

Primi cedimenti delle clausole *claims made* di fronte al giudizio di meritevolezza

di Lorenzo Locatelli*

SOMMARIO: 1. I casi: Cass., 28.4.2017, n. 10506 e Cass., 28.4.2017, n. 10509. – 2. Il tormentato percorso delle clausole *claims made*. – 3. Il giudizio di meritevolezza all'esito di Cass., sez. un., 6.5.2006, n. 9140. – 4. Il *locus minoris resistentiae* della clausola *claims made*. – 5. L'assenza di garanzia postuma e le polizze a regime *claims made* con retroattività.

1. I casi: Cass., 28.4.2017, n. 10506 e Cass., 28.4.2017, n. 10509.

Si rinnova, dopo la decisione a sezioni unite n. 9140 del 6.5.2016¹, il tema dei contratti di assicurazione a regime *claims made*. Tale modello, come noto, si discosta dalla previsione dell'art. 1917 cod. civ., non richiedendo che il fatto produttore del danno al terzo avvenga durante il periodo di efficacia del contratto², restringendo viceversa il campo operativo della garanzia ai soli casi in cui pervenga all'assicurato la richiesta di risarcimento nel corso della polizza.

Le sentenze in commento affrontano due ipotesi di garanzia in ambito sanitario, solo in apparenza analoghe³; entrambe enunciano il principio secondo cui la clausola *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile, "per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, cod. civ., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione".

Nel primo processo, la Corte d'Appello di Milano aveva ritenuto la clausola *claims made* nulla, in quanto atipica e vessatoria, e perciò sostituita con la regola generale di cui al comma 1° dell'art. 1917 cod. civ., condannando l'assicuratore all'indennizzo⁴.

Si trattava, in particolare, di analizzare una polizza a regime *claims made* con retroattività triennale e garan-

zia limitata alle richieste di risarcimento presentate all'assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione; nella fattispecie, il fatto colposo, originatore del danno, era avvenuto in costanza del periodo di efficacia dell'assicurazione e la richiesta di risarcimento era posteriore rispetto alla scadenza del contratto di assicurazione.

La Corte di Cassazione ha premesso di voler osservare i principi stabiliti dalle sezioni unite, prendendo atto, in primo luogo, di come la clausola *claims made* non sia nulla – e non renda nullo il contratto di assicurazione – per inesistenza del rischio ai sensi dell'art. 1895 cod. civ.; in secondo luogo, che la clausola *claims made*, quando subordina l'indennizzabilità del sinistro alla circostanza che il terzo abbia chiesto all'assicurato il risarcimento nel periodo di vigenza della polizza, delimita l'oggetto del contratto, non incide sulla responsabilità dell'assicuratore e non è, dunque, vessatoria; infine, che la clausola *claims made*, in alcuni *wording* contrattuali, è strutturata in modo da non realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

È proprio in relazione all'aspetto della meritevolezza, che la prima decisione in commento ha chiarito come una clausola inserita in un contratto a garanzia del rischio della responsabilità civile di un'azienda ospedaliera, escludendo l'indennizzo in caso di richiesta postuma rispetto alla scadenza della polizza, non appaia destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, per almeno tre ordini di ragione.

Anzitutto, perché attribuirebbe un vantaggio ingiu-

* Contributo pubblicato in base a *referee*.

¹ Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 852, con nota di VERNIZZI; FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, *ivi*, 1136 ss.; HAZAN, *La singolare vicenda delle claims made prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...")*, in *Danno e resp.*, 2016, 960.

² Ciò, indipendentemente dal momento di richiesta del risarcimento da parte del terzo che può, quindi, esser anche successiva nel tempo rispetto alla scadenza contrattuale.

³ Essi non sembrano privi di sostanziali differenze: la prima polizza è, infatti, espressamente dichiarata retroattiva, la seconda no.

⁴ App. MILANO, 12.7.2012, *inedita* secondo cui una polizza con mera retroattività triennale, allontanandosi dal modello puro di clausola *claims made* limita la responsabilità dell'assicuratore ed è da considerarsi unilateralmente predisposta e con contenuto vessatorio; nel processo di primo grado, invece, il Tribunale di Milano, con la decisione n. 3527 del 2010, aveva escluso l'obbligo dell'assicuratore considerando valida la clausola.

sto e sproporzionato senza contropartita⁵: si è, infatti, sottolineata la difficoltà pratica a che la vittima di un danno richieda immediatamente il risarcimento al responsabile, in quanto il danno da r.c. sanitaria si può manifestare a distanza anche di molto tempo rispetto alla condotta colposa.

In secondo luogo, perché porrebbe una delle parti in una posizione d'indeterminata soggezione rispetto all'altra⁶, non potendosi far dipendere la prestazione dell'assicuratore sia dall'evento futuro incerto tradizionalmente inteso (il fatto derivante dalla colpa dell'assicurato) sia dall'ulteriore evento futuro e incerto della volontà del danneggiato di richiedere il risarcimento.

In terzo luogo, la clausola costringerebbe una delle parti a tenere condotte contrastanti con i doveri di solidarietà costituzionalmente imposti⁷. La Corte ha portato ad esempio la paradossale condizione di un assicurato che dovesse decidere di adempiere spontaneamente alla propria obbligazione prima che il terzo ne faccia richiesta, come *correttezza e buona fede gli imporrebbero*; in tale situazione, l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo, assumendo la carenza della richiesta del terzo rivolta all'assicurato.

La seconda decisione è sostanzialmente analoga nella formulazione delle motivazioni e del principio di diritto. Tuttavia, va rilevato che mentre nel primo caso la polizza era munita d'una, seppur limitata, valenza retroattiva⁸, nel secondo la sentenza sembra inserirsi nell'ambito – di minore resistenza al giudizio di meritevolezza secondo le sezioni unite – delle classiche *claims made* spurie, con la pattuizione di garanzia nel solo caso in cui sia il fatto sia la richiesta di risarcimento avvengano nel periodo di validità della polizza⁹.

2. Il tormentato percorso delle clausole *claims made*.

Il regime temporale *claims made*, a differenza di quello previsto dall'art. 1917 cod. civ.¹⁰, prevede non solo la possibilità di garanzia in relazione ad eventi pregressi purché non conosciuti ma, altresì, un termine oggi vitale per l'obbligazione dell'assicuratore, permettendogli di delimitare con precisione il tempo dell'esposizione indennitaria.

È noto, infatti, che con la clausola *claims made*, alla scadenza della polizza si esaurisce il quadro dei sinistri, consentendola chiusura dei *borderaux* e l'immediata valutazione della sinistrosità antecedente¹¹; struttura, questa, che può accogliere, beninteso, la valvola del potersi prevedere espresse estensioni della garanzia postuma¹², ma tradizionalmente limitate nel tempo e a determinate occasioni, come il termine dell'attività a rischio (*sunset clauses*) o la necessità di un periodo di estensione al fine di procedere a nuova stipulazione.

Nel sistema *claims made*, insomma, concluso il periodo di efficacia del contratto cessa ogni garanzia in relazione a richieste future. Questo avviene indipendentemente dal momento in cui il fatto origine del danno sia avvenuto, perché il dato temporale fondamentale per l'obbligazione dell'assicuratore è quello in cui giunge a destinazione la richiesta di risarcimento, rimanendo estranei i fatti i quali, ancorché verificatisi durante la vigenza del contratto, non abbiano sortito una richiesta risarcitoria nel periodo di garanzia.

Le due decisioni in commento sono particolarmente importanti in relazione al sistema attuale, censurando l'assenza di postuma e dunque la caratteristica di maggior significato per l'assicuratore. Vale la pena ricordare, infatti e per comprendere appieno la portata del problema, non solo che oggi le polizze *claims made* caratterizzano l'assicurazione della responsabilità civile professionale, ma che nel corso degli anni la loro legittimità – sovente posta in discussione¹³ – ha resistito

⁵ Richiamando, tra le altre, CASS., 30.9.2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, 2, II, 137, nonché CASS., 10.11.2015, n. 22950, in *Mass. Giust. civ.*, 2015, in tema di contratti finanziari; si veda, sul punto, TRIB. CAGLIARI, 8.1.2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 372, con nota di TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*; DOLMETTA, "My way", "For you", "Piano visione Europa" e *Corte di Cassazione*, in *www.ilcaso.it*; COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Società*, 2016, 729.

⁶ CASS., 17.2.2017, n. 4222, in *www.foroeuropeo.it*, in materia di acque pubbliche.

