delle anzidette clausole, anziché decidere, abbia correttamente *ex art*. 374 c.p.c., sollecitato la rimessione della questione inerente alla atipicità e invalidità delle clausole *claims made* alle Sezioni Unite, dall'altra parte, gli ermellini, qualificando la questione nell'ordinanza di rimessione, come «massima di particolare importanza» hanno voluto provocare, anche se indirettamente, un ripensamento destinato a produrre effetti nomofilattici di ordine generale, e non limitati alle clausole stipulate prima dell'entrata in vigore delle suddette novità legislative. Ed è proprio in questa prospettiva, che risulta difficile comprendere la ragione per la quale i giudici di legittimità non operano alcun riferimento alle nuove disposizioni summenzionate e all'indiscutibile, profonda modifica dello scenario normativo che ne è conseguita. Era lecito attendersi una dimostrazione dell'attualità della questione prospettata anche con riguardo ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni anzidette ovvero la segnalazione dell'opportunità di distinguere la soluzione da adottarsi con riguardo a tali contratti rispetto a quelli conclusi precedentemente ad essa.

5. Le Sezioni Unite del 2018[53] e lo scrutinio del meccanismo assicurativo delle clausole claims made nelle diverse varianti.

L'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione,[54] come detto, si è interrogata sulla

[50] Vedi Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015, n. 9 in *Rivista di Diritto Agrario 2015, 3, II, 169* e Consiglio di Stato, Sezione Terza, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138 in *Foro Amministrativo (Il) 2017, 11, 2220*
[51] Cfr. A. GIUSTI, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile,* in *Questione giustizia,* Fascicolo 4/2018.
[52] Vedi Cassazione Civile, Sezione Terza, 19 gennaio 2018, n.1465 in *Foro it.* 2018, 2, I, 452.
[53] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 24 settembre 2018, n.22437 in *Foro it.* 2018, 10, I, 3015.
[54] Vedi Cassazione Civile, Sezione Terza, 19 gennaio 2018, n.1465 in *Foro it.* 2018, 2, I, 452.

tenuta giuridica del sistema assicurativo "claims made", adducendo che le censure di parte ricorrente suscitavano problemi «ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi» dalla sentenza delle SS.UU. del 2016,[55] per poi sintetizzare le "soluzioni preferibili" a detti "problemi" in due "principi", dei quali ha chiesto alle SS.UU. di saggiarne la correttezza, non limitandosi, quindi a porre i termini della questione sollevata, ma, chiaramente intendendo «dettare la linea» alle Sezioni Unite, pur affermando di voler «offrire... un contributo di riflessione».

Il primo di detti "principi" è stato così declinato: «Nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art.1882 c.c., ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.».

L' ordinanza interlocutoria, infatti, specifica che «il "sinistro" è soltanto un evento avverso, dannoso, e non voluto dall'assicurato. Le parti di un contratto di assicurazione della responsabilità civile non potrebbero quindi pattuire che il sinistro, ovvero il rischio avverato, possa consistere in un fatto diverso dalla commissione di un illecito aquiliano da parte dell'assicurato».

Inoltre, si legge sempre nell'ordinanza che «il rischio si avvera con il fatto illecito, perché è questo che fa sorgere l'obbligazione risarcitoria di cui si intende traslare il rischio stesso e non già con la richiesta risarcitoria. Se ciò avvenisse e se si ritenesse valida la clausola che qualifica "sinistro" la richiesta risarcitoria del terzo, si verificherebbero, come già precisato,[56] "sei conseguenze talmente paradossali, da risultare inaccettabili a qualsiasi ordinamento civile", e precisamente:

a) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore da un evento non dannoso, in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.;

b) si farebbe dipendere l'obbligazione dell'assicuratore "dall'avverarsi di un evento al cui avverarsi l'assicurato non ha un interesse contrario", in deroga a quanto stabilito dall'art. 1882 c.c.;

c) si renderebbe impossibile l'adempimento dell'obbligo di salvataggio, di cui all'art. 1914 c.c., atteso che per adempiere tale obbligo l'assicurato dovrebbe rendersi irreperibile alle richieste del terzo, ovvero non accettare le raccomandate o le notificazioni da questo speditegli;

d) l'assicurato non potrebbe mai avere nessuna copertura nell'ipotesi di assicurazione della responsabilità civile per conto altrui (art. 1891 c.c.; ad esempio quella stipulata dal datore di lavoro a beneficio dei dipendenti), perché il contraente che avanzasse una richiesta di risarcimento porrebbe in essere un atto volontario, e quindi doloso, la cui copertura è esclusa dall'art. 1900 c.c.;

e) si perverrebbe all'assurdo che anche una richiesta infondata costituirebbe un

[55] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

[56] Vedi questa nota, paragrafo 4, pag. 21.

"sinistro", e farebbe scattare per l'assicuratore il diritto di recesso;
t) nel caso di morte dell'assicurato, cesserebbe il rischio *ex* art. 1896 c.c. e si scioglierebbe il contratto, e gli eredi dell'assicurato, che avesse commesso un danno, sarebbero sempre e comunque privi della copertura assicurativa.
Il secondo "principio" è stato, invece, così enunciato: «Nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito».
Per il Collegio rimettente, inoltre, la meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Essa è, piuttosto, un giudizio che investe non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito, e tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, alla economia, al buon costume o all'ordine pubblico, ossia ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.
Agli interrogativi scaturenti dai due "principi" posti dall'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione, le Sezioni Unite del 2018[57] hanno ritenuto fosse opportuno dare una risposta unitaria «che affronti e risolva direttamente la problematica di fondo che gli stessi, pur evocando aspetti apparentemente diversi, mettono al centro del discorso giuridico, ossia quella che, a partire dal profilo della meritevolezza degli interessi coinvolti, investe il piano della validità delle clausole "claims made"».
Per i giudicanti è necessario scrutinare il meccanismo assicurativo delle suddette clausole nelle sue varianti e, opportunatamente, precisano che tale disamina non può non tenere conto del dato normativo. Le Sezioni Unite fanno, quindi, finalmente, riferimento alle nuove disposizioni di legge[58] attualizzando, doverosamente, la questione prospettata, specificando, inoltre, che di nessun pregio è il rilievo che il legislatore sia intervenuto solo recentemente, in quanto si è limitato a positivizzare una regolamentazione pattizia, di fatto, già esistente e diffusa nel settore assicurativo.
Secondo la Corte, infatti, «il legislatore ha in tal modo evidenziato che, nello spazio concesso dalla derogabilità (art. 1932 c.c.) del sottotipo delineato dal primo comma del citato art. 1917 (ossia dello schema improntato al *loss occurence* o all'*act committed*), ben si colloca, e non da ora soltanto, il modello *claims made*, da accettarsi, dunque, nell'area della tipicità legale e di quella stessa del codice del 1942, nel suo più ampio delinearsi come assicurazione contro i danni, rifluendo nell'alveo proprio dell'esercizio dell'attività assicurativa (secondo il combinato disposto degli artt. 2, comma 3, n. 13 e

[57] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 24 settembre 2018, n.22437 in *Foro it*. 2018, 10, I, 3015.
[58] Vedi Legge, 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. Legge Gelli) e Legge, 4 agosto 2017, n. 124 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza).

