



RESPONSABILITÀ CIVILE PROFESSIONALE E GARANZIE ASSICURATIVE

TRIBUNALE MILANO, 18 MARZO 2010 N. 3527

Questo Tribunale ritiene che la clausola *claims made* non comporti né una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo, né il venir meno del rischio stesso. In realtà, oggetto della copertura assicurativa rimane il fatto colposo dedotto in polizza. Tuttavia, tale fatto, generatore del danno, diviene «rilevante» soltanto nell'ipotesi in cui la richiesta di risarcimento del danno (in conseguenza di tale fatto) pervenga all'assicurato «durante il tempo dell'assicurazione». In definitiva, nonostante il rischio dedotto in polizza si riferisca - direttamente - all'eventualità che il terzo avanzi una richiesta di risarcimento e - solo indirettamente - al verificarsi del comportamento colposo, l'oggetto della garanzia assicurativa rimane pur sempre quest'ultimo, ovvero il fatto illecito dedotto in polizza.

Svolgimento del processo

Con atto di citazione ritualmente notificato, (A) conveniva in giudizio l'(B) al fine di sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni subiti, quantificati in complessivi Euro 47.687,00 o in quella diversa misura ritenuta di giustizia, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, per effetto dell'intervento chirurgico dell'11/03/03. Si costituiva la convenuta, la quale concludeva, in via principale, per il rigetto della domanda e, in via subordinata, previa chiamata in garanzia della propria compagnia assicuratrice, (K), chiedeva la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno subito dall'attore, ai sensi dell'art. 1917, II comma, c.p.c. Si costituiva la terza chiamata, la quale eccepeva l'inoperatività e/o inefficacia della polizza assicurativa di Responsabilità civile verso terzi e/o prestatori d'opera e concludeva, in via principale, per il rigetto delle domande svolte nei suoi confronti; in via subordinata, per la declaratoria di inammissibilità della domanda della convenuta relativamente all'obbligo di garanzia ex art. 1917 cpv. c.p.c. Il G.I. ammetteva parzialmente le prove dedotte dalle parti e disponeva consulenza tecnica d'ufficio. All'esito dell'istruttoria, le parti precisavano le conclusioni come in epigrafe trascritte; disposto lo scambio delle sole comparse conclusionali, all'udienza di discussione del 27/01/2010, la causa veniva assegnata in decisione, ai sensi dell'art. [281-quinquies cpv. c.p.c.](#)

Motivi della decisione

Ritiene il Tribunale che la domanda proposta dall'attore meriti accoglimento. Infatti, dai documenti prodotti, dall'espletata istruttoria e dalla consulenza tecnica d'ufficio, risulta provato che: in data 11/03/03, l'attore veniva sottoposto ad intervento chirurgico presso l'Azienda Ospedaliera convenuta a causa della lombosciatalgia destra lamentata nonostante le cure farmacologiche; che, in data 14/03/03, veniva sottoposto ad un secondo intervento chirurgico, a fronte del peggioramento della capacità di flessione dorsale e plantare del piede destro mostrato dopo il primo intervento; che, come accertato dal C.T.U., durante il primo citato intervento (non di speciale difficoltà ex art. [2236 c.c.](#)) si verificavano incongruità tecniche che configurano comportamenti sanitari imperiti; che, come altresì accertato dal C.T.U., vi è un nesso eziologico tra il primo intervento dell'11/03/03 e i danni subiti dall'attore, costituiti dalla paralisi dello sciatico popliteo esterno di destra, con conseguente impossibilità attiva della flessione dorsale del piede destro; che, infatti, i sanitari della



struttura convenuta, a seguito del notevole sanguinamento del plesso venoso e dello scarso controllo di esso con la coagulazione bipolare, attuavano l'emostasi con l'apposizione oltre che di Spongostan, anche del prodotto Surgicel con modalità imprecisa e tecnicamente inadeguata; che, per l'effetto, nell'immediatezza postoperatoria l'attore subiva il deficit completo a carico del nervo peroneo e la paralisi della flessione dorsale del piede destro, con evoluzione continua nonostante le persistenti terapie; che tale errore ha comportato lo stiramento della radice nervosa di L5 S1, con sofferenza ischemica e degenerazione neurofibrillare; che, attualmente, la deambulazione dell'attore avviene con evidentissimo steppage e difficoltà nel camminare; che il C.T.U. ha accertato un danno biologico permanente pari al 15% e un danno biologico temporaneo di 40 giorni al 100% e di 60 giorni al 50%; che non sono prevedibili spese mediche future; che questo giudice condivide le conclusioni cui è pervenuto il C.T.U. con metodo corretto ed immune da vizi logici. Circa il quantum, ritiene il Tribunale che l'attore abbia certamente subito il danno biologico e cioè quello derivante da illecito lesivo dell'integrità psico-fisica della persona, che, quale evento interno al fatto lesivo della salute, deve necessariamente esistere in presenza delle accertate lesioni, e che prescinde dal danno correlato alla capacità di produzione del reddito. Ai fini del risarcimento, il danno biologico deve essere considerato «in relazione all'integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita; non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva, e a ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana» (così la Corte Costituzionale n. 356/1991; v. altresì Corte Costituzionale n. 184/1986). Inoltre, recentemente la Cassazione a Sez. Unite (sentenza n. 26972/2008) ha tra l'altro ritenuto che, nell'ambito del danno non patrimoniale, il riferimento a determinati tipi di pregiudizi, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno. È compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative sul valore-uomo si siano verificate e provvedendo alla loro integrale riparazione. Il giudice anziché procedere alla separata liquidazione del danno morale in termini di una percentuale del danno biologico (procedimento che determina una duplicazione di danno), deve procedere ad un'adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza. Ebbene, tenuto conto delle accertate invalidità, dell'età (anni 62), delle allegazioni di parte e delle dichiarazioni dei testi escussi in ordine al mutamento della qualità di vita dell'attore, ora impossibilitato a svolgere sport, passeggiate e a coltivare l'hobby del ballo, dell'ulteriore disagio subito dall'attore per effetto del secondo intervento del 14/03/03, dei criteri tabellari ora adottati da questo Tribunale per la liquidazione del danno biologico e morale, stimasi equo liquidare, per il complessivo risarcimento del danno non patrimoniale permanente da lesione al diritto alla salute, così personalizzato nella misura del 20%, la somma già rivalutata di Euro 40.368,00 e di Euro 8.000,00 per il risarcimento del danno non patrimoniale temporaneo. Circa la richiesta di risarcimento del danno esistenziale giova inoltre richiamare quanto ritenuto dalla citata sentenza n. 26972/2008: «Il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate. In particolare, non può farsi riferimento ad una generica sottocategoria denominata «danno esistenziale», perché attraverso questa si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell'atipicità». In definitiva «di danno esistenziale come autonoma categoria di danno non è più dato discorrere». In ogni caso, laddove il giudice abbia liquidato il danno biologico e le sofferenze conseguenti non residua spazio per il risarcimento di ulteriori pregiudizi esistenziali, perché tutti già ricompresi in quelli già liquidati, risultando altrimenti certa la duplicazione risarcitoria del medesimo danno. Pertanto, il danno subito dall'attore va liquidato in complessivi Euro 48.368,00 (somma rivalutata ad oggi). Su tale importo devono essere riconosciuti gli interessi compensativi del danno derivante dal mancato tempestivo godimento dell'equivalente



pecuniario del bene perduto. Gli interessi compensativi - secondo l'ormai consolidato indirizzo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (v. sentenza n. 1712/1995) - decorrono dalla produzione dell'evento di danno sino al tempo della liquidazione; per questo periodo, gli interessi compensativi si possono calcolare applicando un tasso annuo medio ponderato sul danno rivalutato. Tale tasso di interesse è ottenuto «ponderando» l'interesse legale sulla somma sopra liquidata, che - «devalutata» alla data del fatto illecito, in base agli indici I.S.T.A.T. costo vita - si incrementa mese per mese, mediante gli stessi indici di rivalutazione, sino alla data della presente sentenza. Da oggi, giorno della liquidazione, all'effettivo saldo decorrono gli interessi legali sulla somma rivalutata. Pertanto, alla luce degli esposti criteri, la convenuta deve essere condannata al pagamento, in favore dell'attore, della complessiva somma di Euro 48.368,00, liquidata in moneta attuale, oltre: interessi compensativi, al tasso annuo medio ponderato del 2%, sulla somma di Euro 48.368,00, dal 19/06/03 (data di termine della malattia) ad oggi; interessi, al tasso legale, sempre sulla somma di Euro 48.368,00, dalla data della presente sentenza al saldo effettivo. Le spese della consulenza tecnica d'ufficio vanno poste a carico della convenuta. Conseguendo alla soccombenza la condanna della convenuta a rifondere all'attore le spese processuali. Quanto alle domande proposte dalla convenuta nei confronti della terza chiamata ritiene il Tribunale che debbano essere integralmente rigettate. La convenuta stipulava con la terza chiamata un contratto di assicurazione per la copertura dei danni derivanti da responsabilità civile professionale in data 01/03/2001. L'operatività di questa garanzia assicurativa è controversa tra le parti. Va evidenziato che la polizza contratta dall'Azienda Ospedaliera ha efficacia dal 01/03/2001 al 01/12/2003. La questione sorge in relazione all'art. 23 della polizza, a norma del quale: «La garanzia esplica la sua operatività per tutte le richieste di risarcimento presentate all'Assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia della presente assicurazione.» Va premesso che il trattamento sanitario di cui è causa è stato posto in essere in data 11/03/2003, quindi durante il periodo di vigenza della polizza. Tuttavia, la richiesta di risarcimento danni perveniva all'assicurato soltanto il 29/12/2005, e quindi circa due anni dopo la scadenza della polizza. Al fine di godere dell'operatività della garanzia assicurativa, la parte convenuta ha eccepito la nullità e/o l'inefficacia della clausola citata, in quanto non espressamente approvata per iscritto ex art. [1341 c.p.v. c.c.](#), nonché per mancanza di causa e per contrarietà a norma imperativa. La terza chiamata ha chiesto che fosse accertata la tardività, l'improponibilità e/o l'inammissibilità dell'eccezione di nullità e fosse dichiarata, invece, la non vessatorietà e l'efficacia inter partes della clausola in esame. Certamente ritiene questo Tribunale che l'eccezione di nullità della clausola non sia tardiva. Va rilevato, infatti, che la domanda di parte convenuta è stata proposta nella memoria ex artt. 170/180 c.p.c, in conseguenza delle conclusioni della terza chiamata e, pertanto, tempestivamente e coerentemente con quanto disposto dall'art. [183 c.p.c.](#) Inoltre, la mancata specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose del contratto indicate nell'art. [1341 cod. civ.](#) ne comporta la nullità, eccepibile da chiunque vi abbia interesse e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ivi compresa la fase di legittimità dinanzi alla Corte di cassazione (vedi, da ultimo, Cass. sentenza n. 16394/2009). Sulle altre eccezioni mosse dalla convenuta, giova premettere che la clausola in esame rientra pacificamente tra quelle c.d. claims made, ossia a richiesta fatta. Esistono, in materia di assicurazione della responsabilità civile professionale, due diversi schemi contrattuali. Lo schema tradizionale, c.d. loss occurrence («insorgenza del danno»), offre la copertura assicurativa per tutti i rischi dedotti nel contratto, posti in essere nel periodo di vigenza della polizza. Conseguentemente, l'assicurato potrà far valere tale copertura assicurativa fino all'integrale decorrenza della prescrizione (nella fattispecie concreta decennale) del diritto del terzo danneggiato al risarcimento del danno. Il contratto contenente la clausola claims made, invece, offre la copertura assicurativa per le richieste di risarcimento che pervengono all'assicurato durante il periodo di vigenza della polizza, indipendentemente sia dal momento in cui si è verificato il rischio dedotto nel contratto, sia dal momento in cui si è prodotto un danno in capo al terzo. Pertanto, la clausola in esame estende l'operatività della garanzia assicurativa anche a tutti i fatti colposi posti in essere prima della stipulazione della polizza (nella fattispecie



concreta) fino ai dieci anni precedenti (termine di prescrizione entro il quale il terzo potrà proporre una richiesta di risarcimento). Il contratto di assicurazione della responsabilità civile, contenente una clausola *claims made*, non rientra nel tenore letterale di cui all'art. [1917 primo comma c.c.](#): «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». In particolare, l'inciso - «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» - collega direttamente il sorgere dell'obbligo in capo all'assicuratore al comportamento colposo posto in essere durante il periodo di vigenza della polizza, e non alla richiesta di risarcimento, come previsto invece dalla clausola in esame. Pertanto, risulta pacifico che la clausola *claims made* deroga al primo comma del citato articolo. Contrariamente a quanto affermato da parte della giurisprudenza, questo Tribunale ritiene che tale deroga sia lecita. In primo luogo, va osservato che l'art. [1932 c.c.](#) dispone l'inderogabilità della disciplina prevista ai commi terzo e quarto dell'art. [1917 c.c.](#); conseguentemente, il primo comma di questo articolo è certamente derogabile. In secondo luogo, non merita pregio neppure la tesi secondo cui la disposizione in esame sia da considerarsi implicitamente inderogabile, in quanto «norma primaria e imperativa, di immediata applicazione» (Tribunale di Casale Monferrato, 25/02/1997; Tribunale di Bologna, 02/10/2002 n. 3318; Tribunale di Genova, 08/04/2008). Occorre infatti evidenziare che l'inderogabilità prevista dall'art. [1932 c.c.](#) opera esclusivamente in senso favorevole all'assicurato, e non è neppure sostenibile (come si spiegherà più avanti) la tesi secondo cui la suddetta clausola sarebbe sempre svantaggiosa per l'assicurato. Nella fattispecie in esame, la clausola, quindi, deroga nei termini anzidetti all'art. [1917 c.c.](#) Occorre a questo punto verificare se tale deroga determini o meno l'atipicità del negozio di assicurazione civile professionale ex art. [1917 c.c.](#), valutando in quali termini la clausola in esame incida sul negozio (tipico) previsto dal legislatore. In proposito, la Corte di Cassazione ha enunciato il seguente principio di diritto: «Il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola *claims made* non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall'art. [1917 c.c.](#), ma costituisce un contratto atipico (da ritenersi in linea generale lecito ex art. [1322 c.c.](#))», concludendo che «la clausola *claims made*, pur non corrispondendo alla previsione legislativa (art. [1917 c.c.](#)) è lecita» (così la [sentenza della Cassazione Civile n. 5624 del 15 marzo 2005](#)). Questo Tribunale non condivide la tesi sull'atipicità del contratto in esame. Va premesso che si configura un contratto nuovo, atipico, quando le parti predispongono un regolamento di interessi non riconducibile ai tipi aventi una disciplina particolare. Tuttavia, va osservato che la disciplina dei contratti tipici è affidata per lo più a norme dispositive, e, quindi, non ogni deroga allo schema astratto previsto dalla legge comporta la creazione di un nuovo negozio. Pertanto, al fine di verificare la tipicità di un contratto, occorre individuare gli elementi essenziali del tipo legale al quale le parti abbiano inteso ricondurlo e verificare se tali elementi siano presenti nel rapporto instaurato in concreto. La caratteristica peculiare dei contratti assicurativi è l'aleatorietà, derivante dall'esistenza di un rischio che viene trasferito dall'assicurato all'assicuratore; infatti, il legislatore sanziona con la nullità il contratto assicurativo privo di rischio al momento della stipulazione (art. [1895 c.c.](#)). Parte della giurisprudenza più recente ha negato la sussistenza di tale elemento nel contratto assicurativo contenente la clausola *claims made*, motivando che «una clausola di questo tenore è idonea potenzialmente a far venire meno la causa del contratto qualora il terzo danneggiato, per un fatto avvenuto durante l'efficacia della garanzia, richieda il risarcimento quando ormai la garanzia non è più operativa per decorso del termine. Subordina inoltre l'operatività della garanzia alla scelta discrezionale del terzo danneggiato» (così la citata sentenza del Tribunale di Bologna, 02/10/2002 n. 3318). Questo Tribunale ritiene, invece, che la clausola *claims made* non comporti né una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo, né il venir meno del rischio stesso. In realtà, oggetto della copertura assicurativa rimane il fatto colposo dedotto in polizza. Tuttavia, tale fatto, generatore del danno, diviene «rilevante» soltanto nell'ipotesi in cui la richiesta di risarcimento del danno (in conseguenza di tale fatto) pervenga all'assicurato «durante il tempo dell'assicurazione». In definitiva, nonostante il rischio dedotto in polizza si riferisca - direttamente -