⁷ CASS., 19.6.2009, n. 4343, in *www.doccity.com*, in tema di divieto al conduttore di ospitare stabilmente persone estranee al suo nucleo familiare.

⁸ Secondo la Supr. Corte, il ricorso evidenziava che "il contratto di assicurazione prevedeva una clausola ... la quale estendeva la copertura alla responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi sino a tre anni prima della stipula del contratto, a condizione che la richiesta risarcitoria pervenisse all'assicurata stessa nel periodo di vigenza del contratto; ed escludeva la copertura della responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi in costanza di contratto, ma per i quali la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato le fosse pervenuta dopo la scadenza del periodo assicurativo".

⁹ Indica, in un passaggio riassuntivo, la Supr. Corte che la "Corte

d'appello ritenne che la clausola, inserita in un contratto di assicurazione, la quale subordini il diritto all'indennizzo alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta di risarcimento proveniente dal terzo, avvengano nel periodo di vigenza della polizza, costituissero una normale delimitazione del rischio assicurato, non fosse vessatoria e non violasse alcuna norma di legge".

¹⁰ C.d. *loss occurrence*: sulle differenze sia consentito il rinvio a LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 2005, 961 ss.

¹¹ Anche al fine di valutare proposte assicurative future; ciò non accade nel sistema *loss occurrence*, in quanto l'assicuratore, al termine del periodo di durata della polizza, rimane soggetto alle richieste risarcitorie per fatti avvenuti in costanza di contratto.

¹² Garanzia che viene concessa, generalmente, con applicazione di un premio supplementare; si veda DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, 2004, 640.

¹³ L'impostazione contrattuale ha costretto alcuni Paesi all'intervento del legislatore, per porre fine alle diatribe emerse con riguardo alla loro legittimità. In Francia, si è intervenuti con la *Loi n. 2003-706* e anche in Italia non sono mancate le opinioni in questo senso: MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile*, in *Corr. merito*, 2013, 1162 ss.

a diverse censure¹⁴, sino all'ancoraggio di legittimità sancito dalle sezioni unite nel maggio del 2006.

Prima dell'intervento delle sezioni unite, un orientamento giurisprudenziale considerava tale regime temporale atipico ma lecito, con contorni di vessatorietà, spettando al giudice stabilire se la clausola avesse natura sensibile rispetto alle maglie dell'art. 1341 cod. civ.¹⁵; spesso, infatti, si era evidenziata¹⁶ la vessatorietà della clausola nelle ipotesi prive di protezione retroattiva illimitata o, almeno, decennale¹⁷.

Su altro versante, v'era chi sosteneva la validità assoluta della clausola *claims made*, sulla base della protezione del principio dell'autonomia negoziale, sempre nei limiti del giudizio di meritevolezza¹⁸, rilevando che il patto non integrava alcuna eccezione a disposti imperativi¹⁹.

Per altri, ancora, non sussisteva neppure una deviazione dagli schemi dell'art. 1917 cod. civ., non variando la natura del rischio oggetto del contratto assicurativo²⁰.

Esistevano, tuttavia, diversi sostenitori della radicale illegittimità della clausola per una serie di diverse motivazioni²¹, che andavano dall'assoluta insanabilità del contrasto con l'art. 1917, comma 1^o, cod. civ. quale norma primaria del sistema²², alla carenza della causa²³ o dell'elemento dell'aleatorietà²⁴.

3. Il giudizio di meritevolezza all'esito di Cass., sez. un., 6.5.2006, n. 9140.

È in questo, brevemente riassunto, panorama, che si è pervenuti alla decisione delle dalle sezioni unite²⁵, chiudendo almeno in parte l'intenso dibattito che era diventato di particolare attualità in relazione agli obblighi assicurativi sia per i professionisti²⁶ sia per le imprese e gli enti pubblici operanti nell'ambito sanitario²⁷.

Le sezioni unite hanno, anzitutto e con questa decisione, definitivamente sgombrato il campo dall'ipotizzata nullità del contratto per inesistenza del rischio ex art. 1895 cod. civ. Inoltre, è stata esclusa ogni ipotesi di vessatorietà della clausola *claims made* anche nella sua forma spuria, sottolineandosi come la nuova impostazione si limiti a circoscrivere la garanzia assicurativa, senza agire sulla limitazione di responsabilità, introducendo nell'ambito dell'efficacia temporale del contratto sia la richiesta risarcitoria sia il momento in cui è stata realizzata la condotta lesiva²⁸.

Con questa decisione, tuttavia, non si è mancato di enunciare il principio secondo cui un contratto deve rivelarsi sempre meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., presentando congruo lo scambio, rendendosi altrimenti necessario l'intervento da parte del giudice a correzio-

¹⁴ Il primo precedente risale a CASS., 15.3.2005, n. 5624, in questa *Rivista*, 2006, I, 153; LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., 961 ss. e soprattutto ID., *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 829.

¹⁵ TASSONE, *Clausole claims made, professionisti e terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2012, 717 ss.; in questi termini, si veda CASS., 22.3.2013, n. 7273, in *Assicurazioni*, 2013, II, 125, secondo la quale la clausola "a richiesta fatta" è valida ed efficace, spettando al giudice stabilire, caso per caso, se abbia natura vessatoria; si consenta il rinvio a LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 529.

¹⁶ Si vedano TRIB. TRIESTE, 11.10.2011 e TRIB. MILANO, 18.3.2010, in questa *Rivista*, 2010, I, 857; quest'ultima sentenza rilevava che le clausole *claims made* pure sono da ritenersi sempre valide, a differenza delle clausole miste, le quali limitano la garanzia ad un tempo più breve, da ritenersi vessatorie e, se non sottoscritte, sostituite ai sensi degli artt. 1419 e 1932, comma 2^o, cod. civ., con la medesima previsione *claims made* ma priva della limitazione temporale; LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, in questa *Rivista*, 2010, I, 864; PARTENZA, *Assicurazioni di rc delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Assicurazioni*, 2010, 673.

¹⁷ APP. VENEZIA, 3.2.2014, ined., esclude la vessatorietà della clausola *claims made* pura.

¹⁸ TRIB. NAPOLI, 11.2.2010, in *Assicurazioni*, 2011, 131; TRIB. MILANO, 5.7.2005, in *Fallimento*, 2006, 438.

¹⁹ TRIB. CROTONE, 8.11.2004, in *Dir. ed econ. ass.*, 2005, 711 ss.

²⁰ TRIB. MILANO, 18.3.2010, in questa *Rivista*, 2010, I, 857; LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, cit., 961 ss.

²¹ Va particolarmente menzionato, con riguardo proprio al giudizio di meritevolezza, MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del*

diritto ed immeritevolezza, in *Danno e resp.*, 2013, 701 ss.

²² TRIB. BOLOGNA, 2.10.2002, in *Dir. ed econ. ass.*, 2005, 711 ss.; nello stesso senso parrebbe TRIB. ROMA, 10.4.2013, richiamata da MAGNI, *Gli incerti limiti di validità della clausola claims made nei contratti di assicurazione della responsabilità civile*, cit., 1162 ss., ove si rileva il problema del sostanziale vincolo per l'assicurato di rinnovare il contratto con lo stesso assicuratore a tempo indeterminato.

²³ Secondo TRIB. GENOVA, 8.4.2008, in *Danno e resp.*, 2009, 103 ss., con nota di CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto d'assicurazione della responsabilità civile*, *ivi*, 105, ciò che viene assicurato è l'attività fonte di responsabilità, non la richiesta risarcitoria e, dunque, una clausola contraria al disposto dell'art. 1917, comma 1^o, cod. civ. è nulla, per mancanza di causa.

²⁴ ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, III, Cedam, 2013, 38; l'a. è anche il relatore delle due sentenze in commento; ancor prima delle sezioni unite, nella direzione critica all'impostazione che riconosceva la nullità, si veda CASS., 17.2.2014, n. 3622, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 826, con nota di LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, *ivi*, 829, ove diversi riferimenti al problema del rischio putativo.

²⁵ CASS., sez. un., 6.5.2016, n. 9140, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 852, con nota di VERNIZZI; FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, cit.

²⁶ D.p.r. 7.8.2012, n. 137, sulla riforma degli ordinamenti professionali; sia consentito il rinvio a LOCATELLI, *Assicurazione obbligatoria degli avvocati: le condizioni minime di garanzia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 2097.