11, comma 2, dell'art. 11 del d.lgs. n. 209 del 2005). E ciò, ovviamente, è conclusione che si fa apprezzare non solo in riferimento al settore sanitario e delle professioni, ma in linea più generale, perché quella standardizzazione attiene anzitutto al meccanismo di base di operatività della *claims made*, comune, dunque, agli altri campi di elezione in cui detto modello si trova ad essere praticato, in quanto aggregati, e giustificati, dalla medesima logica assicurativa, ossia quella della copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza ».

Le Sezioni Unite hanno, poi, seguitato l'ermeneusi sulla materia, che come esse stesse specificano, è stata «già risolta sul piano del diritto positivo», dando contezza del fatto che, mentre nell'assicurazione contro i danni, il binomio sinistro-rischio è inscindibile, così non accade nel modello assicurativo con le clausole *claims made*. La stessa sentenza del 2016,[59] assunta dalla Corte a vero e proprio «approdo nomofilattico», aveva già indicato come la clausola *claims made* a garanzia pregressa e di conseguenza la fattispecie contrattuale che la conteneva, fossero valide, in quanto riguardavano un solo elemento del rischio garantito cioè la condotta colposa dell'assicurato che ha commesso il fatto, lasciando impregiudicata l'alea dovuta alla possibilità o meno che il danneggiato agisca nei confronti dell'assicurato per ottenere il risarcimento. Viene confermata, quindi, l'assicurabilità dei rischi pregressi sull'assunto che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato, a seguito di un sinistro verificatosi in corso di polizza, non si esaurisce nella condotta materiale, ma si forma in modo progressivo, giacché per concretizzarsi è necessaria la volontà del danneggiato di chiedere il risarcimento. Le *claims made* a garanzia pregressa sono lecite, perché riguardano una sola componente del rischio, ossia la condotta colposa dell'assicurato, mentre permane l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi.

Tali conclusioni, secondo la Corte, trovano ulteriore conforto, sempre in un passaggio della sentenza del 2016, in cui la clausola *claims made* impura (ma in generale riferibile a tutte le varianti di tali clausole) «è vista in termini di delimitazione dell'oggetto del contratto (con conseguente esclusione, quindi, della natura vessatoria della clausola ai sensi dell'art. 1341 c.c., in quanto non limitativa della responsabilità: approdo, questo, di un'interpretazione nomofilattica che va anche qui ribadito), correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante e della richiesta del danneggiato». Secondo le Sezioni Unite del 2018, la naturale conseguenza di un tale esito ermeneutico è il superamento del giudizio di meritevolezza *ex art*. 1322 c. 2 c.c., giacché quest'ultimo è ancorato al presupposto di un'atipicità contrattuale, mentre il modello assicurativo basato sulle *claims made* è ormai tipizzato. È icastico, come tale asserzione, sia una delle poche in dissonanza con la pronuncia a Sezioni Unite del 2016 in cui si faceva espresso

[59] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 6 maggio 2016, n. 9140 in *Foro.it*. 2016, 6, I.

riferimento alla necessità di un vaglio di meritevolezza sulle *claims made*, in quanto espressione di una fattispecie contrattuale atipica *ex art.* 1322 c. 2 c.c., ma questo è, evidentemente, giustificato dal fatto che la tipizzazione della *clausola claims* made è avvenuta solo nel 2017.

6. L 'indagine sulla causa concreta e la funzione pratica del contratto

Superati gli interrogativi posti dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione inerenti il profilo della meritevolezza e la relativa validità delle clausole "*claims made*", le Sezioni Unite[60] concentrano la loro attenzione su un altro piano fondamentale, ossia il controllo sul regolamento contrattuale basato su tali clausole, che non deve violare i limiti imposti dalla legge. Per La Corte, infatti, «rimane, vivo e vitale l'esame su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello *claims made*, rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", che il primo comma dell'art. 1322 c.c. postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto di interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio». Ed è per questo che secondo i giudicanti «si rende, quindi, opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto». Tale indagine, data l'eterogeneità dei contratti e dei meccanismi assicurativi, è resa necessaria al fine di evitare veri e propri squilibri sinallagmatici tra le rispettive prestazioni e rischi, che potrebbero concretizzare addirittura dei contratti aleatori unilaterali nel caso in cui venga meno la naturale funzione economico-sociale e la causa concreta del contratto assicurativo. Secondo la definizione resa in più occasioni dalla stessa Corte di Cassazione, per aversi contratto aleatorio è necessario, che l'alea intesa quale situazione rischiosa, cui i contraenti si espongono, investa e caratterizzi il negozio nella sua interezza e nella sua formazione, sicché per la natura del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti divenga radicalmente incerto il vantaggio economico in relazione al quale le parti si espongono.[61]

Nell'ipotesi in cui un contratto di assicurazione fosse strutturato in modo tale che la società assicuratrice non potesse subire perdite di alcun genere, cosicché l'unico contraente a essere esposto ai rischi fosse l'assicurato, l'alea del contratto verrebbe alterata in quanto incomberebbe non più su ambedue i contraenti, ma su uno solo di

[60] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 24 settembre 2018, n.22437 in *Foro it.* 2018, 10, I, 3015.

[61] Vedi Cassazione Civile, Seconda Sezione, 30 agosto 2004, n. 17399 in *Giust. civ. Mass*. 2004, 7-8. Il medesimo principio era stato, già prima, affermato da Cassazione Civile, Sezione 7 giugno 1991, n. 6452 in *Giust. civ. Mass.* 1991, fasc. 6, secondo la quale per aversi contratto aleatorio è necessario che l'alea, intesa quale rischio a cui i contraenti si espongono, investa e caratterizzi il negozio nella sua interezza e fin dalla formazione, sicché, per la natura stessa del negozio o per le specifiche pattuizioni stabilite dai contraenti, divenga radicalmente incerto il vantaggio economico in relazione al quale le parti si espongono.