all'eventualità che il terzo avanzi una richiesta di risarcimento e - solo indirettamente - al verificarsi del comportamento colposo, l'oggetto della garanzia assicurativa rimane pur sempre quest'ultimo, ovvero il fatto illecito dedotto in polizza. Va osservato inoltre che - anche in relazione alla tradizionale tipologia di contratto c.d. loss occurrence - l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne il professionista di quanto questi debba pagare ad un terzo, in conseguenza di un comportamento professionale illecito, sorge pur sempre in seguito ad una richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato, momento da cui del resto decorre anche il termine di prescrizione del diritto ex art. [2952 c.3 c.c.](#) Conseguo a quanto esposto che il contratto di assicurazione della responsabilità civile contenente claims made è tipico. Questa statuizione, determinata dalla deroga (consentita) all'art. [1917 c.c.](#), esclude in radice che possa ravvisarsi la eccepita nullità della clausola e dell'intero contratto. In ogni caso, anche a voler ritenere l'atipicità del negozio, deve dichiararsi certamente sussistente un interesse lecito e meritevole di tutela ex art. [1322 c.c.](#), in capo ad entrambi i contraenti, alla stipulazione di un contratto contenente la clausola claims made (come del resto riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 5624/2005). Infatti, il danneggiato può avvalersi di tale clausola per ottenere una copertura assicurativa in relazione a fatti verificatisi precedentemente rispetto alla stipulazione della polizza (particolarmente utile se l'assicurato non fosse coperto da altra polizza per il periodo indicato). L'assicuratore, invece, si avvale di questo nuovo schema contrattuale per gestire in maniera più idonea le riserve e per adeguare l'ammontare dei premi richiesti ai massimali di polizza. Occorre ora valutare se la clausola in esame debba essere ritenuta vessatoria e pertanto assoggettabile alla disciplina di cui all'art. [1341 c. 2 c.c.](#) Alcune pronunce giurisprudenziali hanno motivato la necessità della specifica approvazione per iscritto al fine di richiamare l'attenzione dell'assicurato sul particolare assetto di interessi disciplinato con la clausola claims made. Ritiene questo Tribunale che questa considerazione sia irrilevante ai fini della valutazione della vessatorietà della clausola claims made. Infatti, la non conoscibilità della clausola potrebbe avere rilevanza quale vizio del consenso ai sensi degli artt. [1427 e ss. c.c.](#) ovvero in tema di responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. (di recente, la [Cass. n. 24795/2008](#) ha ravvisato la responsabilità precontrattuale anche laddove le parti abbiano infine concluso un valido contratto). La Corte di Cassazione ha correttamente affermato che la clausola in esame non è di per sé limitativa della responsabilità ex art. [1341 c.c.](#), e la sua eventuale vessatorietà dipende dallo specifico contenuto che in concreto le parti abbiano inteso attribuirle (apprezzamento rimesso al giudice di merito). Ha inoltre aggiunto che «una clausola contrattuale può essere ricompresa tra quelle che stabiliscono limitazioni di responsabilità a favore di colui che l'ha predisposta a condizione che essa restringa (ad es. sotto il profilo quantitativo, spaziale o temporale) l'ambito di responsabilità così come fissato, con più ampia estensione, da precetti normativi» ([Cass. Civ. n. 5624/05](#)); «non possono, pertanto, qualificarsi vessatorie quelle clausole che abbiano, per contenuto, una mera determinazione della effettiva estensione delle reciproche prestazioni dedotte in obbligazione» ([Cass. n. 5390 del 16 giugno 1997](#)). Alla luce dei citati principi di diritto, ritiene questo Tribunale che la clausola claims made c.d. pura, di per sé non sia vessatoria, perché non limitativa della responsabilità. Infatti, nel regime ordinario ex art. [1917 c.c.](#) (contratto c.d. loss occurrence), l'assicurato copre la propria responsabilità in relazione ai rischi che si verificano durante il periodo di efficacia della polizza, ma può far valere tale copertura assicurativa (relativa al fatto commesso durante il periodo di efficacia della polizza, di solito annuale) fino al termine di prescrizione del diritto del terzo di proporre una richiesta di risarcimento danni (nella specie, poiché trattasi di responsabilità medica, addirittura fino ai 10 anni successivi). In presenza della clausola claims made c.d. pura, invece, l'assicurazione copre le richieste di risarcimento del danno pervenute all'assicurato nel periodo (di regola annuale) di efficacia della polizza, ma relativamente a tutti i rischi (dedotti in polizza) verificatisi nel decennio precedente, cioè fino al momento in cui esso assicurato potrà ritualmente eccepire la prescrizione del diritto del danneggiato di chiedere il risarcimento del danno. Dov'è dunque la vessatorietà? È di tutta evidenza che, di regola, può ravvisarsi un'equivalenza tra le due ipotesi in esame (contratto c.d. loss occurrence e con clausola



claims made c.d. pura) nella valutazione del rischio assicurato e nel rapporto sinallagmatico tra le parti; talora, potrebbe essere addirittura vantaggioso per l'assicurato stipulare la polizza contenente la clausola claims made (si pensi all'ipotesi in cui l'assicurato sia in tutto o in parte privo di copertura assicurativa per i fatti illeciti eventualmente posti in essere in epoca anteriore alla stipulazione della polizza). Quid iuris, invece, nell'ipotesi di clausola claims made inserita in un sistema c.d. misto? Questa ipotesi ricorre laddove la clausola in esame sia utilizzata congiuntamente con una diversa clausola, loss occurrence o act committed, spesso proprio al fine di limitare l'estensione della garanzia, che si produrrebbe con l'applicazione della claims made c.d. pura. In particolare, si verifica spesso l'ipotesi in cui la clausola escluda dalla copertura assicurativa i rischi (condotte colpose e/o eventi dannosi) verificatisi oltre i due-tre anni (o anche più) precedenti alla stipulazione della polizza, fermo restando che la denuncia del terzo deve pervenire all'assicurato durante il periodo di vigenza della stessa. Certamente in queste ipotesi si determina una limitazione di responsabilità (in relazione ai rischi dedotti e/o al tempo in cui gli stessi si siano verificati) che riduce il lasso di tempo (altrimenti decennale, fino al decorso della prescrizione) entro il quale rimane fermo l'obbligo dell'assicuratore di tenere indenne l'assicurato. Nel caso di specie, la clausola contiene una limitazione di questo tipo, nella parte in cui dispone che: «In relazione ai sinistri originati da fatti colposi posti in essere in periodi antecedenti alla validità della presente polizza, e precisamente dalle ore 00.00 dello 01/01/1998, la presente opererà in differenza di limiti e condizioni rispetto alle garanzie prestate dalle polizze che, qualora esistenti, esplicano la propria efficacia al momento del sinistro stesso». Conseguentemente la clausola in esame debba essere qualificata come vessatoria, e richiede, quindi, la specifica approvazione per iscritto ex art. [1341 c. 2 c.c.](#) È incontrovertibile che la clausola non sia stata specificamente approvata. L'Azienda Ospedaliera, facendo valere la vessatorietà della clausola, ha eccepito la nullità e/o l'inefficacia dell'intera clausola claims made. Conseguentemente ha invocato altra giurisprudenza che, muovendo dal presupposto (innanzi contestato) dell'inderogabilità dell'art. [1917 c.c.](#), ha ritenuto addirittura che la nullità della clausola in esame comporterebbe la sostituzione di diritto della stessa con il regime ordinario ex artt. [1339 e 1419 cpv. c.c.](#) (v. Tribunale di Milano sentenza n. 5235/09). Ritiene il Tribunale che queste conclusioni non meritino accoglimento. L'inefficacia prevista dall'art. 1341 c. 2 deve incidere esclusivamente sulla parte della clausola che comporta una limitazione della responsabilità. Risulta evidente, infatti, che le parti, con il contratto di assicurazione della responsabilità civile contenente la clausola claims made, intendevano regolare i propri interessi con modalità differenti rispetto al regime ordinario di cui all'art. [1917 c.c.](#) Se si adottasse dunque il regime ordinario, si violerebbe la libera estrinsecazione dell'autonomia negoziale delle parti. Appare, quindi, più coerente con la volontà negoziale manifestata dalle parti applicare la disciplina prevista dalla citata clausola claims made c.d. pura. Inoltre, la nullità dell'intera clausola potrebbe addirittura comportare un'alterazione del rapporto sinallagmatico: l'assicurato potrebbe scegliere se far operare la copertura assicurativa per coprire i rischi verificatisi nei dieci anni precedenti alla stipulazione della polizza, ovvero, facendo valere la nullità dell'intera clausola claims made, potrebbe coprire così anche le condotte colpose poste in essere durante il periodo di vigenza del contratto, in relazione a tutte le richieste di risarcimento effettuate fino alla prescrizione del diritto del terzo danneggiato (soprattutto laddove la nullità operi soltanto a vantaggio di una parte - vedi Codice del Consumo, artt. 34 e 36). In definitiva, ritiene il Tribunale che, nella fattispecie concreta, debba dichiararsi la vessatorietà e la conseguente inefficacia della limitazione di responsabilità contenuta nella seconda parte dell'art. 23 della polizza. Tuttavia, poiché la richiesta di risarcimento all'assicurato è stata pacificamente effettuata oltre il periodo di efficacia della polizza, deve rigettarsi la domanda proposta dalla convenuta nei confronti della terza chiamata. In considerazione della particolare complessità delle questioni affrontate, ricorrono giusti motivi per dichiarare integralmente compensate le spese processuali tra la convenuta e la terza chiamata. La presente sentenza è dichiarata provvisoriamente esecutiva ex lege.

P.Q.M.



Il Tribunale di Milano, definitivamente pronunciando, così provvede: dichiara l'esclusiva responsabilità della convenuta nella produzione dei danni subiti dall'attore per effetto dell'intervento chirurgico dell'11/03/03; condanna la convenuta, al pagamento, in favore dell'attore, della somma di Euro 48.368,00 oltre interessi, come specificati in motivazione; pone le spese della consulenza tecnica d'ufficio a carico della convenuta; rigetta le altre domande ed istanze proposte dalle parti.



GARANZIE LOSS OCCURENCE E CLAIMS MADE, OVVERO LE INSIDIE DELLE POLIZZE ASSICURATIVE A COPERTURA DELLA R.C. PROFESSIONALE. NOTE A MARGINE DI TRIBUNALE MILANO 18 MARZO 2010 n. 3527.

GIANLUCA CASCELLA

1. Brevissimi cenni sulla responsabilità civile. 2. I rischi ad essa connessi per i soggetti esercenti le professioni intellettuali. 3. Caratteri e differenze dei due regimi di garanzia. 4. I dubbi giurisprudenziali e dottrinali sulla validità della clausola *claims made*. 5. La soluzione della Cassazione. 6. Breve commento della decisione. 7. Ulteriori pronunzie difformi e le critiche della dottrina. 8. Una possibile soluzione. 9. Strumenti di tutela per l'assicurato.

1. Occorre innanzitutto brevemente premettere che l'assicurazione della responsabilità civile si manifesta senza dubbio come una delle ipotesi di maggiore frequenza e rilevanza nella sfera delle assicurazioni per i danni.

Tale contratto rinvia la propria causa nella erogazione di un indennizzo e/o risarcimento in favore di un terzo danneggiato, che avvenga quale conseguenza del verificarsi di un debito di responsabilità civile a carico dell'assicurato.

Quindi, con la stipula di un simile contratto, l'assicurato trasferisce sull'assicuratore il rischio delle conseguenze economiche negative gravanti sul suo patrimonio, in virtù della regola generale di cui all'art. 2740 cod. civ., conseguenze che egli potrebbe subire per una sua condotta integrante una ipotesi di responsabilità *ex art. 2043* ovvero 1218 cod. civ.

Tanto, in ogni caso, fermo restando il fatto che detta forma di assicurazione, quale particolare *species* del più ampio *genus* della assicurazione contro i danni, è inderogabilmente ispirata al principio indennitario.

Per effetto di tale impostazione ed in applicazione del richiamato principio ispiratore, quindi, la somma che l'assicuratore sarà tenuto a corrispondere ove riscontrata, nel caso concreto, la sussistenza di un rapporto di causalità giuridicamente rilevante tra il danno assicurato ed il tipo di sinistro, così come contrattualmente stabilito, non potrà essere superiore al danno emergente subito dal contraente, salvo specifica pattuizione in senso più ampio e favorevole a quest'ultimo, come rilevato da Autorevole studioso.¹

¹P. STANZIONE, *Manuale di Diritto Privato*, II Ed., Torino, 2009, p. 675 e ss



Del resto, va tenuto presente che, oltre a quella sopra evidenziata, secondo la dottrina² il sistema della responsabilità civile realizza anche, sotto il profilo della *Economic Analysis of Law*, una finalità di efficiente distribuzione delle perdite, in quanto il meccanismo risarcitorio serve a trasferire il rischio sul soggetto che meglio è in grado di sopportarlo, o sul soggetto che, potendo meglio di altri ricorrere all'assicurazione, può anche concorrere a distribuire il rischio tra tutta la collettività.

In tale prospettiva, secondo il medesimo studioso³, l'analisi economica del diritto, svolta in astratto e poi piegata alle singole fattispecie, finalizzata alla considerazione degli effetti economici delle regole di amministrazione del rischio, finisce per coniugarsi con la disciplina comunitaria, a sua volta finalizzata ad una regolamentazione il più possibile uniforme di un mercato al tempo stesso libero ed efficiente.

Da tale sinergia ne discende che, costituendo indubbiamente l'obbligo risarcitorio un costo, soprattutto per il professionista, la *Economic Analysis of Law* ed il diritto comunitario tendono non ad eliminare l'obbligo risarcitorio, quasi che le esternalità dovessero inevitabilmente e casualmente ricadere sulla collettività indefinita, bensì suggeriscono di affrontarlo ottimizzando le risorse, e conseguentemente i costi per produrle ed utilizzarle.

In concreto, i caratteri peculiari di tale contratto risultano essere : a) è un contratto stipulato per conto del responsabile, e non dell'eventuale terzo danneggiato, ed ha il fine di garantire il primo contro eventuale suo debito di responsabilità verso il secondo⁴; b) esso assicura un soggetto per la ipotesi che sorga un suo debito di responsabilità civile, e non contro danni a cose materiali; c) il concreto interesse che il contratto in questione è rivolto a soddisfare consiste nel conservare la integrità del patrimonio dell'assicurato e/o del suo nucleo familiare di fronte al rischio che lo stesso venga eroso se non addirittura azzerato in conseguenza dell'adempimento, spontaneo e/o coattivo, di un debito risarcitorio nei confronti del danneggiato.

