



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

INNOVAZIONE E DIRITTO

RIVISTA DI

DIRITTO TRIBUTARIO E DELL'ECONOMIA

1
2019

Il rapporto tra tipicità e meritevolezza del contratto di assicurazione “on claims made basis” alla luce di Cass., SS.UU., sent. 24 settembre 2018, n.22437

di Ludovica Diodato

ABSTRACT

With the judgement abovementioned, the United Chambers of the Supreme Court of Cassation return to the controversial issue of the imputability of “claims made” clauses in the context of the typical system outlined by art. 1917 paragraph 1 c.c..

The solution provided leads to a reflection on what is, today, the control reserved to the judge on typical contracts on which the extension of the judgment of merit ex art. 1322 paragraph 2 c.c., imposed by the acceptance of the concept of “concrete” cause, seems to have suffered a setback which, however, is only apparent.

SINTESI

Con la sentenza in epigrafe, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione tornano sul controverso tema della riconducibilità delle clausole “a richiesta fatta” (c.d. claims made) nell’alveo del sistema tipico delineato dall’art. 1917, comma 1 c.c.

La soluzione fornita in merito induce ad una riflessione su quale debba ritenersi, oggi, il controllo riservato all’interprete sui contratti tipici, relativamente ai quali, l’estensione del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2 c.c., imposto dall’accoglimento di un concetto di causa “in concreto”, sembra subire una battuta d’arresto che però, a ben vedere, è soltanto apparente.

SOMMARIO: 1. Le clausole c.d. *claims made* e le ragioni della loro diffusione – 2. Il processo di graduale (ma settoriale) tipizzazione delle *claims made* – 3. La *quaestio iuris* – 4. La risposta di Cass. civ., SS.UU., sent. 24 settembre 2018, n.22437 – 5. Tipicità e meritevolezza: un (apparente) ritorno al passato. Rilievi conclusivi.

1. Le clausole c.d. *claims made* e le ragioni della loro diffusione

Oggetto di disamina è quel particolare tipo di clausola che, in deroga al modello “*loss occurrence*”, proprio dell’assicurazione della responsabilità civile (art. 1917 c.c.), trova sempre più frequente accoglimento nell’ambito delle condizioni generali dei relativi contratti, tanto da relegare la regola ex art. 1917 c.c. allo stadio di mera eccezione.

Per mezzo di tale strumento, l’obbligo dell’assicuratore di manlevare

l'assicurato di quanto questi deve ad un terzo danneggiato sorge soltanto allorché la richiesta di risarcimento da parte di quest'ultimo ("*claim*", appunto), e non il danno ad esso causato, intervenga durante il periodo di copertura assicurativa, finendo così per assicurare anche fatti che si siano eventualmente verificati prima di detto periodo.

La nascita, a partire dalla prima metà degli anni '80 nel panorama del *common law*, soprattutto nel sistema anglosassone e americano, e la conseguente diffusione delle stesse nell'ambito del *civil law*, compresa l'Italia, è da ricondursi principalmente a due fattori: da un lato, all'esigenza di garantire il risarcimento dei danni lungo-latenti, ovvero di quei danni che vengono percepiti dal danneggiato soltanto decorso un certo periodo di tempo dal realizzarsi della condotta lesiva dell'assicurato, in particolare i danni da prodotti difettosi ed i danni ambientali; dall'altro, alla necessità di risanare il dissesto finanziario in cui era incorso il sistema assicurativo statunitense.

L'acuirsi dell'interesse giuridico rispetto ai diritti della personalità e la connessa espansione dell'area dei danni risarcibili determinò, infatti, nel corso degli anni '80, il fallimento di numerose compagnie di assicurazione, incapaci di far fronte alle numerose richieste di indennizzo che ne conseguirono.

In quest'ottica, le clausole "a richiesta fatta" presentano un indubbio vantaggio per gli assicuratori: legando la garanzia assicurativa alla circostanza che nel periodo di vigenza della polizza intervenga la richiesta di risarcimento del danno da parte del terzo danneggiato e che tale richiesta sia inoltrata dall'assicurato al proprio assicuratore, consentono agli stessi di prevedere gli esborsi annuali e calcolare le strategie d'impresa, agevolando il calcolo del premio assicurativo.

La formula *loss occurrence*, al contrario, riguardando i soli casi in cui il fatto generatore del danno si sia prodotto durante il periodo di copertura assicurativa, reca con sé il rischio di imporre agli assicuratori a manlevare gli assicurati danneggiati anche a distanza di anni dalla cessazione del contratto, fino alla prescrizione del diritto risarcitorio.

Se quanto descritto rappresenta lo schema essenziale delle clausole a

richiesta fatta, esso poi viene declinato, nella realtà assicurativa, in più varianti, che non si esauriscono nella distinzione tra *claims made* pure e impure,¹ ma sono orientate in più direzioni.

Se alcune sono volte a ricomprendere nella garanzia assicurativa anche richieste intervenute successivamente alla scadenza del contratto (c.d. *sunset clause* o clausole dell'ultrattività postuma),² altre consentono all'assicurato di comunicare all'assicuratore, oltre alla richiesta di risarcimento da parte del danneggiato, le circostanze di fatto conosciute in corso di contratto e dalle quali potrebbe derivare, in futuro, una richiesta risarcitoria (c.d. *deeming clause*).

2. Il processo di graduale (ma settoriale) tipizzazione delle *claims made*

La natura bidirezionale dei vantaggi garantiti dalle clausole in parola,³ assicurati anche ai danneggianti, i quali possono essere così sollevati dall'obbligo di risarcire i danni prodotti prima della stipula del contratto ex art. 1917 c.c., ne ha favorito un'ampia e celere diffusione con conseguente acquisizione di una tipicità sociale, prima, e di una (sia pur settoriale) tipicità legale, poi.⁴

La tipizzazione sociale da queste conseguita è rappresentata dalla tipicità

¹ La Cass. civ., SS.UU., sent. 6 maggio 2016, n.9140, ha distinto le due grandi categorie: a) le clausole c.d. "miste" o "impure", che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto; b) le clausole c.d. "pure", destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito.