essi.[62] In caso di alea unilaterale, quindi, anche l'interesse perseguito dall'assicuratore, in sé legittimo (il conseguimento di un beneficio economico), cesserebbe di essere meritevole di tutela. Tale interesse difatti, sovrasta a tal punto l'interesse della controparte da eliminarlo del tutto. In altre parole, non esiste più un rischio sul futuro patrimoniale della società assicuratrice, ma un contratto articolato in modo tale da garantire comunque un beneficio all'assicuratore a scapito dell'assicurato. Le Sezioni Unite richiamano, poi, nuovamente, la sentenza n. 9140 del 2016 in cui si erano già, state messe in luce alcune criticità, come l'asimmetria delle parti, ed alcuni meccanismi penalizzanti al sorgere e allo scadere della garanzia contrattuale, tali da determinare "buchi di copertura assicurativa" che non svaniscono per il solo fatto che il giudizio di meritevolezza più non si imponga come tale. Viene indicata, come esempio, la fase prodromica alla conclusione del contratto "*on claims made basis*", nella quale devono essere assolti gli obblighi informativi da parte dell'impresa assicuratrice o dei suoi intermediari «in modo trasparente e mirato alla tutela effettiva dell'altro contraente, nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze», in quanto precisa la Corte «è già scolpita nel sistema più generale la necessità che, nella fase precontrattuale, il contatto tra le parti, in quanto qualificato dall'affidamento reciproco e dallo scopo perseguito, sia improntato…al rispetto degli obblighi di buona fede, di protezione e di informazione che, nella specie (e, segnatamente, quelli informativi), devono tendere alla trasparenza ottimale dei contenuti negoziali predisposti, così da consentire alla controparte di rappresentarsi al meglio portata e convenienza degli effetti contrattuali». L'inosservanza dei suddetti obblighi può determinare una responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.), ovvero vizi del consenso[63] con conseguente annullabilità del negozio. Riguardo il contenuto negoziale del contratto basato sulle clausole *claims made*, il giudice di merito deve valutare se in esso gli interessi delle parti abbiano trovato un adeguato assetto, anche alla luce dell'informativa precontrattuale. Anche in questo caso, quindi, il vaglio del giudice deve riguardare la causa concreta del contratto, «ossia quella che ne rappresenta lo scopo pratico, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso negozio è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica

[62] Cfr. tra gli altri, BOSELLI, *Rischio ed alea normale del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc.civ.*, 1948, p. 770; sempre BOSELLI, in voce *Alea*, in *N.mo Dig. It.*, p. 476; PACIFICI-MAZZONI, *Trattato della vendita*, Torino, 1929-1930, vol. I, p. 111; In un certo senso si può dire conforme, pur non esplicitamente, l'opinione del Bianca, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 465; L'alea consiste proprio in un modo speciale di atteggiarsi dell'oggetto del rapporto economico tra le prestazioni (o tra prestazione ed attribuzione patrimoniale) di modo che ad una differenza economica tra esse, non corrisponda un'analoga differenza giuridica. L'alea è, tuttavia, anche causa proprio perché esprime un rapporto di proporzionalità giuridica tra le attribuzioni, venendo ad esprimere la sostanza del sinallagma. L'alea, quindi, qualifica lo schema causale del contratto, cfr. R. NICOLÒ, in voce *Alea*, in Enc. dir., p. 1030.

[63] S*ub specie*, dolo incidente *ex art.* 1440 c.c.

negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».[64]
Le Sezioni Unite evidenziano poi, ancora una volta, il diverso numero di tipologie assicurative presenti nel nostro ordinamento e le relative circostanze da applicare ai molteplici casi concreti oggetto di valutazione giudiziaria. Rispetto a queste precisano, la risposta in termini di tutela non potrà che essere diversificata e che inoltre, «come già ricordato dalla sentenza n. 9140 del 2016 - rimane soltanto residuale la possibilità di avvalersi della tutela consumeristica somministrata dall' art. 36 del d.lgs. n. 206 del 2005 (in ragione del "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" presidiato da una nullità di protezione), giacché riservata alle persone fisiche che concludono un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata (tra le molte, Cass., 23 settembre 2013, n. 21763; Cass., 12 marzo 2014, n. 5705), ossia ai settori cui, in modo quasi assorbente, il mercato assicurativo "*claims made*" è rivolto». Per questi ultimi settori, cioè quando a venire in rilievo siano, ad esempio, l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria o quella dei professionisti, è la legge stessa, con le disposizioni speciali in materia, che ha stabilito «le coordinate di base, inderogabili *in peius*» del modello contrattuale assicurativo. Il suddetto schema negoziale è "meritevole" in quanto idoneo a salvaguardare gli interessi delle parti, l'assicurato e assicuratore e a tutelare anche un interesse superindividuale[65] ossia quello ad «una corretta allocazione dei costi sociali dell'illecito, che sarebbe frustrata ove il terzo danneggiato non potesse essere risarcito del pregiudizio patito a motivo dell'incapienza patrimoniale del danneggiante, siccome, quest'ultimo, privo di "idonea" assicurazione».
Se, quindi, è oramai pleonastico un giudizio sulla meritevolezza, in quanto il contratto basato sulle *claims made* è tipico e pertanto meritevole, rimane invece indispensabile, come già evidenziato, l'indagine sulla causa concreta che esamina se l'assetto negoziale

[64] Come verrà evidenziato a seguire, la Suprema Corte ha infatti precisato che, le norme poste a tutela del contraente debole dal Codice del Consumo (*D.lgs. 206/2005*), ossia la nullità di protezione prevista in caso di "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (*art. 36*), si utilizzano in via residuale, solo nel caso in cui l'assicurato rivesta la qualifica di consumatore.

[65] CFR. R. FERRARA, *INTERESSI COLLETTIVI E DIFFUSI*, IN *DIG. PUB.*, VIII, TORINO, 1993, 482. IL RIFERIMENTO A SITUAZIONI DEFINITE SUPERINDIVIDUALI (ESPRESSIONE CHE CORRENTEMENTE, QUANTOMENO NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO, ABBRACCIA SIA GLI INTERESSI DIFFUSI CHE QUELLI COLLETTIVI) ESPRIME LA COMUNANZA DI UN INTERESSE A PIÙ SOGGETTI E LA CIRCOSTANZA, TENDENZIALMENTE NECESSARIA, CHE COSTORO SI COALIZZINO AL FINE DI RENDERE TALE INTERESSE TUTELABILE. QUESTO ASPETTO (CHE, PERALTRO, È FENOMENO CONNATURATO AL SISTEMA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO, BASTI PENSARE ALLE PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA INDIVIDUAZIONE DEI SOGGETTI TERZI O DEI DESTINATARI DI ATTI GENERALI) È ANCHE ALL'ORIGINE DEI DUE PRINCIPALI MODELLI DI INTERESSE DIFFUSO ELABORATI DALLA DOTTRINA: IL MODELLO OGGETTIVO E IL MODELLO "RELATIVAMENTE" SOGGETTIVO. MODELLI CHE RIPRENDONO UNA CLASSIFICAZIONE GIÀ PROPOSTA DA M. NIGRO, *LE DUE FACCE DELL'INTERESSE DIFFUSO: AMBIGUITÀ DI UNA FORMULA E MEDIAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA*, IN FORO IT., 1987, V, 9.