²⁷ Il riferimento è, in primo luogo, alla c.d. Legge Gelli, l. n. 24/2017; sul tema si veda AA.VV., *Sicurezza delle cure e responsabilità sanitaria*, *Quotidiano sanità*, 2017; PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, Pacini, 2017.

²⁸ Da ultimo, sul tema dell'esclusione della natura vessatoria, si veda CASS., 18.5.2017, n. 12488, in *DeJure*.

ne della volontà delle parti, proteggendo il contraente che subisce il contratto ingiusto²⁹.

Sul tema, va ricordato che nel passato la giurisprudenza di legittimità³⁰, se da un lato aveva rilevato che nei casi in cui la richiesta avviene in corso di contratto ed è riferita a comportamenti anteriori alla stipulazione la clausola *claims made* è favorevole per l'assicurato, dall'altro aveva indicato, seppur in via di *obiter dictum*, che nei casi in cui il sinistro si realizza durante il contratto e la richiesta risarcitoria si presenta dopo lo scioglimento del rapporto, si pongono problemi di validità del patto. Verrebbe infatti per tal via a mancare, in danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra pagamento del premio e diritto all'indennizzo per il solo fatto che la domanda viene proposta dopo lo scioglimento del contratto.

Il tema è importante per la nostra analisi, perché è bene ricordare che le sezioni unite non hanno solo rilevato la possibilità di introdurre in forma negativa il giudizio di meritevolezza riguardante una *clausola claims made la quale comunque articolata espone il garantito a buchi di copertura*³¹. Esse hanno, altresì, evidenziato che se il giudizio negativo, in via di principio, non dovrebbe porsi con riguardo alle clausole cosiddette pure, diverso e più severo deve essere lo scrutinio delle clausole spurie; questo, con particolare riferimento a quella *particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento*.

4. Il *locus minoris resistentiae* della clausola *claims made*.

Sono, sostanzialmente, tre gli argomenti che hanno portato le sentenze in commento a valutare negativamente, sotto l'aspetto della meritevolezza, la clausola *claims made* che non preveda garanzia per le richieste successive alla scadenza del contratto³².

La Corte di Cassazione ha, preliminarmente, evidenziato che senza operatività postuma si attribuisce un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza controparti-

ta, rilevando la pratica impossibilità che la vittima richieda in via immediata il risarcimento al responsabile, spesso manifestandosi il danno da responsabilità sanitaria a distanza, anche, di molto tempo dal momento della condotta.

In relazione al tema del rapporto sinallagmatico, non va dimenticato che la *claims made* da un lato riduce il periodo effettivo di copertura assicurativa, dall'altro consente l'assicurazione retroattiva (esclusa dalla costruzione dell'art. 1917 cod. civ.), così introducendo una contropartita evidente, assicurando anche il pregresso non conosciuto e attribuendo garanzia proprio in relazione a fatti latenti avvenuti in epoca lontana.

La clausola, inoltre, si accompagna ad un sistema di premio facilmente accessibile in termini economici per l'assicurato, poiché la medesima garanzia a regime *loss occurrence* avrebbe, probabilmente, come riferimento un costo di diversa entità³³. Non è, infatti, difficile pensare che il sistema *claims made* – che propone un modello di sicurezza per l'assicuratore, chiudendo l'elenco dei sinistri alla fine del contratto – verrebbe, in ipotesi, abbandonato solo a fronte di un accesso alla garanzia a ben altri livelli economici; il tutto senza contare che un regime in *loss occurrence*, rispetto all'evoluzione che si è manifestata in questi anni nel mercato, comporterebbe serie difficoltà applicative, perché alcuni rischi troverebbero difficile allocazione nei mercati riassicurativi internazionali, costringendo le imprese operanti in Italia a restringere, se non a ritirare, l'offerta³⁴.

Secondo la Corte, ancora, la clausola *claims made* porrebbe una delle parti in una posizione d'*indeterminata soggezione* rispetto all'altra, dal momento che fa dipendere la prestazione dell'assicuratore sia dall'evento futuro e incerto tradizionalmente inteso – il fatto origine di danno – sia dall'ulteriore evento futuro e incerto legato alla volontà del danneggiato di richiedere il risarcimento; nell'esempio proposto dalla Corte, in caso di notizia di aver causato un danno, l'assicurato dovrebbe scegliere tra attendere l'eventuale richiesta del danneggiato, rischiando di perdere la garanzia, e sollecitare il danneggiato alla richiesta risarcitoria, così

²⁹ È oggi accettato il controllo sul contenuto del contratto, finalizzato ad eliminare elementi di ingiustizia o squilibrio: così, FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, cit., 1136 ss.; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel draft common frame of reference del diritto privato europeo*, ivi, 2009, 669; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2005, 509; CORTE COST., 21.10.2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, con nota di D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*; CORTE COST., 26.3.2014, n. 77, *ibidem*, con nota di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: il mondo di ieri o un trompe l'oeil concettuale?*

³⁰ Cass., 17.2.2014, n. 3622, con nota di LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., 829; FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, cit., 1136 ss.

³¹ Si è introdotto, a ben vedere, un principio critico se non opportunamente filtrato, dal momento che non esiste una polizza assicurativa che preservi l'assicurato senza limiti.

³² La Supr. Corte non esprime alcuna indicazione con riguardo alla durata pretendibile della garanzia postuma.

³³ Il condizionale è d'obbligo: infatti, un contratto a regime assicurativo *loss occurrence* in tema di r.c. professionale medica non è oggi materialmente reperibile sul mercato.

³⁴ Si veda, sul tema, il *Position paper* ANIA, Ottobre 2014, in merito alla segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato con riguardo ad un'ipotesi di rilancio delle garanzie in forma *loss occurrence*.

però violando l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 cod. civ.

In determinate occasioni, poi, la clausola costringerebbe una delle parti a tenere condotte contrastanti con quelli che le sentenze in commento definiscono *superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti*, prefigurando il caso dell'assicurato che decide di adempiere spontaneamente alla propria obbligazione prima ancora che il terzo ne faccia richiesta³⁵; una fattispecie, questa, in cui l'assicuratore potrebbe negare la garanzia sulla base della carenza della richiesta di risarcimento.

Ora, gli ultimi due contesti esaminati hanno pregio sia dal punto di vista della chiarezza sia da quello della suggestività, ma non va dimenticato che non esiste un sistema assicurativo perfetto e che la possibilità di situazioni problematiche è sempre in agguato. Ciò accade, del resto, nello stesso regime *loss occurrence* in occasione, proprio, dei sinistri lungo latenti ove vi sia difficoltà, all'emergere del danno, di individuare l'esatto periodo in cui la condotta è stata posta in essere e il relativo assicuratore.

Se analizziamo la crisi americana degli anni ottanta³⁶ – quando imperava la costruzione *loss occurrence* – si comprende che, proprio in relazione a danni lungo latenti³⁷, il problema non fu solo degli assicuratori ma anche degli assicurati. Questo sia perché alcune società erano nel frattempo scomparse, sia perché a volte ci si trovava di fronte a massimali adeguati ai tempi della stipulazione della polizza ma non a quelli della richiesta risarcitoria.

Infatti, un pregio spesso tralasciato della clausola *claims made* è quello di consentire all'assicurato di conformare il massimale al momento della richiesta, a differenza di ciò che avviene nel sistema *loss occurrence*, ove il massimale resta inevitabilmente ancorato alla scelta fatta, a volte, molti anni addietro. Chi acquista una polizza *loss occurrence* oggi per la responsabilità professionale, non può prevedere l'espansione delle *mobili frontiere del danno*³⁸ e delle modalità risarcitorie,

mentre con una polizza *claims made* si possono calibrare periodicamente contenuto e massimale, anche con riguardo al passato.

Il vero tema da affrontare è, allora, quello d'intervenire nell'ambito delicato della successione delle polizze a regime *claims made*, con clausole che non sottopongano l'assicurato al serio rischio di avere, nonostante una continuità assicurativa, la possibilità di vedersi sollevare eccezioni.

Entrambi gli esempi proposti dalle sentenze potrebbero trovare valide soluzioni attraverso il ricorso a particolari accorgimenti tecnici o allo stesso principio di buona fede³⁹.