² La diffusione di tali clausole di "ultrattività" è confermata dalla circostanza della loro esplicita previsione nelle disposizioni che hanno positivizzato le clausole *claims made*, vale a dire nell'art. 11 della Legge n.24 dell'8 marzo 2017 (c.d. Legge "Gelli-Bianco") e nell'art. 3, comma 5, lett. e), del D.L. n.138 del 13 agosto 2011, come novellato dalla Legge 4 agosto 2017, n.124. Entrambe le disposizioni, infatti, prevedono "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".

³ Che ha indotto le Sezioni Unite, nella già citata pronuncia n.9140 del 6 maggio 2016, a ritenerne «la prospettiva dell'immeritevolezza, in via di principio, infondata».

⁴ Stesso percorso può apprezzarsi, ad esempio, rispetto al contratto di *leasing* che ha avuto una grande diffusione nella prassi, tanto da stimolare prima un intervento giurisprudenziale in chiave risolutiva dei principali problemi applicativi dello stesso (Cass. civ., SS.UU., sent. 5 ottobre del 2015, n.19785) e, poi, l'intervento del legislatore che, con l'art. 1, comma 137, della L. n.124 del 2017, ha positivizzato il relativo accordo, sebbene tale approdo non sia da tutti condiviso.

giurisprudenziale,⁵ vale a dire dai frequenti interventi, sollecitati dagli operatori del settore, delle Corti di merito e di legittimità, chiamate a risolvere i problemi che nascono dall'applicazione delle stesse; interventi che hanno dato luogo, tra l'altro, alla pronuncia oggetto di analisi.

A riprova di questo percorso, la sentenza in commento richiama gli indici legislativi che dimostrano l'ormai avvenuta tipizzazione del modello *on claims made basis*, che, tuttavia, si sono limitati a «recuperare nel substrato della realtà materiale socio-economica una regolamentazione giuridica pattizia già diffusa nel settore assicurativo».

Tale modello assicurativo è stato così già da tempo introdotto in alcuni Paesi di cultura giuridica più vicina alla nostra, come in Francia, ove la Legge 1° agosto 2003, n.706 (di *Securité Financieré*) ha previsto all'interno del *Code des Assurances* il meccanismo di garanzia "*base reclamation*"; in Spagna, ove il legislatore, modificando l'art. 73 della Legge 8 novembre 1995, n.30 (legge sull'ordinamento delle assicurazioni private), ha introdotto le *claims made* come clausole "limitative" dei diritti dei contraenti deboli; e, infine, in Belgio, ove la garanzia di tipo *claims made* è stata introdotta dall'art. 78 della Legge 25 giugno 1992 sul contratto di assicurazione terrestre.

Sulla stessa scia si collocano, nel nostro ordinamento, due diverse normative che, sebbene operanti in settori specifici, danno conto della rilevanza assunta dal fenomeno.

Si tratta, in primo luogo, dell'art. 11 della Legge 8 marzo 2017, n.24 (c.d. Legge "Gelli-Bianco"), concernente l'obbligo di assicurazione delle strutture sanitarie per la responsabilità civile verso i terzi e i prestatori d'opera.

La norma, estendendo l'operatività della garanzia assicurativa a fatti che, pur accaduti dieci anni prima della conclusione del contratto di assicurazione, siano

⁵ Sul punto, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 815, in forza del quale «Alla tipicità legale, dunque, si perviene attraverso la tipicità sociale rappresentata dalla tipicità giurisprudenziale, perché è a livello di giudizio che si manifestano le reali esigenze dei traffici e i reali problemi che il legislatore è tenuto a risolvere con una disciplina uniforme».

stati denunciati all'impresa assicuratrice durante la vigenza della polizza, finisce per riconoscere dignità giuridica al modello *claims made*.

In secondo luogo e nella stessa direzione si muove il comma 5, lett. e) ex art. 3 del D.L. n.138 del 2011 che, novellato nel 2017, riguarda l'obbligo di stipulare idonea assicurazione posto a carico dell'esercente di una libera professione in relazione ai rischi da questa derivanti.⁶

Questo percorso di graduale tipizzazione delle clausole *claims made* è stato costantemente stimolato ed accompagnato da un articolato dibattito dottrinale e giurisprudenziale, il quale ultimo è giunto oggi all'approdo con la sentenza in commento.

3. La *quaestio iuris*

La pronuncia origina dalla richiesta di risarcimento dei danni proposta, innanzi al Tribunale di Treviso, da una società proprietaria di merci che erano state danneggiate a seguito del crollo di un magazzino provocato dalla caduta di un braccio di una gru. Convenute in giudizio sia la società titolare del magazzino, che il responsabile del cantiere edile, quest'ultimo chiamava in causa la società che aveva fabbricato la gru, la quale, a sua volta, citava il proprio assicuratore della responsabilità civile al fine di essere manlevato dall'obbligo risarcitorio del danno prodotto.

Seppur fossero stati stipulati tra i due soggetti due distinti contratti di assicurazione con clausola *claims made*, uno di durata dal 1° gennaio 2001 al 31 dicembre 2002, l'altro di durata dal 1° gennaio 2003 al 1° gennaio 2004, la società assicuratrice, costituitasi in giudizio, contestava che, avendo la società danneggiata avanzato le proprie pretese soltanto nel 2003, e dovendo dunque farsi riferimento alla seconda polizza, la domanda avanzata non poteva essere

⁶ La norma, richiamando le condizioni generali delle polizze assicurative, ammette la previsione 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, prefigurando così un modello *on claims made basis* su cui viene ad instaurarsi una c.d. *sunset clause*.

accolta, posto che quest'ultima prevedeva una franchigia superiore al risarcimento richiesto.

Il Tribunale di primo grado, accolta la domanda di risarcimento del danno proposta dalla società proprietaria delle merci danneggiate, riteneva altresì fondata la pretesa volta ad ottenere l'indennizzo da parte dell'assicurato, ritenendo nulla, ai sensi dell'art. 1341 c.c., la clausola *claims made*.

Appellata la sentenza da parte dell'impresa assicuratrice, la Corte territoriale riteneva fondate le doglianze proposte e rigettava la domanda dell'assicurato in quanto, da un lato, il contratto di assicurazione corredato dalla clausola "a richiesta fatta" non poteva per ciò solo ritenersi nullo ai sensi dell'art. 1895 c.c. e, dall'altro, la clausola stessa non poteva ritenersi vessatoria, limitandosi a delimitare l'oggetto del contratto senza in alcun modo limitare la responsabilità dell'assicuratore.

Si giungeva, così, innanzi alla Terza Sezione della Corte di Cassazione, la quale, analizzata la vicenda, sollecitava, con ordinanza interlocutoria n.1465 del 2018, un nuovo intervento delle Sezioni Unite per risolvere le questioni giuridiche che si agitano intorno alle *claims made*, e che riguardano «problemi ulteriori e diversi rispetto a quelli esaminati e decisi dalle SS.UU. con la sentenza 6 maggio 2016, n.9140».

Così premettendo, la Corte di Cassazione sintetizzava le "soluzioni preferibili" a detti problemi in due principi, sulla cui correttezza richiedeva un giudizio del Supremo Consesso:

«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.».

«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».

Nel primo senso, il sinistro, afferma la Corte di Cassazione, è soltanto un evento avverso, dannoso e non voluto dall'assicurato che realizza il rischio assicurabile.

Se le parti hanno la facoltà di assicurare qualsiasi tipo di rischio, non hanno, parimenti, la facoltà di ritenere quale "sinistro" un evento che non avveri il rischio assicurabile in quanto privo dei caratteri della non volizione e dannosità.⁷

Coerentemente con ciò, nell'assicurazione della responsabilità civile è l'illecito che fa sorgere l'obbligazione risarcitoria, e non la richiesta stessa, pena il verificarsi di conseguenze altamente paradossali.⁸

Nel secondo, si rileva che, posto che la meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., investe non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito, in quanto

⁷ Contrariamente, Cass. civ., Sez. III, sent. 15 marzo 2005, n.5624, sostiene che: «non appare condivisibile la tesi, in diritto (...), secondo la quale sarebbe la stessa legge ad identificare la "richiesta di risarcimento" con il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione». Ciò non può neppure dedursi dall'art. 2952, comma 3., c.c., che fa decorrere il termine di prescrizione in materia di assicurazione da responsabilità civile dal giorno della richiesta di risarcimento del danno da parte del terzo danneggiato o da quello della proposizione della relativa azione, in quanto trattasi di norma che «ha diverso oggetto e diversa *ratio*, essendo volta solo a stabilire la decorrenza del termine di prescrizione dei diritti dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore, non potendosi pertanto da essa dedurre una nozione di "fatto" ovvero di sinistro».

La Cass. civ., SS.UU., sent. 31 marzo 2004, n.23016, inoltre, ha affermato che: «L'interpretazione adeguatrice dei giudici ha la possibilità di esplicazione soltanto quando una disposizione abbia carattere "polisenso" e da essa sia enucleabile, senza manipolare il contenuto della disposizione, una norma compatibile con la Costituzione». E tale può ritenersi, per le ragioni addotte dalla pronuncia in commento e successivamente esposte, la diversa interpretazione del "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" fornita dalla stessa.

⁸ 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 porrebbe all'assurdo che anche una richiesta infondata costituirebbe un "sinistro", e farebbe scattare per l'assicuratore il diritto di recesso; f) 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.

contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume o all'ordine pubblico,⁹ e dunque ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione, la *claims made* può ritenersi immeritevole di tutela.¹⁰

Escludendo il diritto all'indennizzo quando la richiesta di risarcimento da parte del terzo pervenga dopo la scadenza del contratto, infatti: 1) procura all'assicuratore un vantaggio ingiusto senza contropartita, poiché esclude dalla garanzia i sinistri verificatisi in prossimità della scadenza della polizza e che, verosimilmente, verranno denunciati all'assicurato dopo la scadenza; 2) pone l'assicurato in una posizione di soggezione rispetto al danneggiato, il quale può liberamente decidere il momento in cui esercitare il proprio diritto al risarcimento del danno; 2) esclude il diritto all'indennizzo tutte le volte in cui, avendo l'assicurato adempiuto spontaneamente e correttamente l'obbligazione risarcitoria, manchi la richiesta del danneggiato.¹¹

⁹ In tal modo, l'ordinanza interlocutoria riprende la stessa definizione di "meritevolezza" fornita dalla Relazione al Codice civile al punto n.603, in forza della quale: «Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare soltanto i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, comma 2 c.c.): l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto».

¹⁰ Nello stesso senso si è espressa la Cass. civ., Sez. III, sent. 28 aprile 2017, n.10506, che, intervenuta sullo stesso tema, ha ritenuto l'immeritevolezza della clausola in esame, affermando che un contratto è immeritevole quando abbia per effetto quello di: a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (Cass., sentt. nn. 19559 del e 22950 del 2015); b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (Cass., sentt. n.9975 del 1995, n.1898 del 2000, n.12454 del 2009, n.3080 del 2013 e n.4222 del 2017); c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (Cass., sent. n.14343 del 2009).

¹¹ Così argomentando, la Corte di Cassazione giunge alla stessa conclusione già sostenuta dalla pronuncia appena citata della Cass., Sez. III, sent. 28 aprile 2017, n.10506, che afferma il principio di diritto in forza del quale: «La clausola c.d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma secondo, c.c., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione».

4. La risposta di Cass. civ., SS.UU., sent. 24 settembre 2018, n.22437

Al quesito così formulato, il Supremo Consesso risponde in maniera unitaria, affrontando il nodo problematico della questione, vale a dire la validità delle clausole *claims made*, letta alla luce della meritevolezza degli interessi coinvolti.

Le Sezioni Unite rilevano come l'opera positivizzatrice della legge abbia finito per individuare, tra le coordinate di base del contratto di assicurazione della responsabilità civile, inderogabili *in peius*, il modello delle clausole "a richiesta fatta", che, pertanto, rientrano nell'ambito della derogabilità concesso dall'art. 1932 c.c. e, di conseguenza, nell'area della tipicità legale.

Né vale a smentire questo approdo la circostanza che, da un lato, l'intervento del legislatore innanzi illustrato sia avvenuto in un momento successivo ai fatti generatori della controversia in esame e, dall'altro, che lo stesso abbia avuto ad oggetto soltanto due settori particolari, quale quello sanitario e delle professioni.

Nel primo senso, infatti, si sottolinea che il legislatore abbia semplicemente recuperato nella realtà sociale una prassi già diffusa nel settore assicurativo, e ciò consente una lettura disancorata dal mero dato diacronico costituito dal momento di emanazione delle predette leggi; nel secondo senso, invece, si evidenzia come la standardizzazione del meccanismo *on claims made basis* operi in tutti quei campi in cui è comune la logica assicurativa volta a coprire gli assicurati dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da una lungolatenza.