realizzi la funzione pratica del contratto, soddisfando così gli interessi delle parti.[66] L'eventuale presenza di uno squilibrio tra tali interessi, infatti, risulterebbe sintomatico di una carenza della causa in concreto dell'operazione economica.[67] Per valutare l'equilibrio sinallagmatico tra tali interessi e le relative prestazioni, risulta, ad esempio, determinante la valutazione del premio di polizza. Secondo le Sezioni Unite, infatti, «occorre indagare, con la lente del principio di buona fede contrattuale, se lo scopo pratico del regolamento negoziale "*on claims made basis*" presenti un arbitrario squilibrio giuridico tra rischio assicurato e premio, giacché, nel contratto di assicurazioni contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato, attraverso criteri di calcolo attuariale», e in tal senso deporrebbe anche l'ermeneusi fornita dalla CEE,[68] che sebbene con riguardo specificatamente alla tutela del consumatore «esprime un principio di carattere generale, basato sulla relazione oggettiva tra rischio e premio, sterilizzando la valutazione di abusività della clausola di delimitazione del rischio assicurativo e dell'impegno dell'assicuratore "qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore"». Anche nel caso dell'assicurazione della responsabilità professionale, il regolamento contrattuale dovrà essere modulato in ragione della disciplina legale di base, a carattere imperativo, e ciò, non solo per non essere derogabile *in peius* ma anche per tutelare gli interessi superindividuali, quelli del terzo danneggiato, a conferma del valore sociale dell'assicurazione, con la conseguenza che qualora il suddetto regolamento contrattuale non rispettasse la disciplina legale «lo iato tra queste comporterebbe la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.».

La valutazione dell'adeguatezza del negozio, allo scopo pratico perseguito dai paciscenti, deve rappresentare il criterio guida da applicare nell'interpretazione del contratto assicurativo *on claims made basis* e ciò per garantire l'assicurato, non solo nei modelli contrattuali relativi al settore sanitario o professionale, ma anche in quelli che «postulano l'esigenza di una copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza».

---

[66] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 17 febbraio 2017, n. 4224 in *Guida al diritto* 2018, 5, 25. Secondo la Suprema Corte, per poter rispondere in pieno al ruolo che l'ordinamento gli ha attribuito, il giudizio di meritevolezza deve guardare allo scopo pratico del negozio, inteso come la sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, e deve farlo in modo rigoroso parametrando il tutto ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti dalle parti, perché da esso dipende l'operatività e l'efficacia del contratto nel suo complesso.

[67] Cfr. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2/2014, p. 10251 ss.

[68] Vedi Direttiva CE, 5 aprile 1993 n.13, in *Gazzetta Uff. 21/04/1993 n. 95*, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Nel *Considerando n. 19* della Direttiva viene indicato, come nel caso di contratti assicurativi le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicuratore non formano oggetto di valutazione di abusività qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore.

Per quanto attiene, invece, alla fase attiva del rapporto assicurativo basato sulle clausole *claims made*, risulta certamente «abusiva, in ragione della frustrazione dell'alea del contratto» la clausola che consenta all'assicuratore la facoltà di recedere dal contratto al verificarsi di un sinistro compreso tra i rischi assicurati.[69]

In punto di diritto, le Sezioni Unite hanno, quindi, disegnato un percorso argomentativo solido e convincente e finalmente in aderenza con le esigenze giuridiche del nostro complesso momento storico. Attraverso la sentenza n. 22437 del 2018 è stato, infatti, enunciato un principio di diritto riassumibile in alcune fondamentali statuizioni: la deroga operata al primo comma dell'art. 1917 c.c. dal modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* è lecita, in quanto «non incide sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore».

L' assicurazione della responsabilità civile *on claims made basis* è stata tipizzata dal nostro ordinamento e quindi «rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c.»;

A fronte della indubbia forza contrattuale dell'assicuratore sull'altro contraente «la tutela invocabile dall'assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». Si rende, quindi, necessario da parte del giudice, un controllo particolarmente rigoroso e condotto su diversi piani, dalla fase prodromica a quella dinamica del contratto, al fine di verificare, in primo luogo, la rispondenza della singola pattuizione ai valori di solidarietà sociale tutelati dalla Costituzione e, in secondo luogo, per vagliare l'equilibrio dell'accordo nel suo complesso, onde correggere, attivando gli opportuni rimedi, i disallineamenti significativi tra rischio assicurato e premio. Permane,

[69] Lo stesso art. 2 del D.M. Giustizia, 22 settembre 2016, n. 104834 in *Gazzetta Uff.* 11/10/2016 n. 238, recante le "Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato", ha stabilito, in linea con il sistema claims made (con variante sunset clause) che "l'assicurazione deve prevedere, anche a favore degli eredi, una retroattività illimitata e un'ultrattività almeno decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza" e che deve essere esclusa espressamente la facoltà di recesso per l'assicuratore a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività.

pertanto pur sempre un vaglio di meritevolezza,[70] attraverso cui dovranno passare le clausole *claims made* per poter spiegare tutti i loro effetti nella circolazione giuridica. Il Giudice, infatti, dovrà procedere, anche d'ufficio, per i contratti tipici, al vaglio *ex art.* 1322 primo comma c.c. della causa concreta del contratto o della clausola contrattuale, per verificare l'esistenza o meno di uno squilibrio tale tra gli interessi regolati equivalente ad una carenza della causa dell'operazione economica.
Le Sezioni Unite, in merito alla fattispecie sottoposta al loro giudizio, hanno, dunque ritenuto, ottemperando al principio sopra esposto, che la Corte d'Appello abbia rivolto la sua attenzione sul profilo dell'atipicità della clausola senza indagare sulla concreta vicenda contrattuale e sull'assetto degli interessi coinvolti.[71]
Il giudice di seconde cure avrebbe dovuto, infatti, analizzare gli obblighi informativi, la corrispettività tra il premio ed il rischio assicurato, soprattutto in ragione della modifica dell'importo della franchigia (passata da un valore esiguo a 150 mila euro).
Secondo la Cassazione, quindi, i motivi di ricorso presentati dall'assicurato sono fondati. La sentenza viene, quindi, cassata con rinvio e la Corte territoriale nel giudizio dovrà attenersi al principio di diritto sopra esposto.

7. I possibili risvolti in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione

La pronuncia delle Sezioni Unite 2018, quindi, pur disegnando un percorso argomentativo solido e condivisibile, insiste nuovamente, sulla necessità di una valutazione di meritevolezza (anche se su di un piano diverso) devoluta interamente al giudice e, in tal senso, non pare migliorare quanto sancito con la sentenza del 2016.
Tale valutazione di meritevolezza non risulta, inoltre, agevolmente praticabile quando controparte sia la Pubblica Amministrazione. Con lo sviluppo del concetto di danno ingiusto, si è, infatti, originato lo specifico problema della copertura assicurativa degli enti pubblici (al quale si collega quello della garanzia assicurativa dei dipendenti) e del difficile rapporto esistente tra gli stessi e le compagnie di assicurazione.[72]
La difficoltà primaria è stata quella di delimitare l'area della copertura assicurativa individuando chi sono i soggetti assicurabili. È necessario, infatti, distinguere le

[70] Vaglio di meritevolezza, operato non più, *ex art.* 1322 secondo comma c.c.