Alcune polizze a regime *claims made* introducono particolari definizioni di richiesta risarcitoria, ampliandone la portata, al fine di risolvere questioni interpretative e problemi tipici nell'ambito della continuità assicurativa⁴⁰. Spesso si ritiene sufficiente un documento da cui risulti l'*intenzione di ritenere l'assicurato responsabile* del danno, anche in carenza di un'espressa richiesta risarcitoria; altre volte, si parifica alla richiesta di risarcimento qualsivoglia *comunicazione da parte delle autorità competenti* di apertura di indagini penali⁴¹ o amministrative o di procedimento civile privo di domanda risarcitoria⁴².

In altri casi, ancora, si pattuisce che qualsiasi *comunicazione effettuata dall'assicurato*, pur in carenza di espressa richiesta, attraverso la quale si notifica all'assicuratore l'esistenza di una *circostanza che potrebbe dare origine ad un danno o ad una richiesta di risarcimento*, viene trattata come richiesta presentata e denunciata durante il periodo di assicurazione⁴³; una volta, dunque, esposta dall'assicurato la circostanza all'assicuratore, l'eventuale successiva richiesta risarcitoria, anche ove ricevuta esaurito il tempo del contratto, verrebbe trattata come pervenuta al momento della comunicazione.

L'introduzione di tale clausola potrà, in futuro e senza necessità di indesiderate estensioni postume, stemperare una serie di problemi collegati alla successione

³⁵ Una condotta, questa, che secondo la Supr. Corte sarebbe imposta all'assicurato dai principi della *correttezza e buona fede*.

³⁶ Tra il 1983 e il 1987 negli USA fallirono più di 60 compagnie assicuratrici e vi fu un'impennata dei premi per consentire il riequilibrio; da questa crisi presero via le sperimentazioni *claims made*.

³⁷ Si ricordano in particolare le esperienze dei danni da asbestosi e da medicinali come il DES, un estrogeno prodotto e commercializzato dall'industria americana dal 1940 al 1969.

³⁸ In ricordo a GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 1 ss.

³⁹ Sulla buona fede nel contratto assicurativo, MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Giuffrè, 2002; più in generale, sull'art. 1375 cod. civ., quale ipotesi nella quale la legge, ai sensi del precedente art. 1374 cod. civ., integra il contratto, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Il codice civile commentario*, nel *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffrè, 2013; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, 117; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, nel *Commentario Scialoja-*

Branca, Zanichelli-Foro it., 1993, sub. art. 1375 cod. civ., 117. In senso diverso, invece, SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I Contratti in generale*, II, a cura di GABRIELLI, nel *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO e GABRIELLI, Utet, 2006, 1173.

⁴⁰ Sia consentito rinviare, sul tema, a LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit.

⁴¹ Si pensi all'avviso di garanzia, all'interrogatorio, all'avviso del compimento di atti non ripetibili.

⁴² Si pensi all'accertamento tecnico preventivo.

⁴³ Si tratta della c.d. *deeming clause*, spesso proposta in questa forma: L'Assicurato dovrà dare immediata comunicazione scritta agli Assicuratori durante il periodo di assicurazione ... di qualsiasi circostanza di cui l'Assicurato venga a conoscenza che si presuma possa ragionevolmente dare origine ad una richiesta di risarcimento nei confronti dell'Assicurato. L'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alla comunicazione sarà considerata come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione.

delle polizze emergenti nelle occasioni in cui l'assicurato si accorge dell'evento colposo possibile fonte di danno e non è in possesso della richiesta di risarcimento; per le polizze prive di tale importante precisazione, invece, il riferimento al principio di buona fede, anche collegato alle soluzioni proposte dalla moderna contrattualistica nel tempo, può portare, comunque, a soluzioni di obiettività e garanzia⁴⁴.

Questo in un'ottica che, alla luce dei principi delle sezioni unite, dovrebbe veder cedere non tanto le *claims made* prive di postuma – minando nelle fondamenta, quindi, il sistema e rendendolo improponibile – ma, semmai, alcune *claims made spurie* (con previsione di condotta e richiesta nello stesso periodo) o *claims made and reported*⁴⁵ (richiesta del terzo e comunicazione del danneggiato nello stesso periodo) e con riguardo, dunque, a particolari limitazioni che potrebbero esser ritenute di volta in volta non meritevoli di tutela. Per quanto concerne, invece, i problemi di segnalazione di circostanze sensibili per futuri reclami e richiesta successiva allo scadere, anche la giurisprudenza anglosassone ha rilevato che la notificazione all'assicuratore d'una circostanza possibile fonte di reclamo può veder aprire il sinistro nell'ambito di quell'annualità, quando l'assicurato si trovi privo di copertura con il successivo assicuratore, non potendo con lui invocare l'operatività della polizza seguente, ove emersa la richiesta di risarcimento⁴⁶.

5. L'assenza di garanzia postuma e le polizze a regime *claims made* con retroattività.

Le decisioni in commento affermano che la clausola *claims made* va oggi considerata un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è *assai distante da quello italiano*. Il tema merita riflessione, perché se da un lato è vero che il nostro ordinamento tradizionale prevede per l'assicurazione della responsabilità civile il sistema del riferimento temporale al fatto che origina il danno, è anche vero che il regime *claims made* non può dirsi ignoto a diversi impianti normativi,

dalla novella sulla responsabilità medica⁴⁷ al regolamento dell'obbligo assicurativo degli avvocati⁴⁸.

Ciò premesso, le due sentenze riguardano fattispecie in cui il fatto non è riferibile al periodo di retroattività ma a quello di pendenza del contratto, con richiesta che perviene nel tempo successivo, evidenziando il principio secondo cui la clausola *claims made per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengono nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela*.

La Corte sposta, dunque, l'analisi sul periodo posteriore al contratto; questo, essendosi ormai chiarito dalle sezioni unite che la costruzione *claims made*, se propone un'estensione sotto il profilo retroattivo, è da considerarsi legittima, non emergendo problemi nel caso in cui il fatto causa del danno sia antecedente alla stipulazione del contratto – purché ignoto in quel momento all'assicurato – e la richiesta risarcitoria pervenga durante il periodo di efficacia della polizza⁴⁹.

A questo punto, emerge la necessità di una considerazione preliminare perché, quantomeno nella prima sentenza in commento, il contratto di assicurazione non corrispondeva a quello dichiarato sospetto dalle sezioni unite. La prima decisione, infatti, pone riferimento ad una garanzia con previsione di, seppur contenuta, retroattività ed è, a ben vedere, solo il caso che ha voluto il fatto fonte di danno verificarsi durante il contratto; non si era, quindi, in presenza di una garanzia sottoposta alla duplice condizione dell'avvenire sia la condotta sia la richiesta di risarcimento nel periodo di efficacia della polizza⁵⁰.

Il che fa riflettere, in quanto sembra che il giudizio di non meritevolezza espresso dalla Corte di Cassazione possa rivestire un'ampiezza che si espande, a ben vedere, al di là del principio affermato, il quale unitariamente preso potrebbe trarre in inganno. Dalla lettura della decisione sembrerebbe non superare, infatti, il giudizio di meritevolezza sia la polizza che prevede la doppia condizione temporale (fatto e richiesta in corso

⁴⁴ Si veda CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungo latenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2010, 90; TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ.*, 2012, 689; sia anche consentito il rinvio a LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, cit., 529.

⁴⁵ BERNSTEIN, *The Ins and Outs of claims made policies*, in *Insurance Journal*, October 3, 2005.

⁴⁶ L'osservazione e il richiamo giurisprudenziale (*J. Rothschild Assurance Ltd. PLC v. John Robert Collyear & Ors.*, English High Court of Justice QBD – Rix J. 29.9.1999), sono di CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungo latenti e rischi emergenti*, cit., 94, il quale peraltro indica che si stanno consolidando i segnali verso posizioni più aderenti al dettato contrattuale ed in linea con la impostazione tecnica di questa peculiare tipologia di copertura assicurativa, *ivi*, 99.

⁴⁷ Legge Gelli, n. 24/2017; sul tema si veda AA.Vv., *Sicurezza delle*

cure e responsabilità sanitaria, cit.; PARTENZA, *La nuova responsabilità civile del medico e della struttura sanitaria*, cit.

⁴⁸ D. m. 17.10.2016; LOCATELLI, *Assicurazione obbligatoria degli avvocati: le condizioni minime di garanzia*, cit., 2097.

⁴⁹ È il primo arresto di CASS., sez. un., 6.5.2016, n. 9140, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 852, quando riferisce che "la clausola *claims made* con garanzia progressiva è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato".

⁵⁰ Secondo le sezioni unite, il giudizio di meritevolezza avrebbe dovuto esprimersi specialmente nei confronti di quell'ipotesi di "claims made, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento".

di polizza), sia quella che, pur prevedendo una retroattività più o meno estesa, non conceda garanzia ai fatti avvenuti in costanza di contratto con richiesta successiva alla scadenza.

Ma allora, si comprende che su questo, eventuale, percorso l'assicuratore con polizza *claims made*, pur retroattiva, si troverebbe di fronte a tre prospettive d'obbligazione.

La prima, legittima secondo le sezioni unite, con riguardo all'obbligazione per gli eventi avvenuti nel periodo di retroattività e richiesta risarcitoria durante il contratto; la seconda, con riguardo all'obbligazione per gli eventi avvenuti durante il contratto e richiesta risarcitoria nel medesimo periodo; la terza, conseguente al giudizio di non meritevolezza in esame, con riguardo all'obbligazione per gli eventi avvenuti durante il contratto e richiesta caduta in epoca successiva.

Non è necessario, su questi presupposti, sottolineare l'effetto demolitivo che questo indirizzo potrebbe avere sulla stabilità di un sistema di indennizzo da responsabilità professionale che lo stesso legislatore vuole, seppur unilateralmente, obbligatorio; difficile prevedere, quindi, una risposta positiva del mercato a tale impostazione che potrebbe introdurre una sorta d'operatività multipla, con un regime misto tra clausole *loss occurrence* e *claims made*.

Rimane da affrontare l'effetto finale del giudizio negativo di meritevolezza.

Nella prima sentenza, la Corte di Cassazione conferma la statuizione della Corte d'Appello di Milano che – seppur sulla diversa base di un'errata dichiarazione di vessatorietà – aveva *sostituito di diritto* la clausola censurata con la regola generale di cui al comma 1° dell'articolo 1917 cod. civ.⁵¹.

Anche questo, è un tema particolarmente delicato in quanto – come è stato rilevato⁵² e vertendosi in ambito di nullità parziale ex art. 1419 cod. civ. – in un mercato come quello attuale è difficile pensare sia ad un assicuratore che avrebbe sottoscritto il contratto senza la clausola eliminata (art. 1419, comma 1°, cod. civ.), sia alla sostituzione della clausola con una norma imperativa (art. 1419, comma 2°, cod. civ.), tale non essendo quella contenuta al comma 1° dell'art. 1917 cod. civ.⁵³.

CASS. CIV., III sez., 28.4.2017, n. 10506 – TRAVAGLINO *Presidente* – ROSSETTI *Estensore* – DE MASELLIS *P.M.* (concl. diff.). – F. s.p.a. (avv.ti Perilli, Robotti e Penco) – O.F. (avv.ti Martella e De Pascale) – C.R. – Conferma App. Milano, 12.7.2012.

CONTRATTO DI ASSICURAZIONE – ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE – FATTO AVVENUTO IN COSTANZA DI CONTRATTO – CLAUSOLA *CLAIMS MADE* – ASSENZA DI GARANZIA PER LE RICHIESTE DI RISARCIMENTO POSTUME RISPETTO ALLA SCADENZA CONTRATTUALE – NON MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA – (cod. civ., artt. 1322, 1341, 1917, 1932)

La clausola c.d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, cod. civ., in quanto si realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

dal testo:

Il fatto. 1. Il sig. C.R. convenne (in data che né le parti, né la sentenza impugnata indicano) dinanzi al Tribunale di Milano l'Azienda Ospedaliera (*Omissis*) (che in seguito sarà trasformata in "Azienda Socio Sanitaria (*Omissis*)"; d'ora innanzi, per brevità, "l'Azienda").

L'attore chiese la condanna dell'Azienda convenuta al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di un intervento chirurgico che assumeva imperitamente eseguito.

L'Azienda si costituì e, oltre a chiedere il rigetto della domanda, chiamò in causa il proprio assicuratore della responsabilità civile, la F. s.p.a. (*Omissis*)

La F. s.p.a. si costituì e negò di essere tenuta al pagamento dell'indennizzo. Dedusse che il contratto escludeva la garanzia per i fatti illeciti commessi dall'assicurato, anche durante la vigenza del contratto, se la richiesta di risarcimento da parte del terzo fosse pervenuta all'assicurato dopo la scadenza del periodo di assicurazione indicato nella polizza della polizza (c.d. clausola *claims made*).

Soggiunse che, nel caso in esame, il terzo danneggiato aveva avanzato per la prima volta la sua richiesta di indennizzo all'ospedale dopo la scadenza della polizza, e per effetto della suddetta clausola l'indennizzo non era quindi dovuto.

2. Il Tribunale di Milano, con sentenza 18 marzo 2010 n. 3527, accolse la domanda principale e rigettò

⁵¹ APP. MILANO, 12.7.2012, cit.

⁵² FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in questa *Rivista*, 2016, II, 1523 ss.

⁵³ L'art. 1932 cod. civ. dichiara inderogabile, se non a favore dell'assicurato, l'art. 1917 cod. civ. solo in relazione ai commi 3° e 4°.

quella di garanzia, ritenendo il sinistro escluso dalla copertura.

La sentenza venne appellata, su questo punto, dall'Azienda.

La Corte d'appello di Milano, con sentenza 20 luglio 2012 n. 2655, accolse il gravame dell'Azienda e condannò la F. s.p.a. al pagamento dell'indennizzo, ritenendo che:

(-) la clausola *claims made*, nella sua forma tipica, dovrebbe prevedere una retroattività della copertura assicurativa per i 10 anni precedenti la stipula del contratto;

(-) nel caso di specie il contratto prevedeva la copertura per i soli fatti illeciti commessi dall'assicurata entro i tre anni precedenti la stipula del contratto;

(-) ergo, la clausola *claims made* pattuita nel caso in esame era atipica e vessatoria; doveva ritenersi nulla perché non espressamente sottoscritta, e per effetto della nullità si doveva sostituire di diritto con la regola generale di cui al 1 comma dell'art. 1917 c.c.

3. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione da F. s.p.a., con ricorso fondato su un solo motivo.

Ha resistito con controricorso l'Azienda.

Il ricorso, già fissato per la pubblica udienza del 23 febbraio 2016, con ordinanza pronunciata in udienza è stato rinviato a nuovo ruolo, nell'attesa che le Sezioni Unite di questa Corte si pronunciasse su una questione di diritto (la validità della clausola *claims made*) rilevante ai fini della decisione sul ricorso.

Il ricorso è stato quindi nuovamente fissato e discusso all'udienza pubblica del 20 gennaio 2017.

Ambo le parti hanno depositato memoria; l'Azienda ha depositato altresì una seconda memoria prima della discussione fissata per il 20 gennaio 2017.

I motivi. 1. Questioni preliminari. (*Omissis*)

2. Il motivo unico del ricorso.

2.1. Con l'unico motivo di ricorso la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta sia da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, (si lamenta, in particolare, la violazione degli artt. 1322, 1341, 1917 e 1932 c.c.; 112 c.p.c.); sia dal vizio di illogicità della motivazione, di cui all'art. 360 c.p.c., n. 5, (nel testo applicabile *ratione temporis* al presente giudizio, ovvero quello anteriore alle modifiche di cui al D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134).

Deduca, al riguardo, che la Corte d'appello ha accolto la domanda dell'Azienda, reputando vessatoria una clausola che non era rilevante e non doveva essere applicata nel caso di specie.

Spiega che il contratto di assicurazione prevedeva una clausola (l'art. 23 delle condizioni generali) la quale estendeva la copertura alla responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi sino a tre anni prima della stipula del contratto, a condizione che la richiesta ri-

sarcitoria pervenisse all'assicurata stessa nel periodo di vigenza del contratto; ed escludeva la copertura della responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi in costanza di contratto, ma per i quali la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato le fosse pervenuta dopo la scadenza del periodo assicurativo.

La Corte d'appello, reputato che fosse "vessatoria" la limitazione della copertura pregressa solo ai tre anni precedenti la stipula del contratto, ha dichiarato vessatoria l'intera clausola.

Tuttavia – prosegue la F. s.p.a. – nel caso in esame non era in discussione se l'assicuratore dovesse o non dovesse garantire gli illeciti commessi prima della stipula della polizza, ma se dovesse o non dovesse coprire gli illeciti commessi durante il contratto, ma per i quali l'assicurato fosse stato escusso dopo la scadenza di questo.

La Corte d'appello, pertanto, ha deciso la controversia sulla base d'un patto contrattuale che non doveva essere applicato al caso di specie.

2.2. Il motivo è fondato.

La Corte d'appello ha accolto la domanda dell'Azienda con un sillogismo così riassumibile:

(a) esistono clausole *claims made* "tipiche" e clausole *claims made* "atipiche";

(b) le clausole *claims made* "tipiche" devono prevedere la copertura della responsabilità dell'assicurato per i fatti colposi commesso fino a dieci anni prima la stipula del contratto;

(c) nel caso di specie era invece prevista la copertura per la responsabilità scaturente da fatti commessi dall'assicurato solo nei tre anni precedenti la stipula della polizza;

(d) questa riduzione costituiva una "riduzione della normale estensione retroattiva della clausola *claims made*", ed era perciò vessatoria.

Questa motivazione effettivamente presenta tutti i vizi denunciati dalla ricorrente.

2.3. In primo luogo, essa è illogica, perché la Corte d'appello ha dichiarato nullo il patto "A", e di conseguenza accolto la domanda dell'assicurato, in un caso in cui l'assicuratore aveva rifiutato l'indennizzo invocando il patto "B".

L'Azienda, infatti, chiese alla F. s.p.a. di essere tenuta indenne per un illecito colposo commesso durante la vigenza del contratto, e non già per un fatto commesso prima della stipula di esso. Pertanto che il contratto prevedesse una retroattività di uno, tre o dieci anni era circostanza irrilevante ai fini del decidere.

La sentenza impugnata presenta dunque una evidenza incoerenza logica tra la premessa del ragionamento (la domanda invoca la nullità della clausola "A") e la conclusione di esso (la domanda è fondata perché è nulla la clausola "B").

2.3. In secondo luogo, e ad *abundantiam*, sussiste anche la violazione dell'art. 1341 c.c.

Tale norma prevede la nullità delle clausole, unilateralmente predisposte e non espressamente approvate per iscritto, che prevedano “limitazioni di responsabilità” del predisponente.

La “limitazione di responsabilità” del predisponente sussiste quando il patto contrattuale riduce gli obblighi posti a carico di quello o dalla legge, o da altre clausole contrattuali.

Nel caso in esame la Corte d’appello ha dichiarato vessatoria una clausola contrattuale, perché restrittiva non già responsabilità addossata all’assicuratore dalla legge o da altri patti contrattuali, ma perché restrittiva rispetto alle previsioni di una “clausola claims made tipica”.

In buona sostanza, la Corte d’appello ha ritenuto che, dato un patto atipico diffuso, sarebbe vessatoria la clausola che vi deroga. Ma tale affermazione è manifestamente erronea: sia perché non esiste una clausola “claims made tipica”, se non sul piano della c.d. tipicità commerciale; sia perché il parametro di valutazione delle vessatorietà d’una clausola riduttiva della responsabilità del predisponente può essere solo la legge o un patto contrattuale concreto e contenuto nel medesimo contratto.

3. La ritenuta fondatezza del ricorso, tuttavia, non impone la cassazione della sentenza impugnata, poiché la statuizione di accoglimento della domanda di garanzia proposta dall’Azienda è comunque conforme a diritto. Sarà dunque sufficiente, in questa sede, provvedere alla sola correzione della motivazione, per le ragioni che seguono.

3.1. L’Azienda e la F. s.p.a. hanno stipulato un contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Tale contratto prevedeva, all’art. 23, che “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”.

Della validità di questo tipo di clausole, comunemente dette claims made, si sono occupate le Sezioni Unite di questa corte con la sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016.

Con questa decisione le Sezioni Unite hanno stabilito che:

(a) la clausola claims made, nella parte in cui consente la copertura di fatti commessi dall’assicurato prima della stipula del contratto, non è nulla, e non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ai sensi dell’art. 1895 c.c.;

(b) la clausola claims made, nella parte in cui subordina l’indennizzabilità del sinistro alla circostanza che il terzo danneggiato abbia chiesto all’assicurato il risarcimento entro i termini di vigenza del contratto, delimita l’oggetto di questo, e non la responsabilità dell’assicuratore, e di conseguenza non è vessatoria;

(c) la clausola claims made, pur non essendo vessatoria,

potrebbe tuttavia risultare in singoli casi specifici non diretta a “realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico”, ai sensi dell’art. 1322 c.c.. Quest’ultima valutazione tuttavia va compiuta in concreto e non in astratto, valutando:

(c’) se la clausola subordini l’indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto;

(c’’) la qualità delle parti;

(c’’’) la circostanza che la clausola possa esporre l’assicurato a “buchi di garanzia”.

Per effetto dell’intervento delle Sezioni Unite, resta dunque definitivamente stabilito che la clausola claims made non rende il contratto privo di rischio, e non ne comporta la nullità ex art. 1895 c.c.; e che la suddetta clausola non è vessatoria ai sensi dell’art. 1341 c.c.

Resta, invece, da stabilire caso per caso se quella clausola possa dirsi anche “diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela”, ai sensi dell’art. 1322 c.c., in particolare quando, come nel caso di specie, escluda il diritto all’indennizzo per i danni causati dall’assicurato in costanza di contratto, ma dei quali il terzo danneggiato abbia chiesto il pagamento dopo la scadenza del contratto (d’ora innanzi, per brevità, “le richieste postume”).

Ritiene questa Corte che la clausola in esame non superi il vaglio di meritevolezza richiesto dall’art. 1322 c.c., e che pertanto corretto sia il dispositivo della sentenza impugnata, nella parte in cui ne ha escluso la validità.

3.2. La clausola claims made è un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è stato in passato, e resta ancor oggi, molto distante da quello italiano: per genesi, sviluppo e contenuto. In quanto patto atipico, alle parti è consentito adottarla solo se intesa a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico.

La “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma 2°, c.c. non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito.

Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all’economia, al buon costume od all’ordine pubblico (così la Relazione al Codice, p. 603, 2^ capoverso). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, secondo comma, e 41, secondo comma, cost.

Affinché dunque un patto atipico possa dirsi “immeritevole”, ai sensi dell’art. 1322 c.c., non è necessario

che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c.

L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII ad edictum, ovvero non omnequod licet, honestum est (Dig., 50, XVII, 144).

3.3. Questa Corte, pur evitando definizioni generali della nozione di "immeritevolezza", in passato ha più volte implicitamente affermato i principi appena esposti.

È stata ritenuta "immeritevole" la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41, comma 2^o, Cost. (Sez. U, Sentenza n. 4222 del 17/02/2017).

Immeritevole è stato ritenuto il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto "Myway", che prevedeva l'acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: ex aliis, in tal senso, Sez. 1, Sentenza n. 22950 del 10/11/2015; per una vicenda analoga ed una analoga statuizione, relativa al contratto finanziario denominato "4You", si veda altresì Sez. 6 – 3, Ordinanza n. 19559 del 30/09/2015).

Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la "effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato" (Sez. 3, Sentenza n. 3080 del 08/02/2013).

Immeritevole, ancora, è stata ritenuta la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto d'un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (Sez. 3, Sentenza n. 12454 del 19/07/2012).

Immeritevole, poi, è stata ritenuta la clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà (Sez. 3, Sentenza n. 14343 del 19/06/2009).

Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di

compensare l'attivo del primo con il passivo del secondo (Sez. 1, Sentenza n. 1898 del 19/02/2000).

Immeritevole, ancora, è stato ritenuto il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi (Sez. 1, Sentenza n. 9975 del 20/09/1995).

Né può tacersi, infine, un richiamo alla importante decisione pronunciata dalle Sezioni Unite di questa Corte in tema di esercizio officioso, da parte del giudice, del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva (Sez. U, Sentenza n. 18128 del 13/09/2005). Nella motivazione di tale sentenza, infatti, in piena sintonia col p. 603 della Relazione al Codice civile sopra ricordato, si ribadisce che l'autonomia negoziale delle parti non è sconfinata, ma è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l'ordinamento cessa di apprestarle tutela.

3.4. Riducendo a "sistema" le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

(a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.);

(b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, citt.);

(c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.).

È alla luce di questi criteri che va valutata, nel caso di specie, la meritevolezza della clausola claims made inserita nel contratto di assicurazione stipulato tra l'Azienda e la F. s.p.a.

È incontrovertibile che quel contratto copriva il rischio di responsabilità civile, cui l'Azienda fosse rimasta esposta nell'esercizio della propria attività, ovvero lo svolgimento di prestazioni sanitarie. Come già detto, essa escludeva l'indennizzabilità delle richieste postume. È, infine, incontrovertibile che i sanitari dipendenti dell'Azienda causarono danno ad un paziente nel 2003; che il contratto di assicurazione scadeva il 31 dicembre 2003; che il terzo danneggiato rivolse la sua richiesta di risarcimento all'Azienda nel 2005.

Una clausola di questo tipo, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulata da un soggetto esercente la professione sanitaria, ed a copertura dei rischi propri di questa, non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati poc'anzi, nell'esordio del presente paragrafo.

3.4.1. In primo luogo, la clausola claims made che

escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita.

La clausola claims con esclusione delle richieste postume riduce infatti il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. È infatti praticamente impossibile che la vittima d'un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento illico et immediate al responsabile.

Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l'assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio. È vero che tale iato ricorre anche in alcuni tipi assicurativi (ad es., nei trasporti marittimi, nei quali la copertura inizia al momento della caricazione anche se il contratto è stato stipulato prima di tale momento), ma è altresì vero che in quei contratti prima dell'inizio della copertura, o dopo la sua fine, non è possibile l'avveramento del rischio (la merce non può essere perduta dal vettore prima della caricazione o dopo la scaricazione), mentre nell'assicurazione della responsabilità civile sanitaria è ovviamente possibile che l'assicurato causi danni a terzi anche negli ultimi mesi, o giorni, od ore precedenti la scadenza del contratto.

Questo iato temporale, è inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui venne tenuta la condotta colposa fonte di danno.

3.4.2. In secondo luogo, la clausola claims made che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto pone l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra.

La clausola claims made, infatti, fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento.

L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa alcun potere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'art. 1322 c.c., avallare.

La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'art. 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto.

La seconda conseguenza paradossale è che la clausola

claims made con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c.

3.4.3. In terzo luogo, la clausola claims made che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempia spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore (si veda, al riguardo, la fattispecie concreta già decisa da Sez. 3, Sentenza n. 5791 del 13/03/2014). Esito, si diceva, paradossale, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore.

3.5. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere rigettato, previa correzione della motivazione nei termini che precedono, in virtù del seguente principio di diritto:

La clausola c.d. claims made, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c. in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

4. Le spese.

4.1. Le spese del presente grado di giudizio vanno compensate integralmente tra le parti, in considerazione della novità e controvertibilità della questione.

4.2. Il rigetto del ricorso costituisce il presupposto, del quale si dà atto con la presente sentenza, per il pagamento a carico della parte ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 13, comma 1° *quater*, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 (nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17°, L. 24 dicembre 2012, n. 228). (*Omissis*)

CASS. CIV., III sez., 28.4.2017, n. 10509, – TRAVAGLINO *Presidente* – ROSSETTI *Estensore* – DE MASELLIS P.M. (concl. conf.) – O.F. (avv.ti Martella e De Pascuale) – G.D. e F. s.p.a. (avv.ti Lascari e Dinacci) – Cassa con rinvio App. Milano, 17.3.2014

CONTRATTO DI ASSICURAZIONE – ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE – FATTO AVVENUTO IN COSTANZA DI CONTRATTO – CLAUSOLA *CLAIMS MADE* – ASSENZA DI GARANZIA PER LE RICHIESTE DI RISARCIMENTO POSTUME RISPETTO ALLA SCADENZA CONTRATTUALE – NON MERITEVOLEZZA DELLA CLAUSOLA (cod. civ., artt. 1322, 1341, 1917, 1932)

La clausola c.d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2°, cod. civ., in quanto si realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

dal testo:

Il fatto. 1. Nel 2005 Ga. Sh. convenne dinanzi al Tribunale di Milano l'Azienda Ospedaliera (*Omissis*) (che in seguito sarà trasformata in "Azienda Socio Sanitaria Territoriale (*Omissis*)"; d'ora innanzi, per brevità, "l'Azienda").

La parte attrice chiese la condanna dell'Azienda convenuta al risarcimento dei danni patiti in conseguenza di un intervento chirurgico che assumeva imperitamente eseguito.

L'Azienda si costituì e, oltre a chiedere il rigetto della domanda, chiamò in causa il proprio assicuratore della responsabilità civile, la Fondiaria-SAI s.p.a. (che in seguito muterà ragione sociale in *F. s.p.a.* s.p.a.; d'ora innanzi, per brevità, "la *F. s.p.a.*").

La *F. s.p.a.* si costituì e negò di essere tenuta al pagamento dell'indennizzo. Dedusse che il contratto escludeva la garanzia per i fatti illeciti commessi dall'assicurato, anche durante la vigenza del contratto, se la richiesta di risarcimento da parte del terzo fosse pervenuta all'assicurato dopo la scadenza del periodo di assicurazione indicato nella polizza della polizza (c.d. clausola *claims made*).

Soggiunse che, nel caso in esame, il terzo danneggiato aveva avanzato per la prima volta la sua richiesta di indennizzo all'ospedale dopo la scadenza della polizza, e

per effetto della suddetta clausola l'indennizzo non era quindi dovuto.

2. Il Tribunale di Milano, con sentenza 3 luglio 2009 n. 8973, accolse la domanda principale e quella di garanzia.

La sentenza venne appellata, su quest'ultimo punto, dalla *F. s.p.a.*

La Corte d'appello di Milano, con sentenza 17 marzo 2014 n. 1083, accolse il gravame della società assicuratrice, e rigettò la domanda di garanzia. La Corte d'appello ritenne che la clausola, inserita in un contratto di assicurazione, la quali subordini il diritto all'indennizzo alla circostanza che tanto il fatto illecito commesso dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento proveniente dal terzo, avvengano nel periodo di vigenza della polizza, costituisca una normale delimitazione del rischio assicurato, non fosse vessatoria, e non violasse alcuna norma di legge.

3. La sentenza d'appello è stata impugnata per cassazione dalla Azienda, con ricorso fondato su due motivi ed illustrato da memoria. La *F. s.p.a.* non ha depositato controricorso, ma una procura alle liti per partecipare alla discussione orale.

I motivi. 1. Questioni preliminari. (*Omissis*)

2. Il primo motivo di ricorso.

2.1. Col primo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che la sentenza impugnata sarebbe affetta da un vizio di violazione di legge, ai sensi dell'articolo 360 c.p.c., n. 3. È denunciata, in particolare, la violazione degli articoli 1322, 1341 e 1917 c.c.

Deduce, al riguardo, che la Corte d'appello ha ritenuto valida ed efficace la clausola *claims made*, sopra descritta, in quanto "rispondente agli interessi dell'assicurato che ha voluto ed accettato l'intera struttura contrattuale".

Assume che la Corte d'appello, così giudicando, avrebbe violato l'articolo 1341 c.c., perché ha ritenuto valida una clausola che riduceva la responsabilità dell'assicuratore, predisponente unilaterale, senza che quella clausola fosse stata approvata espressamente per iscritto. Saggiunge che la suddetta clausola produceva in ogni caso un significativo squilibrio tra le posizioni delle parti, perché riduceva di fatto il tempo per il quale era stata prestata la copertura assicurativa; era, di conseguenza, atipica rispetto allo schema tipico di cui all'articolo 1917 c.c., ma non diretta a perseguire interessi meritevoli di tutela.

2.2. Il motivo è fondato, con riferimento alla violazione dell'articolo 1322 c.c.

2.3. L'Azienda e la *F. s.p.a.* hanno stipulato un contratto di assicurazione della responsabilità civile.

Tale contratto prevedeva, all'articolo 23, che "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".

Della validità di questo tipo di clausole, comunemente dette *claims made*, si sono occupate le Sezioni Unite di questa corte con la sentenza n. 9140 del 6 maggio 2016.

Con questa decisione le Sezioni Unite hanno stabilito che:

(a) la clausola *claims made*, nella parte in cui consente la copertura di fatti commessi dall'assicurato prima della stipula del contratto, non è nulla, e non rende nullo il contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ai sensi dell'articolo 1895 c.c.;

(b) la clausola *claims made*, nella parte in cui subordina l'indennizzabilità del sinistro alla circostanza che il terzo danneggiato abbia chiesto all'assicurato il risarcimento entro i termini di vigenza del contratto, delimita l'oggetto di questo, e non la responsabilità dell'assicuratore, e di conseguenza non è vessatoria;

(c) la clausola *claims made*, pur non essendo vessatoria, potrebbe tuttavia risultare in singoli casi specifici non diretta a "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico", ai sensi dell'articolo 1322 c.c. Quest'ultima valutazione tuttavia va compiuta in concreto e non in astratto, valutando:

(c1) se la clausola subordini l'indennizzo alla circostanza che sia il danno, sia la richiesta di risarcimento da parte del terzo avvengano nella vigenza del contratto;

(c2) la qualità delle parti;

(c3) la circostanza che la clausola possa esporre l'assicurato a "buchi di garanzia".

Per effetto dell'intervento delle Sezioni Unite, resta dunque definitivamente stabilito che la clausola *claims made* non rende il contratto privo di rischio, e non ne comporta la nullità ex articolo 1895 c.c.; e che la suddetta clausola non è vessatoria ai sensi dell'articolo 1341 c.c.

Resta, invece, da stabilire caso per caso se quella clausola possa dirsi anche "diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela", ai sensi dell'articolo 1322 c.c., in particolare quando, come nel caso di specie, escluda il diritto all'indennizzo per i danni causati dall'assicurato in costanza di contratto, ma dei quali il terzo danneggiato abbia chiesto il pagamento dopo la scadenza del contratto (d'ora innanzi, per brevità, "le richieste postume").

Ritiene questa Corte che la clausola in esame non superi il vaglio di meritevolezza richiesto dall'articolo 1322 c.c. e che pertanto erroneamente la sentenza impugnata l'abbia ritenuta valida ed efficace.

2.4. La clausola *claims made* è un patto atipico, sorto in un ordinamento giuridico il cui diritto assicurativo è stato in passato, e resta ancor oggi, molto distante da quello italiano: per genesi, sviluppo e contenuto. In quanto patto atipico, alle parti è consentito adottarla solo se intesa a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento giuridico.

La "meritevolezza" di cui all'articolo 1322 c.c., comma 2, non si esaurisce nella liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio (non un requisito del contratto, come erroneamente sostenuto da parte della dottrina), e deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso perseguito.

Tale risultato dovrà dirsi immeritevole quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, p. 603, 2 cpv.). Principio che, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato nell'articolo 2, secondo periodo, Cost.; articolo 4, comma 2°, Cost. e articolo 41, comma 2° Cost.

Affinché dunque un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'articolo 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'articolo 1418 c.c.

L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII ad edictum, ovvero non *omnequod licet, honestum est* (Dig., 50, 17, 144).

2.5. Questa Corte, pur evitando definizioni generali della nozione di "immeritevolezza", in passato ha più volte implicitamente affermato i principi appena esposti.

È stata ritenuta "immeritevole" la clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'articolo 41 comma 2° Cost. (Sez. U, Sentenza n. 4222 del 17/02/2017).

Immeritevole è stato ritenuto il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti, ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto "(*Omissis*)", che prevedeva l'acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento: *ex aliis*, in tal senso, Sez. 1, Sentenza n. 22950 del 10/11/2015; per una vicenda analoga ed una analoga statuizione, relativa al contratto finanziario denominato "4You", si veda altresì Sez. 6-3, Ordinanza n. 19559 del 30/09/2015).

Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in

quanto contrastante con la “effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato” (Sez. 3, Sentenza n. 3080 del 08/02/2013).

Immeritevole, ancora, è stata ritenuta la clausola, inserita in un mutuo di scopo per l’acquisto d’un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate persino nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore (Sez. 3, Sentenza n. 12454 del 19/07/2012).

Immeritevole, poi, è stata ritenuta la clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà (Sez. 3, Sentenza n. 14343 del 19/06/2009).

Immeritevole, altresì, è stato ritenuto il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l’attivo del primo con il passivo del secondo (Sez. 1, Sentenza n. 1898 del 19/02/2000).

Immeritevole, ancora, è stato ritenuto il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi (Sez. 1, Sentenza n. 9975 del 20/09/1995).

Né può tacersi, infine, un richiamo alla importante decisione pronunciata dalle Sezioni Unite di questa Corte in tema di esercizio officioso, da parte del giudice, del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva (Sez. U., Sentenza n. 18128 del 13/09/2005). Nella motivazione di tale sentenza, infatti, in piena sintonia col p. 603 della Relazione al Codice civile sopra ricordato, si ribadisce che l’autonomia negoziale delle parti non è sconfinata, ma è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l’ordinamento cessa di apprestarle tutela.

2.6. Riducendo a “sistema” le motivazioni dei precedenti appena ricordati, se ne ricava che sono stati ritenuti immeritevoli, ai sensi dell’articolo 1322, comma 2, c.c. contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

(a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra (sentenze 22950/15, cit.; 19559/15, cit.);

(b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra (sentenze 4222/17; 3080/13; 12454/09; 1898/00; 9975/95, citt.);

(c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sentenza 14343/09, cit.).

È alla luce di questi criteri che va valutata, nel caso di specie, la meritevolezza della clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione stipulato tra l’Azienda e la *F. s.p.a.*

È incontrovertibile che quel contratto copriva il rischio di responsabilità civile, cui l’Azienda fosse rimasta esposta nell’esercizio della propria attività, ovvero lo svolgimento di prestazioni sanitarie.

Come già detto, essa escludeva l’indennizzabilità delle richieste postume. È, infine, incontrovertibile che i sanitari dipendenti dell’Azienda causarono danno ad un paziente nel 2003; che il contratto di assicurazione scade il 31 dicembre 2003; che il terzo danneggiato rivolse la sua richiesta di risarcimento all’Azienda nel 2005.

Una clausola di questo tipo, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulata da un soggetto esercente la professione sanitaria, ed a copertura dei rischi propri di questa, non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti enucleati poc’anzi, nell’esordio del presente paragrafo.

2.6.1. In primo luogo, la clausola *claims made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto attribuisce all’assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita.

La clausola *claims* con esclusione delle richieste postume riduce infatti il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall’assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. È infatti praticamente impossibile che la vittima d’un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento illico ed immediato al responsabile.

Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l’assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio. È vero che tale iato ricorre anche in alcuni tipi assicurativi (ad es., nei trasporti marittimi, nei quali la copertura inizia al momento della caricazione anche se il contratto è stato stipulato prima di tale momento), ma è altresì vero che in quei contratti prima dell’inizio della copertura, o dopo la sua fine, non è possibile l’avveramento del rischio (la merce non può essere perduta dal vettore, per “fortuna di mare”, prima della caricazione o dopo la scaricazione), mentre nell’assicurazione della responsabilità civile sanitaria è ovviamente possibile che l’assicurato causi danni a terzi anche negli ultimi mesi, o giorni, od ore precedenti la scadenza del contratto.

Questo iato temporale è inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui venne tenuta la condotta colposa fonte di danno.

2.6.2. In secondo luogo, la clausola *claims made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto pone l’assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra.

La clausola *claims made*, infatti, fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento.

L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa alcun potere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'articolo 1322 c.c., avallare.

La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'articolo 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto.

La seconda conseguenza paradossale è che la clausola *claims made* con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'articolo 1915 c.c.

2.6.3. In terzo luogo, la clausola *claims made* che escluda le richieste postume appare immeritevole di tutela, in quanto può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempie spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la

condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore (si veda, al riguardo, la fattispecie concreta già decisa da Sez. 3, Sentenza n. 5791 del 13/03/2014). Esito, si diceva, paradossale, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore.

2.7. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto, e la sentenza cassata con rinvio, in virtù del seguente principio di diritto: La clausola c.d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'articolo 1322, comma 2, c.c. in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione.

3. Il secondo motivo di ricorso.

3.1. Col secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata sarebbe affetta dal vizio di omesso esame d'un fatto decisivo e controverso, ai sensi dell'articolo 360, n. 5, c.p.c. (nel testo modificato dall'art. 54 Decreto Legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134). Deduce, al riguardo, che la Corte d'appello avrebbe omesso di considerare che la clausola *claims made* non era stata affatto chiesta né voluta dall'Azienda; che la sua inserzione nel contratto era avvenuta in modo sostanzialmente surrettizio, e che comunque l'assicurata non aveva ricevuto alcuna adeguata informazione sul contenuto del contratto e sugli effetti della clausola.

3.2. Il motivo resta assorbito dall'accoglimento del primo motivo di ricorso.

4. Le spese.

4.1. Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio. (*Omissis*)