Quindi, con la stipula di un simile contratto l'assicurato persegue il fine di garantirsi dalla ipotetica responsabilità civile, contrattuale e/o extracontrattuale, in cui il medesimo possa incorrere; essa individua nel sinistro il termine di riferimento, al tempo stesso fattuale e temporale, in presenza del

²G.ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, p. 173 e ss., con riferimenti di diritto comparato.

³G.ALPA, *op. ult. cit.*, p. 240.

⁴Da tale ricostruzione ne deriva innanzitutto, quale suo logico corollario, che tale contratto produce i suoi effetti esclusivamente nel rapporto tra assicurato ed assicuratore, a cui il terzo rimane estraneo ed, in conseguenza (con l'unica eccezione della ipotesi disciplinata prima dalla legge n. 990 del 24 dicembre 1969 ed oggi dagli articoli 144, 145, 148, 149 e 150 del d. lgs. 7 settembre 2005 n. 209, meglio conosciuto come Codice delle Assicurazioni) non può agire direttamente contro l'assicuratore del danneggiante.



quale si verifica il sorgere del debito di responsabilità civile a carico dell'assicurato,⁵ con l'unico limite rappresentato dal dolo dell'assicurato; questo perchè l'art. 1917,1°cod. civ. esclude in radice l'assicurabilità delle condotte dolose,⁶ mentre, per la ipotesi della colpa grave, la ammette solo in caso di espressa pattuizione intervenuta in tal senso tra le parti.

2. Guardando alla problematica dal punto di vista di coloro che svolgono attività libero professionale, per tali soggetti il rischio di causare a terzi danni derivanti dal suo svolgimento è, al tempo stesso, sempre presente quanto estremamente difficile da azzerare, anche facendo applicazione della indispensabile prudenza e diligenza, di tutta la professionalità occorrente, del rispetto delle *leges artis* che presiedono a ciascuno specifico settore di attività.

In conseguenza, sorge per il professionista intellettuale la opportunità di garantirsi dai rischi della responsabilità civile connessa alla propria attività, con la stipula di apposita polizza assicurativa per i danni potenzialmente causati o provocabili a terzi e dal correlato rischio di diventare responsabile civile rimanendo esposto al conseguente obbligo risarcitorio.

Tale opportunità si giustifica in ragione del fatto che, come sostenuto dalla dottrina,⁷ il danno costituisce l'elemento di collegamento tra responsabilità civile ed assicurazione.

E comunque, per un verso, anche ammettendo che il professionista presti il massimo scrupolo, di esecuzione e di aggiornamento, nello svolgimento della sua attività, appare improbabile che possa escludersi in radice la possibilità di provocare danni a terzi.

Per altro verso, va tuttavia escluso che egli, in ragione di quanto innanzi evidenziato, debba sentirsi obbligato alla sottoscrizione di una polizza, atteso che comunque un professionista potrebbe anche essere convinto, proprio in virtù della sua specifica competenza, preparazione, professionalità ed aggiornamento, di non avere bisogno di stipulare un simile contratto, confidando nei suoi requisiti come sopra evidenziati e ritenendo gli stessi sufficienti a garantirlo contro eventuali rischi di causare danni a terzi.

Tale esigenza, invero, si manifesta in modo ancora più sensibile per quelle attività professionali a rischio di danni particolarmente rilevanti per coloro che si avvalgono della attività stessa, pregiudizi in grado di manifestarsi anche a distanza di molti anni.

Sotto tale aspetto, la prima è ovviamente quella medica, non fosse altro che per il fatto che le cronache

⁵A.DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, Milano, 1952, vol. I, p. 2.

⁶Risultando impossibile consentire che colui il quale abbia causato un danno volontariamente possa giovare della impunità anche solo economica.

⁷A.D.CANDIAN, *L'assicurazione della responsabilità civile*, 1993, p. 66.



giudiziarie annoverano, con elevata frequenza,⁸ casi di lamentata *malpractice* medica sotto i profili più differenti⁹.

I medesimi rischi e problematiche, poi, interessano anche ulteriori categorie di professionisti intellettuali, quali ad esempio architetti, ingegneri, avvocati, notai, le cui attività sono tutte accomunate dalla loro potenziale idoneità a provocare danni c.d. *lungolatenti*.¹⁰

Con particolare riferimento ai notai, va evidenziato come appaia senza dubbio una eccezione quantomeno con riferimento alle professioni di area legale, essendo le polizze in questione quasi sempre individuali, la stipula di una polizza collettiva a livello nazionale tra la Cassa Nazionale del Notariato ed i Lloyd's of London, a favore dei notai iscritti al ruolo, in servizio ovvero in procinto di terminare la propria attività o, ancora, già in pensione, a copertura dei danni patrimoniali derivanti dalla responsabilità civile del notaio fino alla sua cancellazione dal ruolo, con l'esclusione di quelli derivanti dallo svolgimento della attività di Giudice Onorario Aggregato, danni causati da negligenza, imprudenza ed imperizia anche gravi, come riscontrato dalla dottrina.¹¹

Con riferimento ad un'altra, tra quelle sopra citate, categoria di professionisti intellettuali, ovvero il promotore finanziario, si evidenzia come, rispetto all'inquadramento e qualificazione della loro responsabilità, la dottrina si è mostrata oscillante in quanto per alcuni la stessa avrebbe natura precontrattuale, per altri consisterebbe in una tipica responsabilità contrattuale, ed infine una ulteriore opinione la qualifica come contrattuale, evidenziando in tal modo una notevole indecisione circa la collocazione di tale responsabilità nella schema di quella contrattuale ovvero di quella aquiliana.

In proposito, si condivide quell'orientamento dottrinale¹² che configura tale responsabilità come da contatto sociale, sul presupposto per cui l'attività svolta dal promotore nei confronti del cliente finisce per configurare un c.d. rapporto contrattuale di fatto, al quale l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, pur in mancanza dello scambio del consenso tra le parti.

Dunque, il novero dei soggetti interessati a dotarsi di una copertura assicurativa per tutelare il loro

⁸Nonché, va detto, pari incidenza sulla determinazione del contenzioso complessivamente gravante sui tribunali della penisola.

⁹Tra i quali, purtroppo, va annoverato anche quello della gravità, in relazione agli esiti avuti dalle pratiche mediche contestate, che tante volte producono conseguenze molto pesanti, se non addirittura letali.

¹⁰Tali sono definiti i pregiudizi potenzialmente suscettibili di emergere e manifestarsi anche a lunga distanza di tempo rispetto al momento in cui è stata posta in essere la condotta del professionista che si assume esserne stata, eziologicamente, il fatto generatore.

¹¹G.SALITO, in *Professioni e responsabilità civile*, Torino, 2006, diretta da P.STANZIONE e S.SICA, p.255-256.

¹²A.MUSIO, in *Professioni e responsabilità civile*, Torino, 2006, diretta da P.STANZIONE e S.SICA, p. 800-801.



patrimonio personale, oltre che quello del rispettivo nucleo familiare, dai rischi derivanti da potenziali ipotesi di danni a terzi connessi allo svolgimento della attività professionale dagli stessi svolta, è senza dubbio molto vasto.

Su tale innegabile stato di fatto, le imprese assicuratrici, per rispondere ad una chiara quanto diffusa esigenza di coperture assicurative per i rischi di tali specifiche attività professionali, hanno predisposto una serie di polizze che, se in teoria dovrebbero garantire gli esercenti le professioni intellettuali dai rischi della responsabilità civile connessa a tale loro attività, nella realtà concreta, al contrario, apprestano una copertura invero ridotta e limitata, se non proprio inesistente, con le prevedibili conseguenze negative per i loro assicurati.

3. Le garanzie presenti nella quasi totalità delle polizze assicurative offerte sul mercato per i rischi derivanti dalla responsabilità civile professionale sono apprestate con due diversi regimi di operatività, e precisamente quello definito *claims made* e quello invece conosciuto come *loss occurrence*.

Il primo identifica quelle garanzie in cui la copertura assicurativa è prestata esclusivamente per le richieste risarcitorie che l'assicurato abbia ricevuto nel corso del periodo di assicurazione¹³.

Inoltre, con elevata frequenza, tale regime viene reso più oneroso per l'assicurato prevedendo che la efficacia della copertura sia subordinata al rispetto, da parte sua, degli obblighi di denuncia del sinistro, così come individuati dalle condizioni generali di assicurazione; anche se, va detto, tale ulteriore previsione esula dal vero e proprio regime di operatività *claims made*, e non concorre a qualificarlo.

L'effetto spiegato dalla clausola *claims made* è quello di estendere l'ambito temporale di operatività della garanzia, il che produce il relativo effetto positivo per l'assicurato in termini di ampliamento della copertura e, specularmente, per l'assicuratore, di ampliamento del periodo in relazione al quale egli, contrattualmente, assume l'obbligo di tenere l'assicurato indenne dalle conseguenze economiche negative derivante dal concretizzarsi del rischio dedotto in contratto.

Con tale previsione, la copertura viene estesa¹⁴ anche ad eventi già verificatisi; estensione, questa, che tuttavia si verifica *sub condizione* che il danneggiato abbia rivolto al professionista assicurato la propria richiesta di ristoro dei danni allorquando la polizza assicurativa sia ancora in essere, indipendentemente dal momento in cui si assume posta in essere l'attività del soggetto ritenuto responsabile civile.

¹³Che viene abitualmente definita come “*a richiesta fatta*”, traduzione della espressione di origine anglosassone *claims made*.

¹⁴Con margini di retrodatazione che non sono fissi, bensì variabili da contratto a contratto e da impresa ad impresa.



Il secondo regime, quello invece definito come *loss occurrence*, si differenzia in quanto, ai fini della operatività della copertura, prende in considerazione, invece, la data in cui risulta essersi verificato l'evento dannoso, indipendentemente dal momento in cui viene formulata la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato.

Sotto tale aspetto, allora, la tipologia di polizza da ultimo richiamata si segnala per costituire applicazione del regime normalmente previsto dall'art. 1917 cod. civ.

Appare evidente come, con tale seconda formula, le posizioni si invertono, dal momento che con una garanzia *loss occurrence* l'assicurato è coperto anche per le richieste di risarcimento che gli pervengano allorquando la polizza assicurativa in questione sia scaduta, mentre per l'assicuratore, per converso, l'esposizione al rischio è molto più elevata.¹⁵

Tali nuovi tipi di danno, caratterizzati da una notevole asincronia temporale tra il momento in cui si verifica la condotta lesiva e quello in cui viene inoltrata la richiesta da parte del danneggiato,¹⁶ hanno in pratica reso obbligata, da parte delle Imprese assicuratrici, la ricerca di una soluzione diversa, che consentisse loro di fissare un termine di riferimento alternativo per individuare il momento da cui far decorrere la copertura assicurativa.

Pertanto, pur continuando a coesistere le due tipologie, le imprese assicuratrici tendono con sempre maggiore insistenza e frequenza alla sostituzione di garanzie originariamente sorte con la formula *loss occurrence*, con altre strutturate sullo schema *claims made*, sorto nell'esperienza anglosassone e nordamericana, che si rivela ben più vantaggioso per le imprese medesime.

Tale sostituzione, nella prassi, quasi sempre viene attuata sia modificando il tipo di garanzia in occasione della scadenza dei contratti, sia rendendo le polizze basate sulla garanzia *loss occurrence* sempre meno appetibili per i potenziali contraenti, combinando massimali irrisori a premi, per converso, estremamente elevati.

Infatti, la finalità e soprattutto l'effetto concreto di una clausola *claims made* si rivela, paradossalmente, opposto a quello che dovrebbe, invece, essere quello suo naturale.

Se si guarda al caso concreto, invero, è possibile riscontrare come essa, nella maggioranza dei casi, finisca per garantire non l'assicurato, bensì l'assicuratore, dal rischio di dover risarcire un danno che, per la natura del sinistro, si manifesta solo a distanza di molto tempo dopo che l'evento dannoso si è verificato; danno che rinviene, come propria causa, eventi verificatisi prima che sia stato concluso il

¹⁵Basti pensare che può essere tenuto a pagare cifre ingenti a distanza di tanti anni, e per di più in relazione ad un contratto scaduto, per il quale ormai da anni ha cessato di incassare il corrispettivo dell'assunzione del rischio, ovvero il pagamento del premio.

¹⁶A titolo di mero esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, si pensi ai danni da emotrasfusioni, a quelli da inquinamento ovvero da esposizione a sostanze tipo amianto.



contratto assicurativo.

Inoltre, altro effetto negativo si manifesta sotto forma dell'ulteriore rischio, pure individuato dalla dottrina, di dover prolungare la garanzia, una volta che il contratto di assicurazione è cessato, ben oltre limiti di tempo ragionevoli.¹⁷

L'esigenza da ultimo descritta, invero, per l'assicuratore assume grande rilevanza allorché il sinistro, per sua natura, si rivela in grado di causare danni c.d. seriali;¹⁸ rischio, questo, contro il quale l'assicuratore, a sua volta, si caute inserendo quasi sempre, nelle relative polizze, una limitazione dell'arco temporale di loro operatività, e quindi di risarcibilità dei danni, al solo periodo di vigenza del contratto.

Tale limitazione, già di per se non poco gravosa, viene resa ancora più stringente per effetto dell'inserimento, quasi sempre contestuale, di una ulteriore pattuizione nei contratti.

La previsione in questione, infatti, subordina l'operatività della garanzia al verificarsi di una specifica condizione, individuata dalla necessità che i danni vengano denunciati entro un determinato lasso di tempo dalla scadenza della polizza, di regola 1 anno, come affermato in dottrina.¹⁹

In tal modo, dunque, l'assicuratore ottiene una a lui più favorevole delimitazione temporale del rischio,²⁰ nel senso di garantire solo eventi verificatosi entro e non oltre un determinato *spatium temporis*; di contro, per invogliare i potenziali assicurati alla stipula di simili contratti, offre agli stessi, quale contropartita, premi di inferiore²¹ ammontare economico.

Tale insidia si appalesa a maggiore ragione temibile in quanto il premio da pagare si rivela effettivamente più basso solo all'inizio, mentre nel corso degli anni è destinato irrimediabilmente quanto sensibilmente ad aumentare; aumento dovuto al fatto che, anno per anno, le imprese di assicurazione aggiornano le proprie previsioni statistiche sul potenziale accadere di sinistri, e quindi di danni da pagare.

Simile evoluzione, tuttavia, si rivela fonte nella maggior parte dei casi di un ingiustificato pregiudizio

¹⁷G.VOLPE PUTZOLU, *Trattato di Diritto Privato*, diretto da G. Rescigno, Vol. 13, cap. V, p. 72 e ss.

¹⁸In proposito, basti pensare, ad esempio, ai danni potenzialmente provocabili dai prodotti e quindi dalla loro circolazione.

¹⁹D.DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile per i danni derivanti dai prodotti*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente ed ai consumatori*, Milano 1978, p. 201.

¹⁷In realtà, invece, detto ammontare si rivela indiscutibilmente sempre troppo elevato e, nella maggior parte dei casi, ingiustificato se correlato alla garanzia concretamente prestata.

¹⁸Da intendersi quale evento, possibile e/o probabile, al cui verificarsi sorge, per l'assicuratore, l'obbligo di eseguire la prestazione dedotta a suo carico nel contratto.

¹⁹D.DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile*, V^e ed., Milano, 2004, p. 635.



economico per l'assicurato, dal momento che l'aumento viene in ogni caso applicato anche se poi, in concreto, tali eventi non si verificano, per cui in tal modo si fanno gravare sugli assicurati aumenti del premio del tutto immotivati.

Dal punto di vista degli interessi che il regime *claims made* realizza o quantomeno dovrebbe concretamente realizzare, la dottrina al riguardo ha evidenziato come tale clausola appare ispirata al fine di conciliare, contestualmente soddisfacendole, le diverse esigenze di assicurato ed assicuratore.