[71] Vedi Corte di Appello di Venezia, 3 febbraio 2014, n. 264.

[72] Sulla nozione di ingiustizia del danno e sulla sua evoluzione, nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta, cfr. P. S SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 338 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro pad. 1960, I,c. 1420 ss.*; G. CIAN *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, p. 154 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato), in Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, 2 a ed., Milano, 2010, p. 807 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1962, XV, p. 628; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in Diritto Civile, diretto da N. LIPARIe P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, *Attuazione e tutela dei diritti, IV, La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009, p. 137 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, p. 358 ss.

diverse ipotesi di responsabilità configurabili dell'ente pubblico e del pubblico dipendente, richiamando i precetti fondamentali contenuti nell'art. 28 della Costituzione e nelle le disposizioni del T.U. riguardante lo statuto degli impiegati civili dello stato.[73] A seguito dei vari interventi della giurisprudenza contabile e quello del legislatore è stata ritenuta possibile l'assicurabilità del rischio da "danno erariale", determinato da un fatto o un atto doloso o (gravemente) colposo di un dipendente/amministratore pubblico. Il danno subito dalla pubblica amministrazione, può essere, però, la conseguenza di un comportamento diretto dei propri dipendenti o amministratori (cd. danno erariale diretto), o al contrario dipendere dalla condanna della PA in un'altra sede, sia essa civile o penale, a seguito di una condotta del dipendente/amministratore pubblico stesso. Anche in questo caso, la pubblica amministrazione subisce un danno (cd. danno erariale indiretto[74]) in quanto è chiamata a risarcire il terzo danneggiato da un proprio dipendente/amministratore. In presenza del danno erariale indiretto, la Procura erariale può esercitare l'azione di rivalsa, con la conseguenza, quindi, che tale danno (indiretto) rientri nel divieto normativo, per un ente pubblico, di assicurare i propri dipendenti/amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali.[75] In via generale, quindi, un ente pubblico può assicurare quei rischi che ricadano nella sfera della propria responsabilità patrimoniale e che trasferiscano all'assicuratore la responsabilità patrimoniale stessa, mentre non è legittimata e, quindi è causa di danno erariale, l'assicurazione di eventi per i quali l'ente non deve rispondere e che non rappresentano un rischio per l'ente medesimo.[76]

Per l'Ente è, quindi, fondamentale individuare correttamente l'oggetto della copertura assicurativa e, appunto, i rischi assicurabili. Ciò è possibile attraverso la procedura tecnico/aziendale detta di *risk management*[77] che deve essere posta in essere dal *broker* assicurativo e da altri soggetti individuati all'interno dell'ente pubblico. È evidente, che se si pensa ai rischi connessi agli investimenti produttivi, piuttosto che a quelli

[73] Vedi D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

[74] Vedi Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale della Calabria, 24 novembre 2009, n.714 *in Redazione Giuffrè 2010 e Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale dell'Emilia Romagna, 20 agosto 2015 n.106 in Redazione Giuffrè 2016.*

[75] Vedi Legge, 24 dicembre 2007, n. 244, *(Legge finanziaria 2008),* articolo 3, comma 59, che sancisce la nullità testuale del contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile.

[76] Vedi Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale della Lombardia, 6 dicembre 2011, n. 665, Corte dei Conti, Sezione Seconda Centrale, 3 marzo 2011, n.127 e Presidenza del Consiglio dei Ministri UPPA, parere n. 23 del 2008.

[77] Il *Risk Management* è definito come "insieme delle attività coordinate al fine di direzionare e controllare un'organizzazione nei riguardi del rischio" in *ISO-IEC Guide* 73:2002, pag. 14. Sul tema cfr. tra gli altri, D. IELO, *Dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione della precauzione: la macro sorveglianza prudenziale,* in *Amministrare*, 2/2010, pp. 215-245; G. MAJONE, *Strategic issues in risk regulation and risk management*, in *OECD*, cit., pp. 93-128; L. ALLIO, *L'analisi del rischio e il processo decisionale: una nuova frontiera per la better regulation?,* in *A. Natalini e G. Tiberi (a cura di), La tela di Penelope*, Astrid, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 479-489.

finanziari o alla gestione delle attività legate a una molteplicità crescente di piattaforme informatiche (*disaster recovery e cyber risk*), si percepisce, immediatamente, il carattere prettamente privatistico che contraddistingue la gestione dei rischi e la loro mitigazione.Per lungo tempo, infatti, il *risk management* ha riguardato, in via quasi del tutto esclusiva, il settore privato, specie quello bancario ed assicurativo con particolare attenzione riservata alla gestione dei rischi finanziari e di mercato.[78]

Al contrario, nell'ambito della gestione della cosa pubblica, inizialmente, il *risk management* si è affermato, solo limitatamente ad alcune grandi aree d'intervento, prima fra tutte i grandi rischi associati ai fenomeni atmosferici eccezionali o catastrofi naturali (protezione civile), ai rischi e/o errori legati al settore sanitario (rischio clinico) piuttosto che alla prevenzione dei rischi per la sicurezza negli ambienti di lavoro.[79]

Oggi, invece, più che in passato, gli enti pubblici necessitano di far fronte ad una gestione dei rischi crescente soprattutto nel rispetto di vincoli finanziari sempre più stringenti. Molti Enti, per risolvere questa problematica, hanno attuato una serie di riforme, che vanno dallo snellimento dei servizi, alla privatizzazione di alcuni settori di attività ed è proprio in tale contesto, che la pubblica amministrazione ricorre sempre più spesso ai servizi offerti dai *broker* assicurativi[80] così da provvedere alla copertura assicurativa dei

---

[78] Il *risk management* trae origine dal mondo della finanza anglosassone già all'inizio degli anni '50 con H. MARKOWITZ, *Modello di Markowitz e Teoria di portafoglio,* in ***Portfolio Selection "Journal of Finace"* 7, 1952, n. 1 pp. 77-91**. In particolare la teoria di portafoglio considerava cruciale la diversificazione degli investimenti in *assets* finanziari per la riduzione del rischio di rendimento. I modelli della teoria di portafoglio sono alla base dei modelli di *value at risk*. In seguito, ad essere osservati, sono stati i rischi legati allo svolgimento dell'attività creditizia (rischio solvibilità) piuttosto che la copertura di potenziali danni correlati ad eventi incerti. Nel corso del tempo il *risk management* è diventato non solo uno strumento per la misurazione dei rischi aziendali esterni quanto piuttosto quale valido supporto all'analisi e alla valutazione della struttura organizzativa interna ed in particolare dei processi lavorativi.

