

CLAUSOLA CLAIMS MADE: CIRCOLAZIONE PARZIALE DI UN MODELLO NELLA RESPONSABILITÀ CIVILE ITALIANA

Andrea Borroni

Ricercatore in Diritto privato comparato nella Seconda Università di Napoli

Il presente saggio si occupa della recezione nel nostro sistema giuridico della clausola “claims made”-tipica dei contratti di assicurazione - che, formulata nell’alveo del “Common Law” e specificatamente nella prassi statunitense, è circolata raggiungendo anche gli ordinamenti di Civil Law.

L’adozione di tale clausola ha rappresentato una rivoluzione nel tradizionale sistema di responsabilità civile caratterizzato dal principio fissato dall’articolo 1917 c.c. di loss occurrence.

Quindi, il saggio, dopo aver analizzato la genesi e le differenze operative dei due modelli, ripercorre le reazioni dei formanti a tale tentativo di innesto riscontrando una certa apertura della dottrina ed un atteggiamento più prudente della giurisprudenza che ne ha limitato il pieno accoglimento.

The present essay deals with the incorporation of the ‘claims made’ clause into Italian laws; such clause, which traditionally belongs to the domain of insurance contracts, has been developed by the Common Law tradition, and specifically by the U.S. legal praxis, and, subsequently, has circulated among the various legal systems, until it has reached also Civil Law systems.

The adoption of this clause has subverted the traditional pattern of civil liability which was characterized by the principle of ‘loss occurrence’ set forth in art. 1917 of the Civil Code.

So, this essay, after having examined the genesis and the operational differences between the two models, recalls the reactions of the legal formants to the transplant attempt and underlines that the legal theory has shown a more open attitude towards it, whereas, the case law has taken a more prudent stance which in the end has restricted the clause’s full acceptance.

Sommario:

1. Premessa
2. Il contratto di assicurazione di responsabilità civile tradizionale o *loss occurrence*
3. Origine della clausola e modifica dell’oggetto del contratto
 - 3.1 Ipotesi di clausole *claims made*
 - 3.2 Vessatorietà e non vessatorietà della clausola *claims made*
4. Utilità e garanzia della clausola *claims made*

4.1 L'ottica dell'assicurato

4.2 L'ottica dell'assicuratore

5. La clausola *claims made*: l'interpretazione della giurisprudenza

6. Conclusioni

1. Premessa

Con l'approvazione della legge n. 148/2011, si è introdotto, nel nostro ordinamento, l'obbligo per i professionisti di stipulare un'assicurazione «*per i rischi derivanti dall'attività professionale e comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale*»¹. Ciò ha provocato prevedibili reazioni tra commentatori e ordini professionali che, ad oggi, sembrano non trovare un punto di incontro². Da un lato, infatti, la novità legislativa è stata oggetto di grande apprezzamento, in quanto conferirebbe, almeno teoricamente, una maggiore tutela agli assicurati in caso di negligenza³; d'altro lato, questo giudizio deve fronteggiare la prassi vigente nel mercato assicurativo⁴ che opera ancora principalmente con polizze “pre-confezionate” sbilanciate a favore dell'istituto proponente⁵.

¹ L'art. 3, d.l. n. 138/2011, c. 5, lett. e, convertito in l. n.148/2011, sancisce l'obbligo per i professionisti di dotarsi di «*idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale e a comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale*». Sulla stessa scia della precedente, si colloca la legge 31.12.2012 che recita: «*l'avvocato, l'associazione o la società tra professionisti devono stipulare, autonomamente o anche per il tramite di convenzioni sottoscritte dal CNF, da ordini territoriali, associazioni ed enti previdenziali forensi, polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione (...)*».

² Si veda MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e Resp.*, 2013, 701.

³ Tra gli altri, CESARANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, 2, ricorda che «le garanzie prestate in regime *claims made* ormai da decenni costituiscono la prassi negoziale per assicurare i rischi professionali e di impresa che, manifestandosi in modo graduale nel tempo o addirittura per il loro carattere lungolatente producono una sinistralità tardiva difficilmente prevedibile in termini certi sia di frequenza che di magnitudo».

Il meccanismo di attivazione della garanzia prevista nelle polizze consentirebbe di contenere l'esigenza, sentita dalla società di assicurazioni, di ponderare l'esposizione finanziaria entro limiti temporali circoscritti ed i bisogni degli assicurati, di tutela che altrimenti «rimarrebbero disattesi o troverebbero soddisfazione a prezzi elevatissimi e con coperture spesso inadeguate a causa del fenomeno inflativo connesso al notevole iato temporale intercorrente tra il periodo di vigenza della garanzia operante al momento del fatto dannoso e d il momento in cui interviene la richiesta risarcitoria del danneggiato».

⁴ Secondo GORGONI, *Delimitazione del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, il contratto assicurativo è assimilabile a quello di intermediazione finanziaria sia per l'utilizzazione di condizioni contrattuali uniformi che per la rilevanza pubblicistica. Inoltre, lo stesso autore sottolinea come non sia una novità «che il macrosettore del credito in senso lato sia accostato a quello assicurativo per una crescente 'antipatia' di impronta consumeristica».

⁵ MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 1, nota 1.

Le osservazioni che seguono non possono, quindi, ignorare che sul professionista gravano gli oneri e della copertura assicurativa e, di conseguenza, una forma, seppur edulcorata ed a-tecnica, di obbligo a contrarre⁶.

Altro aspetto controverso inerisce l'applicabilità degli articoli 33 e ss. del Codice di Consumo per il professionista assicurato, il quale, poiché sprovvisto dello *status* di consumatore, non sarebbe autorizzato a ricorrere a tale strumento di tutela, pur trovandosi, alla stregua d'un consumatore, in una posizione di debolezza negoziale verso la compagnia assicurativa.

Tali perplessità, sembrano addirittura enfatizzarsi quando, ai modelli tipici previsti dall'art.1917⁷, si sostituiscono progressivamente nuovi prototipi, quali, ad esempio, le clausole "*claims made*"⁸.

Stante la loro difformità rispetto al modello "ordinario" previsto dal codice civile, è necessaria un'analisi costi – benefici conseguenti all'adozione delle "*claims made*" per l'assicurato, ma, soprattutto, della meritevolezza e della

⁶ Seguendo un'impostazione di scuola, se il professionista non trovasse una piattaforma contrattuale a sé gradita, sarebbe, per ragioni non solo di opportunità ma anche legali, obbligato in ogni caso a contrarre un accordo a tutela della propria responsabilità professionale.

⁷ L'art 1917, c. 1, c.c. recita che:

«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.

L'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede.

Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicuratore nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziarie si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse».

L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore».

⁸ Sulle origini della clausola *claims made*, CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, 799 ss. Le ragioni che hanno spinto le imprese assicurative, a partire dalla metà degli anni '80, le formule *loss occurrence* a quelle *claims made* sono ben evidenziate in dottrina. Ad esempio, LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno Resp.*, 2005, 1084 sostiene che: «tutto il comparto assicurativo è stato oggetto, infatti, di una profonda crisi dovuta al riconoscimento giudiziale di fattispecie di danni completamente nuove, quali il danno da esposizione a sostanze tossiche come l'amianto o il danno ambientale e da inquinamento».

I tribunali, dunque, per fronteggiare la significativa mole di richieste caratterizzate da una lontananza temporale rispetto al momento originario del verificarsi del danno e gli effetti negativi sulle parti del contratto in termini di certezza del diritto e diritto all'indennizzo, hanno reinterpretato il termine *occurrence* nel senso di evento determinante per attivare gli effetti della copertura assicurativa.

legittimità di queste ultime disposizioni in relazione ai limiti previsti dal nostro ordinamento.

2. Il contratto di assicurazione di responsabilità civile tradizionale o *loss occurrence*

Così come previsto dall'ordinamento italiano, il contratto di assicurazione della responsabilità civile contempla, all'art. 1917 c.c., la facoltà per l'assicuratore di indennizzare l'assicurato di quanto costui di trovi a dover pagare a terzi per i danni arrecati, in conseguenza di un fatto espressamente deducibile nel contratto e che si sia verificato nell'arco temporale di vigenza della copertura assicurativa.

L'assicurazione della responsabilità civile 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. Come oggetto del contratto sarà dunque opportuno considerare il rischio, qualificato come effetto negativo del sinistro i cui effetti si riverberano sul patrimonio dell'assicurato.

L'impostazione tradizionale, stabilita dalla prassi assicurativa, prende il nome di *loss occurrence* (ovvero insorgenza del danno). Secondo quest'approccio, l'operatività della garanzia è circoscritta agli avvenimenti che verificano durante la vigenza della polizza, indipendentemente dalla data di richiesta di risarcimento e di denuncia⁹ del sinistro¹⁰; in altri termini, il diritto

⁹ In tal senso l'ordinamento giuridico francese, nel *Code des Assurances* l'art. L 124 -1 recita: «*Dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé*».

¹⁰ Attuale e molto intenso è il dibattito dottrinale avente ad oggetto l'interpretazione del significato da assegnare al termine "sinistro". Trattandosi di un fenomeno particolarmente articolato, si rilevano almeno quattro diverse sfumature interpretative; esso, infatti: i) può identificarsi con il fatto dannoso; ii) può coincidere con la richiesta di risarcimento del danno; iii) può rispecchiarsi nella fattispecie identificativa del riconoscimento giudiziale del diritto al risarcimento e iv) può manifestarsi tramite il pagamento del medesimo. L'operazione di riconoscimento incontra maggiori difficoltà allorché si faccia riferimento alle c.d. "professioni protette", in quanto le conseguenze generate dal danno possono essere particolarmente lontane dal fatto produttivo del sinistro stesso. Cfr., sul punto, DURANTE, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1964, 260; DONATI – VOLPE POTZOLU *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000, 173 e ss. Ad esempio per FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2006, 184 il sinistro altro non è che la concretizzazione del rischio per cui la polizza è stata stipulata e va individuata non tanto nel momento in cui è accaduto il fatto ma, piuttosto, nel momento della richiesta di risarcimento del terzo danneggiato. Sulla stessa linea

dell'assicurato alla garanzia, ex art. 1917 c. 1 c.c., vige anche in una fase posteriore allo scadere del rapporto contrattuale.

3. Origine della clausola e modifica dell'oggetto del contratto

La clausola *claims made* (ovvero *a richiesta fatta*) è stata per la prima volta formulata nell'alveo del *Common Law* e specificatamente nella prassi statunitense; da qui, a partire dagli anni '80, tale previsione contrattuale diviene clausola d'uso nei contratti assicurativi inerenti la responsabilità civile,

anche VOLPE POTZOLU, *La clausola «claims made»: rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, I, 6; e BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contributo approvato dai referee claims made*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2012, fasc.3, che ritiene legittimo parlare di sinistro solo nella fase in cui avviene la concreta richiesta risarcitoria in quanto l'art. 2952 c.c., c. 3. «fa decorrere la prescrizione dei diritti dell'assicurato per la r.c. dal momento in cui il terzo gli ha richiesto il risarcimento». Questo, come sostenuto da, BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Assicurazioni*, 2009, 474, deriva dal fatto che «il rischio di responsabilità civile non può esistere prima della formulazione di una richiesta da parte del danneggiato in quanto qualsiasi condotta è potenzialmente lesiva ma la sua offensività, e dunque la sua rilevanza in termini assicurativi, sorge allorché essa viene percepita come tale dal danneggiato e contestata al danneggiante». Tesi differente è, invece, quella sostenuta da CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 292 secondo il quale il concetto di sinistro non deve ravvisarsi nella richiesta di risarcimento (poiché essa resta un fatto estraneo al sinistro) ma al momento in cui la condotta illecita si trasforma in danno. Afferma, infatti, «se il rischio assicurato è quello normale dell'assicurazione della responsabilità civile, cioè il rischio che per l'accadimento di un fatto di cui l'assicurato deve rispondere civilmente sorga in capo a lui l'obbligazione di risarcimento del danno e/o riparazione, anche il sinistro non può non coinvolgere l'accadimento del fatto fonte di responsabilità, appunto perché il sinistro è l'attuazione del rischio assicurato». Un'ultima posizione è riscontrabile nello studio di POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori, Diritto ed Economia dell'Assicurazione (dal 2012 Dir. e Fiscalità assicur.)*, 2013, 1 ss. dove si legge che «La nozione di sinistro evidenziata dall'art. 1917 c.c. fa dunque riferimento al fatto dell'assicurato o meglio al suo comportamento dal quale origina la sua responsabilità senza alcun riferimento al momento di manifestazione del danno od a quello in cui viene poi chiesto il relativo risarcimento».

Il formante giurisprudenziale, invece, non si discosta da una risalente pronuncia che in realtà non sembra chiarire completamente i dubbi ermeneutici appena evidenziati. Nella sentenza 71/1941 si parla, infatti, di sinistro come «qualsiasi evento che non attenga alla vita dell'assicurato o di una terza persona, espressamente indicata in polizza, e che sia produttivo di una diminuzione o di un mancato incremento del patrimonio dell'assicurato». CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale*, Padova, 2012, 2389.

in particolare professionale.¹¹ 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 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 garanzia¹², tale clausola rappresenta una deroga al sistema originariamente tipizzato dal legislatore italiano nel 1942.

Infatti, l'attenzione viene posta non sul momento in cui un sinistro si verifica, quanto piuttosto sul momento in cui il terzo danneggiato inoltra richiesta di risarcimento¹³ nei confronti dell'assicurato¹⁴. Proprio in relazione alla

¹¹ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, in *Resp. Civ.*, 2009, 6. Per una più specifica ricostruzione delle regole operazionali degli ordinamenti di matrice anglosassone si rimanda a 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*.

¹² MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. Inoltre, si confronti, sul punto, FRANZONI, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, voce del *Dig. disc. priv. Sez. comm.*, Torino, 1996, XII, 401; CARBONETTI, *La formazione ed il perfezionamento del contratto*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità ed assicurazione*, (a cura di), Milano, 2007, 82; SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno Resp.*, 2005, 1079 ss.; DE STROBEL, *Le vicende del “claims made”*, in *Dir. Econ. Ass.*, 2006, 531; CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., 290 e ss.; LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, cit., 1084 e ss.; LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nella assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. Civ.*, 2005, 12, 1030.

¹³ Sulla identificazione del sinistro col momento in cui viene inoltrata la richiesta di risarcimento si vedano PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Milano, 175; DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, in CAVALLO BORGIA (a cura di), *L'assicurazione di responsabilità civile. Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, 166; GABASIO, *Modalità di validità della clausola in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medicina e Diritto*, 2010, 44.

¹⁴ Come afferma BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contribuito approvato dai referee claims made*, cit.: «Non vi è dubbio, allora, che la transizione dai modelli tradizionali di assicurazione della r.c., c.d. *loss occurrence* (insorgenza del danno), verso quelli strutturati secondo il modello *claims made*, sia avvenuta proprio in conseguenza dell'emersione delle nuove figure

grande versatilità dimostrata dalle *claims* e dalla loro idoneità a monitorare danni derivanti da eventi anche risalenti nel tempo, le compagnie assicuratrici hanno adottato tale strumento in misura sempre crescente¹⁵. 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.

Ci si trova, dunque, 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 risarcimento¹⁶.

di danno». In base alla ricostruzione ivi operata, infatti, il comma 1 dell'art. 1917 c.c. (i) incorpora una nozione di sinistro inteso come fatto dannoso, e (ii) individua il fatto generatore dell'obbligazione assicurativa nel comportamento colposo posto in essere dall'assicurato durante il periodo di efficacia della polizza e produttivo di un danno al terzo.

In altri termini, il momento in cui sorge l'obbligo indennitario dell'assicuratore coincide con il verificarsi della condotta lesiva dell'assicurato, senza che rilevi l'effettivo manifestarsi delle conseguenze dannose di quella condotta ovvero il momento in cui viene rivolta la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato; quindi, affinché l'assicurato sia coperto, la condotta lesiva dell'assicurato deve verificarsi nell'intervallo temporale in cui è in vigore il contratto.

¹⁵ Diversamente, secondo MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 3 il vantaggio sostanziale per le compagnie assicurative risiederebbe nel fatto che la clausola *claims made* «nel legare la copertura alla vigenza della polizza al momento della denuncia del sinistro, contribuisce in misura decisiva alla fidelizzazione del cliente, il quale sarà portato a rinnovare il contratto di anno in anno per evitare di incorrere in pericolosi «buchi di copertura» nel passaggio da una polizza all'altra». Prosegue, poi, affermando che «tale profilo, benché incida su questioni di ordine pubblico economico e sia stato segnalato adeguatamente da taluna dottrina, quantomeno, ad oggi, non è stato affatto preso in considerazione dalla giurisprudenza». Anche GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente, in Responsabilità Civile e previdenza*, 2011, fasc. 2, afferma che «si tratta di una clausola il cui obbiettivo è da un lato quello di limitare rigorosamente dal punto di vista temporale l'esposizione debitoria della compagnia, dall'altro quello di indurre l'assicurato a rinnovare la polizza di anno in anno e persino successivamente alla cessazione della sua attività, sino a quando cioè non si esaurisce il rischio di richieste risarcitorie, e quindi, per le polizze a copertura dei rischi professionali, per i dieci anni occorrenti ai fini della prescrizione». Come precisa CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2011, fasc. 2, è però possibile in alcuni casi «prevedere una estensione della garanzia, oltre i termini di vigenza temporale del contratto, sempre subordinandola alla comunicazione all'assicuratore della richiesta risarcitoria, in questo caso intervenuta a contratto ormai scaduto, ma facente riferimento ad un debito da illecito in-sorto durante la sua efficacia».

¹⁶ 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

3.1. Ipotesi di clausole *claims made*

La prassi assicurativa conferma la presenza di tre diverse tipologie di clausole *claims*:

i) “*classica*”, in cui è contemplata la retroattività a carattere illimitato della copertura assicurativa, con il risultato che l’assicurato riceve indennizzo in riferimento a qualsiasi fatto dannoso verificatosi precedentemente alla data di stipulazione della polizza, purchè la richiesta di risarcimento venga avanzata per la prima volta nel corso del periodo di vigenza del contratto assicurativo¹⁷;

ii) “*limitata*”, con la copertura della garanzia assicurativa circoscritta solo ad un determinato lasso di tempo – il c.d. “*prior acts coverage*” – precedente alla stipulazione della polizza (due, tre o cinque anni);

iii) “*irretroattiva*”, con la copertura della garanzia assicurativa prevista esclusivamente per il periodo di vigenza della polizza. In tale ultima ipotesi, poiché la copertura assicurativa sia operante, è necessario che avvenga durante il periodo di vigenza, sia il fatto che ha cagionato il sinistro, sia la prima richiesta di risarcimento dello stesso da parte del danneggiato e la denuncia di sinistro dell’assicurato¹⁸.

La prassi assicurativa si arricchisce di un’ulteriore tipologia di clausola da leggersi in combinazione con le formule *testè* citate; si tratta delle c.d. clausole di *responsabilità civile postuma* o di *ultra attività*, in base alle quali la garanzia assicurativa si estende per un periodo di tempo determinato successivo alla scadenza della polizza. La *ratio* di tali clausole è quella di tutelare l’assicurato da danni eventualmente provocati mentre aveva corso il contratto assicurativo

mediterraneo, dedicati a Gaetano Liccardo nel suo ottantesimo compleanno, Vol. I, Prospettive e modelli della cooperazione di giustizia nel Mediterraneo, Napoli, ESI, 2010, 442.

¹⁷ Si tratta, in realtà, di una possibilità solo teorica, poiché estendere il diritto all’indennizzo con le modalità di cui al testo creerebbe evidenti incertezze circa l’ampiezza degli obblighi assunti dalla compagnia assicuratrice.

¹⁸ Va ricordato che L’art 1910 prevede l’obbligo di avviso in capo all’assicurato oltre che al momento della denuncia del sinistro, anche al momento della stipula del contratto. In questo caso, non c’è alcun limite temporale per l’inoltro dell’avviso ma, in caso di inadempimento doloso di tale obbligo, l’assicuratore sarà esonerato dal pagamento dell’indennità. L’assicurato è, infatti, obbligato ad inoltrare l’avviso appena abbia concluso una nuova polizza per la copertura dello stesso rischio o venga a conoscenza dell’esistenza di una nuova polizza stipulata per suo conto da soggetti terzi. È chiaro, però, che la perdita del diritto all’indennizzo “*non potrà conseguire alla mera circostanza che la polizza, predisposta dall’assicuratore, contenga una clausola che escluda l’esistenza di altre assicurazioni concorrenti qualora ricorrano altri elementi che spieghino tale fatto in termini di negligenza dell’assicurato nella lettura del testo del contratto anziché di raggiro nel senso specificato*” POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori*, cit., 2.

anche nei casi in cui la richiesta di risarcimento dovesse pervenire dopo la data di scadenza della polizza.

3.2. Vessatorietà e non vessatorietà della clausola *claims made*

Le clausole *claims made*, stante la loro natura atipica e derogatoria del sistema di protezione predisposto dal Codice Civile per l'assicurato (tradizionalmente contraente debole), devono essere sottoposte al vaglio di vessatorietà¹⁹.

Secondo la dottrina, le clausole previste nei contratti d'assicurazione possono essere assimilate alle clausole contenute nelle condizioni generali di contratto mentre il vaglio circa la vessatorietà della clausola *claims made* ha visto il formante giurisprudenziale manifestare orientamenti talvolta non uniformi²⁰: in alcuni momenti, la giurisprudenza ne ha sostenuto la vessatorietà senza distinzione, in quanto comportanti una indebita limitazione di responsabilità²¹; in altri momenti, la giurisprudenza ha adottato un metodo più analitico.

¹⁹ Sul tema si consideri, CHIERICI, *Vessatorietà delle pattuizioni limitative del rischio assicurato e criterio della "determinazione del rischio garantito"*, in *Contratti*, 2013, 3, 269. L'interpretazione che viene data dalla dottrina del contratto di assicurazione come rappresentazione di condizioni generali di contratto, porterebbe alla conseguenza della inefficacia per la clausola *claims made* qualora la stessa non fosse approvata per iscritto (e sempre che la fenomenologia della clausola *claims made* venga, nel caso di specie, inquadrata nella categoria delle clausole vessatorie). Per approfondimenti ulteriori, si veda GAGGERO, *Validità ed efficacia della assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2.

²⁰ Secondo BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contributo approvato dai referee claims made*, *cit*, la compresenza di una molteplicità di interpretazioni rappresenta «anche un indice del persistente movimento tra tipicità e atipicità che da alcuni anni a questa parte si registra presso la giurisprudenza e la dottrina, impegnate a rivisitare, spesso con valorizzazione del ruolo centrale della buona fede, consolidate impostazioni in tema di disciplina del contratto di assicurazione ed a indagare il rapporto intercorrente tra i nuovi modelli contrattuali, consegnatici dalla prassi o dalla legislazione settoriale, e la funzione causale del contratto racchiusa nell'art. 1882 c.c.». Sull'impiego della buona fede per ottenere un bilanciamento tra vantaggi e svantaggi cfr. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000 cit., 17 ss.; 329; CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. dir. com. cit.*, passim; in una certa misura anche CABELLA PISU, *Le clausole di esonero da responsabilità*, Torino, 1988, 19.

²¹ La Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993 n. 93/13 relativa alle clausole abusive ha precisato che nel campo dei contratti di assicurazione «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicurato» non possono considerarsi vessatorie se «i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato al consumatore».

A tale indirizzo appartiene la distinzione tra clausole *claims made* pure e *claims made* miste²².

Nella clausola *claims made* pura²³ l'assicurazione tiene indenne l'assicurato dalle richieste di risarcimento pervenute nel periodo di vigenza del contratto. In tal caso, la clausola non è considerata vessatoria se la copertura termina nel momento in cui matura la prescrizione del diritto al risarcimento in capo al terzo danneggiato²⁴.

Nel caso di *claims made* mista, la vessatorietà è, invece, giustificata dal fatto che tale previsione venga inserita in un sistema misto (in altre parole, in un contesto che veda contemporaneamente presenti elementi di un sistema *loss occurrence* e *act committed*): per i sinistri avvenuti durante la vigenza di una copertura *claims made*, ma manifestatisi nei loro effetti, solo nella vigenza di

²²Sul tema anche MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 5 che le distingue in *claims made* pura e *claims made* impura.

²³Alla specie di clausola *claims* è attribuita natura ibrida con retroattività di copertura; per questo, sia il mercato assicurativo internazionale sia le corti di common law sono solite definirla *Retroactive period clause; Prior Acts Coverage*. Inoltre, essa è classificata dal *droit française* come regime «*base réclamation avec reprise du passé inconnu*».

Si veda sul punto BOGLIONE, cit., 471, che riprende la dottrina inglese di CLARKE, secondo cui «The interval of time between event and claim can vary considerably and this has led to hybrid policies». Stessa considerazione sulla natura derogatoria della estensione del periodo di retroattività della clausola rispetto al contratto standard è attribuita da LANZANI, *Clausole claims made: legittime ma vessatorie*, cit., 1085. Inoltre la Loi n. 2002-1577 du 30 décembre 2002, c.d. *Loi About*, sancisce una garanzia "base réclamation" per i casi di assicurazione di responsabilità sanitaria con obbligo di retroattività illimitata e garanzia postuma non inferiore a 5 anni. La nascita e il progressivo affermarsi della clausola *claims made* è adeguatamente tratteggiata da CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Danno e resp.*, 2007, 799 e ss. Un cenno alle origini della clausola è dedicato anche da LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, cit., 1084.

²⁴ È bene precisare che una limitazione di responsabilità potrebbe verificarsi anche nel caso di polizze con retroattività decennale. È, infatti, da considerare (i) la possibilità che l'illecito rimanga lungolattente per un periodo superiore ai dieci anni e (ii) che il decorso della prescrizione decennale inizierebbe comunque dal momento, eventualmente successivo, in cui il danneggiato acquisisca piena consapevolezza del carattere illecito del pregiudizio subito. In assenza delle tutele previste dalla *loss occurrence*, come ha dimostrato l'esperienza del mercato assicurativo statunitense, sarebbero molto gravi gli oneri economici provenienti dalla lungolattenza dei casi di responsabilità civile dovute anche alla individuazione della garanzia effettivamente colpita dall'evento di danno con sviluppo graduale nel tempo. Contrariamente si avrà una riduzione nel tempo degli indennizzi concessi alle vittime dato il decremento dei massimali di copertura conseguente al fenomeno inflattivo.

un sistema *loss occurrence*, l'assicurato sarebbe "scoperto" da tutela assicurativa, pur senza avere interrotto nel tempo la sottoscrizione di contratti a tutela della responsabilità civile²⁵.

In tal caso, per non privare l'assicurato di una copertura assicurativa efficace, la soluzione ottimale pare essere quella che considera vessatoria una tale clausola, in modo che la stessa sia ricondotta alle condizioni di operatività di una clausola *claims made* pura²⁶.

Tale impostazione ben si attaglia alle soluzioni adottate nel trattare la tradizionale dicotomia tra parti forti e deboli del contratto e, quindi, alle tutele poste a salvaguardia dell'assicurato/consumatore.

Nel caso, invece, di una clausola *claims made* inserita in contratti a tutela di azioni di responsabilità civile sottoscritti tra la compagnia assicuratrice e professionisti (soprattutto se qualificati) emergono incertezze circa l'impostazione da adottare. In altre parole, si introduce un elemento nuovo ed ulteriore per vagliare la validità della clausola: le caratteristiche soggettive delle parti²⁷.

Ben rappresenta questa criticità una recente pronuncia di merito del Tribunale di Catanzaro che, nella sentenza del 1° aprile 2011 n. 962, non riconosceva la vessatorietà della clausola, in quanto il soggetto coinvolto (nel caso di specie, un direttore generale) possedeva il bagaglio tecnico per comprendere che, in base alle clausole previste dal contratto, non vi era operatività della copertura²⁸. La *ratio decidendi* del caso concreto, dunque, non riconosceva un livello di asimmetria informativa tale per cui potessero operare le

²⁵ In questi casi, il trattamento potrebbe essere assimilato a quello di una clausola vessatoria non sottoscritta specificatamente.

²⁶ Stante il carattere fortemente atipico della clausola *claims made* e dalla possibilità di declinarne il contenuto in varie forme, ai fini di un giudizio di vessatorietà non è sufficiente constatare una semplice deroga all'articolo 1917, bensì è necessario accertare, in base al contenuto della stessa, se la clausola operi o meno una limitazione di responsabilità dell'assicuratore. Dunque, secondo quanto stabilito dalla Corte di Cassazione, devono ritenersi limitative della responsabilità, "*solo quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto (...) le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito.*" Cass. Civ. Sez. III, Sentenza, 26 giugno 2012, n. 10619.

²⁷ TASSONE, *Clausole "claims made", professionisti e "terzo contratto"*, in *Danno e Resp.*, 2012, 7, 717.

²⁸ Il caso aveva ad oggetto un contratto di assicurazione per la responsabilità civile patrimoniale sottoscritto dal direttore di un'azienda sanitaria, con pattuizioni specifiche circa l'operatività temporale della copertura. Nello specifico, l'assicurazione si impegnava a tenere indenne il professionista per richieste di risarcimento presentate per la prima volta durante la vigenza del contratto a patto che tali richieste originassero da comportamenti colposi dell'assicurato avvenuti nei due anni precedenti la stipula del contratto ma anche per richieste presentate nei cinque anni successivi alla scadenza dello stesso purché riferite a fatti avvenuti durante la vigenza della polizza.

garanzie tipiche del rapporto di assicurazione stipulato con un consumatore²⁹; questo campo del diritto si apriva, in tal modo, alla nozione del c.d. “terzo contratto”³⁰, ossia quel contratto «negoziato in ogni dettaglio da soggetti avvertiti, pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo»³¹.

²⁹Secondo una certa dottrina, nel concetto di consumatore possono rientrare anche le piccole imprese e le persone fisiche che svolgono attività professionali, reputate anch'esse idonee a beneficiare della tutela accordata ai consumatori. Quest'assunto si basa su una distinzione tra il c.d. atto della professione (che si distanzia dal concetto di atto di consumo) e atti relativi alla professione (che vengono realizzati nello svolgimento dell'attività professionale ma al di fuori della competenza specifica del professionista). PALMIERI, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti*, in *Danno e resp.*, 2005, 933 e ss.; SCODITTI, *Clausole abusive nel contratto di assicurazione: il consumatore ha diritto al risarcimento del danno?*, in *Danno e resp.*, 2005, 941 e ss.

³⁰Come sostenuto da BRUNO, *Tutela del consumatore e foro applicabile. Il terzo contratto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, fasc. 1: «il terzo contratto dovrebbe contrassegnare l'ipotesi di un fenomeno prospetticamente residuale, che va definito per sottrazione degli ambiti occupati dal primo e dal secondo, rispettivamente il contratto di diritto comune, creato intorno alla disciplina generale consegnataci in origine dal Titolo II del Libro IV del Codice ed il contratto del consumatore, modello costruito progressivamente attraverso una serie di interventi e culminati nella disciplina oggi binaria, dettata dall'art. 1469-bis c.c., attraverso il richiamo alle disposizioni generali, in quanto non derogate dalle norme del Codice del consumo».

La figura qui analizzata nasce come ipotesi di studio ma, sin da subito, si è mostrata come «strumento valido agli interpreti, al fine di compensare un vuoto normativo, ascrivibile alla tutela dell'imprenditore debole e garantire in tal modo il raggiungimento delle finalità solidaristiche e di uguaglianza valorizzate dal nostro ordinamento — volte alla tutela dei soggetti deboli — in una visione costituzionalmente orientata». GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, cit. ha, invece, posto l'attenzione, non tanto sull'aspetto riguardante l'asimmetria informativa quanto, piuttosto, sulla forza contrattuale delle parti. Malgrado, infatti, molti professionisti siano dotati di competenze atte a riconoscere le clausole abusive nei contratti, «ben difficilmente riusciranno a reperire sul mercato una polizza diversa e tanto meno a negoziare l'espunzione della clausola sgradita dal regolamento contrattuale».

³¹ PARDOLESI, *Introduzione a COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti - Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004. L'autore contrappone tale contratto a quello con i consumatori. Contrariamente, GAZZARA, *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, cit., «tra l'estensione della tutela consumeristica anche a quella «parte di contratto» concluso per scopi professionali, e la negazione completa di essa, è da ritenersi preferibile la prima».

4. Utilità e garanzia della clausola *claims made*

4.1. L'ottica dell'assicurato

In linea di principio, le c.d. polizze *claims* garantiscono all'assicurato una maggiore estensione della garanzia di indennizzo, in quanto forniscono protezione retroattiva nei confronti di fatti e danni antecedenti la data di stipulazione del contratto.

In altre parole, sottolinea la dottrina, che tale contratto concederebbe all'assicurato il vantaggio di stipulare una polizza anche in un periodo successivo al compimento dell'attività generatrice del danno, sempre che l'assicurato non sia a conoscenza di tale situazione dannosa³². In tutti i tipi di *claims made*, infatti, «viene di norma chiesto all'assicurato di dichiarare la presenza di precedenti richieste o comunque di situazioni dalle quali possa derivare la presenza di sinistri»³³. Quindi, nel caso in cui l'assicurato fosse a conoscenza

³² Sul punto, si vedano LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, cit., 1085 e TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 447.

³³ POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori*, cit., 3. Nell'ordinamento inglese, attraverso la "*English law and practice*", il contratto di assicurazione viene definito come un contratto "*utmost good faith*" (l'espressione è stata coniata da Lord Mansfield nella sentenza *Carter vs Boehm* 1766 e codificata successivamente nel *Marine Insurance Act* del 1906) vale a dire un rapporto giuridico che richiede la massima buona fede. Tale dovere è valido per tutte le fasi del rapporto assicurativo e, in riferimento alla fase pre-contrattuale, si concretizza nell'obbligo «di informare l'assicuratore di ogni circostanza rilevante per il rischio da assicurare che sia a sua diretta conoscenza o che, per ragione dell'attività svolta, si presume essere a sua conoscenza» e dell'obbligo «di non rappresentare in modo non veritiero e corretto le circostanze rilevanti sul rischio» la cui violazione prevede la nullità del contratto. Un deroga a tale normativa è prevista solo nei casi in cui: (i) i fatti a conoscenza dell'assicurato sono tali da comportare semplicemente una riduzione del rischio, (ii) l'assicuratore è a conoscenza di tali fatti o si presume la stessa; (iii) per fatti noti; o, infine, (iv) in di rinuncia (*waiver*) dell'assicuratore di avvalersi di quest'obbligo di cooperazione da parte dell'assicurato. È da sottolineare che l'approccio giurisprudenziale è mitigato dal *Financial Ombudsman Service (FOS)* che non approva la nullità del contratto in ogni caso di violazione e differenzia la "sanzione" in base alle condizioni psicologiche dei soggetti distinguendoli in *deliberate* (quando il soggetto adotta un comportamento deliberatamente ingannevole) *reckless*: (quando il soggetto renda dichiarazioni od ometta circostanze con colpa grave); *inadvertent*: (quando il soggetto renda dichiarazioni od ometta circostanze con colpa lieve); *innocent*: (quando il soggetto tenga condotta del tutto innocente). In quest'ultimo caso il FOS respingerà ogni richiesta di nullità e l'assicuratore dovrà pagare integralmente l'indennizzo. In riferimento, invece, alle clausole c.d. *warranties*, l'eventuale deroga nei rapporti di *insurance contract* comporterà la «risoluzione del contratto con la conseguente liberazione dell'assicuratore da ogni obbligazione indennitaria a far data dall'avvenuta loro violazione». Le *warranties*, infatti, «svolgono la funzione di delimitare il rischio contrattuale attraverso statuizioni circa situazioni di fatto passate o presenti (*affirmative*

dell'evento dannoso o dell'eventualità che lo stesso potesse verificarsi si rientra nella fattispecie prevista dall'articolo 1892 c.c. in tema di dichiarazioni inesatte e reticenza.

In tal senso la Cassazione, con la sentenza n. 86/7418, ribadisce che «perché la menzogna o la reticenza poste in essere dall'assicurato con dolo o colpa grave, diano luogo all'annullamento del contratto, è necessario che esse influiscano sul rischio assicurato secondo un collegamento oggettivo, nel senso cioè che in via di normalità la reale situazione celata dia luogo ad una maggiore probabilità del verificarsi dell'evento dannoso assicurato, con il conseguente verificarsi di una alterazione del rischio reale rispetto a quello desumibile dalla dichiarazione dell'assicurato che si riflette sulla prestazione del consenso o sulle condizioni si questo da parte dell'assicuratore»³⁴.

warranty) oppure mediante promesse di comportamenti futuri (*promissory warranty*) che, provenendo dall'assicurato, vengono formalmente inserite in polizza quali pattuizioni contrattuali». Diversamente dispongono la disciplina australiana e quella neozelandese. La prima opta per una maggiore tutela dell'assicurato tramite la *section 54* dell'ICA la quale non permette all'assicuratore di contestare l'indennizzabilità del sinistro per *breach of warranty* qualora non dimostri che essa sia causa del sinistro. Inoltre, nel caso in cui l'inadempimento abbia favorito solo parzialmente l'evento dannoso, prescrive una riduzione dell'indennizzo proporzionalmente al pregiudizio subito. La seconda, invece, vieta agli assicuratori di ricorrere al "*basis of contract clauses*" al fine di eludere l'obbligo di indennizzo quando in sede precontrattuale la *misrepresentation non abbia alcun rapporto con il rischio assicurato*. Negli U. S. A, sebbene esista una legislazione federale in materia assicurativa, la Corte Suprema ha dichiarato prevalente il ruolo delle leggi statali. La giurisprudenza canadese, dal canto suo, ha sottolineato il diritto dell'assicuratore a ricorrere alla *breach of warranty* solo quando è rilevante in rapporto al rischio garantito e quando ha favorito il verificarsi del sinistro. CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, in *Dir. Econ. Ass. (dal 2012 Dir. E Fiscalità Assic.)* Fascicolo. I, 2009. In Francia invece il tema è regolato dalla *Loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992, Art. 5. Obligation de déclaration* che afferma «*Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître. Les données génétiques ne peuvent pas être communiquées. S'il n'est point répondu à certaines questions écrites de l'assureur et si ce dernier a néanmoins conclu le contrat, il ne peut, hormis le cas de fraude, se prévaloir ultérieurement de cette omission*». Negli U.S.A, infine, sebbene esista una legislazione federale in materia assicurativa, la Corte Suprema ha dichiarato prevalente il ruolo delle leggi statali.

³⁴ In CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, Padova, 2012, 2399. Come è stato ben evidenziato da CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., il dovere dell'assicurato e la sua buona fede (*fiduciary duty*) divengono fondamentali poiché nell'ambito del contratto di assicurazione (che per sua natura è aleatorio), l'assicuratore affronterà un rischio e, in base alle probabilità statistiche di accadimento, definirà l'ammontare del premio di assicurazione in relazione a «tutta

una serie di fattori che rientrano nella sfera di conoscenza e controllo propria dell'assicurato». Per tale motivo è intuibile che «senza un suo coinvolgimento attivo in una fedele rappresentazione contrattuale del rischio, non sarebbe possibile all'assicuratore determinarne le condizioni di assicurabilità». In questo contesto è importante distinguere i casi in cui le false dichiarazioni sono prive o meno di dolo o colpa grave. Nel primo caso, l'assicuratore avrà diritto di recedere dal contratto (entro tre mesi dalla scoperta della difformità tra dichiarazioni dell'assicuratore e rischio reale) e, in caso di sinistro beneficerà di una riduzione dell'indennizzo dovuto all'assicurato in proporzione alla differenza tra premio pattuito durante la fase di contrattazione e quello effettivamente dovuto. *Ibidem*. Nel secondo caso, invece, il contratto sarà annullabile. Va precisato, però, riprendendo la sentenza 98/10086 della Cassazione, che: «Affinché un contr. di ass. possa ritenersi annullabile a norma dell'art. 1892 c.c. non è sufficiente una qualsiasi inesattezza o reticenza dell'assicurato, circa i dati che lo riguardano, in sede di formazione del contratto richiedendosi che le dichiarazioni non veritiere rese dall'assicurato con dolo o colpa grave abbiano, secondo l'apprezzamento istituzionalmente rivestito dal giudice di merito, un'effettiva influenza sul rischio, cosicché esse possano ritenersi avere inciso sul consenso dell'assicuratore». CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 2399. Inoltre, nonostante «la partecipazione di fatto dell'assicuratore all'esame della situazione del rischio e delle sue componenti oggettive non esonera l'assicurato dall'obbligo di esattezza della dichiarazioni» (Cass.80/4326) la Cassazione con la sentenza 00/15939 sottolinea che «le inesattezze e le reticenze dell'assicurato su circostanze che l'assicuratore conosce o avrebbe dovuto conoscere, perché notorie, non comportano una violazione dell'obbligo di collaborazione previsto dall'art. 1892 e 1893 c.c. a carico dell'assicurato bensì vanno imputate all'assicuratore con la conseguenza che non possono giustificare la riduzione dell'indennizzo in proporzione della differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose». CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 2399- 2400. Lo stesso concetto è stato riportato in VAZZANA, *Reticenza dell'assicurato resa con dolo o colpa grave? Allora il contratto può essere annullato!*, in *Dir. e giustizia*, 2013, fasc. 0, dove si sottolinea che «in tema di contratto di assicurazione, la reticenza dell'assicurato è causa di annullamento negoziale quando si verificano cumulativamente tre condizioni: a) che la dichiarazione sia inesatta o reticente; b) che la dichiarazione sia stata resa con dolo o colpa grave; c) che la reticenza sia stata determinante nella formazione del consenso dell'assicuratore». Sulla stessa linea interpretativa della Cassazione si colloca una sentenza emanata dalle corti di Common Law [*Certain Underwriters at Lloyd's, London v. Inlet Fisheries Inc., 2008 DJDAR 2181 (9th Cir.2008)*] la quale, come indicato da CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit., nota 103, ha applicato il principio di *uberrima fides* quale "*established federal admiralty rule*" in una vertenza in cui una Società proprietaria di navi, dopo essersi vista rifiutare una serie di polizze per pregressa sinistrosità, si era rivolta ai Lloyd's per assicurare le sue navi senza esplicitare le cattive condizioni delle navi, lo stato di insolvenza della Società nonché i danni pregressi (affondamento di una nave in Alaska con un carico di 3.000 galloni di petrolio; altra nave in riparazione dopo incidente marittimo; recente incidente di altra nave della flotta, sempre in Alaska con dispersione in mare di 55 galloni di petrolio. In virtù di ciò la corte statunitense, ha assecondato la richiesta dei Lloyd's di nullità della polizza non avendo la società assicurata rispettato il *duty to disclose*).

Di converso, espletato il *duty to disclose*³⁵, pare lecito dedurre che il premio della polizza rappresenti il corrispettivo per la piena copertura di quanto stabilito nel contratto: il premio sarà plausibilmente maggiorato, ma l'assicurato risulterà garantito anche in relazione a quanto si è dichiarato³⁶.

³⁵ Il *duty to disclose* ha generato ampio dibattito in dottrina. Premesso che tale dovere può essere visto come un obbligo autonomo dell'assicurato, in quanto non prevede alcuna obbligazione da parte dell'assicuratore di porre quesiti sia in sede di proposta assicurativa, sia nel caso di rinnovo di polizza, si discute, soprattutto nei Paesi anglosassoni, sull'adeguatezza di tale obbligo nei rapporti assicurativi. Ad esempio, una proposta avanzata in Inghilterra dalla *Law Commission* del 2006 in collaborazione con la *Scottish Law Commission* prevedeva l'eliminazione del *duty to disclose* nell'ambito della *consumer insurance*, dal momento che, l'assicurato, nella fase pre-contrattuale, avrebbe avuto notevoli difficoltà nell'individuare i rischi da rappresentare all'assicuratore. Quest'ultimo, inoltre, adottando sistemi di tassazione del rischio che facevano riferimento a parametri generali relativi a determinate classi di rischi, era capace di acquisire tali dati in maniera differente potendo contare su innovativi strumenti informativi e di gestione dei dati³⁷. Il *duty to disclose* poteva addirittura «operare come trappola per l'assicurato, in quanto, soprattutto se consumatore, può non essere in grado di conoscere quali siano le informazioni rilevanti per la valutazione del rischio da parte dell'assicuratore». In CESERANI, *Rappresentazione del rischio, asimmetria informativa ed uberrima fides: diritto italiano e diritto inglese a confronto*, cit. Anche in Italia sul concetto di buona fede quale strumento sbilanciato a favore dell'assicuratore MONTI, *La buona fede nel contratto di assicurazione*, in ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, Milano, 2006, I, 1103 ss.; *Id.*, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002 e GORGONI, *op. cit.* che evidenzia come l'*uberrimae fidei* (che in Inghilterra fu elaborata per la prima volta da Lord Mansfield nel XVIII secolo) in Italia sia stato visto sempre «in senso unilaterale, cioè esclusivamente a favore dell'assicuratore, rappresentato come parte debole (unica parte debole) del contratto». Opinione differente è invece quella di SOYER, *Reforming Pre-Contractual Duty of Utmost Good Faith in Insurance Contracts - An Economic Perspective, A paper submitted to the Canadian Law and Economics Association Annual Meeting held at Toronto University*, Settembre 2007, 5 che sottolinea, invece, come una idonea valutazione dell'effettivo rischio non può prescindere da una collaborazione dell'assicurato, in assenza della quale si innescherebbero conseguenze distorsive. Infine, MUSY, *Disclosure of Information in the Pre-contractual Bargaining*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 1995 conduce un'analisi in termini più estesi evidenziando come «The disclosure problem gives birth to two possible solutions, on one hand we have the moral and economic grounds asking for a certain amount of disclosure which let people feel free to decide which kind of contract they want to agree with; on the other hand we almost have a deterministic approach to decision making, not ruled by the law yet, where the wills of the parties are contained in a form contract and the influence of the choice is made only on the basis of a satisfactory and often erroneous search (mostly ruled by a kind of physical impossibility to process information in more effective way)».

³⁶ Non va dimenticato che oggi «La tutela contrattuale dell'assicurato e la tenuta del mercato assicurativo contano su una legislazione votata alla solvibilità dell'impresa, verificata costantemente con strumenti che, non essendo determinati dall'adozione dei criteri suggeriti dagli studi matematico-attuariali per ottenere una proporzione premi-rischi vantaggiosa per l'impresa, implicano tanto il rigetto delle ricostruzioni che penalizzano l'assicurato perché concedono all'impresa un ingiustificato privilegio quanto l'adozione di meccanismi che preservino l'equilibrio sinallagmatico tra le attribuzioni e, quindi, l'equilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti». GORGONI, *op. cit.*

Dunque, la polizza *claims* soddisfa, in maniera più efficiente, i bisogni di quegli assicurati esposti ad una sinistrosità così detta tardiva³⁷; tale situazione è ben rappresentata dai casi di *long-tail liability*³⁸, cioè di sinistri i cui effetti dannosi non si manifestino in maniera immediata rispetto alla condotta lesiva. In tale contesto, la clausola *claims* consente di ovviare alla difficoltà di intercettare il preciso momento in cui è stata tenuta la condotta generatrice del danno nonché l'ulteriore incertezza di individuare materialmente il contratto di assicurazione operativo al momento dell'avvenuto danno. Come sottolineato in dottrina, infatti, la copertura assicurativa è effettiva per le richieste pervenute durante il periodo di vigenza del contratto «indipendentemente sia dal momento in cui si è verificato il rischio dedotto nel contratto, sia dal momento in cui si è prodotto il danno in capo al terzo»³⁹.

Per completezza, si rileva che uno dei campi in cui le clausole *claims made* si sono rivelate maggiormente efficaci, è quello relativo alle imprese produttrici di beni, le quali sarebbero sprovviste di garanzia per numerosi casi di sinistro nel momento in cui si fossero affidate a contratti *loss occurrence oriented*⁴⁰.

4.2. L'ottica dell'assicuratore

In via di prassi, l'estensione della copertura assicurativa e, soprattutto, la retroattività della stessa, non ha però registrato, in concreto, una attuazione sempre coerente da parte delle compagnie assicuratrici; queste ultime, infatti, hanno introdotto numerosi correttivi al momento della redazione delle polizze, caratterizzate da clausola *claims*, con i quali si è drasticamente circoscritta l'operatività delle coperture per accadimenti precedenti alla loro sottoscrizione. Si richiede, in via di prassi che l'azione o l'omissione generatrice del

³⁷ Per i sinistri c.d. tardivi, si confronti, il punto 33 del d.lgs. 26 maggio 1997 n. 173, attuativo della dir. 91/674 CEE, il quale prevede che: «*le imprese hanno l'obbligo di costituire una riserva anche per i sinistri avvenuti ma non denunciati alla data di chiusura dell'esercizio*».

³⁸ La *long-tail liability* ha generato uno spostamento del momento di decorrenza dell'obbligo di risarcimento dal momento in cui si è verificato il danno al momento in cui si sono manifestati gli effetti della condotta lesiva. Di conseguenza, anche il concetto di sinistro subisce delle variazioni di significato, identificandosi con il momento di richiesta di risarcimento e non più con il verificarsi della condotta dannosa.

³⁹ POLOTTI DI ZUMAGLIA *Coperture presso diversi assicuratori*, cit.

⁴⁰ L'evidenza empirica di tale affermazione è di facile intuizione; si pensi, ai casi di danno da prodotto fabbricato e distribuito precedentemente alla stipula della polizza ma le cui conseguenze si siano manifestate solo trascorso un determinato lasso di tempo.

danno debbano avere avuto luogo in uno specifico e delimitato spazio temporale raramente superiore a 3-5 anni ed, in aggiunta, si è adottata un'interpretazione particolarmente estesa del concetto di «*sinistro dichiarato per la prima volta*»⁴¹.

Parte della dottrina sottolinea, tuttavia, anche alcune criticità inerenti le modalità con cui la clausola *claims made* opera. Infatti, la differenza dalla struttura caratterizzata dalla struttura *loss occurrence* è evidente, stante il fatto che la copertura assicurativa per fatti accaduti nel corso della vigenza della polizza è sempre garantita all'assicurato; in tali casi, quindi, la clausola è qualificabile come ultrattiva e sussiste anche successivamente alla cessazione del contratto. Al contrario, la clausola *claims* non garantisce copertura nel caso in cui ci sia un passaggio da un sistema *claims* ad uno *loss occurrence*⁴².

Un ulteriore periodo di latenza di garanzia si potrebbe verificare nel caso in cui la compagnia assicuratrice esercitasse il diritto di recesso, ipotesi normalmente contemplata dalla regolamentazione contrattuale; recesso che può essere unilateralmente esercitato dall'impresa assicurativa in conseguenza di una prima denuncia di sinistro. In tale circostanza, diversamente dal contratto *loss*, la fattispecie che si delinea è che gli ulteriori eventuali sinistri, cagionati durante i tempi di validità della polizza, non conosceranno alcuna copertura, essendo la loro denuncia successiva al recesso e quindi estranea al periodo di validità della polizza.

Sempre in riferimento alle clausole *claims*, si presentano ulteriori criticità di natura interpretativa in merito all'operatività della garanzia in fase di sinistro, allorché l'assicuratore realizzi che la clausola è stata stipulata dall'assicurato in modo colposo e/o doloso ovvero in maniera consapevole di un rischio già avvenuto ed in attesa dell'eventuale pretesa risarcitoria del terzo danneggiato⁴³.

Per scongiurare l'evenienza che una clausola *claims made* in situazioni di tal genere perda i requisiti di aleatorietà necessari affinché la stessa sia ritenuta ancora valida si prevedono, nel testo contrattuale, una serie di specificazioni

⁴¹ TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 449, sottolinea acutamente come, alla costante diminuzione delle garanzie previste in polizza, non è corrisposta una diminuzione dei premi relativi i quali, statisticamente, sono sensibilmente aumentati negli ultimi anni.

⁴² Nel caso in cui un assicurato sia garantito da una polizza *claims* dal primo gennaio 2012 al 31 dicembre 2012 e passi ad una assicurazione *loss occurrence* dal primo gennaio 2013 fino al 31 dicembre 2013, il sottoscrittore non sarà indennizzato per i danni avvenuti nel 2012 ma la cui domanda di risarcimento giunga nel 2013.

⁴³ Con riguardo alle potenziali problematiche che le clausole *claims* possono produrre, si rinvia a CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 595.

volte a determinare in quali circostanze il rischio di sinistro possa considerarsi “*in essere*” e, normalmente, si suole includere un elenco esemplificativo, ma non tassativo, di ipotesi che integrano, già di per sé, casi in cui una domanda di risarcimento, solo ipotetica, si consideri effettivamente concretizzata.

In ogni caso, poi, le imprese possono avvalersi, in generale, delle disposizioni del codice civile relative alla fase precontrattuale del rapporto e, nello specifico, degli articoli 1892-1893 c.c. in base ai quali, la dichiarazione fallace resa con colpa dall'assicurato può determinare una riduzione dell'indennizzo dovuto, proporzionale alla differenza tra il premio stabilito e il premio applicabile se fosse stato conosciuto dall'impresa assicuratrice il vero stato del rischio (art. 1893 c.c.); inoltre, nel caso di dichiarazione in veritiera fatta con dolo o colpa grave, l'impresa può, come *extrema ratio*, richiedere l'annullamento del contratto e la reiezione del sinistro.

5. La clausola *claims made*: l'interpretazione della giurisprudenza

L'articolato dibattito emerso in dottrina circa l'efficacia della clausola *claims made*, si è trasferito in giurisprudenza; ed anche in tale sede i risultati non sono né pacifici né uniformi.

Se, da un lato, la Suprema Corte di Cassazione, con sentenza del 15 marzo 2005 n. 5624⁴⁴ ha parzialmente risolto le divergenze ermeneutiche inerenti la

⁴⁴ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. La vicenda giudiziale sulla quale la Corte si è pronunciata riguarda un caso di responsabilità professionale di un curatore fallimentare. Quest'ultimo aveva citato la compagnia con la quale aveva stipulato una polizza assicurativa al fine di tutelarsi da eventuali rischi, conseguenti la propria attività professionale. In prima battuta, il giudice condannava il curatore al risarcimento del danno e l'assicurazione a indennizzare il medesimo dall'obbligo del pagamento. Successivamente, la compagnia assicurativa appellava la sentenza, in base al fatto che la clausola *claims made* operasse squisitamente a favore di quei sinistri le cui richieste di risarcimento abbiano avuto luogo nel periodo di efficacia del contratto assicurativo. (Cfr. Cass., 15.3.2005, n. 5624, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 722 ss). La Corte di Appello di Napoli, con decisione del 28.2.2011, n. 503, rigettò tale interpretazione, ritenendo oggetto dell'assicurazione il danno causato dall'esercizio dell'attività professionale nel periodo di tempo in cui la garanzia ha validità. (Cfr. App. Napoli 28.2.2011, n. 503, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 719 s.; App. Napoli 28.2.2011, n. 503, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 720). Quindi, la Corte di Appello ha sostenuto che: «opinando diversamente nel senso prospettato dall'ente assicuratore, si perverrebbe a conclusioni che mal si conciliano con la natura di contratto aleatorio del contratto di assicurazione», specificando, poi, che è rimessa alle parti la facoltà di determinare se, all'interno di una piattaforma contrattuale, una data circostanza, «vi sarebbe o sarebbe esclusa, in dipendenza della scelta operata da un soggetto e del tutto sganciata dal fatto colposo e dal periodo in cui esso ebbe a verificarsi». Per avvalorare ancor più la propria posizione, la Corte ha statuito che «una evidente limitazione di responsabilità che avrebbe dovuto quantomeno essere approvata specificamente per iscritto al

liceità di tale clausola, dall'altro lato le sentenze di merito riflettono una perdurante disomogeneità di interpretazione⁴⁵.

Si distinguono, quindi, vari filoni interpretativi; una parte della giurisprudenza ritiene che tali clausole siano lecite poiché non contrarie a norme imperative ma, al tempo stesso, vessatorie;⁴⁶ altra parte ne ha sostenuto *tout court* l'illegittimità⁴⁷; infine, parte della giurisprudenza ne ha riconosciuta la piena validità⁴⁸.

fine di rendere edotto l'assicurato dello spostamento del rischio assicurato rispetto a quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale».

⁴⁵ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2., Il caso specifico inerisce la responsabilità civile di un medico dentista. Quest'ultimo, con lo scopo di tutelarsi da potenziali rischi, aveva chiamato in causa la compagnia di assicurazione che si era da contratto obbligata a tenerlo indenne in base ad una clausola *claims made*. Poiché l'assicurato aveva denunciato il fatto avvenuto al termine della scadenza del contratto, la compagnia contestava la non operatività della garanzia secondo l'articolo 18 delle condizioni di polizza. Sostenendo, quindi, la natura dell'articolo 1917 c.c. di «norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione», il giudice si pronunciava per la nullità del patto stabilendo che la norma suddetta «deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti, in sostituzione della clausola difforme». La Corte di Cassazione evidenzia che l'art. 18 previsto nelle condizioni di polizza sarebbe idoneo «(...) ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo, così venire meno la stessa causa del contratto qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista ma prima del termine di prescrizione del proprio diritto, il risarcimento dai danni subiti (...)».

⁴⁶ Si esprime, in tal senso, la Corte App. Napoli, 28 febbraio 2001, n. 531

⁴⁷ Trib. Bologna 2 ottobre 2002 n. 3318. MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. Il caso specifico inerisce la responsabilità civile di un medico dentista. Quest'ultimo, con lo scopo di tutelarsi da potenziali rischi, aveva citato la compagnia assicurativa con la quale aveva concluso un contratto assicurativo in cui compariva un riferimento alla clausola *claims made*. Poiché l'assicurato aveva denunciato il fatto avvenuto al termine della scadenza del contratto assicurativo, la compagnia contestava la non operatività della garanzia secondo l'art. 18 compreso tra le condizioni di polizza. Sostenendo, quindi, la natura dell'art. 1917 c.c. di «norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione», il giudice si pronuncia in favore della nullità del patto e stabilisce che la norma suddetta «deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti, in sostituzione della clausola difforme». A sostegno della propria tesi il Giudice evidenzia che l'art. 18 previsto nelle condizioni di polizza sarebbe idoneo «(...) ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo, così venire meno la stessa causa del contratto qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista ma prima del termine di prescrizione del proprio diritto, il risarcimento dai danni subiti (...)».

⁴⁸ Si veda, sul punto, Trib. Crotone 8.10.2004, n.478. Analogamente al caso sottoposto all'attenzione del Tribunale di Bologna, anche la vicenda sulla quale si è pronunciato il Tribunale di Crotone ha per oggetto responsabilità derivante da attività medica. Nel caso di specie, l'impresa sosteneva l'inoperatività della clausola (disciplinata dall'art 6 delle condizioni di polizza), la quale stabiliva che le garanzie predisposte a tutela dell'assicurato producono i propri

A tale congerie di posizioni ha provato a dare ordine la Suprema Corte di Cassazione poc' anzi richiamata che ha confermato la liceità della clausola *claims made*. La Corte ha, infatti, stabilito il principio che «il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola *claims made* non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c. ma costituisce un contratto atipico da ritenersi in generale lecito ex art. 1322 c.c.»⁴⁹.

In tale pronuncia, la Cassazione ha ritenuto che l'articolo 1917 c.c. sia inderogabile per ciò che attiene al comma 3 (con riferimento alle spese processuali necessarie per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato) e al comma 4 (in merito alla possibilità dell'assicurato di chiamare in causa l'assicuratore); mentre, è derogabile quanto espresso dal primo comma del medesimo articolo.

Contestualmente, la Corte ribadisce la vessatorietà della clausola, la quale, per essere efficace, abbisogna di specifica approvazione scritta dell'assicurato, allo scopo di palesare lo spostamento del rischio.

La *ratio* di tale pronuncia si fonda sulla necessità di tutelare la parte debole del contratto (*i.e.* l'assicurato), cui non può essere negato il diritto di avere una effettiva conoscenza delle limitazioni alla propria copertura assicurativa. Per tali motivi, la mancata sottoscrizione della clausola, ne comporterebbe la nullità e una integrazione di diritto di quanto previsto dall'articolo 1917c.c..

effetti esclusivamente quando la richiesta di risarcimento sia presentata durante il periodo di validità del contratto. In relazione a quanto detto finora, il giudice stabiliva che la clausola rappresenta una deroga all'articolo 1917 comma 1 (norma derogabile ai sensi dell'art. 1322 c.c.) sostenendo, inoltre, il carattere non vessatorio della stessa dal momento che il contraente non è insignito dello *status* di consumatore, e che il contratto era stato stipulato sulla base di un'approvazione volontaria delle parti. Infine, il Tribunale accolse il difetto di legittimazione passiva e si pronunciò in favore della validità della clausola (cfr., Trib. Bologna 2.10. 2002, n. 3318, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 715 s; Trib. Crotone 8.11.2004, n.478, in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 737.) Opinioni in tal senso si registrano anche in dottrina. Per esempio BUGIOLACCHI, *I mobili confini del tipo assicurativo: considerazioni in tema di assicurazione della r.c. con clausola claims made contributo approvato dai referee claims made*, cit., vede nella compatibilità della clausola con il nostro ordinamento «una conferma di quella tendenziale «elasticità» del tipo assicurativo, evidenziata dalla dottrina, che si caratterizza quindi, al di là della solo apparente esaustività della disciplina positiva (soprattutto di codice civile), per essere un contratto «a bassa definizione del tipo», stante la esiguità degli elementi dei quali è richiesta la compresenza affinché si permanga entro la fattispecie tipica». Molto più estrema è la tesi di CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit., che afferma che «non intervenendo sulla nozione di sinistro, così come accolta nell'art. 1917 c.c., la clausola *claims made* dà luogo ad un negozio assicurativo tipico, rientrante nello schema legale, mediante il quale si opera il trasferimento finanziario del rischio di responsabilità civile dall'assicurato all'assicuratore».

⁴⁹ Cfr. Cass., 15.3.2005 n. 5624 in *Dir. Econ. Ass.*, 2005, 722 ss.

Tuttavia, la ricostruzione elaborata dalla Cassazione non è stata unanimemente accolta nelle successive pronunce dei Tribunali di merito.

Tra le varie decisioni di merito, in contrasto con quanto statuito dalla Corte di Cassazione, si segnala la decisione del Tribunale di Genova⁵⁰ che, con sentenza datata 8 aprile 2008, sosteneva nuovamente la natura imperativa dell'art. 1917, c. 1.

Pertanto, posto che il fine ultimo del contratto di assicurazione è quello di garantire apposita tutela patrimoniale all'assicurato⁵¹, il Tribunale di Genova ha ritenuto che la clausola *claims made* trasformasse il contratto in '*non assicurativo*', poiché escluderebbe la copertura per i danni successivi al periodo di validità della polizza assicurativa.

Inoltre, la nullità di una clausola *claims made* è stata rilevata anche dal Tribunale di Roma che, con sentenza del 12 gennaio 2006, considerava tale clausola rappresentativa di un rischio putativo⁵².

Il dibattito scaturito da questo fenomeno di *legal transplant* non fa altro che evidenziare, in maniera chiara, le difficoltà della nostra giurisprudenza, la quale si è mantenuta su posizioni di ostracismo e chiusura. In particolare, si è registrata una «incapacità di cogliere, nei suoi aspetti più tecnici, la originale

⁵⁰ MASTROGIORGIO, *La giurisprudenza italiana e la clausola claims made*, cit., 2. Secondo il Tribunale di Genova, la decadenza potenziale della causa del contratto dipenderebbe, stante un negozio provvisto di clausola *claims made*, dalla connessione tra la validità della garanzia ed il periodo temporale di richiesta di risarcimento. Dalla sentenza si evince che il primo comma: «non ha per sua natura necessità di essere dichiarato inderogabile, essa rappresenta l'essenza stessa, la funzione, del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di un'attività professionale dall'agente all'assicuratore». In conclusione, quindi, il Tribunale di Genova, sostenuta la nullità della clausola del contratto, ne stabiliva la sostituzione con quanto statuito dall'art. 1917, c. 1, sulla base dell'art. 1419, c. 2. (Cfr. Trib. Genova 8.4.2008, in danno e responsabilità, 2009, 103). In altri termini, poiché l'elemento essenziale del contratto assicurativo è il rischio sia la sua assenza (art. 1895 c.c.) che la sua cessazione con scioglimento (art. 1896 c.c.) causano la nullità del contratto e dato il suo carattere essenziale, il rischio deve sussistere anteriormente alla stipula del contratto stesso.

⁵¹ Infatti, come previsto dalla sentenza della Cassazione n. 93/79711'interesse dell'assicurato «consiste nel cautelarsi contro il rischio di alterazione negativa del proprio patrimonio complessivamente considerato ed esposto a responsabilità illimitata per eventuali comportamenti colposi, anche gravi, con la sua reintegrazione attraverso il pagamento da parte dell'assicuratore, di una somma di danaro pari all'esborso dovuto dall'assicurato, nell'ambito per lo più di un tetto massimo detto massimale». CIAN-TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 2425.

⁵² Nel caso di specie, la controversia verteva sulla responsabilità civile di un medico chirurgo il quale aveva citato la compagnia assicurativa per essere indennizzato dell'eventuale quota risarcitoria al cui esborso era tenuto. L'assicurazione, dal canto suo, si rifiutava di corrispondere l'indennizzo poiché la richiesta di risarcimento era pervenuta successivamente alla data di scadenza della polizza.

soluzione creata dalla prassi assicurativa internazionale» nonché di recepire soluzioni idonee «alla copertura dei nuovi rischi di responsabilità civile a carattere lungolatente»⁵³.

Per ovviare a tali criticità la prassi ha implementato la clausola in commento elaborando la versione denominata *claims made and reported già diffusa a livello internazionale, accolta dai tribunali di Common Law e disciplinata dal formante legislativo in Australia*⁵⁴.

⁵³ CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, cit.

L'elaborazione del concetto di trapianto giuridico si deve a Alan Watson. Cfr. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974. Si vedano dello stesso autore anche WATSON, *Society and Legal Change*, 1978, "Comparative Law and Legal Change", Cambridge L. J., 313 e *The Evolution of Law*, 1985. Questi elenca nove fattori rilevanti per il compimento di un trapianto, che riportiamo nella versione linguistica originale: *pressure force, opposition force, transplant bias, discretion factor, generality factor, societal inertia, felt-needs, source of law e law-shaping lawyers*. Si veda WATSON, *Comparative Law and Legal Change*, Cambridge L.J., 1978, 322. Il concetto di trapianto rappresenta una forma di recezione parziale di una o più parti del "diritto" di uno stato terzo da parte di un diverso ordinamento giuridico. Tale forma di recezione, frutto di un trapianto di norma, è diretta conseguenza del fenomeno della circolazione dei modelli giuridici (circolazione e recezione possono essere inclusi nell'unica nozione di flusso giuridico. Si veda a tal proposito LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, *passim*). La giustificazione dei trapianti di norme si basa sulla oggettiva omogeneità del mercato ed è tanto più facile tanto più si discute di norme considerate neutre o tecniche (AJANI, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino, 2006, 37). In altre parole, gli interpreti, sulla spinta di fattori sia esogeni che endogeni, confrontano i prodotti giuridici a loro disposizione e cercano quindi di individuare le regole migliori per disciplinare una certa fattispecie giuridica. L'analisi economica del diritto, nel giustificare tale fenomeno, offre la soluzione utilizzando, come sempre, il concetto di efficienza (Watson utilizzava, invece, il concetto di "prestigio" *id est* il modello imitato è quello più prestigioso). L'efficienza comparativa, ben spiega AJANI, op. cit., 31, si verifica quando: «una regola N, di cui si valuti l'adozione o si discuta l'utilità, può anche apparire come imperfetta, se confrontata con una situazione ideale e astratta, ma sarà la migliore possibile se considerata alla luce del contesto istituzionale e dalle scelte del passato (path dependency theory, appunto) induce a pensare storicamente alle modalità di funzionamento del diritto». A. Watson (*Legal transplants and European Private Law Ius Comune Lectures on European Private Law, 2 (electronic version) Dutch Institute of Comparative Law*) descrive il fenomeno del legal transplant nei seguenti termini: «As the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another»; «Rules—not just statutory rules—institutions, legal concepts and structures that are borrowed, not the spirit of the legal system»).

⁵⁴ Sugli orientamenti della giurisprudenza di common law, CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle coverage trigger disputes*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2010, 87 e ss. La normativa australiana si basa sulla *Section 40 dell'Insurance Contract Act (ICA) 1984*.

Dal punto di vista operativo, tale clausola si caratterizza per l'obbligo in capo all'assicurato notificare immediatamente all'assicuratore ogni circostanza che, in termini di correttezza oggettiva, possa costituire ragionevolmente presupposto per fondare una successiva ed eventuale richiesta indennitaria (*reporting requirement*).

Adempiendo a tale onere, il futuro *claim* che dovesse colpire l'assicurato e che si originasse anche posticipatamente rispetto alla scadenza dell'annualità di polizza si considererebbe come notificato nella precedente annualità assicurativa, garantendo l'assicurato di poter fruire del massimale di polizza operante nel momento in cui il fatto originatore dell'indennità è stato notificato (*deeming provision*).

In altre parole, le elaborazioni della prassi possono modulare le garanzie *claims made* come «soddisfacenti bilanciamenti dei reciproci interessi, salvaguardando nello stesso tempo l'esigenza precipua dell'assicuratore per una prevedibile e contenuta, sotto il profilo temporale, esposizione economica e quella dell'assicurato per un valore della copertura indennitaria il più possibile allineato con i parametri monetari della richiesta risarcitoria»⁵⁵.

6. Conclusioni

Le clausole *claims made* conferiscono carattere atipico al contratto di assicurazione; allo stesso tempo, come sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione, si tratta di un contratto lecito ai sensi dell'art. 1322 c.c., poiché la causa del contratto non è illegittima e tale da provocarne la nullità integrale.

La clausola *claims made* ridimensiona esclusivamente la responsabilità delle imprese assicuratrici in un'ottica quantitativa o temporale (senza incidere sull'oggetto stesso del contratto di assicurazione)⁵⁶.

⁵⁵ L'elaborazione tecnica sottesa a queste inusuali architetture della garanzia di responsabilità civile richiede però che la situazione di asimmetria informativa in cui può versare il contraente/assicurato venga colmata, in fase di negoziazione dei termini contrattuali, con l'ausilio di qualificati servizi di intermediazione e consulenza assicurativa che sappiano valorizzare i concreti bisogni assicurativi, traducendoli nelle più opportune soluzioni di copertura ed esigendo in sede di stesura del contratto normativi di polizza chiari e trasparenti con particolare riguardo alla interazione tra diritti ed obblighi delle parti, al fine di non incorrere in inconsapevoli decadenze dalla garanzia.

⁵⁶ Afferma TORTORANO, *Il contratto di assicurazione e la clausola "claims made"*, cit., 458, che ciò «avviene sia quando la limitazione della prestazione della garanzia rimane determinata nel tempo che normalmente è quello di vigenza del contratto, sia quando viene previsto il diritto dell'impresa di recedere dal contratto a cui segue, per l'assicurato, la perdita dell'obbligazione di garanzia».

Inoltre, le clausole *claims made* ricadono nell'ambito di applicabilità dell'art. 1229, c. 2, c.c. il quale sancisce la nullità dei contratti che escludono o attenuano la responsabilità di una delle parti, ovvero abbiano natura vessatoria. Tale opinione è confortata dalla sentenza n. 5624 del 2005 della Suprema Corte di Cassazione, la quale, come specificato nel corso della presente trattazione, ritiene inefficace la clausola qualora la stessa non sia specificatamente approvata dall'assicurato: tali clausole sono ricondotte a limitazioni di responsabilità secondo la disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto previste dall'art. 1341, c. 2, c.c.⁵⁷.

Quest'ultimo articolo impone la necessità di specifica approvazione scritta, al fine di riequilibrare le condizioni di parità delle parti nel rapporto assicurativo⁵⁸.

Tuttavia, tali esigenze di controllo non possono ritenersi soddisfatte dalla mera approvazione per iscritto; nella pratica, si tratta di una tutela solo formale del contraente debole. Ciò che si richiede, in conclusione, al formante giurisprudenziale, è quello di procedere ad una sostanziale valutazione circa la vessatorietà delle specifiche clausole *claims made*⁵⁹, così, peraltro, mostrandosi aperta all'adozione di esperienze e soluzioni elaborate con successo nell'ambito di altri ordinamenti.

Infatti, come esaminato nel corso dell'articolo, la clausola, nata in seno ai sistemi di *common law* e trapiantata, fra gli altri, anche in Italia, è stata, in larga misura, accettata dalla dottrina, che ha adottato un approccio possibilista,

⁵⁷ Nello specifico, il comma 2 recita: «*in ogni caso, non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*».

⁵⁸ Come confermato dalla Cassazione nella sentenza 86/3407 «il requisito della specifica approvazione delle clausole onerose è necessario anche quando dette clausole sono predisposte dal contraente più debole, in quanto la norma, oltre a tutelare quest'ultimo, impedendo che sia sopraffatto dalla parte che si trova in posizione di supremazia, mira anche e soprattutto a garantire che le clausole onerose costituiscano l'oggetto di una vera e propria contrattazione fra le parti», in CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile. Complemento giurisprudenziale, edizione per prove concorsuali ed esami*, cit., 1469.

Allo scopo di ridimensionare tale disomogeneità, vengono in soccorso le pratiche di coordinamento e indirizzo promosse dall'Associazione Nazionale Imprese Assicuratrici (ANIA).

⁵⁹ Sarà ulteriore onere della dottrina e della giurisprudenza, quello di elaborare un modello unanime in relazione alla protezione del contraente debole, tenendo presente che l'illegittimità della clausola non riguarda esclusivamente l'assicurato ma anche il terzo danneggiato.

concentrandosi sugli elementi critici già evidenziati pure dai giuristi di lingua inglese.

Per converso, sul piano della prassi, si è assistito ad uno scontro fra compagnie d'assicurazione e giurisprudenza, con i giudici che, investiti da cause riguardanti tali clausole, le hanno frequentemente – ancorché non unanimemente – cassate.

Per tale ragione, la circolazione della prassi in commento è rimasta circoscritta e la contaminazione del sistema con soluzioni innovative, che meglio potrebbero rispondere alle esigenze degli operatori, è stata limitata.