Il primo, infatti, vede quale sua peculiare esigenza quella di mettersi al riparo dalle conseguenze economiche negative di un evento che, potenzialmente, può essere portato a sua conoscenza solo dopo molto tempo, o in assoluto o comunque a grande distanza temporale rispetto alla di lui condotta che, da parte del danneggiato, si assume averlo generato.²²

Quindi, l'esigenza dell'assicurato è in sostanza articolata sotto diversi profili, non essendo solo limitata alla necessità di avere una copertura assicurativa, ma anche che la garanzia in questione risulti adeguata pure a distanza di tempo.

Sotto tale ultimo aspetto, invero, per l'assicurato vi è il rischio che il decorso di un lungo *spatium temporis* tra la stipula della polizza ed il verificarsi del sinistro renda del tutto insufficiente l'eventuale massimale all'epoca pattuito, a causa dell'inflazione; il che comporta per il medesimo la necessità di tenere in adeguata considerazione tale evento, allorché proceda alla individuazione del massimale.

Dal punto di vista dell'assicuratore, l'esigenza prioritaria di quest'ultimo è quella di poter stimare nel modo più accurato il rischio, per determinare in conseguenza il premio più adeguato ed, in forza di esso, l'annuale accantonamento a riserva²³ per l'eventuale indennizzo di sinistri.

La differenza tra i due regimi sopra evidenziati si fonda, quindi, sulla diversa nozione di *sinistro* che le due tipologie di garanzia pongono a base della propria operatività.

Infatti, nel regime *loss occurrence*²⁴ la definizione del concetto di sinistro è quella, legislativamente stabilita *ex art.* 1917 cod. civ., in forza della quale con tale definizione si individua il fatto che ha causato il danno, accaduto durante il tempo dell'assicurazione: quindi, in tale regime, lo si identifica con la condotta dell'assicurato che si assume fonte della sua responsabilità civile.

La conseguenza della nozione di sinistro come sopra accolta sta nel fatto che, perché la garanzia operi, il sinistro, nell'accezione innanzi richiamata, dovrà obbligatoriamente verificarsi nel periodo di vigenza del contratto assicurativo; fermo il rispetto di tale requisito, la denuncia di esso, tuttavia, è ammessa anche in seguito, senza che ciò incida negativamente sulla copertura assicurativa.

²³D.DE STROBEL, *op. ult. cit.*, p. 641.

²⁴Ovvero *fatto commesso*.



Invero, se si guarda all'impianto del codice civile, come rilevato dalla dottrina²⁵, appaiono emergere definizioni diverse del concetto di *sinistro*.

Una di tali nozioni sembra emergere dall'art. 2952 c.c.: invero, da tale norma si ricava che il diritto dell'assicurato all'indennità sorge nel momento della richiesta del terzo; questo perché detta previsione normativa fissa il *dies a quo* del relativo termine di prescrizione dal giorno in cui il danneggiato ha richiesto il risarcimento all'assicurato, ovvero ha proposto contro il medesimo l'azione giudiziale volta a conseguirlo.

Una ulteriore quanto contrastante nozione emerge dall'art. 1917 cod. civ., che invece individua il sinistro²⁶ nel fatto verificatosi nel corso del periodo di validità del contratto assicurativo.

Con tale ultima definizione, in sostanza, vengono fatti rientrare nella copertura assicurativa anche quei danni che, pur se sorti (o comunque conosciuti) dopo che il contratto è cessato, si rivelino essere conseguenza diretta del sinistro.

Su tale premessa, allora, appare evidente che la richiamata previsione normativa accolga invece, considerandola rilevante al fine della operatività o meno della garanzia, la diversa definizione di *sinistro* quale fatto lesivo generatore della responsabilità dell'assicurato.

Tale nozione, senza dubbio, è quella che il codice civile prende a fondamento per regolamentare il funzionamento della assicurazione della responsabilità civile, e che ha trovato pieno seguito nella giurisprudenza di legittimità, per la quale l'art. 2952 cod. civ. ha un oggetto ed una *ratio* del tutto diversa, finalizzata esclusivamente ad individuare il *dies a quo* del termine di prescrizione dei diritti che l'assicurato può vantare, in forza della polizza, nei confronti dell'assicuratore.²⁷

A tanto consegue, quindi, che la rilevanza che il legislatore ha, in tale norma, attribuito alla richiesta di risarcimento rivolta dal danneggiato all'assicurato ovvero l'azione giudiziale proposta nei confronti di quest'ultimo, è da considerarsi limitata esclusivamente ai soli particolari fini perseguiti dall'art. 2952 c.c., per cui da essa non se ne può ricavare una nozione di *fatto* ovvero di *sinistro* idonea a spiegare effetti anche in relazione alla previsione di cui all'art. 1917 c.c.²⁸

²⁵G.VOLPE PUTZOLU, *op. ult. cit.*, p. 117 e ss.

²⁶In quanto tale fonte dell'obbligo di indennizzo, da parte dell'assicuratore, di quanto l'assicurato sia tenuto a pagare a terzi.

²⁷Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Il Sole 24 Ore*, *Diritto e Pratica delle Società*, 2005, 14/15, p. 64, annotata da F. Amabili, in cui i giudici di legittimità hanno affermato che “*non vale opporre il sopra citato contenuto dell'art. 2952 c.c. (evidentemente la parte ricorrente intende alludere al terzo comma) in quanto questa norma 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 c'è quindi da stupirsi che, a tali particolari fini, il legislatore abbia scelto di dare rilevanza alla richiesta di risarcimento fatta dal danneggiato all'assicurato (od al fatto che sia stata promossa l'azione); e non si può pertanto da essa dedurre una nozione di “fatto” ovvero di sinistro (valida anche nell'ambito dell'articolo 1917 c.c.) come quella sostenuta dalla tesi criticata*”.

²⁸Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, *sub nota* 24.



Il tutto, poi, senza trascurarsi di evidenziare che la nozione di *sinistro* innanzi evidenziata è quella sostenuta da tempo anche dalla prevalente dottrina.²⁹

Di contro, nel regime *claims made* la definizione del concetto sopra richiamato si distacca dalla previsione normativa trovando la propria origine in una fonte convenzionale; tale fonte si individua nel contratto assicurativo sottoscritto dalle parti, sul presupposto della libera volontà dei contraenti, essendo identificato con la ricezione, da parte dell'assicurato, della richiesta risarcitoria da parte del danneggiato.

In conseguenza, è da tale diverso (e sicuramente successivo, a volte anche di molto) momento che, convenzionalmente le parti fissano la decorrenza (*id est* l'operatività) della garanzia assicurativa.

In questo caso, dunque, nessuna rilevanza assume il momento in cui è stata posta in essere la condotta illecita che si assume causa del danno.

In una simile situazione, allora, il potenziale'assicurato, forse allettato dal momentaneo risparmio, stipulando una polizza *claims made* assume³⁰ volontariamente (ma quanto consapevolmente è dubbio) un rischio sotto due aspetti.

Per un verso, infatti, tale rischio si manifesta nella possibilità di non avere copertura per quegli eventi che vengono portati a sua conoscenza allorquando il contratto assicurativo è ormai scaduto; in tal caso, per garantirsi contro tali evenienze, egli dovrà affrontare un ulteriore esborso economico (vanificando la originaria quanto fittizia convenienza) per dotarsi di una ulteriore garanzia che faccia rientrare nell'ambito di operatività della polizza anche quegli eventi che avessero a verificarsi entro un determinato periodo, contrattualmente stabilito, posteriore alla scadenza del contratto stesso.

Per altro verso, di dover ricorrere ad una ulteriore copertura (abituale definita come *retroattività* oppure *danni pregressi*) per garantirsi dal rischio di essere chiamato a rispondere dei danni derivati a terzi da sue condotte, asseritamente illecite, poste in essere allorquando la polizza non era stata ancora accesa e, quindi, non esisteva alcuna garanzia assicurativa in relazione ad essi.

Unica alternativa per l'assicurato, ove non voglia dotarsi di tale supplementare garanzia, comunemente definita *tail coverage* o *sunset clause*³¹ consiste nel rimanere vincolato alla impresa assicuratrice con cui stipula la polizza in questione; scelta in conseguenza della quale egli risulta irrimediabilmente tenuto, ogni anno, ad accettare il rinnovo alle condizioni economiche che la compagnia di volta in volta gli propone, oltre che, ovviamente, a rispettare tutti gli obblighi previsti a suo carico.

Con tale decisione, in sostanza, l'assicurato si viene volontariamente a porre in una situazione al tempo

²⁹A.DONATI, *op.ult.cit.*

³⁰In tal modo diviene, in sostanza, assicuratore di sé stesso.

³¹Ovvero clausola del tramonto.



stesso di dipendenza e squilibrio (soprattutto economico) in suo danno, ma senza tuttavia ottenere, quale contropartita, la garanzia che tanto sia per lui sufficiente a garantirlo, essendo sempre esposto al rischio di disdetta da parte dell'assicuratore.

Infatti, in tale ultima ipotesi, se l'assicurato non si è preoccupato di richiedere in anticipo, cioè all'atto della stipula della polizza, la garanzia c.d. postuma, egli rimarrebbe irrimediabilmente senza copertura e quindi esposto al rischio di dovere rispondere con il proprio patrimonio degli eventuali danni causati a terzi.

Da quanto sopra evidenziato, ne deriva che la clausola *claims made* nella prassi dei contratti assicurativi per la responsabilità civile professionale può manifestarsi sotto svariate forme, le quali tutte possono ricondursi due tipologie, rappresentate dalla clausola c.d. *pura*, ovvero prevista come pattuizione a sé stante, nonché da quella c.d. *mista*, cioè in abbinamento ad una ulteriore clausola di diverso regime; due differenti tipologie nell'ambito del medesimo genere da cui scaturiscono, in sostanza, svariate ipotesi di garanzia concretamente prestata.

Un primo tipo, che potremmo definire tradizionale o *a retroattività illimitata*: in essa, appunto, si prevede che l'assicurato sia garantito verso qualsiasi sua condotta fonte di danno a terzi, qualunque sia l'epoca (ovviamente anteriore) al sorgere della polizza, con l'unico limite rappresentato dalla necessità (inderogabile) che la richiesta del danneggiato (ovvero il *claim*) venga portata a conoscenza dell'assicurato nel periodo in cui la polizza è in vigore.

Un secondo tipo, che potremmo definire *a retroattività limitata*: con essa, ferma sempre la necessità che la richiesta del danneggiato pervenga all'assicurato quando il contratto assicurativo è in vigore, la copertura per le condotte dell'assicurato, assunte eziologicamente quale causa di danni a terzi, viene circoscritta ad un periodo temporale anteriore ben individuato e delimitato.

Infine, un terzo tipo caratterizzato, al tempo stesso, dalla esclusione totale della retroattività e dalla concentrazione degli eventi.

Tale ultimo requisito appare senza dubbio molto penalizzante per l'assicurato, dato che per effetto di esso è obbligatoriamente richiesto, ai fini della operatività della garanzia, che nello stesso arco temporale (che ancora una volta è quello della durata del contratto assicurativo) debbano verificarsi la condotta dell'assicurato potenzialmente fonte di responsabilità civile, il danno vero e proprio assunto quale conseguenza di quest'ultima, la richiesta di risarcimento da parte del danneggiato ed, infine, anche la denuncia di sinistro da parte di esso assicurato.

Tale concentrazione di eventi, già *prima facie*, appare in grado di escludere *ab origine* la copertura per i danni lungolatenti, e dovrebbe indurre il professionista potenziale assicurato, ove non voglia o non possa fare a meno di stipulare proprio quel contratto assicurativo, a richiedere ed ottenere le



garanzie supplementari rappresentate dalle clausole di *retroattività* e di *ultrattività*.

Nel caso in cui tali ulteriori garanzie non vengano richieste e/o fornite, deve ritenersi che la clausola in questione, appunto in quanto drasticamente limitativa dei diritti dell'assicurato, non sfugga alla sanzione di vessatorietà.

Sanzione, questa, che colpirebbe la clausola in questione anche nella ipotesi in cui la stessa sia stata espressamente sottoscritta, dato che in tale caso il giudizio negativo conseguirebbe sotto il diverso profilo dell'art. 33 del Codice del Consumo, trattandosi di clausola presunta vessatoria, salvo prova contraria a fornirsi da parte dell'assicuratore.

Per tali sue caratteristiche, la clausola *claims made*, una volta importata in ordinamenti diversi da quelli in cui ha avuto origine, è stata oggetto di vari adattamenti a seconda del paese.

In proposito, va evidenziato come, in qualche stato europeo in cui, a differenza di quanto accade nell'ordinamento giuridico italiano, viene riconosciuta al danneggiato la facoltà di agire direttamente contro l'assicuratore anche al di fuori delle ipotesi in cui l'assicurazione risulti imposta *ex lege*, si è formato un orientamento giurisprudenziale consolidato nel ritenere che detta clausola risulti inopponibile al danneggiato.³²

Logica conseguenza di tale orientamento deve ravvisarsi, quindi, nel fatto per cui l'assicuratore non potrà evitare la propria condanna eccedendo l'inoperatività della polizza, bensì sarà in ogni caso tenuto a risarcire il danneggiato salvo poi agire in rivalsa nei confronti del professionista assicurato, e tanto appare correttamente rispondente a principi di giustizia sostanziale, dato che le vicende di un rapporto rispetto al quale il terzo danneggiato è del tutto estraneo non devono né possono spiegare effetti nei confronti (e nel caso di specie addirittura in danno) di un soggetto che a tale rapporto, appunto in quanto *res inter alios acta*, è rimasto del tutto estraneo.

4. A fronte di simili clausole, a mano a mano introdotte, anzi imposte, nella prassi dei contratti assicurativi della responsabilità civile, per favorire le esigenze economiche delle imprese assicuratrici, che grazie ad esse hanno accresciuto la loro posizione di forza nei confronti dell'assicurato-contraente debole, sono sorti contrapposti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla validità delle stesse: uno contrario, che le ritiene nulle, ed un altro favorevole che, invece, ne riconosce la validità. Davvero singolare appare, poi, la circostanza evidenziata dalla dottrina,³³ per cui la diffusione di detta clausola nel nostro ordinamento sia caldeggiata e sostenuta dalla Associazione Nazionale Imprese

³²Come rilevato riguardo all'ordinamento francese da A.D.CANDIAN, in *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 275 e ss.

³³U.CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, p. 595 e ss.



Assicuratrici, meglio conosciuta come ANIA, che ne suggerisce la generalizzata introduzione nei contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale.

La posizione negativa³⁴ pone a base della ritenuta assoluta nullità della clausola *claims made* il combinato disposto degli artt. 1895 e 1917, 1° cod. civ.

Infatti, attesa la previsione testuale dell'art. 1917, 1° cod. civ., l'art. 1895 c.c. sanziona con la nullità il contratto assicurativo per il caso del c.d. rischio putativo, integrato dalla assoluta inesistenza del rischio, ovvero per la ipotesi (equivalente agli effetti della comminata sanzione) in cui il rischio, pur esistente, è venuto meno prima che il contratto fosse concluso.

Nella previsione sopra richiamata si intende rientri non solo il caso in cui il rischio sia già sorto al momento della stipula del contratto, ma anche la diversa ipotesi in cui, sempre prima che il contratto assicurativo sia stato stipulato, fossero già presenti tutti quegli elementi idonei a far sorgere, anche se successivamente, quale loro inevitabile conseguenza, il danno e la relativa richiesta risarcitoria.

Tale orientamento giurisprudenziale trova il suo fondamento nella nozione di sinistro quale *condotta dell'assicurato* (che è poi quella alla base del tipo di garanzia *loss occurrence* accolta dall'art. 1917 cod. civ.).

La decisione in questione si segnala, invero, per l'aver il tribunale felsineo affermato che la clausola in questione sia in grado di far venire meno la causa del contratto, nella ipotesi in cui la richiesta del terzo, fondata su di un evento accaduto nel periodo temporale di validità della polizza, pervenga invece allorquando la stessa è scaduta; tanto perché, in tal modo, il prodursi degli effetti del contratto si troverebbe a dipendere non dalla volontà delle parti, bensì da quella del terzo.

Dal versante dottrinale, poi, va segnalata quella posizione che ritiene la clausola in questione non meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. in quanto la stessa, modificando il concetto di rischio oggetto dell'assicurazione, si pone in contrasto con i principi cardine del sistema di responsabilità civile come accolto dal nostro ordinamento, considerati di ordine pubblico e quindi imperativi ed inderogabili.³⁵

Il secondo orientamento invece, innanzitutto dal versante giurisprudenziale,³⁶ ritiene valida la clausola *claims made* in quanto essa realizza una deroga alla previsione di cui all'art. 1917, 1° cod. civ.; deroga che si ritiene perfettamente lecita, in quanto ai sensi dell'art. 1932 cod. civ., la previsione dettata dall'art. 1917, 1° cod. civ. è una norma suscettibile di deroga sull'accordo delle parti.

Ed in particolare, secondo tale pronuncia, la legittimità della deroga trova il suo fondamento sul rilievo che la disposizione contenuta nell'art. 1917, 1° comma cod. civ. non è stata inserita nell'elenco delle

³⁴Tribunale Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. economia assicur.*, 2005, p. 711.

³⁵U. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, in particolare p. 607.

³⁶Tribunale Crotone, 8 novembre 2004, in *Dir. economia assicur.*, 2005, p. 712.



disposizioni relative al contratto di assicurazione che l'art. 1932 cod. civ., norma di chiusura della sezione V del libro IV del codice civile, esplicitamente individua quali *norme inderogabili*.

Tale diverso orientamento, invero, accoglie la differente nozione di *sinistro* non quale condotta illecita dell'assicurato, bensì quale richiesta risarcitoria del danneggiato, ritenendolo appunto integrare il momento in cui sorge il danno per l'assicurato, inteso quale potenziale fattore di pregiudizio del patrimonio di quest'ultimo, da cui il contratto assicurativo dovrebbe tenerlo indenne.

Allora, poiché in detta ipotesi non si verrebbe ad assicurare un rischio invece inesistente (per le ragioni sopra indicate) si considera valida tale forma di assicurazione, in quanto accolta l'equiparazione del rischio alla richiesta del danneggiato, emerge con evidenza che quest'ultima non può considerarsi inevitabile conseguenza del primo, se inteso come condotta del danneggiato nella nozione accolta dall'art. 1917, 1° cod. civ.

Tale automatica equiparazione è esclusa ove si consideri che il danneggiato ben potrebbe, per tutta una serie di ragioni, anche non avanzare mai una richiesta risarcitoria, e tanto (a solo titolo di esempio e senza pretesa di esaustività) perché : a) decide consapevolmente di non farlo; b) per difetto di conoscenza di una simile possibilità; c) oppure, perché magari sia stato un soggetto diverso ad erogargli il risarcimento o comunque l'unico tenuto in tal senso³⁷; d) ancora, perché sia nelle more intervenuta prescrizione estintiva del relativo diritto; e) infine, in ipotesi di esistenza di più coobbligati in solido, il danneggiato abbia agito solo contro altro diverso soggetto coobbligato.

Il tutto, infine, non trascurando il dato testuale per il quale l'art. 1932 cod. civ. nell'elencare le disposizioni, relative al contratto di assicurazione, che il legislatore ha inteso espressamente considerare inderogabili, in riferimento all'art. 1917 cod. civ. richiama solo il 3° ed il 4° comma di tale disposizione.

Su tale rilievo, ed a maggiore ragione in quanto la deroga per i predetti commi dell'art. 1917 cod. civ. è ammessa in senso più favorevole all'assicurato, la disposizione contenuta nel 1° comma dell'art. 1917 cod. civ. è da ritenersi come lecitamente derogabile.

In ambito dottrinale, poi, qualche Autore per sostenere la validità della clausola ritiene che l'unico effetto di essa sia quello circoscrivere in termini temporali l'operatività della copertura assicurativa, senza per questo modificare il concetto di sinistro come concepito dal codice, né tantomeno gli

³⁷Si pensi alle ipotesi di danno da *malpractice* medica ove il danno si assuma causato da colpa lieve del professionista medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica, in cui unico soggetto tenuto al risarcimento, in caso di positivo accertamento del nesso causale, risulta essere *ex lege* l'Ente ospedaliero, per cui al predetto dipendente non venga rivolta alcuna richiesta risarcitoria da parte del danneggiato.



elementi essenziali perché il contratto assicurativo possa dirsi tale³⁸.

Altri³⁹ Autori, in sostanza, aderiscono alla interpretazione della clausola *claims made* fatta propria da quella giurisprudenza che esclude l'inderogabilità dell'art. 1917,1° cod. civ., a maggiore ragione in quanto, nel caso di specie, la deroga produce effetti vantaggiosi per il professionista assicurato.

5. A fronte di tali contrapposti orientamenti, la validità del regime *claims made* nel nostro ordinamento ha rinvenuto conferma in una pronunzia della S.C., la n. 5624 della III[^] Sez. Civ., del 15 marzo 2005⁴⁰. Con tale decisione la Suprema Corte ha esaminato la legittimità di una pronunzia della Corte di Appello di Napoli⁴¹ la quale, per un verso, non aveva affrontato il problema del se la clausola *claims made* integrasse oppure no una deroga al regime *loss occurrence* normalmente previsto dal codice civile mentre, sotto altro profilo, aveva qualificato la clausola in questione come limitativa della responsabilità, ed in quanto tale obbligatoriamente soggetta alla approvazione specifica ai sensi dell'art. 1341,2° c.c.; in conclusione di tale ricostruzione, il giudice napoletano era pervenuto alla declaratoria di sua nullità, nel caso concreto, sul rilievo della mancata specifica approvazione scritta di essa.

Nel risolvere la controversia, i giudici di legittimità hanno ritenuto che le clausole c.d. *claims made*, costituendo una deroga al regime ordinariamente accolto dal codice civile⁴² non siano da annoverarsi tra i contratti di assicurazione di cui agli artt. 1882 e ss. cod. civ., bensì rientrino nella categoria, più ampia ed eterogenea, che rinviene la propria fonte normativa nell'art. 1322 cod. civ., dei contratti atipici.

Quindi, riconducendo simili contratti alla categoria di quelli che perseguono interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico “*da ritenersi in linea generale leciti ex art. 1322 cod. civ.*” hanno, in tal modo, sgombrato il campo dai prospettati dubbi di nullità di simili clausole per contrarietà al disposto dell'art. 1229 cod. civ.

Tale pronunzia del Supremo Collegio, in sostanza, si è posta in una posizione mediana tra i due orientamenti, accogliendo una soluzione di compromesso.

La soluzione in questione si fonda, per un verso, sul rilievo che la presenza di dette clausole attrae il contratto di assicurazione nella categoria disciplinata dall'art. 1322 cod. civ. e, per altro verso, sulla considerazione per cui tali clausole, all'esito di una verifica che il giudice del merito deve effettuare caso per caso, non può escludersi risultino vessatorie.

³⁸A.D.CANDIAN, *op. ult. cit.*, p. 326, D.DE STROBEL, *op. ult.cit.*, p.641.

³⁹A.D.CANDIAN, *op. ult. cit.*, p. 326.

⁴⁰In *Diritto e Giustizia*, 2005, f. 37, p.20, con nota di M. Rossetti.

⁴¹Corte app. Napoli, 28 febbraio 2001, n. 503, in *Dir. economia assicur.*, 2005, 711.

⁴²Ricordando essere quello *loss occurrence* ex art. 1917, 1° comma cod. civ.



Si afferma inoltre, da parte dei giudici di legittimità, come a tanto il giudice del merito debba pervenire, necessariamente, solo dopo avere esaminato tutte le clausole del contratto assicurativo.

Nel formulare tale ultima affermazione, va detto, la Suprema Corte era stata preceduta dalla giurisprudenza di merito che, in particolare, si era espressa nel senso di ritenere compito del giudice quello di esaminare la clausola ipotizzata come vessatoria alla luce del contratto complessivamente stipulato, utilizzando come criterio da preferire in tale valutazione quello dell'interesse che la clausola in questione è rivolto a tutelare⁴³.

Quindi, ciò che secondo la Cassazione rende atipico un contratto assicurativo che preveda una clausola *claims made* consiste nel fatto che tale pattuizione accoglie, quale fondamento della sua operatività, una nozione di sinistro diversa da quella tipica prevista dall'art. 1917,1°cod. civ.⁴⁴.

La atipicità in questione, in sostanza, viene individuata dai giudici di legittimità nella equivalenza tra sinistro e richiesta risarcitoria, posta quale fondamento della operatività del regime *claims made*.

Infine, la Suprema Corte con la richiamata decisione ha anche preso posizione con riferimento alla distinzione, a volte non sempre nettamente percepita nella giurisprudenza di merito, tra clausole vessatorie e clausole di delimitazione dell'oggetto del contratto assicurativo.

In proposito, infatti, il Supremo Collegio ha affermato che le clausole *claims made* assolvono alla funzione di limitare⁴⁵ la responsabilità della impresa assicuratrice sotto diversi aspetti, quali ad esempio quello qualitativo, quantitativo e/o temporale (e non necessariamente tali profili devono sussistere contestualmente perché una clausola sia vessatoria) e che, inoltre, le stesse appunto in quanto non contrarie a norme di ordine pubblico, esulano dal novero di applicabilità dell'art. 1229 cod. civ.

⁴³Tribunale Napoli, 14 giugno 2003, in *Giurisprudenza napoletana*, 2004, 49; nel decidere la controversia sottoposta al suo esame, infatti, il giudice ha ritenuto vessatoria la previsione, pur se attribuita reciprocamente alle parti, della facoltà di recesso in un contratto assicurativo perché, in sostanza rivolta a soddisfare l'interesse di una sola delle parti, cioè l'impresa assicuratrice, anche se riconosciuta ed entrambe i contraenti.

⁴⁴*Id est* il danno conseguente alla condotta, ovviamente illecita, tenuta dall'assicurato nel corso del periodo di validità della polizza su cui fondare la operatività della garanzia, e rappresentato dalla richiesta risarcitoria da parte del danneggiato.

⁴⁵Infatti, con il prevedere che la garanzia sia operante a condizione che il *claim* sia portato a conoscenza del professionista assicurato nell'arco temporale di validità della polizza, essa in sostanza produce l'effetto di limitare la responsabilità dell'assicuratore – e non di circoscrivere e/o delimitare l'oggetto della garanzia - in quanto, ove la richiesta risarcitoria da parte del danneggiato venga inoltrata all'assicurato dopo che la polizza è scaduta, esonera l'assicuratore dal corrispondere l'indennizzo per una ipotesi in cui egli sia in astratto a tanto tenuto essendosi verificato uno degli eventi previsti in contratto sotto tale aspetto ma che, tuttavia, viene considerato come irrisarcibile e/o non indennizzabile per mancanza di quell'ulteriore requisito rappresentato, appunto, dalla coincidenza temporale tra il periodo di operatività della garanzia e il momento in cui perviene la richiesta del terzo.



Inoltre, si è affermato che, pur se non contrarie a norme di ordine pubblico, tali clausole, in quanto potenzialmente vessatorie, sono da ritenersi assoggettate al regime di cui all'art. 1341,2° cod. civ., con conseguente necessità di loro specifica approvazione scritta da parte dell'assicurato.

Tale requisito come individuato dalla Suprema Corte e secondo l'analisi eseguita da essa, costituisce la esplicazione della forma di tutela minima che l'ordinamento riconosce in simili casi, dal momento che la esistenza in ogni caso di un rapporto obbligatorio impedisce che una delle parti possa unilateralmente decidere di escludere ogni tutela per l'altra, così come del resto si è sostenuto in dottrina.⁴⁶

Con tale affermazione, in sostanza, la Suprema Corte ha ribadito l'orientamento in precedenza espresso con riguardo ad altra clausola quasi sempre presente nei contratti assicurativi della responsabilità civile professionale, ovvero quella c.d. di *regolazione del premio*.⁴⁷

Secondo i giudici di legittimità, infatti, tale ultima clausola, anche se esclusa dall'ambito di applicazione dell'art. 1901,2° cod. civ. poiché non ritenuta sempre ed automaticamente idonea a fornire elementi indispensabili per il corretto e preciso calcolo del premio assicurativo, si rivela comunque vessatoria.

Il giudizio negativo sopra evidenziato discende dal fatto che essa integra una pattuizione che ricollega, quale conseguenza dell'inadempimento da parte dell'assicurato all'obbligo di fornire le informazioni occorrenti alla regolazione del premio, la sospensione della copertura assicurativa,⁴⁸ ritenuta all'evidenza una conseguenza molto pesante in relazione all'inadempimento in questione, dato che ove per ipotesi non vi sia stata alcuna variazione rispetto alla precedente annualità, e nel contempo l'assicurato abbia involontariamente ommesso di trasmettere i dati, magari in piena buona fede, siccome invariati, la conseguenza di tale omissione rappresentata dalla sospensione della garanzia si appalesa sicuramente eccessiva e sproporzionata.

6. La sentenza che brevemente si annota è una decisione del Tribunale di Milano⁴⁹ con la quale il predetto giudice, chiamato a decidere della validità o meno di una garanzia assicurativa in regime *claims made*, ha innanzitutto proceduto ad una ricostruzione ed inquadramento sistematico all'interno dell'impianto del codice civile della fattispecie in questione, ritenendo in conseguenza legittima la deroga che la clausola *claims made* opera nei confronti del regime previsto dall'art. 1917,1° cod. civ.

In tal modo, ad un primo esame che, per ipotesi, si limiti esclusivamente a tale punto della sentenza, detta decisione sembrerebbe aderire all'orientamento espresso dalla Cassazione nel 2005.

⁴⁶C.M.BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 68.

⁴⁷Cass.,18 febbraio 2005, n. 3370, in *Corriere Giuridico*, 2005, 8, p. 1081.

⁴⁸Cass.,18 febbraio 2005, n. 3370, *sub* nota 44.

⁴⁹ Tribunale Milano, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Guida al Diritto*, 2010, 18, p.13.



Al contrario, se sottoposta ad una più attenta disamina, emerge con chiarezza che non è affatto così, dal momento che il giudice milanese critica decisamente la ricostruzione operata dai giudici di legittimità con la richiamata decisione.⁵⁰

Innanzitutto, infatti, detto tribunale ha ritenuto tipico il contratto di assicurazione per la responsabilità civile che presenti la clausola in questione, osservando che la clausola *claims made* né fa venire meno il rischio, né tantomeno implica una diversa natura di esso, in quanto anche in sua presenza oggetto della garanzia assicurativa resta la condotta colposa illecita prevista in polizza.

In conseguenza di tale ricostruzione, il giudice ha stabilito di poter escludere che la presenza della detta clausola possa essere fonte di nullità totale e/o parziale del contratto in cui è inserita.

Inoltre, nell'esaminare la questione sotto il profilo della vessatorietà o meno della clausola, il Tribunale, per risolvere la problematica ha operato una distinzione tra *claims made* c.d. pura⁵¹ e c.d. mista.⁵²

Fatta tale premessa, nel ritenere la prima non vessatoria, siccome equivalente al regime previsto dall'art. 1917,1° cod. civ., ha invece giudicato invece vessatoria quella c.d. mista, stante la limitazione di responsabilità, in termini temporali, che essa prevede in favore dell'assicuratore.

Inoltre, pur rilevando che nel caso sottoposto al suo esame detta clausola non risulta specificamente approvata, il giudice ha escluso⁵³ che il vizio di inefficacia di essa potesse riverberarsi sulla parte della clausola stessa che non riguardi la limitazione della responsabilità.

Su tale premessa, rilevando che l'eventuale declaratoria di nullità dell'intera clausola sarebbe fonte di alterazione del sinallagma contrattuale originariamente pattuito dalle parti, il giudice è pervenuto a dichiarare inefficace esclusivamente la parte di essa relativa alla limitazione di responsabilità.

Va detto poi che, con tale ultima statuizione, il Tribunale si mostra in dissenso anche con altra decisione del medesimo ufficio, con cui altro giudice in fattispecie analoga aveva, invece, ritenuto che l'art. 1917,1° cod. civ. fosse inderogabile, affermando come conseguenza che la riconosciuta nullità della clausola in questione darebbe luogo, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 cod. civ., alla sostituzione di

⁵⁰Ovvero che il contratto di assicurazione per la responsabilità civile che presenti una clausola *claims made* esula dalla fattispecie astrattamente tipizzata dall'art. 1917,1° cod. civ., in quanto al contrario costituisce un contratto atipico, la cui liceità va ricondotta, in via di principio, alla previsione di cui all'art. 1322 cod. civ.

⁵¹Che non presenta limitazioni temporali della copertura, di guisa che garantisce l'assicurato per tutte le richieste risarcitorie a lui pervenuti entro il periodo di validità del contratto, e per tutti i rischi, ovviamente che siano stati previsti nel contratto, sorti nei dieci anni precedenti, periodo oltre il quale in ogni caso l'assicurato potrà avvalersi della eccezione di prescrizione ordinaria ex art. 2946 cod. civ.

⁵²La quale, invece, si combina ad una clausola differente che, nella maggior parte dei casi, è quella c.d. *act committed*, abbinamento che viene disposto al fine di circoscrivere nel tempo la operatività della copertura, riducendola considerevolmente rispetto al decennio assicurato dalla clausola c.d. *pura*.

⁵³Facendo chiara quanto implicita applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*.



diritto della stessa con il regime ordinario.⁵⁴

7. La decisione annotata non è l'unica a porsi in contrasto con la soluzione data dalla Cassazione nel 2005, in quanto la stessa innanzitutto non ha convinto la dottrina, ed inoltre anche nella giurisprudenza di merito sono emerse ulteriori pronunzie difformi, anteriori ed anche successive a quella del giudice milanese.

In dottrina, infatti, si è sostenuto che l'approdo cui è pervenuto il Supremo Collegio era da ritenersi non condivisibile in ragione della sua contraddittorietà, in quanto anche a seguire il ragionamento della Cassazione, lo stesso non consentirebbe di qualificare come atipico il contratto assicurativo in cui è inserita una clausola *claims made*.

Tale Autore, infatti, fonda la sua divergente opinione sulle seguenti argomentazioni: i) la clausola stessa è nulla, in quanto si fonda su una nozione di rischio che non è quella accolta dalle disposizioni del codice civile in materia di assicurazione per la responsabilità civile, e quindi è esclusa ai sensi dell'art. 1895 cod. civ.; ii) oppure, al contrario, non dovrebbe dubitarsi della sua validità ed efficacia, ma in tal caso la stessa, proprio per tale motivo, nulla avrebbe di atipico.⁵⁵

In giurisprudenza, poi, va detto che i giudici di merito, già poco tempo la sentenza della Cassazione, hanno iniziato a mettere in discussione l'approdo interpretativo della Suprema Corte, ritenendo che la clausola in questione sia nulla ai sensi dell'art. 1895 cod. civ., in quanto permette l'assicurazione di rischi già verificatisi e quindi inesistenti, essendosi di fronte al c.d. rischio putativo.⁵⁶

Ancora, dopo non molto tempo il medesimo giudice di merito ha confermato l'orientamento espresso con la precedente decisione, evidenziando in particolare che, stante il preciso dettato dell'art. 1895 cod. civ., l'assicurabilità di un rischio putativo non possa ricavarsi per via interpretativa, bensì debba essere oggetto di una espressa previsione legislativa.

Argomento, questo, confermato dal rilievo per cui, in quelle ipotesi in cui il legislatore ha ritenuto ammissibile l'assicurazione di un rischio putativo, lo ha stabilito con una apposita previsione⁵⁷, come accaduto nella ipotesi prevista dall'art. 514 del codice della navigazione⁵⁸; anche se, va detto, molto di recente proprio il medesimo giudice ha modificato del tutto tale suo precedente orientamento,

⁵⁴ Tribunale Milano, sentenza n. 5235 del 2009, inedita.

⁵⁵ M.ROSSETTI, *op.ult.cit.*

⁵⁶ Tribunale Roma, 1 marzo 2006, in Banca dati *DeJure Giuffrè*, 2010

⁵⁷ Tribunale Roma, 12 settembre 2007, n. 17197, inedita.

⁵⁸ Il primo comma del detto articolo dispone, infatti *Se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere ovvero se il sinistro è avvenuto prima della conclusione del contratto, l'assicurazione è nulla quando la notizia dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro è pervenuta, prima della conclusione del contratto, nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione.*



aderendo integralmente alla tesi espressa dalla Cassazione con la decisione del 2005⁵⁹.

Una ulteriore successiva decisione, stavolta del Tribunale di Genova, ha confermato la tesi della nullità della clausola *claims made* siccome contraria al dettato dell'art. 1917,1° cod. civ., ritenuta norma primaria ed imperativa, suscettibile di applicazione immediata⁶⁰, quindi sostanzialmente inderogabile.

Va segnalata, infine, una ancora più recente decisione di merito che si discosta dall'approdo interpretativo raggiunto dalla Cassazione nel 2005: la pronuncia in questione è stata emessa dal Tribunale di Venezia.⁶¹

Anche tale ultimo giudice, discostandosi dall'orientamento della Cassazione, ha ritenuto il contratto assicurativo per la responsabilità civile caratterizzato dal regime *claims made* come un contratto tipico a tutti gli effetti, e quindi pienamente rientrante nella previsione di cui all'art. 1917,1° cod. civ.; questo secondo uno schema che, nella fattispecie sottoposta al suo esame, pur se diverso da quello espressamente accolto dalla norma richiamata, viene ritenuto a pieno titolo rientrante nella causa tipica del contratto assicurativo.

Tale decisione, invero, si segnala anche perché prende le distanze non solo dal dettato della Suprema Corte, ma anche da quanto stabilito dal Tribunale di Milano con la decisione del 2010, in precedenza citata.

Infatti, mentre secondo il giudice milanese la clausola *claims made* c.d. mista era da ritenersi vessatoria, come tale necessariamente soggetta a specifica approvazione scritta ai sensi dell'art. 1341,2° cod. civ., al contrario per il giudice veneto, che con tale affermazione si distacca anche sotto ulteriore profilo dalla decisione dei giudici di legittimità del 2005, la delimitazione, *ratione temporis*, del rischio che la polizza deve coprire, rientra nell'area della individuazione dell'oggetto del contratto.

A tale affermazione il Tribunale perviene sul rilievo che la nozione di responsabilità dell'assicuratore, in quanto individua l'area in cui la copertura assicurativa opera, è ben diversa dalla nozione di responsabilità accolta dall'art. 1341 cod. civ., che invece presuppone l'inadempimento di uno dei contraenti.

La limitazione di responsabilità prevista dalla norma da ultimo richiamata, infatti, a parere del giudice riguarda le ipotesi in cui una delle parti intenda, con l'apposizione di simili clausole, introdurre una limitazione alla propria responsabilità in caso di inadempimento.

Nella ricostruzione così formulata, quindi, si tratta di due nozioni del tutto opposte, e tale diversità, nel

⁵⁹Tribunale Roma, 12 giugno 2010, n.13447, in *Guida al Diritto*, Repertorio di giurisprudenza, 2010.

⁶⁰Tribunale Genova, 8 aprile 2008, in *Danno e Responsabilità*, 2009, 1, ove in particolare il giudice ritiene non meritevole di tutela l'interesse che la clausola in questione è rivolto a soddisfare, siccome avente causa illecita contraria a norme imperative.

⁶¹ Sezione Distaccata di S. Donà di Piave, 13 luglio 2010, inedita.



ragionamento del tribunale veneto, giustifica l'esclusione della vessatorietà.

La statuizione in termini di non vessatorietà riviene ulteriore sostegno nel rilievo per cui nemmeno può dirsi esistente, nel caso sottoposto al suo esame, il presupposto per ritenere integrata l'ipotesi di vessatorietà accolta dal Codice del Consumo, ovvero un significativo squilibrio tra le prestazioni gravanti a carico delle parti.

L'inapplicabilità alla fattispecie della nozione prevista dall'art. 33 del Codice del Consumo, si giustifica in ragione del fatto per cui, secondo il tribunale, la riduzione rispetto al periodo per c.d. naturale di operatività temporale della garanzia, ovvero il decennio, non comporta di per sé che vi sia uno squilibrio nelle prestazioni a favore dell'assicuratore ed a danno dell'assicurato.

8. Alla luce di quanto innanzi evidenziato, ovviamente diverse sono le condotte che assicuratore ed assicurato dovranno adottare, in vista della stipula di una polizza assicurativa per la r.c. professionale, per evitare i problemi derivanti dalla inserzione della garanzia tipo *claims made* nel contratto in questione.

Dal punto di vista dell'impresa, invero, appurato che l'unica variante della clausola in questione in grado di evitare censure di nullità e/o vessatorietà è quella c.d. pura, sarebbe senza dubbio da privilegiare l'inserimento di una simile tipologia in via preferenziale, se non addirittura esclusiva, nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile professionale.

Questa soluzione, tuttavia, si scontra con un ostacolo costituito dalle prevedibili valutazioni di carattere economico in quanto tale regime, come detto, espone l'assicuratore all'obbligo di risarcire i danni causati in un arco temporale corrispondente al termine di prescrizione ordinaria, con le problematiche già evidenziate.

Per questo motivo, allora, in tali contratti la clausola *de quo* è presente praticamente sempre nella sua variante c.d. mista, rispetto alla quale, come si è visto, la giurisprudenza propende per il riconoscimento della sua vessatorietà, da accertare nel caso concreto all'esito di un complessivo esame di tutte le clausole contrattuali.

Il giudizio e le conseguenze negative sopra evidenziate potrebbero evitarsi se, nel caso concreto, la clausola venga congegnata in modo da dare luogo ad un concreto assetto di interessi nel quale l'assicurato, a fronte dell'indubbia limitazione della copertura assicurativa, riceva come contropartita idonea quantomeno a riequilibrare la situazione, la introduzione di altre pattuizioni in suo favore⁶²

⁶²Sia in termini puramente economici, ad esempio un massimale particolarmente elevato, ovvero la previsione di un rimborso delle spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato in misura superiore a quella normalmente prevista (ammontante al 25% della somma assicurata) sia in termini di ampiezza di copertura, come



Dal punto di vista, invece, dell'assicurato effettivo e/o potenziale, quest'ultimo per cautelarsi adeguatamente, data la riconosciuta natura vessatoria di simili clausole, innanzitutto in sede di rinnovo della polizza ovvero di stipula *ex novo* di essa, dovrà porre la dovuta attenzione al particolare regime di operatività di una simile garanzia, onde verificare l'idoneità o meno di essa a prestare una copertura assicurativa confacente alle sue esigenze, in relazione della specifica attività professionale svolta.

Tuttavia, a meno di non voler pensare che il professionista, nel firmare il contratto, distrattamente dimentichi di apporre la sua ulteriore sottoscrizione per specifica approvazione della clausola integrante il regime *claims made*, e che a sua volta l'assicuratore sia parimenti, se non di più, disattento, omettendo di fargliela sottoscrivere⁶³, anche un simile scrupolo e cautela potrebbe non essere sufficiente per consentire al professionista di ottenere la massima e più completa copertura possibile⁶⁴.

Fermo quanto sopra, va inoltre evidenziato come non solo non possa escludersi del tutto, quanto ed al contrario senza dubbio si verifica con non trascurabile frequenza che, nell'intervallo intercorrente tra l'illecito del professionista, la effettiva conoscenza del danno da parte del terzo ed, infine, il primo atto formale con cui quest'ultimo chiede il risarcimento, si verifichino due circostanze sfavorevoli per l'assicurato, ovvero : a) il decorso di un lungo lasso temporale; ii) che l'assicurato abbia cambiato, anche più volte, impresa di assicurazione senza preoccuparsi di garantire a sé stesso, nel passaggio da una polizza all'altra, la continuità della copertura assicurativa.⁶⁵

In tale situazione, allora, l'assicurato per avvantaggiarsi della copertura di una garanzia prestata con lo schema *claims made* sarebbe costretto a tacere e/o a fornire informazioni inesatte⁶⁶ pure se, al contrario,

potrebbe essere l'estensione della garanzia anche i casi di dolo e/o colpa grave dell'assicurato, normalmente esclusi dalla copertura salvo patto contrario.

⁶³Ipotesi questa tanto favorevole per l'assicurato - atteso che la manca sottoscrizione specifica darebbe luogo a nullità della clausola in questione, con sua automatica sostituzione ex art. 1339 cod. civ. con il regime legale che è quello *loss occurrence* disciplinato dall'art. 1917,1° cod. civ. - quanto improbabile, se non proprio impossibile, nel suo verificarsi.

⁶⁴Visto quanto in precedenza evidenziato sotto il profilo della obbligatoria concentrazione, nell'arco di validità della polizza, del sorgere di tutti i presupposti per la operatività della garanzia prestata in regime *claims made*, a fronte della quale, al contrario, succede quasi sempre che la richiesta risarcitoria pervenga all'assicurato anche molto tempo dopo che la polizza è scaduta.

⁶⁵Ipotesi per nulla improbabile a verificarsi ove si tenga presente che l'assicurato ben potrebbe non accorgersi, come spesso succede, che la nuova assicurazione, pur assicurando anch'essa copertura retroattiva, abbia modificato, spostandola più avanti nel tempo rispetto alla polizza cessata, la decorrenza della garanzia; in tal modo, quindi, si accolla il serio rischio di restare scoperto per un periodo che, al contrario, rientrava sotto la copertura della precedente polizza.

⁶⁶Con tale condotta, infatti, il professionista assicurato va incontro al serio rischio di una contestazione ex art. 1892 c.c. da parte dell'assicuratore per dichiarazioni inesatte e/o reticenti, integrate dall'aver taciuto, anche senza suo dolo e/o colpa grave, all'assicuratore la esistenza di circostanze che avrebbero potuto dare vita, anche se non è ancora accaduto, a richieste risarcitorie di terzi, circostanze senza dubbio idonee ad incidere in maniera determinante sulla formazione del consenso (ed ovviamente delle condizioni del suo verificarsi) da parte dell'assicuratore, con conseguente domanda e/o eccezione di annullamento del contratto ed irrisarcibilità del danno quale conseguenza della prima.



egli abbia conoscenza di aver, almeno potenzialmente, causato danno a terzi nell'esercizio della sua attività professionale.⁶⁷

Una simile condotta dell'assicurato si rivela il contrasto con l'onere posto a suo carico di descrivere nel modo più accurato possibile il rischio cui egli potrebbe essere esposto e dal quale vuole garantirsi. Simile onere può essere violato o con la omissione volontaria oppure errata di un elemento relativo al rischio ed alla sua individuazione, per cui nel primo caso si è in presenza di una dichiarazione *reticente*, quindi non intenzionale, nel secondo trattasi di una dichiarazione *erronea*, come tale involontaria.

Infatti al riguardo Autorevole studioso ha messa in evidenza, al riguardo, la indubbia idoneità del rischio ad incidere sulla volontà negoziale, di guisa che il legislatore ha tenuto ben presente la preoccupazione di presidiare la valutazione dell'alea dall'eventuale errore in cui possa incorrere l'assicuratore. Ed infatti, si precisa, che gli artt. 1892 e 1893 cod. civ. pongono a carico dell'assicurato uno specifico e preciso obbligo di cooperazione ed informazione, la cui violazione, a seconda che sia perpetrata con dolo ovvero con colpa grave, legittima l'assicuratore a richiedere l'annullamento del contratto, efficace *ex tunc*, ovvero il recesso, invece produttivo di effetti *ex tunc*.⁶⁸

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, tale condotta è qualificabile dal punto di vista soggettivo in termini di dolo e/o colpa grave,⁶⁹ con tutto ciò che ne consegue in ordine agli effetti in termini di reazione, da parte dell'assicuratore, avverso tale comportamento.

Tale ricostruzione ha trovato conferma nella giurisprudenza di merito, che ha riconosciuto la inoperatività della garanzia *claims made* in ipotesi di accertata non veritiera dichiarazione da parte dell'assicurato in relazione al rischio, siccome resa in violazione dell'art. 1892 cod. civ.⁷⁰

Allora, per fronteggiare simile rischio, il professionista dovrebbe obbligatoriamente privilegiare, a parere di chi scrive, la stipula della polizza assicurativa con una impresa che offra una ulteriore e particolare tipologia di clausola, emersa nella prassi di tali contratti.

⁶⁷Situazione, questa, ad elevata probabilità di verificarsi dato che, in caso di polizza a tacito rinnovo, in occasione dello stesso nulla egli potrebbe denunciare, pur essendo a conoscenza di tali circostanze, atteso il fatto di non avere ancora ricevuto una richiesta di risarcimento, mentre parimenti nella ipotesi in cui, scaduta e non rinnovata la polizza originaria, egli si troverebbe nella medesima situazione con il nuovo assicuratore. Infatti, pur conoscendo dette circostanze ma non avendo tuttavia ricevuto formale richiesta di risarcimento del danneggiato, che costituisce l'indefettibile presupposto per portarle a conoscenza all'assicuratore, in pratica dovrebbe tacerle anche al nuovo assicuratore, con identico problema a suo carico; ed invero, tacendo ovvero riferendo in modo inesatto all'assicuratore circostanze relative alla esatta individuazione e determinazione del rischio da parte di quest'ultimo, agisce con la coscienza di dire il falso e/o tacere il vero nel dichiarare all'assicuratore fatti e circostanze determinanti ai fini della formazione del consenso alla stipula del contratto da parte di quest'ultimo, che viene in sostanza indotto in errore circa la esistenza ovvero inesistenza di elementi su cui il medesimo basa la sua decisione di assumere o meno il rischio, e se assumerlo a che condizioni.

⁶⁸P.STANZIONE, *op. ult. cit.*, p. 673.

⁶⁹Cass., 17 dicembre 2004, n. 23504, in *Il Sole 24 Ore*, *Ventiquattro Avvocato Contratti*, 2008, 4, p. 70.

⁷⁰Tribunale Milano, 05 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 438.



Si tratta, nel caso di specie, della c.d. *deeming clause*, anch'essa di origine anglosassone e nordamericana, che fornisce copertura, in sostanza, non in relazione ad un sinistro nella nozione convenzionale sopra riferita ed accolta dalla garanzia *claims made*, bensì con riferimento a quelle che vengono definite come *circostanze rilevanti*, ovvero quelle in grado di essere poste a fondamento di una futura richiesta risarcitoria proveniente da terzi.

In presenza di simile clausola, denunciando tali circostanze all'assicuratore nel corso del periodo di validità della polizza, l'assicurato ottiene copertura assicurativa avverso una eventuale richiesta risarcitoria di terzi basata su predette circostanze, anche se giunta al medesimo una volta scaduta la polizza.

Quindi, una pattuizione del tipo della *deeming clause* fornisce soluzione a tale problema, consentendo all'assicurato di portare a conoscenza dell'assicuratore quei fatti di cui egli abbia avuto notizia durante il periodo di efficacia della polizza, ed in tal modo assicurarsi copertura da parte del predetto anche successivamente alla scadenza del contratto, allorquando proprio in tale epoca posteriore gli sia pervenuta la richiesta risarcitoria del terzo danneggiato.

Guardando a quanto accaduto negli ordinamenti in cui è sorta, va segnalato che detta clausola⁷¹ è stata progressivamente estesa dalle corti di diritto anglosassone alle controversie aventi ad oggetto responsabilità civile professionale.

In proposito va segnalato, con specifico riferimento all'ordinamento australiano e quale *leading case* di esso, quello del 2001 che ha visto contrapposto l'*Australian Hospital Care Ltd* alla *FAI General Insurance Company Ltd*.⁷²

In tale controversia, in sostanza, la Corte ha ritenuto sussistente per l'assicuratore l'obbligo di indennizzare l'assicurato, pur risultando quest'ultimo inadempiente all'obbligo di portare a conoscenza dell'assicuratore le c.d. circostanze rilevanti di cui era venuto a conoscenza nel corso del periodo di validità della polizza, stante la mancata prova, da parte dell'assicuratore, di avere subito un effettivo pregiudizio da tale omissione dell'assicurato.

Allora, bisogna ammettere che appare certo inverosimile o, quantomeno, estremamente improbabile che l'assicurato riesca ad addivenire con l'assicuratore ad una effettiva trattativa in contraddittorio, al fine di determinare in concreto il contenuto delle pattuizioni relative alla garanzia, escludendo, in tal

⁷¹Prevista dalla sezione 54 dell'*Insurance Contracts Act* australiano.

⁷²Su <http://www.findlaw.com.au/articles/1838/section-54-review>, ove si legge "In the 2001 case of *FAI General Insurance Company Ltd v Australian Hospital Care Pty Ltd*, the High Court applied section 54 to a *deeming clause* in a professional indemnity policy. A *deeming clause* can extend an insured's cover even if no claim is made against the insured during the period of insurance. It extends cover provided that the insured gives written notice during the period of insurance if it becomes aware of any occurrence which might subsequently give rise to a claim against it. An insurer has been obliged to indemnify an insured who failed to notify circumstances discovered during the currency of a policy unless prejudice could be proved".



modo, il rischio di un rilevante squilibrio a suo carico nei diritti ed obblighi nascenti dal contratto assicurativo.

Su tale presupposto, allora, deve convenirsi come la stipula di una clausola quale quella *supra* evidenziata rappresenta probabilmente il modo più efficace, per il professionista, per tutelarsi dai rischi di essere chiamato a rispondere per sua responsabilità civile a causa di danni c.d. lungolatenti.

Infatti, rispetto a tali tipologie di pregiudizi egli, con le abituali garanzie in regime *claims made*, si troverebbe esposto, in alternativa, o al rischio di rimanere del tutto scoperto di garanzia assicurativa oppure, se fornisce all'assicuratore informazioni inveritiere, inesatte e/o reticenti, al non minore rischio che quest'ultimo gli opponga la eccezione ai sensi dell'art. 1892 cod. civ., con le già evidenziate conseguenze negative per l'assicurato.

Tali conseguenze, invero, rinvencono una non trascurabile possibilità di verificarsi in ragione di quell'orientamento della Suprema Corte che, in concreto, riposiziona più avanti nel tempo, con evidente vantaggio per l'assicuratore, il *dies a quo* per la manifestazione della volontà di annullare il contratto.

In proposito, infatti, va ricordato che, per la Cassazione,⁷³ l'onere imposto dall'art. 1892 cod. civ. all'assicuratore di esercitare⁷⁴ l'azione di annullamento del contratto per le dichiarazioni inesatte e/o reticenti da parte dell'assicurato, in alcune ipotesi viene ritenuto non sussistere.

In conseguenza, al verificarsi nel caso concreto di tali ipotesi, l'assicuratore potrà utilmente avvalersi della facoltà prevista dalla richiamata norma anche allorquando il decorso del tempo glielo precluderebbe.

Secondo i giudici di legittimità, invero, tale onere innanzitutto non sussiste allorquando il sinistro si sia verificato anteriormente al decorso del termine suddetto.

Ancora, la Suprema Corte ha ritenuto che tale onere non sia configurabile anche in una ulteriore ipotesi, quella in cui il sinistro sia accaduto prima che l'assicuratore abbia avuto conoscenza della inesattezza e/o reticenza della dichiarazione resa dall'assicurato.

In tale ultima ipotesi, dunque, è stato ritenuto sufficiente per l'assicuratore, al fine di sottrarsi al pagamento dell'indennizzo, invocare anche in via di eccezione la violazione dolosa o colposa dell'obbligo posto a carico dell'assicurato di rendere dichiarazioni complete e veritiere sulle circostanze relative alla rappresentazione del rischio, evidentemente perché, in tal caso, se dette circostanze fossero state conosciute integralmente e realmente dall'assicuratore, le stesse avrebbero potuto indurlo

⁷³Cass., 16 dicembre 2005, n. 27728, in Ipsoa, *I Contratti*, 2006, 7, p. 702.

⁷⁴A pena di decadenza se non adempiuto entro tre mesi dal momento in cui ha acquisito conoscenza della causa di annullamento del contratto.



o a non contrarre ovvero a contrarre a condizioni diverse.⁷⁵

In tale sua reazione, l'assicuratore appare indubbiamente favorito dalla circostanza, evidenziata da Autorevole dottrina, per cui su di esso assicuratore non grava alcun onere di accertare la veridicità delle affermazioni contrattuali di controparte, ancorandosi – in tal modo – l'affidamento a ciò che oggettivamente attiene alla fase precontrattuale⁷⁶.

Nell'ipotesi da ultimo prospettata, poi, ove tale diritto venga esercitato in via di azione, lo stesso seguirà il termine ordinario di prescrizione dell'azione di annullamento, quinquennale ex art. 1442, 1° comma cod. civ., e non quello più breve, biennale, di cui all'art. 2952 cod. civ., in quanto lo stesso è relativo esclusivamente ai diritti nascenti dal contratto di assicurazione⁷⁷ mentre, come è ovvio, quello relativo all'esercizio della azione di annullamento non trova la sua fonte in esso in quanto tale.

Salva l'ipotesi in cui a tali previsioni si deroghi mediante la introduzione, nel contratto, di statuizioni di maggiore favore per l'assicurato, in forza delle quali, convenzionalmente, una delle parti addiviene a rinunciare alla facoltà di sollevare contestazioni, tranne casi residuali,⁷⁸ l'assicurato, nel caso in cui invece l'assicuratore dette contestazioni le formuli effettivamente, potrebbe evitare le conseguenze per lui negative in un solo modo.

Infatti, egli in tal caso riviene quale sua unica ancora di salvezza il controdedurre che, ove pure vi siano state, le dichiarazioni inesatte e/o reticenti da lui rese hanno riguardato esclusivamente circostanze di cui l'assicuratore era a conoscenza, ovvero avrebbe comunque dovuto conoscere facendo applicazione della dovuta diligenza, che in questo caso è quella del professionista, prevista dall'art. 1176, 2° cod. civ., o comunque in quanto notorie.

Se nel caso concreto, dunque, il giudice di merito accerti che le circostanze in questione erano conosciute e/o conoscibili da parte della impresa assicuratrice, la giurisprudenza di legittimità⁷⁹ ha concluso nel senso di ritenere insussistente la ipotizzata violazione dell'obbligo dagli articoli 1892 e 1893 cod. civ. gravante a carico dell'assicurato, statuendo quale logico corollario di tale conclusione che: a) l'assicuratore dovrà esclusivamente *sibi imputet* le conseguenze, per lui pregiudizievoli, derivanti

⁷⁵Cass., 10 ottobre 2008, n. 25011, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, I, p. 328; conforme Cass., 13 marzo 2007, n. 5849, in *Foro It.*, 2007, I, 3136.

⁷⁶P.STANZIONE, *op.ult.cit.*, p. 673.

⁷⁷Corte Costituzionale, ordinanza 24 maggio 2000, n. 153, in *Corriere Giuridico*, 2000, p.950, anche se con specifico riferimento al termine ex art. 2952 cod. civ. che, all'epoca, era annuale prima di essere portato a due anni per effetto della modifica introdotta dall'art. 3, comma 2 ter, del decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, convertito con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2008, n. 166.

⁷⁸Si tratta delle c.d. *clausole di incontestabilità*, in virtù delle quali l'assicuratore, salva la ipotesi in cui vi sia stata una condotta dolosa dell'assicurato, rinuncia preventivamente ad impugnare il contratto nel caso in cui sia decorso un determinato lasso di tempo dal momento in cui esso è stato concluso, abitualmente 1 o 2 semestri.

⁷⁹Ponendo ovviamente a carico dell'assicurato l'onere di fornire positiva prova circa la conoscenza e/o conoscibilità, da parte dell'assicuratore, delle predette circostanze.



da simili dichiarazioni; b) non potrà validamente invocare le lamentate violazioni al fine, rispettivamente, o di vedersi esonerato dall'obbligo di corrispondere l'indennizzo, ex art. 1892 cod. civ., ovvero di pretendere, ex art. 1893 cod. civ., una riduzione dell'indennizzo medesimo.⁸⁰

Va detto tuttavia che una riduzione, in ogni caso, potrà essere pretesa dall'assicuratore solo in proporzione alla differenza tra il premio convenuto ed effettivamente versato da parte dell'assicurato, e quello che, invece, avrebbe legittimamente potuto applicare a quest'ultimo, se avesse conosciuto il reale stato delle cose⁸¹ in quanto, ove il sinistro si verifichi prima dell'aggravamento del rischio, la mancata comunicazione di tale sopravvenienza all'assicuratore giustifica, da parte di quest'ultimo, la richiesta di diminuire l'eventuale risarcimento e/o indennizzo in misura pari alla maggiorazione del premio che l'assicurato sarebbe stato tenuto a corrispondere nel caso in cui avesse voluto garantirsi contro un maggiore rischio, come confermato dalla S.C.⁸²

9. Per concludere, è opportuna una breve riflessione riguardo ai possibili strumenti di tutela cui l'assicurato possa, effettivamente, fare ricorso per salvaguardare la propria posizione di fronte a comportamenti della impresa assicuratrice che risultino per lui pregiudizievoli, e che possono verificarsi sotto vari aspetti.

In proposito, va tenuto presente che, nella stragrande maggioranza dei casi, i contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale, nonché ovviamente le relative clausole ed in particolare quelle che prevedono decadenze, nullità o limitazione delle garanzie o, ancora, specifici quanto gravosi oneri a carico del contraente e/o assicurato, sono confezionati in violazione al disposto dell'art. 166, 1° e 2° comma del Codice delle Assicurazioni.

Infatti, va doverosamente tenuto presente come i primi siano, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, redatti in modo tutt'altro che chiaro ed esauriente, mentre le seconde raramente sono riportate con l'utilizzo di caratteri particolarmente evidenti.

Su tale stato di fatto, deve seriamente dubitarsi che essi siano in grado, effettivamente, di richiamare l'attenzione dell'assicurato, anche solo potenziale, sul particolare regime di copertura apprestato dalla clausola *claims made* e, quindi, sulle conseguenze da esso concretamente derivanti per l'assicurato.

Allora, sotto tale specifico profilo, dato che la richiamata disposizione normativa rivela la sua natura di norma non assistita da alcuna sanzione, per il caso di sua violazione, occorre brevemente interrogarsi

⁸⁰ Infatti, gli artt. 1892 e 1893 cod. civ. apprestano il sistema rimediabile per le ipotesi in cui l'assicurato fornisca una descrizione del rischio connotata da reticenze e/o inesattezze, nel quadro di una *ratio legis* rivolta a tutelare il mantenimento di un dato equilibrio, per l'assicuratore, del rapporto tra rischio assunto e premio incassato.

⁸¹ Cass., 19 dicembre 2000, n. 15939, in *La Tribuna*, *Archivio Civile*, 2001, 10, p. 1165.

⁸² Cass., 4 settembre 2003, n. 12280, in *Giur.it*, 2004, 1857.



sulle conseguenze derivanti dal mancato rispetto di essa.

In relazione all'art. 166,1° comma Codice Ass.ni, la violazione da parte dell'assicuratore dell'obbligo di redigere in modo chiaro ed esauriente il contratto, al pari di ogni altro documento inerente il rapporto assicurativo, si appalesa sanzionabile quale inadempimento contrattuale, con il relativo regime di maggiore favore per l'assicurato/contraente in tema di riparto dell'onere probatorio, e le conseguenze derivanti dall'art. 1218 c.c.

Per converso, in relazione al secondo comma del richiamato articolo, la violazione dell'obbligo di evidenziare con caratteri idonei a favorire al massimo la comprensione, da parte dell'assicurato, di quelle clausole che comportano per il medesimo conseguenze particolarmente onerose⁸³ appare idonea ad influire, in senso ovviamente negativo, sulla posizione del contraente non predisponente in termini di effettiva comprensione di esse, del loro significato e delle loro conseguenze a suo carico.

In conseguenza, anche una eventuale volontà manifestata attraverso la sottoscrizione di esse è da ritenersi quantomeno viziata nella sua formazione e manifestazione, con la conseguente nullità o quantomeno inefficacia della polizza così stipulata, o quantomeno della specifica clausola⁸⁴.

Per altro verso, pur nella consapevolezza che la legislazione attualmente in vigore appare indubbiamente orientata nel senso della assoluta prevalenza del dato formale, come emergente in particolare dal Codice del Consumo,⁸⁵ e che tale impostazione sia del resto avvalorata dalla posizione assunta al riguardo da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia CE⁸⁶, ragioni sostanziali di giustizia del caso concreto, di ricerca dell'effettivo ordinamento del caso concreto inducono l'interprete, anche in prospettiva *de jure condendo*, a provare per un attimo a sganciarsi dal dato esclusivamente formalistico della legislazione sopra richiamata, per verificare se le circostanze concrete dei singoli casi consentano un superamento di esso.

Operazione interpretativa, quella sopra prospettata, che si giustifica in ragione delle necessità di provare a verificare se, al di là di tale nozione formalistica, risulti possibile rinvenire strumenti di tutela per il professionista intellettuale, che in realtà professionista non potrebbe considerarsi nel caso concreto se il termine di riferimento è l'impresa assicuratrice, anche nella vigente legislazione

⁸³Tali devono senza dubbio ritenersi quelle che prevedono decadenze, nullità o limitazione delle garanzie.

⁸⁴Non potendosi revocare in dubbio, infatti, che nel caso in esame si è di fronte ad un testo predisposto unilateralmente da uno dei contraenti, rispetto al quale l'altro, quello più debole, altro non può fare che scegliere se prestare o meno la propria adesione, cioè in sostanza prendere o lasciare, rimanendo esclusa ogni possibilità di porre in essere qualsivoglia trattativa per la determinazione del concreto contenuto ed assetto della clausola medesima.

⁸⁵L'art. 3, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 206 de 06.09.06, infatti, fornisce una definizione negativa della nozione di consumatore(o utente), individuato come *la persona fisica che agisce per scopi estranei alla attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*.

⁸⁶Corte giust. CE, 20 gennaio 2005, causa C-464/01, in *G.U.C.E.*, 5 marzo 2005, C 57/1.



consumeristica.

Allora, sul rilievo che appare davvero una forzatura, che stride sensibilmente con quanto nella maggior parte dei casi emerge dalla realtà della concreta vicenda, ritenere che il soggetto esercente una professione intellettuale possa ritenersi realmente un *professionista*⁸⁷ al pari della impresa assicuratrice con cui stipula il contratto, come invece viene considerato dal Codice del Consumo, potrebbe ipotizzarsi che la stipula di una polizza per la r.c. professionale da parte di un medico (piuttosto che dell'avvocato e/o del notaio, dell'ingegnere o di altro soggetto esercente una professione intellettuale) risulti realmente estranea allo svolgimento della attività professionale di quest'ultimo⁸⁸ o, in ogni caso, non solo assolutamente non indispensabile per il concreto esercizio dell'attività di tale soggetto, quanto e soprattutto marginale nel senso precisato dalla decisione della Corte di Giustizia CE già richiamata.

In conseguenza, ritenere che, nel compimento di tale attività, il predetto soggetto possa qualificarsi come *consumatore*, dato che l'atto in questione può effettivamente ritenersi estraneo alla sua attività professionale; tanto a maggiore ragione in considerazione del fatto che proprio a prefata decisione della Corte ammette che una stessa persona può essere considerata un consumatore nell'ambito di talune operazioni ed un operatore economico nell'ambito di altre⁸⁹.

Ulteriore argomento a sostegno di tale posizione può individuarsi nella indubbia esigenza di apprestare adeguata tutela al contraente debole, nel rispetto della quale potrebbe ritenersi che sussista sempre la natura di consumatore per il soggetto che compie gli atti c.d. *congiunti* o con finalità *mista*, in quanto in tali ipotesi, comunque, il soggetto che compie l'atto ovvero il fine di esso, o entrambi, risulterebbero estranei alla sfera della attività imprenditoriale e/o professionale.

In tale ottica, allora, essendo senza dubbio prevalente l'esigenza di tutela del contraente che, in

⁸⁷Soprattutto se paragonato a soggetti giuridici delle dimensioni delle imprese assicuratrici, spesso gruppi societari con rilevanza ed interessi multinazionali se non planetari, consistente patrimoniali in miliardi di euro, migliaia di dipendenti e strutture organizzative in proporzione, che tuttavia secondo la normativa di settore sono da considerarsi professionisti al pari di quest'ultimo, senza nessuna differenza, nonostante sia davvero arduo ipotizzare che gli stessi si trovino effettivamente in una reale posizione di parità contrattuale, sotto svariati punti di vista.

⁸⁸Essendo indubitabile che una polizza per la responsabilità civile professionale non può certo considerarsi un elemento necessario ed indispensabile per l'esercizio della professione da parte di tali soggetti, in quanto l'atto di stipula di essa ben difficilmente può qualificarsi come uso connesso con la attività professionale degli stessi, rispetto alla quale, invece, costituisce un atto solo eventuale, rivolto al fine di procurarsi una forma di tutela per il verificarsi di eventi negativi solo ipotizzati e che potrebbero anche non verificarsi mai; ipotesi, quest'ultima, che comprova come la proporzione dell'uso di essa relativo alla attività professionale del soggetto che la stipula sia trascurabile, di guisa che il soggetto in questione ben può essere considerato consumatore proprio in conformità a quanto statuito al punto 41 dalla decisione del 20 gennaio 2005 della Corte di Giustizia CE, sez II, nella causa C-464/2001.

⁸⁹Al punto n.36 della decisione in questione.



concreto, risulti effettivamente la parte debole e svantaggiata sul piano contrattuale,⁹⁰ nell'indispensabile bilanciamento dei contrapposti interessi che si fronteggiano nel caso concreto, l'applicazione della normativa di protezione dettata dal Codice del Consumo appare una opzione interpretativapreferibile; tanto anche ammettendo che, per ipotesi, tale scelta si riveli erronea per difetto dei presupposti, rispetto alla scelta di segno opposto, ovvero di affrontare il rischio di lasciare senza adeguata tutela un soggetto che, nel caso concreto, si riveli effettivamente il contraente.

Nell'ipotesi opposta, invero, le conseguenze per quest'ultimo sono senza dubbio molto più gravose ed onerose rispetto all'ipotetico pregiudizio che potrebbe eventualmente lamentare di avere subito l'assicuratore per effetto dell'applicazione, ingiustificata, della normativa consumeristica in favore del soggetto esercente una professione intellettuale.

Una tale impostazione, invero, ha trovato riscontro anche in decisioni della giurisprudenza di merito, in cui⁹¹ si è ritenuto la persona fisica abbia agito per scopi estranei alla sua attività professionale e/o imprenditoriale, e quindi come consumatore, tutte le volte in cui il bene e/o il servizio oggetto del contratto dalla stessa concluso si riveli idoneo, in forza dei criteri in precedenza richiamati, a consentire il migliore soddisfacimento di esigenze che si rivelino, concretamente, più ampie di quelle normalmente collegate allo svolgimento dell'attività professionale del soggetto che conclude il contratto in questione.⁹²

E del resto, Autorevole dottrina si pone nella medesima direzione condividendo i prospettati dubbie e prospettive di tutela sostanziale nel caso concreto, riconoscendo che la definizione introdotta dal Codice, tuttavia, non è in grado di dissipare tutti i dubbi che si erano posti in precedenza. In particolare, continua a porsi il problema relativo all'applicabilità della normativa a tutela dei consumatori nel caso in cui il professionista non rivesta nella contrattazione il ruolo di cedente o di prestatore di servizi, ma sia acquirente o utilizzatore professionale di beni e servizi. Si pensi, ad esempio, a chi svolga professionalmente l'attività di acquistare beni usati per poi poterli rivendere. In questo caso, a ben riflettere, si dovrebbe, comunque, ammettere l'applicabilità delle norme del Codice

⁹⁰E di certo, solo per fare un esempio, tra un medico che stipula una polizza per garantirsi da ipotetici rischi connessi alla propria responsabilità civile professionale e una impresa assicuratrice multinazionale, non può certo seriamente dubitarsi chi sia effettivamente la parte debole dal punto di vista contrattuale, a maggiore ragione dato il fatto che il contratto è predisposto praticamente sempre dall'assicuratore, e l'effettiva possibilità per il medico assicurando di incidere concretamente nella determinazione del contenuto delle clausole di esso è praticamente inesistente, o quasi.

⁹¹Partendo dalla condivisibile premessa interpretativa per cui, al fine di risolvere la controversia, gli elementi di indagine da privilegiare erano da ritenersi quello della normalità nonché l'esame delle circostanze del caso concreto e la verifica del contratto effettivamente concluso nella fattispecie.

⁹²Tribunale Bari, 31 agosto 2001, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1192.



del consumo, in quanto non differenti sarebbero le esigenze di protezione dei consumatori⁹³.

Ed ancora, proprio perché l'attività svolta da tali soggetti non sempre comporta che gli stessi siano effettivamente in possesso delle cognizioni necessarie a contrattare su di un piano di parità, in quanto per ipotesi l'essere <professionisti> nel senso di svolgere una determinata professione intellettuale, non consente di ritenere che detto soggetto, *in re ipsa*, sia in possesso delle predette cognizioni, come emerge con evidenza ove si pensi al fatto che, ad esempio, un medico piuttosto che un architetto ovvero un ingegnere non può dirsi siano in possesso delle conoscenze idonee e sufficienti, in materia di diritto assicurativo, a poter addivenire alla stipula di una polizza assicurativa contrattando con l'assicuratore su di un piano di effettiva parità. Anzi ed al contrario, proprio in ragione della loro competenza nei settori di specifica pertinenza di ciascuno di essi, deve ritenersi allora che i medesimi siano presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare.

Ove allora si ritenga di aderire a tale differente ricostruzione, la predisposizione del contratto assicurativo e/o di clausole di esso che si riveli in violazione del disposto dei due commi dell'art. 166 del d.lgs n. 209 del 7 settembre 2005, innanzitutto ben potrebbe integrare una pratica commerciale scorretta, *sub specie* della omissione ingannevole prevista dall'art. 22 del Codice del Consumo⁹⁴ e sanzionabile ai sensi della normativa prevista dal predetto Codice.

Inoltre, sempre dal prospettato punto di vista, tale modalità di redazione potrebbe ritenersi abusiva ai sensi dell'art. 35 del codice medesimo,⁹⁵ per violazione del dovere di trasparenza previsto dalla norma in questione, in quanto secondo la dottrina il predetto dovere integra, al tempo stesso, la esistenza di un divieto di agire in maniera difforme.⁹⁶

In conseguenza, la previsione di tale dovere di trasparenza implica, nel contempo, la introduzione di un corrispondente divieto, che è quello di utilizzare clausole redatte in modo non chiaro né comprensibile, la cui violazione, conseguentemente, si rivela sanzionabile ai sensi dell'art. 27 del

⁹³P.STANZIONE e A.MUSIO, *La tutela del consumatore*, in Trattato di Diritto Privato, diretto da M.Bessone, volume XXX, capitolo 1, p. 31.

⁹⁴Il primo comma della previsione richiamata, infatti, così dispone “E' considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonche' dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induce o e' idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”; mentre, il secondo comma prevede che “Una pratica commerciale e' altresì considerata un'omissione ingannevole quando un professionista occulta o presenta in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti di cui al comma 1, tenendo conto degli aspetti di cui al detto comma, o non indica l'intento commerciale della pratica stessa qualora questi non risultino già evidente dal contesto nonche' quando, nell'uno o nell'altro caso, cio' induce o e' idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso”.

⁹⁵Il primo comma di tale norma stabilisce “Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile”.

⁹⁶S.ORLANDO, *L'utilizzo di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in UTET, *Obbligazioni e Contratti*, 2009,4, p. 348.



Codice del Consumo.

Ritenuta allora applicabile, in tal caso, la normativa di protezione apprestata dal Codice del Consumo, per il soggetto che effettivamente, guardando al caso concreto, deve considerarsi *professionista*, ovvero l'impresa assicuratrice, l'unica strada percorribile da quest'ultima, per tentare di evitare l'inevitabile applicazione, a suo carico, delle conseguenze derivanti dalla richiamata normativa, consiste nel tentare di fornire la prova che la clausola in questione sia stata il frutto di una trattativa idonea ad escludere l'applicabilità della disciplina consumeristica.

A tale proposito, per concludere, si ricorda che una simile trattativa, perché risulti in grado di produrre, nel caso concreto, l'effetto di escludere l'applicazione della normativa di protezione dovrà, secondo i giudici di legittimità,⁹⁷ essere connotata da specifici requisiti, quali individualità, serietà ed effettività.

In conseguenza, la mancata prova da parte del professionista che la clausola censurata sia stata redatta all'esito di una trattativa che, nel caso concreto, si è svolta secondo i requisiti come innanzi descritti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, comporterà la nullità della clausola in questione ai sensi dell'art. 36, 1° comma del Codice del Consumo, rilevabile anche d'ufficio da parte del giudice.

Del resto, la possibilità che l'assicuratore possa effettivamente fornire una simile prova appare estremamente residuale, dal momento che, come si è già detto e come del resto confermato da Autorevole dottrina, il contenuto del contratto di assicurazione è, generalmente, predeterminato dalla impresa assicuratrice, il che elide a monte la fase delle trattative ed al tempo stesso la possibilità che il regolamento adottato possa costituire il prodotto di una serie di proposte e controproposte,⁹⁸ che si susseguono e fronteggiano fino ad incrociarsi e fondersi in quella che realizza (*rectius*, dovrebbe realizzare) il migliore contemperamento possibile dei contrapposti interessi delle parti.

⁹⁷Cass., 26 settembre 2008, n. 24262, in www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/SezioniUnite.

⁹⁸P.STANZIONE, *op.ult.cit.*, p. 674.