[79] Vedi D.lgs., 19 settembre 1994, n. 626, in attuazione delle direttive europee sul miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. Cfr. tra le altre, la Direttiva CE, 12 giugno 1989, n. 391 in *Gazzetta Uff. 29/06/1989 n. 183;* la Direttiva CE, 30 novembre 1989, n. 654 in *Gazzetta Uff. 30/12/1989 n. 393; la* Direttiva CE 30 novembre 1989, n.655, in *Gazzetta Uff. 30/12/1989 n. 393;* la Direttiva CE, 30 novembre 1989, n. 656, in *Gazzetta Uff. 30/12/1989 n. 393;* la Direttiva CE, 29 maggio 1990, n. 269, in *Gazzetta Uff. 21/06/1990 n. 156;* la Direttiva CE, 29 maggio 1990, n. 270, in *Gazzetta Uff. 21/06/1990 n. 156;* la Direttiva CE, 28 giugno 1990, n. 394, in *Gazzetta Uff. 26/07/1990 n. 196;* la Direttiva CE, 27 giugno 1997, n. 42, in *Gazzetta Uff. 08/07/1997 n. 179;* la Direttiva CE, 29 aprile 1999, n. 38, in *Gazzetta Uff. 01/06/1999 n. 138.*

[80] In dottrina la qualificazione giuridica del contratto di brokeraggio, ha dato vita ad un ampio dibattito. Vi è una tesi che lo riconduce alla mediazione, definendolo, tenuto conto delle attività di collaborazione e consulenza del broker e del ruolo che esso assume nella fase anteriore la stipulazione del contratto, come una forma di mediazione «atipica», «speciale», «parziale», «unilaterale», «fiduciaria» o «qualificata» (Cfr. tra gli altri R. BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001, p. 357; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1997, p. 97; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1993, XX, p. 155; P. CASALI, *L'agente e il «broker» di assicurazione*, Milano, 1993, p. 433; N. VISALLI, *La mediazione*, Padova, 1992, p. 46; A. MARINI, *La mediazione. Art. 1754-1765*, in Commentario Schlesinger, Milano, 1992, p. 82). A tale tesi si contrappone quella che ne sostiene la qualificazione in termini di prestazione d'opera intellettuale (Cfr. tra gli altri, G. GIUFFRIDA, *Profili problematici del c.d. brokeraggio*, in *Giust. civ.*, 1991, II, p. 41; R. IPPOLITO, *Il professionista di assicurazione denominato anche «broker»*,

molteplici rischi connaturati alle attività svolte, composte, come evidenziato, attraverso una procedura di *risk management*. L'attività di *brokeraggio* in favore degli enti pubblici diventa spesso rilevante nella messa a punto dei bandi di gara per la selezione degli assicuratori e nella determinazione del contenuto dei contratti in quanto le polizze, vengono assegnate con gare pubbliche e in regime di claims made dato il carattere *long tail* del rischio da assicurare (come più volte evidenziato, può passare molto tempo tra il momento in cui si commette l'errore e quello in cui si verifica il danno e la conseguente denuncia). Anche la selezione del *broker* assicurativo stesso deve, però, espletarsi attraverso le procedure di evidenza pubblica previste per l'appalto di servizi, in quanto l'attività di *brokeraggio* non può considerarsi a titolo gratuito, dal momento che le provvigioni del *broker* sono sì pagate dall'assicuratore, ma questi finisce poi per traslarne il costo sul premio, così addossandolo alla Pubblica Amministrazione.[81]

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici[82] ha, inoltre, previsto che sia «L'ANAC,[83] che

in *Assicurazioni*, 1989, I, p. 130; G. TRICOLI, *«Broker» si traduce mediatore o prestatore d'opera intellettuale?*, in *Corriere giur.*, 1985, p. 199) o di appalto di servizi o d'opera (Cfr. tra gli altri, P. PERSANO ADORNO, *Il ruolo del «broker» nei rapporti con la pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 2000, p. 713; R ROSSI, *Obblighi di informazione e responsabilità del «broker»*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 577). Vi è poi una tesi intermedia che, tenendo separati i distinti rapporti tra il broker e l'assicurando da una parte e tra il broker e l'assicuratore dall'altra, ritiene il brokeraggio un contratto misto, risultante dalla commistione di coessenziali elementi di contratti tipici quali la prestazione d'opera e la mediazione (In questo senso, cfr. DONATI-VOLPE PUTZOLU, ***Manuale di diritto delle assicurazioni***, Milano, 1999, p. 94, secondo i quali il brokeraggio è «un contratto che consta dell'apporto di prestazioni proprie a più schemi contrattuali tipici; si tratta quindi di un contratto misto di mediazione (unilaterale o fiduciaria) e prestazione d'opera intellettuale»; P. PERULLI, ***Il lavoro autonomo***, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1996, XXVII, p. 157; ALPA-FORLINO, voce «Broker», in ***Digesto comm.***, Torino, 1987, II, p. 367). Infine, merita di essere segnalata anche la tesi secondo cui si tratta di un «contratto 'misto' o 'complesso'», in quanto «sul ceppo principale del 'contratto di servizi' (appalto od opera) si innesta un ramo secondario, ma importante …, ossia il mandato (per lo più con rappresentanza) dell'assicurando al broker per la conclusione di contratti di assicurazione» (Cfr. M. BIN, ***«Broker» di assicurazione***, cit., p. 540).

[81] Vedi Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 24 febbraio 2000, n. 1019, in *Foro Amm.* 2000, 416.

[82] Vedi D.lgs., 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei Contratti Pubblici), articolo 213, comma 2, in *Gazzetta Uff. 19/04/2016 n. 91.*

[83] Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). La legge, 6 novembre 2012, n. 190, recante "***Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione***" ha individuato la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche quale Autorità nazionale anticorruzione.

Con l'entrata in vigore della legge, 30 ottobre 2013, n. 125, di conversione del decreto legge del 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni, la Commissione ha assunto la denominazione di Autorità Nazionale Anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche.

La sua composizione è stata rivista dall'art. 5 comma 3 della legge sopra citata che ha sostituito il comma 3 dell'art. 13 del D.lgs., 27 ottobre 2009, n. 150; l'organo collegiale è composto dal presidente e da quattro componenti.

L'art. 19, comma secondo, del D.lg., 24 giugno 2014 n. 90, convertito, con modificazioni dalla legge, 11 agosto 2014, n. 114, recante ***misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari***, ha stabilito che "***i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la***

attraverso Linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisca la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisca lo sviluppo delle migliori pratiche...Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle Linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle Linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla *legge n. 11 del 2016* e dal presente codice».[84] In base a tale assunto, l'Autorità anticorruzione è, quindi, intervenuta significativamente in merito alla copertura assicurativa della pubblica amministrazione,[85] individuando «nel contratto-tipo la forma più idonea per adottare un atto a carattere generale contenente le clausole-tipo che devono disciplinare il rapporto intercorrente tra le stazioni appaltanti e le imprese di assicurazione aggiudicatarie di contratti pubblici di servizi assicurativi». Contestualmente, ha anche «ritenuto opportuno fornire alcune indicazioni operative alle stazioni appaltanti per la corretta predisposizione dei documenti di gara». Il contratto-tipo fornisce, infatti, secondo l'ANAC, «le clausole da inserire obbligatoriamente nei contratti e suggerisce una serie di opportune misure da adottare per un'ottimale redazione dei bandi e dei contratti medesimi, nell'ottica di superare le criticità emerse in ordine alla scarsa e problematica partecipazione degli operatori alle relative gare». In particolare, nel contratto-tipo, la pubblica amministrazione deve occuparsi, tra gli altri, dell'autoassicurazione di parte del rischio (*o Self Insured Retention*), della modalità di centralizzazione e/o aggregazione della domanda e suddivisione della gara in lotti e delle diverse informazioni da

trasparenza (ANAC), di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che è rinominata Autorità nazionale anticorruzione". Con lo stesso provvedimento è stato, altresì, deciso che "***Al fine di concentrare l'attività dell'Autorità nazionale anticorruzione sui compiti di trasparenza e di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni, le funzioni della predetta Autorità in materia di misurazione e valutazione della performance, di cui agli articoli 7, 10, 12, 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono trasferite al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto".***