Con più specifico riguardo al primo principio enunciato dall'ordinanza di rimessione, di cui si chiede un vaglio di correttezza, la Corte, pur non dubitando che, nell'assicurazione contro i danni (art. 1882 c.c.), "il sinistro" costituisca il fatto, materiale e storico, idoneo a provocare il danno, ritiene di doversi soffermare sull'interesse dell'assicurato a stipulare il contratto, volto ad allocare il rischio assicurabile in capo all'assicuratore (c.d. "causa indennitaria").

Ebbene, il rischio assicurabile che si sostanzia nell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato si concretizza progressivamente: non è sufficiente il verificarsi del sinistro che ha prodotto il danno, ma è necessario che pervenga

anche un ulteriore elemento, quale la manifestazione, da parte del terzo danneggiato, della volontà di ottenere il risarcimento del danno, che resta del tutto incerta.

Sul punto, alle stesse conclusioni erano giunte le Sezioni Unite nella sentenza n.9140 del 2016, ove si legge che: «La clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce ad un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa già posta in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato», quali, appunto, la richiesta del terzo volta ad ottenere il risarcimento del danno e quella dell'assicurato volta ad ottenere il conseguente indennizzo.

Così costruita, la clausola *claims made* è pienamente partecipe della causa indennitaria del contratto di assicurazione contro i danni, costituisce una deroga legittima al modello di assicurazione di cui all'art. 1917 c.c. e, soprattutto, «senza che ciò comporti una deviazione strutturale tale da estraniarla dal tipo», come del resto confermato dalla recente scelta legislativa.¹²

Conseguenza logica di un tale esito ermeneutico è la sottrazione del contratto con clausola *claims made* al giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c., limitato espressamente ai soli «contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare».

Trattandosi di un contratto tipico, dunque, unico *test* attivabile dal giudice consiste nella verifica che la libera determinazione del contenuto contrattuale, esplicitasi con la scelta del modello "a richiesta fatta", sia avvenuta nel rispetto dei limiti imposti dalla Legge ex art. 1322, comma 1, c.c..

Tale controllo guarda alla complessità dell'ordinamento giuridico, utilizzando

¹² Di diverso avviso la Cass. civ., SS.UU., sent. 6 maggio 2016, n.9140, la quale afferma che: «Il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione ex art. 1917 c.c., non può essere identificato con la richiesta di risarcimento: non par dubbio che il lemma (...) si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere. Il che (...) vale a far trascinare i contratti assicurativi con la clausola *claims made* pura fuori della fattispecie ipotetica delineata dall'art. 1917 c.c.».

come parametro le norme costituzionali in sinergia con quelle sovranazionali, e non si arresta alla sola fase genetica di formazione del contratto, investendo anche il momento precedente all'attuazione del rapporto.

In quest'ottica, grande rilievo assume il rispetto, da parte dell'impresa assicuratrice e prima della conclusione del contratto, degli obblighi informativi che mirano ad una tutela effettiva dell'assicurato¹³ la violazione dei quali dà luogo, ex artt. 1337 e 1338 c.c., ad un diritto al risarcimento del danno pari all'entità delle utilità che questo avrebbe potuto ottenere alla luce di un contratto correttamente concluso (c.d. "interesse positivo virtuale").¹⁴

L'indagine sul contenuto negoziale, autorizzata dall'art. 1322, comma 1, c.c., impone poi di valutare «l'adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti», l'individuazione dei quali richiede l'esame della "causa concreta" del contratto, che rappresenta la sintesi degli interessi che il negozio è diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.¹⁵ Tale analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo consente, da un lato, di apprezzare se effettivamente ne sia realizzata la funzione pratica, quale assicurazione adeguata allo scopo e, dall'altro, di rilevare, "con la lente del principio di buona

¹³ Tali obblighi informativi, che si impongono alla luce del principio di buona fede esecutiva e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c. e art. 2 Cost.) e dunque già prima della loro espressa previsione nel Codice delle assicurazioni private (D.Lgs. n.209 del 2005, artt., tra gli altri, 120, 166, 183-187), si inseriscono in quel fenomeno di "neoformalismo negoziale" di stampo europeo che vuole predisporre, attraverso l'imposizione di particolari prescrizioni di forma, ulteriori strumenti a tutela delle parti contrattuali deboli, assicurando agli stessi la massima trasparenza sia nella fase precontrattuale che della stipulazione negoziale ed attuativa. In questa stessa direzione si muovono, ad esempio, gli artt. 117 e 124 TUB (D.Lgs. n.385/1993), l'art. 23 TUF (D.Lgs. n.58/1998) e gli artt. 49, 50 e 53 del Codice del Consumo (D.Lgs. n.205/2006).

¹⁴ Confermando l'orientamento espresso dalla Cass. civ., SS.UU., sent. 19 dicembre 2017, n.26725, la Suprema Corte sottolinea che la violazione di questi obblighi assume rilievo anche nel caso in cui il contratto sia stato validamente concluso ma le informazioni rilevanti, omesse dalla parte onerata, avrebbero indotto, con un giudizio probabilistico, ad una diversa conformazione del contratto stesso. Si tratta, invero, della c.d. "responsabilità precontrattuale da contratto valido ma svantaggioso", che si configura allorché il comportamento sleale non ha reso la trattativa inutile, posto che il contratto è stato validamente concluso, ma il contraente che ha subito la scorrettezza, come appunto una reticenza informativa, lamenta che a causa di tale slealtà ha concluso un contratto valido ma economicamente pregiudizievole.

¹⁵ Così, analogamente, Cass., Sez. III, sent. 8 maggio 2006, n.10490.

fede contrattuale” eventuali arbitrari squilibri tra rischio assicurato e premio, che costituiscono i sintomi della carenza della causa in concreto dell’operazione economica, con conseguente nullità ex art. 1418, comma 2, c.c..

Posto poi che, nell’assicurazione della responsabilità professionale, la disciplina si pone a tutela non solo dell’assicurato, ma anche di interessi di natura pubblicistica, quale la protezione del terzo danneggiato, lo iato tra questa e il regolamento contrattuale comporterà la nullità dello stesso ex art. 1418, comma 1, c.c., a cui il giudice potrà porre rimedio attraverso la sostituzione delle clausole nulle con quelle imperative reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa ex art. 1419, comma 2, c.c..

Ciò non esclude l’operatività dello stesso meccanismo della nullità parziale anche rispetto ai rapporti assicurativi sorti prima dell’affermarsi della disciplina dell’assicurazione della responsabilità civile professionale: l’obbligo di adeguatezza del contratto assicurativo, che costituisce inoltre criterio guida nell’interpretazione di qualsiasi contratto di tal tipo, trova difatti fondamento, già prima che fosse esplicitato dalla legislazione speciale (art. 183, comma 2, D.Lgs. n.209 del 2005¹⁶), nel principio di buona fede e correttezza (art. 1375 c.c. e art. 2 Cost.).

La Corte giunge così ad affermare il seguente principio di diritto:

«Il modello dell’assicurazione della responsabilità civile con clausole *"on claims made basis"*, che è volto ad indennizzare il rischio dell’impoverimento del patrimonio dell’assicurato pur sempre a seguito di un sinistro, inteso come accadimento materiale, è partecipe del tipo dell’assicurazione contro i danni, quale deroga consentita all’art. 1917, comma 1, c.c., non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all’assicuratore. Ne consegue che,

¹⁶ La norma, inserendosi nella tendenza generale volta ad esaltare il ruolo del principio di buona fede ex art. 1375 c.c. e art. 2 Cost., afferma che: *"L'ISVAP adotta, con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli"*.

rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., ma la tutela invocabile dal contraente 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)».

Alla luce dei sopraesposti motivi, il Supremo Consesso censura l'astrattezza del giudizio della Corte territoriale che, svolto alla luce della ritenuta atipicità della clausola *claims made* "pura" e chino sulla sua validazione ordinamentale, non ha analizzato in concreto la peculiare vicenda contrattuale dedotta in giudizio, da correlare funzionalmente all'assetto di interessi che le polizze stesse avrebbero dovuto realizzare.

Il giudice d'appello avrebbe dovuto, invece, considerare, in modo complessivo, l'atteggiarsi in concreto della vicenda, il rispetto degli obblighi informativi che questa imponeva, la corrispettività tra premio e rischio assicurato e la presenza, infine, di clausola di recesso in costanza di rapporto.

I motivi sono ritenuti pertanto fondati, il ricorso presentato dall'assicurato viene accolto e la sentenza impugnata viene cassata con rinvio della causa alla Corte di appello di Venezia.

5. Tipicità e meritevolezza: un (apparente) ritorno al passato. Rilievi conclusivi

Così argomentando, la pronuncia in commento sembra non tener conto di quel

processo di “destrutturazione delle categorie civilistiche”¹⁷ che sta investendo, a partire dal 2006,¹⁸ il sistema giuridico.

Le Sezioni Unite, infatti, una volta affermata la riconduzione del contratto di assicurazione *on claims made basis* nell’alveo della tipicità legale, traggono, come prima conseguenza logica, «il superamento del giudizio improntato alla logica propria della “meritevolezza”, siccome ancorata al presupposto della atipicità contrattuale (art. 1322, comma 2, c.c.) e, quindi, frutto di una autonomia privata che, in quel determinato e peculiare esercizio, sebbene abbia già trovato riconoscimento nella realtà socio-economica, non ancora rinviene il proprio referente nel “tipo” prefigurato dalla legge».

In tal modo si riproduce quel binomio “tipicità - esclusione del controllo di meritevolezza” che, sebbene più aderente alla lettera del codice civile e, soprattutto, all’interpretazione in merito fornita dalla Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile del 1942,¹⁹ sembra ormai in via di superamento alla luce di una lettura evolutiva del Codice civile imposta dall’accoglimento di un concetto di causa in concreto.²⁰

Posto infatti che, nella moderna accezione, la causa del contratto è intesa

¹⁷ Con il termine si fa riferimento all’interpretazione in concreto dei requisiti contrattuali, che rifugge da ogni forma di astrazione rispetto agli interessi perseguiti dai contraenti.

¹⁸ Anno a partire dal quale, con la pronuncia della Cass., Sez. III, sent. 8 maggio 2006, n.10490, è stata accolta, con maggiore convinzione, la teoria della causa in concreto.

¹⁹ Si fa riferimento al punto n.603 sopra riportato.

²⁰ Storicamente, la causa si configurava come uno strumento di controllo della “rilevanza sociale del contratto”, perché la regola pattizia si rivelasse utile o compatibile con l’organizzazione economica della società. L’atto di autonomia veniva depurato dalle peculiarità che lo connotano relativamente alle circostanze della stipulazione e alle specificità delle singole attribuzioni, risultando decisiva la *funzione astratta* del negozio impiegato. In sostanza, con la richiesta di una causa si voleva che emergesse dal contratto il dato strutturale dell’operazione economica, al fine di verificare l’incidenza dello spostamento patrimoniale sul tessuto economico-sociale e dunque la coerenza con lo stesso. Da alcuni anni va, però, sviluppandosi una nutrita tendenza, anche legislativa, che tende a valorizzare la specificità dell’assetto di interessi, sicché la nozione di causa è stata assoggettata a revisione. Erosa ogni visione autoritaria, la causa si atteggia, oggi, come la ragione giustificativa dello specifico regolamento contrattuale, che cementa e sorregge la volontà negoziale (c.d. “causa concreta”). Così emerge e rileva la funzione concreta del negozio e cioè lo scopo perseguito dalle parti con la operazione economica messa in campo, rilevando le peculiarità della relazione sociale. È la concreta regola pattizia che, in quanto tale, reclama rilevanza giuridica in quanto coerente con i valori fondanti l’ordinamento. Così, F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto Privato*, Napoli, 2018, p. 934.

quale «sintesi degli interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato»,²¹ nessuna garanzia appresta l'opera positivizzatrice del legislatore, ben potendo anche il contratto tipico essere utilizzato dalle parti per il perseguimento di finalità immeritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.²²

Ne deriva, come conseguenza, che si rende necessaria l'estensione del controllo riservato dall'art. 1322, comma 2 c.c., ai contratti atipici, anche a quei contratti che "appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare".

Se, infatti, il giudizio di meritevolezza, come emerge anche dalla citata Relazione ed è condiviso dall'ordinanza interlocutoria prodromica alla pronuncia *de qua*, investe non il contratto in sé, ma il risultato perseguito con la stipula dello stesso che, per come ritenuto negli ultimi approdi giurisprudenziali,²³ deve essere

²¹ Così, la già citata Cass., Sez. III, sent. 8 maggio 2006, n.10490.

²² In questo senso, v., tra gli altri, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 349.

²³ Il riferimento è alla citata Cass., Sez. III, sent. 28 maggio del 2017, n.10506, che offre precedenti arresti come esempi: È stata ritenuta "immeritevole" la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'articolo 41 Cost., comma 2 (Cass., SS.UU., sent. 17 febbraio 2017, n.4222). Immeritevole è stato ritenuto il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto "Myway", che prevedeva l'acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: *ex aliis*, in tal senso, Cass., Sez. 1, sent. 10 novembre 2015, n.22950; per una vicenda analoga ed una analoga statuizione, relativa al contratto finanziario denominato "4You", si veda altresì Cass., Sez. 6-3, ord. 30 settembre 2015, n.19559). Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la "effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato" (Cass., Sez. 3, sent. 8 febbraio 2013, n.3080). Immeritevole, ancora, è stata ritenuta la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto d'un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (Cass., Sez. 3, sent. 19 luglio 2012, n.12454). Immeritevole, poi, è stata ritenuta la clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà (Cass., Sez. 3, sent. 19 giugno 2009, n.14343). Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l'attivo del primo con il passivo del secondo (Cass., Sez. 1, sent. 19 febbraio 2000, n.1898). Immeritevole, ancora, è stato ritenuto il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni

coerente con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che l'ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati,²⁴ sarà su tale elemento che dovrà concentrarsi l'analisi ermeneutica, poiché anche un contratto tipico potrebbe rivelarsi, all'esito di un'indagine concreta, immeritevole per il risultato che realizza.

Di medesimo avviso, del resto, è proprio il Supremo Consesso che, pronunciatosi appena due anni prima sullo stesso oggetto,²⁵ e ribaltando i principi tradizionalmente accolti, giungeva alla conclusione che le *claims made* c.d. "impure o miste", sebbene tipiche,²⁶ imponessero un controllo di meritevolezza più serrato; richiedendo, per la liquidazione dell'indennizzo, che tanto il sinistro quanto la richiesta di risarcimento avanzata dal terzo intervengano nel periodo di vigenza della polizza, risultano invero essere particolarmente penalizzanti per l'assicurato.

Al contrario, rispetto alle clausole *claims made* c.d. "pure", nonostante la ritenuta atipicità delle stesse, la prospettazione dell'immeritevolezza è risultata, in via di principio, infondata, non ponendo queste limitazioni alla loro retroattività.

La pronuncia in esame, invece, ritenendo che la legge speciale abbia individuato «non solo il substrato del modello negoziale "meritevole", ma, con ciò, la stessa "idoneità" del prodotto assicurativo a salvaguardare gli interessi che entrano nel contratto», sembra affermare, con un ritorno al passato, che il

assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi (Cass., Sez. 1, sent. 20 settembre 1995, n.9975).

²⁴ Deve segnalarsi, tuttavia, che, sebbene sia questa l'opinione dominante, non tutti concordano in ordine all'*ubi consistam* del giudizio di meritevolezza, ricondotto da alcuni allo stesso concetto di liceità, da altri all'utilità sociale prevista dalla Relazione al Codice civile, da altri ancora all'idoneità dello schema astratto utilizzato ad assurgere a tipo normativo (così, F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 823).

²⁵ Cass., SS.UU., sent. 6 maggio del 2016, n.9140.

²⁶ Le Sezioni Unite infatti affermano che: «Il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla *claims made* impura (...), si iscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. E poiché non è seriamente predicabile che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione, il patto *claims made* è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1907 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità».

contratto tipizzato sia per ciò solo meritevole di tutela in quanto, attraverso lo stesso, può essere perseguita quella sola funzione ad esso immanente che, essendo prestabilita a monte dal legislatore, rende superfluo qualsiasi tipo di controllo.²⁷

Tale ricostruzione, in primo luogo, tradisce un'impostazione dirigistica in forza della quale il contratto può ritenersi meritevole soltanto in quanto sia tipico, e dunque assolve la funzione economico-sociale ad esso assegnata dalla legge,²⁸ ovvero, essendo atipico, sia costituito, quantomeno, in vista del perseguimento di interessi che siano utili socialmente.²⁹

In secondo luogo, crea, a favore dei contraenti che stipulino un contratto tipico, come quello assicurativo *on claims made basis*, zone franche dal controllo giudiziale che può, al più, far leva sulla "valvola di sicurezza" offerta dall'art. 1344 c.c. tutte le volte in cui l'accordo costituisca il mezzo per elidere l'applicazione di una norma imperativa.³⁰

L'inaccettabilità di una tale anacronistica conclusione, aderente all'ideologia

²⁷ Si tratta, a ben vedere, del precipitato logico dell'accoglimento di un concetto di causa interpretata in senso astratto. In questo senso, M. BIANCA, *Diritto civile, 3 - il contratto*, Milano, 2000, p. 450: «La definizione della causa come funzione economico-sociale ha espresso anche l'idea della causa come criterio di controllo della meritevolezza degli atti di autonomia privata. La causa non è semplicemente la ragione pratica per la quale le parti stipulano il contratto ma, oltre, la ragione per la quale l'ordinamento riconosce rilevanza al contratto».

²⁸ Sul punto, E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, Torino, 1957, il quale forgia la nozione di causa intesa come "funzione economico-sociale" svolta dal contratto, dunque come l'astratta ragione economico-giuridica di quel singolo tipo che, in quanto tale, consente la funzionalizzazione degli interessi privati al perseguimento di fini sociali facendo sì che «l'interesse privato di dissolve in quello pubblico e il contraente diviene un funzionario dello Stato» (F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 822). Nel senso del superamento di tale modo di concepire la causa del contratto, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 344.

²⁹ Tale approdo è smentito da Cass., SS.UU., sent. 6 marzo 2015, n.4628, che, riconoscendo la validità del preliminare di preliminare, ritengono che, in omaggio all'autonomia privata delle parti, che non può essere limitata, se non in presenza di espressi limiti normativi, le parti possano vincolarsi in una fase preliminare, sottoscrivendo un preliminare di preliminare. Escludere la validità di tale operazione negoziale, vorrebbe dire "amputare le forme dell'autonomia privata". Se le parti dimostrano di ricevere utilità da procedimenti contrattuali graduali, non c'è ragione per non ritenerli vincolanti per le stesse, perché l'interesse perseguito dalle parti, se non illecito o contrario a norme imperative, è, in sé, meritevole di tutela.