[84] Tale ultima previsione, è evidentemente ampia e quindi ha indotto i primi commentatori a chiedersi quale possa esserne il rapporto con le singole specifiche disposizioni attributive all'ANAC di puntuali poteri di normazione attuativa, concludendosi nel senso di ritenere queste ultime tassative e, quindi, di escludere che l'art. 213 possa aver attribuito all'Autorità un generale potere regolamentare "atipico", dovendo intendersi che un tale potere possa essere circoscritto alle sole ipotesi di *soft law*, di natura meramente amministrativa piuttosto che regolamentare (e, quindi, non vincolanti per le stazioni appaltanti) Cfr. M. BALLORIANI, op. cit., 51.

[85] Vedi ANAC, deliberazione 8 giugno 2016, n. 618, determinazione «*Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*», IN ***BOLLETTINO DI LEGISLAZIONE TECNICA*, FAST FIND: NN15236.**

raccogliere sistematicamente per essere messe a disposizione degli operatori economici, nelle singole gare bandite, con indicazione di esempi di tracciati informativi per i diversi settori pubblici.[86] La PA deve, inoltre, valutare gli elementi da utilizzare nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedere una clausola di recesso, prevedere la possibilità, nel caso di contratti assicurativi pubblici *on claims made basis*, dell'attribuzione di punteggi all'offerta di periodi incrementali di retroattività rispetto al periodo base (numero di anni) previsto nel capitolato (ove, chiaramente, la retroattività "ideale" per l'assicurato è quella determinata in funzione dell'ultima polizza *loss occurrence* stipulata dall'amministrazione aggiudicatrice) e delimitare dei concetti di fatto noto e di aggravamento del rischio.

L'Autorità anticorruzione, inoltre, ha rilevato alcune problematiche ed in particolare quella relativa all'individuazione dei sinistri «verificatisi precedentemente alla stipula del contratto che possono rientrare nella copertura assicurativa» evidenziando che, nelle polizze *claims made* stipulate dalla Pubblica amministrazione, il «fatto noto» deve essere delimitato, attraverso specifica clausola, alla «formale richiesta di risarcimento» ricevuta dall'Amministrazione oppure alla «formale conoscenza dell'evento dannoso».[87] Per L'ANAC, in sostanza, la copertura "claims made" dovrebbe riguardare «solo i sinistri per i quali antecedentemente alla stipula del contratto non è stata presentata richiesta di risarcimento e di cui il contraente non era a conoscenza. Nel caso di una Pubblica Amministrazione è da ritenere che l'effettiva conoscenza si abbia solo a seguito di comunicazione formale dell'avvenuto sinistro». Si manifesta il problema, però, per la Pubblica Amministrazione di stabilire correttamente il momento in cui informare il mercato degli eventuali sinistri, considerato, precisa l'Autorità «che la normativa sui contratti pubblici vieta offerte al rialzo rispetto al prezzo posto a base di gara e il prezzo di stipula non può essere diverso rispetto a quello di aggiudicazione». Per l'Autorità anticorruzione, quindi, la pubblica amministrazione deve informare il mercato, circa il fatto noto, al momento della pubblicazione del bando, precisando «che ulteriori sinistri di cui si dovesse venire a conoscenza devono comunque essere comunicati all'assicuratore o al mercato se la conoscenza si verifica prima del termine per la presentazione delle offerte. In quest'ultimo caso, così come avviene per la generalità dei contratti di tipo "claims

[86] Vedi tra gli altri, l'RC Auto e la RCT/RCO in ambito sanitario, considerati dall'ANAC tra i settori più problematici tra quelli oggetto di domanda pubblica.

[87] Vedi ANAC, deliberazione 8 giugno 2016, n. 618, IN *BOLLETTINO DI LEGISLAZIONE TECNICA*, FAST FIND: NN15236, cit., nell'indicare lo schema di clausola contrattuale disciplinante «le informazioni da fornire per i sinistri avvenuti in passato per le polizze di tipo claims made (fatto noto)» prevede che «1) L'assicurazione copre i sinistri denunciati nel corso di validità del contratto e avvenuti a partire da .... (nei casi in cui la specificità del rischio assicurato e\o la necessità di tutelare particolari esigenze sociali rendono opportuna la previsione di un periodo di retroattività illimitato, non verrà indicato alcun termine iniziale); 2) L'assicurazione non copre i sinistri per i quali, antecedentemente alla stipula del contratto, l'Amministrazione ha ricevuto formale richiesta di risarcimento o formale conoscenza dell'evento dannoso».

made", occorrerà verificare se il rischio ricade tra quelli di pertinenza del precedente assicuratore».

In conclusione, quindi, se da una parte, i contratti assicurativi *on claims made basis*, sono interessati, rispetto a quanto statuito dalle Sezioni Unite del 2018, dalla necessità di una valutazione di meritevolezza *ex* art. 1342 primo comma c.c. devoluta interamente al giudice civile (il quale, dovrà, quindi, come evidenziato, valutare con la lente del principio di buona fede contrattuale, la causa concreta del contratto o della clausola contrattuale, per verificare l'esistenza o meno di uno squilibrio tale tra gli interessi regolati), dall'altra, tali contratti, qualora siano previsti per la copertura assicurativa di una Pubblica Amministrazione, e quindi necessariamente assegnati con gare pubbliche, devono contenere, come previsto dal Codice dei Contratti Pubblici, delle clausole-tipo e rispettare particolari Linee guida dettate dall'ANAC. In tali casi spetterebbe, dunque, al giudice amministrativo il sindacato (solo di legittimità) sugli atti della Autorità e quindi la verifica diretta dei fatti e dei profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità o meno di un eventuale provvedimento impugnato. A norma del C.P.A. e del C.C.P.[88] Infatti, rientrano nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche i provvedimenti delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Il sindacato del giudice su tali provvedimenti e il suo inserimento nelle materie di giurisdizione esclusiva discende, nello specifico, dalle caratteristiche dei soggetti chiamati ad emanarli, secondo il principio formalistico dell'atto amministrativo. Le Autorità Amministrative Indipendenti, infatti, sono delle Pubbliche Amministrazioni che, al contrario di quelle ordinarie, difettano della tipica prerogativa di dipendenza dal potere esecutivo. Tali autorità, infatti, pur avendo natura pubblicistica, non sono subordinate né gerarchicamente né strumentalmente al Governo e sono state istituite con il definito scopo di controllare e vigilare specifici settori del mercato o dell'azione amministrativa, ricoprendo, quindi una posizione di indipendenza e imparzialità.