³⁰ L'accoglimento di un concetto di causa in concreto, al contrario, rende del tutto superflua la norma citata, posto che, alla luce dello stesso, l'ipotesi di frode alla legge tende ad essere riassorbita in quella di illiceità della causa, con cui, in ogni caso, ha in comune la sanzione comminata dall'ordinamento che è quella della nullità (così, F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 830).

fascista sottesa alla redazione del Codice del 1942, emerge dalla stessa pronuncia esaminata.

Dopo aver infatti espressamente escluso la necessità di un controllo di meritevolezza per i contratti assistiti da clausola “a richiesta fatta”, le Sezioni Unite, potenziando l’indagine sul contenuto negoziale ex art. 1322, comma 1, c.c.,³¹ impongono di verificare «adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti»;³² verifica che, necessariamente, transita attraverso il concetto di “causa concreta del contratto” la cui indagine, che rappresenta il fulcro del controllo riservato al giudice sull’ormai tipizzato contratto assicurativo con clausola *claims made*, rimane, dunque, “intatta”.³³

L’analisi dell’assetto sinallagmatico del contratto di assicurazione consente, così, di far emergere eventuali squilibri tra rischio assicurato e premio³⁴ che, non

³¹ È stato rilevato come la scelta, operata con la sentenza del 2018, di spostare il baricentro della disciplina sul co. 1 dell’art. 1322 c.c., è stata presa verosimilmente per dare al giudice di merito ulteriore flessibilità di giudizio: non più alternativa secca tra validità o nullità, come imponeva il baricentro posto, dalla pronuncia precedente, sul co. 2 della medesima norma, ma scelta nella “panoplia” dei rimedi che l’assicurato può attivare, tra i quali figura anche il rimedio, non demolitorio e più graduabile, del risarcimento del danno. Così, F. DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l’ultima sentenza e la “Big picture”*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1/2019, p. 34.

³² Il richiamo al concetto di adeguatezza non appare, a giudizio di taluno, del tutto persuasivo. Si rileva, infatti, che si tratta di un principio tendente non a fornire un parametro per la valutazione della meritevolezza del contratto su un piano generale ma, più specificamente, a proteggere il contraente debole in caso di asimmetria di potere contrattuale. Preferibile, dunque, sarebbe stato fondare il controllo giudiziale sul mero parametro della razionalità complessiva dell’operazione negoziale, ovvero della «corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall’ordinamento giuridico». In questo senso, P. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle Sezioni Unite 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1/2019, p. 153.

³³ Non può, invero, sottacersi il timore, da molti manifestato, per quei contratti che, stipulati sino ad oggi, dovranno essere oggetto di una indagine ad ampio spettro «che parte dalla fase precontrattuale, con riferimento alla valutazione dell’adeguatezza degli obblighi informativi, per passare al vaglio del contenuto del negozio, e quindi all’analisi della causa concreta del contratto e dell’adeguatezza dello stesso allo scopo pratico perseguito dai contraenti, per terminare nella fase attuativa del rapporto contrattuale». Così, O. PIZZO e F. RUSSO, *Un’analisi metodologica condotta sulle clausole claims made tra trend passati e futuri anche alla luce delle Sezioni Unite del 2018*, in *Danno e persona*, 2/2019, p. 242.

³⁴ Le Sezioni Unite precisano che: «Non è, dunque, questione di garantire, e sindacare perciò, l’equilibrio delle prestazioni, che è profilo rimesso esclusivamente all’autonomia contrattuale, ma 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 assicurazione contro i danni, la corrispettività si fonda in base ad una relazione oggettiva e coerente con il rischio assicurato,

corrispondendo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipula del regolamento negoziale, sono suscettibili, da un lato, di disvelare la carenza della causa in concreto dell'operazione economica, con conseguente nullità ex art. 1418, comma 2, c.c. e, dall'altro, di porre la stessa in contrasto con norme imperative, con conseguente nullità ex art. 1418, comma 1, c.c..

L'obbligo di adeguatezza del contratto di assicurazione agli interessi dei paciscenti trova infatti fondamento, all'interno dell'ordinamento, nel principio di buona fede e correttezza ex artt. 2 Cost. e 1375 c.c., al quale si riconosce una funzione non più, e non solo, di integrazione esclusivamente suppletiva del contratto, ma di integrazione anche, e soprattutto, cogente.³⁵

Ne deriva, come conseguenza, la nullità, ex art. 1418 c.c.,³⁶ del contratto che si ponga in contrasto con lo stesso, a cui, tuttavia, il giudice potrà porre rimedio «per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto», in forza dell'art. 1419, comma 2, c.c., evitando in tal modo la caducazione dell'intero regolamento negoziale che sarà integrato dalle indicazioni reperibili dalla regolamentazione legislativa.

Tale soluzione, dunque, si imponeva già prima che l'obbligo di adeguatezza³⁷

attraverso criteri di calcolo attuariale».

³⁵ Stesso argomento è stato sostenuto nella sentenza n.77 del 2 aprile 2014, con cui la Corte cost. è stata chiamata a pronunciarsi sull'illegittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede la possibilità di ridurre la caparra confirmatoria in ipotesi di manifesta sproporzione. La Consulta ha dichiarato inammissibile la questione «in ragione della rilevanza *ex officio* della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte di Cassazione, sentt. n.3775 del 1994 e n.10511 del 1999, e, in prosieguo, a Sezioni Unite, sentt. n.18128 del 2005 e n.20106 del 2009).

³⁶ Analogo carattere imperativo viene riconosciuto, dalla pronuncia in esame, alla disciplina legale disposta per l'assicurazione della responsabilità professionale. Questa, infatti, è posta a tutela di interessi anche di natura pubblicistica, ossia la tutela del terzo danneggiato. Ne deriva che lo iato tra il regolamento contrattuale e la disciplina legale di base comporterà la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c..

³⁷ La giuridica esigenza che il contratto assicurativo sia adeguato allo scopo pratico perseguito dai paciscenti, costituisce inoltre criterio di interpretazione della stipulazione intercorsa tra gli stessi, al fine di garantire l'assicurato dalla responsabilità civile anche in settori diversi da quello sanitario o professionale e, in particolare, in quelli che postulano l'esigenza di una copertura dai

venisse esplicitato, ex art. 183, comma 2, D.Lgs. n.209 del 2005, dalla legislazione speciale, consentendo, così, l'osmosi dei suddetti rimedi anche nei rapporti assicurativi costituitisi prima dell'affermarsi del regime di obbligatorietà dell'assicurazione della responsabilità civile.

Al controllo di meritevolezza, ritenuto estensibile, come rilevato, anche ai contratti tipici, quale è considerato oggi quello di assicurazione *on claims made basis*, subentra, così, limitatamente a questi ultimi, quello volto a verificarne l'adeguatezza rispetto gli interessi avuti di mira dai paciscenti.

A ben vedere, però, i giudizi si diversificano soltanto con riguardo al parametro di riferimento, avendo, del resto, medesima pregnanza e conducendo agli stessi risultati applicativi.

Se, infatti, il primo, riservato dalla pronuncia in commento ai contratti atipici, impone oggi di verificare che lo scopo pratico perseguito con il contratto non sia in contrasto con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione, su cui si fonda il sistema giuridico, il secondo impone, più specificamente, che il regolamento contrattuale sia aderente allo scopo perseguito dalle parti.

Al di là di ciò, la verifica del rispetto, da parte dei contraenti, della "meritevolezza", da un lato, e dell'"adeguatezza", dall'altro, come interpretati dalla più recente giurisprudenza, richiede, in entrambi i casi, un'analisi tutta incentrata sul risultato da questi perseguito, valorizzando proprio quel concetto di causa in concreto che, a prima vista, la sentenza in commento sembrava trascurare.

A ciò si aggiunga che ad entrambi i concetti è stato riconosciuto fondamento costituzionale nel più generale principio di solidarietà (art. 2) di cui costituisce espressione la clausola generale di buona fede contrattuale (art. 1375 c.c.). Il rilievo non ha una valenza meramente dogmatica, ma è carico di conseguenze applicative.

La buona fede, infatti, sebbene non sia individuata espressamente quale fonte del contratto, rappresenta ormai uno strumento capace di legittimare un

rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungo latenza.

crescente e penetrante intervento del giudice nella regolamentazione del rapporto.³⁸

La violazione della stessa, invero, consente oggi, come previsto dalla stessa pronuncia in commento, una declaratoria di nullità parziale con contestuale eterointegrazione del contratto ad opera del giudice³⁹ che finisce, così, per incidere sull'autonomia negoziale dei contraenti.⁴⁰

È da rilevarsi, tuttavia, che, mentre il controllo di meritevolezza reca con sé il rischio di una funzionalizzazione dell'autonomia privata ai superiori interessi sociali, cristallizzati nel principio di solidarietà, il controllo di adeguatezza del contratto neutralizza il suddetto rischio.

Avendo riguardo agli scopi avuti di mira dai paciscenti, il giudice si limiterà, infatti, a verificare, in maniera del tutto neutrale e senza alcuna pretesa di *reductio ad aequitatem*, che la volontà del singolo contraente coincida con quella che emerge dal regolamento contrattuale, salvaguardando, e non soppiantando, l'autonomia privata.⁴¹

³⁸ Si veda, tra gli altri, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2001, p. 334; G. ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723.

³⁹ Analogamente è stato previsto dalla citata Cass. civ., SS.UU., sent. 6 maggio 2016, n.9140 che, proprio sull'abbrivio dell'art. 1419, comma 2, c.c., e del principio di buona fede ex art. 2 Cost., faceva discendere dalla valutazione di immeritevolezza della clausola *claims made* "impura" l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula "*loss occurrence*".

⁴⁰ Sul problematico rapporto tra autonomia negoziale e potere del giudice di sindacare la meritevolezza del singolo contratto, si veda P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1999, I, p. 231.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista diritto privato*, 2000, I, p. 21. In senso critico, con specifico riferimento al controllo di meritevolezza imposto dalla pronuncia precedente, anche M. HAZAN, *La claims made è salva! (ma non troppo...)*, in *www.Ridare.it*, 2016: «Insidioso, a parere di chi scrive, e foriero di dubitevole derive interpretative/applicative, il principio in forza del quale il giudice potrebbe – utilizzando quella specie di lasciapassare universale che sembra dato dall'art. 2 Cost. – liberamente stravolgere il contenuto del contratto in nome di una regola di contemperamento che potrebbe superare le intenzioni esplicitate dalle parti in sede negoziale. E difficilmente comprensibile il riferimento all'art. 1419, comma 2, c.c. che si riferisce a norme imperative laddove, invece, la stessa Cassazione aveva espressamente escluso che lo schema ordinario dell'art. 1917 c.c. potesse rientrare tra quelle, trattandosi di norma pacificamente derogabile».

⁴¹ Del resto, la stessa pronuncia in commento precisa che alla nullità del contratto ex art. 1419, comma 2, c.c., il giudice potrà porre rimedio integrando lo statuto negoziale «non già tramite il modello della c.d. *loss occurrence* di cui all'art. 1917, primo comma, c.c.», come invece aveva previsto appena due anni prima, suscitando diverse critiche, nella sentenza sopracitata, «bensì

La soluzione fornita dalle Sezioni Unite, che impongono una verifica di adeguatezza del regolamento contrattuale rispetto agli interessi avuti di mira dai contraenti, finisce per confermare l'esigenza, da più parti evidenziata, di sottoporre ad apposito controllo anche i contratti "appartenenti a tipi aventi una disciplina particolare".

Escluso, infatti, il controllo di meritevolezza, si impone una verifica dai contorni, a ben vedere, soltanto in parte diversi; contorni che, da un lato, rendono la ricostruzione coerente con la lettera del Codice civile e, in particolare, con l'art. 1322, comma 2, che espressamente riserva il suddetto controllo ai soli contratti atipici e, dall'altro, evitano gli inconvenienti della sottrazione dei contratti tipici ad un'indagine giudiziale orientata sulla causa in concreto degli stessi, nel rispetto, però, dell'autonomia negoziale dei contraenti.

attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa. Regolamentazione che, per la sua imperatività, viene a somministrare delle "regole di struttura", siccome orientate a rendere il contratto adeguato allo scopo, tenuto conto anzitutto delle esigenze dell'assicurato, oltre che delle ricordate istanze sociali».