Dal recepimento e dall'applicazione degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, sono spesso discese importanti problematiche di natura pratico-applicativa, segnatamente in rapporto al loro regime di impugnabilità ed alla tipologia del sindacato del giudice amministrativo. Problematiche, che hanno portato ad interrogarsi sulla definizione della natura giuridica di tali atti.

Per la giurisprudenza amministrativa maggioritaria,[89] gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, hanno natura di atti amministrativi generali e sono, quindi,

[88] Vedi, D.lgs., 02 luglio 2010, n. 104, *Codice processo Amministrativo*, art. 133, comma primo, lettera l), in *Gazzetta Uff. 07/07/2010 n. 156* e D.lgs., 18 aprile 2016, n. 50, *Codice dei Contratti Pubblici*, art. 213, comma secondo, in *Gazzetta Uff. 19/04/2016 n. 91.*

[89] Cfr. tra gli altri, Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 21 gennaio 2008, n. 1767 e Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767.

scevri della caratteristica innovativa che contraddistingue le fonti regolamentari. Vengono emanati, infatti, da un'autorità pubblica con il precipuo scopo di perseguire un interesse pubblico relativo al loro operato, come ad esempio, tutelare la concorrenza e il mercato, tutelare il risparmio e gli investitori etc. L'atto di regolazione diventa, quindi, il mezzo tangibile con il quale l'Autorità, esercita la sua attività di controllo e vigilanza nei settori di competenza. Ricondurre, quindi, gli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, nella *species* degli atti amministrativi generali implica, evidentemente, la possibilità di poterli impugnare dinanzi all'Autorità giurisdizionale amministrativa al fine di far valere la loro illegittimità.

Tra gli atti di regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti assumono, però, particolare e specifico rilievo le suindicate Linee guida ANAC. La specifica funzione dell'Autorità anticorruzione è quella di valutare la regolarità delle procedure ad evidenza pubblica potendo intervenire attraverso gli ampi poteri di cui dispone. L'Autorità, inoltre, emana appostiti Regolamenti attraverso i quali descrive le modalità e i termini dell'attività precontenziosa e contenziosa che essa stessa esercita. Le Linee guida, i bandi-tipo, i capitolati-tipo e gli altri strumenti di contrattazione flessibile, sono da considerarsi atti di regolazione dell'ANAC.

Nello specifico, le Linee guida dell'Autorità anticorruzione, sono rivolte alla stazione appaltante o all'ente aggiudicatore con lo scopo di indirizzarle ad un corretto e regolare svolgimento della procedura. È poi necessario, distinguerne la tipologia. Le Linee guida dell'ANAC, possono, infatti essere non vincolanti o vincolanti. Quest'ultime, si differenziano dalle altre in quanto, appunto, vincolano la Pubblica Amministrazione procedente e rappresentano autentici dettami che non posso essere disattesi e quindi dei veri e propri regolamenti.

Tali Linee guida sono, inoltre, riconducibili alla definizione di "***altri atti di regolamentazione flessibile***" [90] e quindi di difficile esegesi. Per lo stesso Consiglio di Stato, gli atti in questione non sarebbero assimilabili alla categoria degli atti normativi, anche se atipici, in quanto privi di quei presupposti che attribuiscano una capacità diretta di innovare l'ordinamento.[91]

Al contrario, i giudici di Palazzo Spada, hanno reputato più corretto, oltre a misurare la rilevanza generale dei provvedimenti citati, prendere in considerazione la natura del soggetto che li emana, nella specie l'ANAC, che è, appunto, un'Autorità amministrativa indipendente. In tal senso, le Linee guida ANAC a carattere vincolante sono atti di regolazione di un'Autorità indipendente, e quindi, non possono essere considerati dei regolamenti in senso tradizionale, ma veri e propri atti di "regolazione"

[90] Vedi Legge, 28 gennaio 2016, n. 11.

[91] Vedi Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 21 gennaio 2008, n. 1767 e Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767. Cfr. CHIEPPA-GIOVAGNOLI, ***Manuale di diritto amministrativo***, Giuffrè, Milano, 2017.

e, pertanto, riconducibili agli atti amministrativi generali, con la conseguente possibilità, come già precisato per le Autorità indipendenti in generale, di impugnarli dinanzi al giudice amministrativo al fine di far valere la loro illegittimità.
I provvedimenti dell'Autorità indipendente, sono spesso, quindi, espressione della discrezionalità tecnica della Autorità di riferimento e ciò ha comportato alcune difficoltà in ordine alla loro impugnazione e al relativo sindacato del giudice amministrativo. La verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato da parte del giudice amministrativo, può estendersi, infatti, anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento. Qualora, in siffatti profili tecnici siano, però coinvolti valutazioni ed apprezzamenti dell'Autorità che presentino un oggettivo margine di opinabilità, il sindacato del giudice, deve limitarsi ad una verifica della ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione dell'atto impugnato, accertando che il provvedimento non abbia trasceso tali margini di opinabilità. Il giudice amministrativo, non può, infatti sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità, ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini.[92]
Risulta evidente, pertanto, che le ipotesi di violazione dei doveri di buona fede ovvero di squilibrio grave da nullità, difficilmente potranno verificarsi in concreto quando controparte sia la pubblica amministrazione, perché in tali casi, l'attività che conduce sino alla stipula del contratto di assicurazione è, come visto, procedimentalizzata. È lo stesso Ente pubblico che assume la veste di stazione appaltante ed è quindi la PA stessa che, in qualità di contraente forte, applicando le clausole-tipo e rispettando le Linee guida, determina e predispone il contenuto del contratto e delle singole clausole indicando il relativo capitolato d'onere. Bisognerà, quindi, ancora una volta, attendere le future pronunce dei giudici per valutare se le vicende evolutive in materia di assicurazioni *on claims made basis* siano riuscite a portare ordine in una materia estremamente complessa o se, al contrario, sorgeranno nuovamente quesiti o dubbi sul tema in esame.

[92] Vedi Cassazione Civile, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Diritto & Giustizia* 2014, 9 aprile. Le Sezioni Unite, in materia di sindacato del giudice amministrativo sugli atti di un'Autorità indipendente (nella fattispecie L'AGCM), in sede di ricorso ex art. 362 c.p.a. avverso una sentenza del Consiglio di Stato, hanno avuto modo recentemente di chiarire che il ricorso a criteri di valutazione tecnica sovente conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità e, in tali casi, il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo.