



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXIX ciclo

Tesi di Dottorato

**RESPONSABILITA' CIVILE E
GESTIONE DEL RISCHIO ASSICURATIVO**

Relatore:
Prof. Filippo Sartori

Dottorando:
dott. Massimo Mazzola

Anno accademico 2015/2016



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidato: dott. Massimo Mazzola

RESPONSABILITA' CIVILE E GESTIONE DEL RISCHIO ASSICURATIVO

Relatore: Prof. Filippo Sartori

Anno Accademico 2015/2016

Indirizzo specialistico in Diritto privato, privato comparato e commerciale

XXIX ciclo

Esame finale: 07/04/2017

Commissione esaminatrice:

Prof. Albina Candian

Prof. Paoloefisio Corrias

Prof. Gioacchino La Rocca

*A mia madre,
con immenso affetto, per tutto.*

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	3

CAPITOLO PRIMO

L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: LINEAMENTI STORICI, FUNZIONALI E SISTEMATICI DELL'ISTITUTO

1.1. <i>Genesi dell'intreccio funzionale tra responsabilità civile e assicurazione</i>	5
1.2. <i>Sviluppi dell'intreccio e riflessi sulla morfologia del contratto</i>	13
1.3. <i>Assicurazione, distribuzione e funzioni della responsabilità civile</i>	21
1.4. <i>Il rischio e la natura aleatoria del contratto di assicurazione</i>	30
1.4.1. <i>(Segue) Rischio assicurabile e accidentalità del danno</i>	35
1.4.2. <i>(Segue) Le delimitazioni pattizie del rischio: il cd. «rischio assicurato»</i>	41
1.5. <i>L'assicurazione di fronte ai «nuovi rischi»</i>	44

CAPITOLO SECONDO

LA DELIMITAZIONE TEMPORALE DEL RISCHIO. GENESI E SVILUPPI DEL MODELLO *ON CLAIMS MADE BASIS*

2.1. <i>La nozione di sinistro e il modello ordinario di gestione del rischio</i>	51
2.1.1. <i>(Segue) La gestione del rischio on loss occurrence basis nella common law: gli orientamenti delle Corti nordamericane</i>	55
2.1.2. <i>(Segue) Gli orientamenti delle Corti inglesi</i>	61
2.2. <i>Genesi del modello on claims made basis e ragioni del suo sviluppo</i>	65
2.3. <i>Profili applicativi delle polizze claims made nel sistema nordamericano</i>	74

2.3.1. (Segue) <i>Le estensioni convenzionali del periodo di copertura: Prior Act Coverage, Extended Reporting (Tail) Period e Deeming Clauses</i>	78
2.4. <i>Profili applicativi delle polizze claims made nel sistema inglese</i>	83
2.5 <i>La diffusione del modello claims made nell'ordinamento italiano: prime note</i> ...	86

CAPITOLO TERZO

LA CIRCOLAZIONE DEL MODELLO *ON CLAIMS MADE BASIS* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: PROFILI RICOSTRUTTIVI

3.1. <i>Ragioni della «circolazione del modello» claims made: rilievi sistematici</i>	90
3.2. <i>L'(in)validità della clausola claims made nel prisma dell'art. 1895 c.c</i>	93
3.2.1 (Segue) <i>Ulteriori profili di nullità</i>	97
3.3. <i>L'asserita vessatorietà della clausola claims made</i>	100
3.4. <i>Il sindacato sulla meritevolezza della clausola. Critica</i>	106
3.5. <i>L'introduzione ex lege del modello claims made</i>	115
3.6. <i>Sintesi dei risultati e conclusioni</i>	120
 BIBLIOGRAFIA.....	 123

ABSTRACT

Il lavoro analizza le modalità di delimitazione temporale del rischio elaborate a fronte dell'emersione post-industriale di sempre più numerose fattispecie di danno segnate da un notevole scarto temporale tra la produzione e la manifestazione del pregiudizio nella sfera giuridica del danneggiato, in aperto contrasto con la necessità, sottesa alla tecnica assicurativa, di poter calcolare il premio con precisione, avuto riguardo alla frequenza e magnitudo della sinistrosità in copertura.

Il tentativo è di individuare le origini, la struttura e i profili funzionali della tecnica di gestione del rischio che il mercato assicurativo ha elaborato al fine di superare tali circoscrizioni, ovvero le polizze *on claims made basis*.

Esse rappresentano, infatti, sul piano della prassi, l'unica opzione contrattuale disponibile per la clientela che intende garantire copertura alla responsabilità civile derivante da attività potenzialmente foriere di provocare sinistri a carattere *lungolatente* (segnatamente, responsabilità da *malpractice* professionale, da prodotto difettoso, da inquinamento ambientale).

La metodologia impiegata è di carattere comparativo.

Per tale via, l'indagine - previa ricognizione dei reciproci nessi tra responsabilità civile e assicurazione, di cui, in ultima analisi, il tema in oggetto rappresenta la più recente epifania - spiega le ragioni di circolazione del modello elaborato negli ordinamenti di *common law* e affronta, in chiave critica, gli ostacoli di ordine concettuale che ne hanno impedito un pieno riconoscimento nel nostro ordinamento giuridico.

In questa prospettiva, viene criticamente vagliata la pronuncia delle Corti di Cassazione a sezioni unite del 6 maggio scorso, nonché il recente provvedimento del Governo che ha introdotto una disciplina regolamentare per le polizze professionali contro la responsabilità civile degli avvocati (D.M. 22 settembre 2016), onde saggiare gli effetti che - nel breve medio-periodo - ne potranno verosimilmente scaturire.

CAPITOLO PRIMO

L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: LINEAMENTI STORICI, FUNZIONALI E SISTEMATICI DELL'ISTITUTO

1.1. Genesi dell'intreccio funzionale tra responsabilità civile e assicurazione - 1.2. Sviluppi dell'intreccio e riflessi sulla morfologia del contratto - 1.3. Assicurazione, distribuzione e funzioni della responsabilità civile - 1.4. Il rischio e la natura aleatoria del contratto di assicurazione - 1.4.1. (*Segue*) Rischio assicurabile e accidentalità del danno - 1.4.2. (*Segue*) Le delimitazioni pattizie del rischio: il cd. «rischio assicurato» - 1.5. L'assicurazione di fronte ai «nuovi rischi».

1.1. *Genesi dell'intreccio funzionale tra responsabilità civile e assicurazione*

Che assicurazione e responsabilità civile debbano essere oggetto di uno studio che, in guisa sinottica, ne sappia cogliere le differenze sotto il profilo strutturale, ma anche l'intima connessione sotto il profilo dell'evoluzione funzionale, è insegnamento largamente ricevuto tanto presso la letteratura interna, quanto, soprattutto, presso quella di matrice anglo-americana¹.

A questo riguardo, il presente studio non si pone finalità di carattere storiografico e

¹ Se è vero che, sul piano funzionale, «the effects of liability rules and of insurance are mutually dependent», come rilevato da S. SHAVELL, *On liability and Insurance*, (1982) 13 Bell. J. of Economics 120, e, su quello della prassi operativa, «There is no doubt that insurance profoundly influences the practical operation of the law of tort», per dirla con le parole R. LEWIS, *Insurance and the tort system*, (2005) 25 Legal Stud. 86. Iastica l'immagine fornita sul punto da A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, pp. 2-3, secondo il quale è fondata l'impressione per cui la tematica assicurativa sia come un' «ombra» che accompagna invariabilmente tutte le analisi dei problemi afferenti la responsabilità civile: sarebbe infatti impossibile discorrersi delle funzioni della responsabilità civile senza tenere in debito conto l'importanza assunta dall'assicurazione a copertura dei rischi che dalla prima scaturiscono. Del medesimo avviso E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in M. COMPORTI, G. SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 97 ss.

dunque, senza indulgere oltre, sia consentita solo una sintetica digressione intorno agli sviluppi del «reiterato scambio di vicendevoli interferenze»², rispetto al quale i due istituti in oggetto, a cavaliere tra il XIX e XX secolo, si sono resi protagonisti.

Devesi evidenziare, anzitutto, che, in una temperie culturale di chiara matrice liberale, quale quella ottocentesca, ove un ruolo invero determinante era affidato alla signoria della volontà individuale³, l'unica configurazione strutturale dell'illecito che, in linea tendenziale, poteva essere immaginata, era quella di una condotta connotata, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, dalla sussistenza del dolo o, quantomeno, della colpa⁴.

Ne discendeva, quale logico corollario, un'idea riduzionista della responsabilità civile, quale risposta di carattere meramente sanzionatorio nei confronti del danneggiante⁵.

² Così, A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998, p. 273; analogamente, G. FANELLI, *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 589, evidenziava la «loro vicendevole influenza che da tempo si è manifestata e che sempre si rivela decisiva per l'evoluzione giuridica dell'uno o dell'altro settore».

³ Prospettiva ideologica che, sul piano dell'elaborazione dogmatica, aveva trovato la sua epifania più rappresentativa nella categoria del negozio giuridico, istituto inscindibilmente astretto a due principi cardini del diritto privato moderno, ovverosia il modello del soggetto unico e astratto e il principio di uguaglianza formale dei soggetti: cfr. V. SCALISI, *La teoria del negozio giuridico a cent'anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 539. La tendenza era, quindi, giocoforza, quella di una scarsa propensione a comprendere rapporti obbligatori scaturenti da obbligazioni *ex lege*, piuttosto che obbligazioni aventi la loro fonte nella volontà contrattuale o in illeciti dolosi o colposi: cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, p. 42 ss.

⁴ Sul punto, v. M. FRANZONI *Dei fatti illeciti (2043-2059)*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Comm. Cod. civ.*, Bologna-Roma, 1993, p. 39 ss., il quale evidenzia che, come solo la volontà, produttiva di un negozio giuridico, era idonea a consentire la circolazione della proprietà, così solo la colpa, come risvolto negativo della volontà, poteva costituire il criterio di selezione degli interessi meritevoli di tutela. Cfr., tra gli altri, C. WOODWARD, *Reality and Social Reform: Transition from Laissez Faire to Welfare State*, (1982) 72 Yale LJ 286, 294: «The laissez-faire doctrine was the product of a particular point of view: one which treated men as the center (and measure) of the universe. Under it, all of what we term "social" problems were conceived to be "moral" ones which reflected, one way or another, the conduct or character of men».

⁵ Come osservato da P.G. MONATERI, voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 2: «La teoria tradizionale poneva l'accento sul carattere biasimevole dell'illecito ed esaltava quindi maggiormente gli aspetti sanzionatori dello stesso. L'illecito era un giudizio di rimprovero che l'ordinamento muoveva alla condotta del convenuto, dunque l'illecito doveva fondarsi essenzialmente sulla colpa». F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 80, pone l'accento sulla complementare funzione deterrente assolta tradizionalmente dalla responsabilità: «La funzione tradizionalmente riconosciuta alla responsabilità civile si ritrova riassunta nella ricordata formula di Grozio: «ut nemo laedatur», perché nessuno subisca la lesione dei propri diritti. Alla responsabilità si attribuiva una funzione dissuasiva: era concepita come la sanzione comminata per chi, trasgredendo al precetto del *neminem laedere*, avesse arrecato pregiudizio al diritto altrui».

Siffatta concezione della colpa, di stampo marcatamente soggettivo, postulata da una concezione dell'uomo quale soggetto in grado di esercitare il proprio dominio sugli eventi⁶, non fu - com'è agevole intuirsi - certo d'ausilio all'affermarsi di un negozio, quale quello assicurativo, diretto all'assolvimento dell'obbligo risarcitorio posto a carico di colui che si fosse reso responsabile di un illecito perpetrato in spregio alle ordinarie regole di diligenza⁷.

Eccettuata l'embrionale disciplina di cui all'art. 445 del codice del commercio del 1882, prevista per l'assicurazione del rischio locativo (a copertura delle somme che il conduttore si sarebbe trovato eventualmente a pagare al proprietario del bene locato in caso di distruzione o deterioramento dello stesso) e per l'assicurazione contro il ricorso dei vicini (per i danni provocati ai proprietari degli immobili attigui dall'incendio divampato dall'immobile in conduzione)⁸, non deve dunque sorprendere l'iniziale ritrosia del legislatore dell'epoca nell'imporre una compiuta disciplina del contratto di assicurazione per la responsabilità civile⁹.

⁶ La responsabilità civile, al tempo, non sarebbe stata, a rigore, un *medium* allocativo del danno, bensì istituto ispirato in prima battuta al principio di auto-responsabilità, in ragione del quale ciascuno consociato è chiamato a rispondere delle proprie azioni dannose: v. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, p. 66 e F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, pp. 68-69: la colpa, quale elemento sintomatico della possibilità di prevedere ed evitare le conseguenze dannose, ha indotto a costruire in chiave sanzionatoria l'obbligo di riparare le conseguenze dannose ex art. 2043 c.c.

⁷ Cfr., tra gli altri, M. PICARD, A. BESSON, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, 3, Paris, 1943, p. 288; N. GASPERONI, voce *Assicurazioni contro la responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958, p. 1209 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, pp. 323 ss.

⁸ Cfr. V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1966, p. 355.

⁹ E' interessante evidenziarsi che, analogamente, le medesime tensioni avverso la compatibilità di un sistema di responsabilità civile ispirato da logiche punitivo-deterrenti, con il meccanismo assicurativo, era avvertita anche oltre Manica. In Inghilterra, infatti, fatta eccezione per le assicurazioni marittime, fino al 1880, l'assicurazione per la responsabilità civile non aveva trovato spazio. Come ben evidenziato da M. DAVIES, *The end of the affair: duty of care and liability insurance*, (1989) 9 Legal. Stud. 67, 69 «The policy objection was simple. liability in negligence provided an incentive for potential defendants to take responsible care, an incentive that would disappear if those defendants could shift that liability to their insurance». La medesima *ratio* era stata condivisa dall'orientamento consolidato della giurisprudenza americana: non lasciano spazio a dubbi le parole pronunciate da uno dei 2 giudici dissenzienti (su 5) nella nota sentenza della Suprema Corte dello Stato del Missouri, *Breeden v. Frankford Marine Plate Accident & Glass Insurance Company*, 220 Mo. 327, 119 S.W. 576 (1909), a partire dalla quale, però, si era definitivamente legittimata la possibilità di coprire i rischi a copertura della *liability insurance*: «Should a court of justice uphold such a policy of insurance and assist the self-confessed wrongdoer, who has wrongfully killed or injured his fellow man, to collect the policy, and thereby enable him to escape the penalties incident to his own wrong? I think not...» (587).

Gli equilibri dell'assetto delineato, pur tuttavia, non tardarono ad essere stravolti dall'avvento delle «magnifiche sorti e progressive» della Rivoluzione industriale, la quale, con l'esponenziale aumento della capacità produttiva e, con essa, l'inevitabile moltiplicarsi delle occasioni di danno, determinò la necessità di una rinnovata lettura delle funzioni cui avrebbe dovuto assolvere lo strumento della responsabilità civile¹⁰. Se è vero, infatti, che, nel primo periodo di evoluzione dell'economia in senso capitalista, il principio della responsabilità per colpa svolse egregiamente il suo compito nella direzione di uno sviluppo razionale del sistema imprenditoriale, permettendo di espungere dal mercato imprese «gravate da coefficienti di *negligence* tali da imporre un carico di responsabilità non tollerabile e - per altro verso - i connessi fenomeni di riduzione dei costi delle imprese capaci di contenere o dissimulare le loro potenzialità di danno»¹¹, pur tuttavia è altresì patente che essa segnava le smagliature del tempo nel governo dell'imputazione di danni, per la gran parte, «anonimi»¹². Gli è che l'imposizione dell'onere risarcitorio a carico di un determinato (ed esclusivo) soggetto era ragionevolmente accettabile rispetto a contesti produttivi all'interno dei quali fosse possibile, nella gran parte dei casi, esigersi una condotta parametrata agli *standards* di comportamento correnti; una volta che, però, la scena cominciò ad essere dominata da stabilimenti industriali ove assoluto protagonista era l'interazione uomo-macchina, divenne affatto arduo enucleare criteri di diligenza eventualmente esigibili e, in maggior misura, identificare colui al quale, nella complessa catena aziendale, fosse possibile ricollegare il danno prodotto¹³.

¹⁰ E ciò, a conferma delle qualità vessillifere della responsabilità civile: essa, è stato efficacemente notato, vive «in grazia della sua perfetta specularità dell'intero ordinamento giuridico e delle forze storiche che dall'esterno premono su quello», osserva P. GROSSI, *Trent'anni di pagine introduttive: quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, 2009, p. 150.

¹¹ Testualmente, M. BESSONE, *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 255 ss.

¹² Secondo la felice espressione coniata da L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897, p.7, ripresa da S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 174. Vasta la letteratura sulla parabola evolutiva della responsabilità civile sempre più caratterizzata da logiche solidaristiche, piuttosto che deterrenti e/o punitive: tra gli altri, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La responsabilità civile. Strutture e funzioni*, Torino, 2004, p. 108 ss.

¹³ Come osservato da C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1192, «I termini del problema mutano con il grande incremento delle occasioni di danno derivante dal processo di industrializzazione e dallo sviluppo dei trasporti. Gli interessi tipicamente sottostanti alle fattispecie dannose non sono più omogenei; al contrario, la disciplina aquiliana è chiamata a mediare il conflitto tra libertà di svolgimento delle attività produttive e sicurezza individuale». Va ricordato, tuttavia, che nel suo fondamentale contributo, G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, propose una lettura della

Nel contempo, non era più accettabile l'idea che i danni verificatisi, pur nell'assenza di colpa del danneggiante (anche eventualmente) individuato, dovessero ricadere nella sfera giuridica della vittima piuttosto che dell'autore¹⁴.

Si fece strada, dunque, un nuovo paradigma ideologico, quello della *solidarietà*, che soppiantando quello liberale della *responsabilità*, superò l'idea che la ripartizione «naturale» dei beni e dei mali fosse sempre e comunque giusta, se è vero che - come dimostrato dalla scoperta di Pasteur sul microbo e il contagio - il bene e il male, a prescindere dalla volontà di un soggetto, circolavano inconsciamente già a livello di microrganismi: come efficacemente rilevato da François Ewald, «vivere in una società significa(va) trovarsi esposto a un male sociale»¹⁵.

Le criticità rilevate, mettendo in crisi la ragionevolezza del *fault system*, spalancarono, dunque, le porte a un nuovo e complementare metodo di imputazione dei danni, vale a dire la cd. «responsabilità oggettiva» o «per rischio»¹⁶.

E' questo il terreno da cui germina la cultura del rischio¹⁷, e il nuovo carattere paradigmatico del meccanismo assicurativo¹⁸, quale chiave di volta nella gestione delle nuove dinamiche sviluppatesi nei diversi settori della società industriale.

responsabilità in termini oggettivi, senza per questo pretermetterne l'afflato punitivo. L'imprescindibile necessità sociale di sanzionare il torto, infatti, non potrebbe essere assoggettata alle contingenti condizioni soggettive dell'agente (p. 42 ss.): la rimozione del torto, infatti, rinviene la sua ragion d'essere nell'esistenza del diritto offeso, considerato che «non si può far dipendere da un elemento estraneo alla vita di un diritto il suo libero esercizio e l'applicabilità della sua sanzione» (p. 302).

¹⁴ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991, p. 118: «Guardando al diritto leso, si tende implicitamente ad attenuare l'assolutezza della visione fondata sul diritto dell'agente e a porre a riparo alle ingiustizie cagionate da una applicazione assolutistica del principio di liceità dei danni cagionati nell'esercizio del diritto».

¹⁵ F. EWALD, *La società «assurentielle»*, in *Dir. econ. ass.*, 1992, p. 823.

¹⁶ In merito alle ricadute sulle regole di responsabilità indotte dai profondi mutamenti economici e sociali propri della Rivoluzione industriale cfr., tra gli altri, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 277 ss.; S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura funzioni e «valori» (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.; G. SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 423 ss.

¹⁷ Felice espressione coniata da A. GIDDENS, *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford, 1991, p. 244, a rappresentare un fenomeno che si pone quale «fundamental cultural aspect of modernity, in which awareness of risk forms a medium of colonising the future»; v., altresì, F. EWALD, *L'état providence*, Paris, 1986, pp. 19-20. «Le risque est le mode moderne du rapport à autrui». Essenziale, poi, la lettura evolutiva del fenomeno offerta da U. BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, ed. it. a cura di W. PRIVITERA, Roma, 2000.

¹⁸ Cfr. F. EWALD, *ult. cit.*, p. 10: «la société n'étant qu'une vaste assurance contre le risques que provoque son propre développement, c'est en s'organisant comme une assurance qu'elle rejoindrait sa propre vérité»: nasce la «société assurantielle».

Il raffronto comparativo offre, in tale frangente, un interessante dato sul quale è opportuno riflettere, vale a dire la sostanziale coincidenza sotto il profilo temporale e degli ambiti di tutela, entro il quale l'assicurazione della responsabilità civile verso terzi (*third party insurance*) si è originariamente sviluppata, ovverosia i trasporti (a cavallo e ferroviari), e gli infortuni sul lavoro.

Il primato europeo spetta alla compagnia assicurativa francese *Automedon*, costituita nel 1825, avente a oggetto sociale la copertura dei rischi connessi alla circolazione delle carrozze a cavalli¹⁹.

Il mercato assicurativo italiano conosce le prime assicurazioni per la responsabilità civile sul finire del XIX secolo: la prima polizza sarebbe stata stipulata da una società tramviaria torinese, nel 1896, contro il rischio di dover risarcire i terzi in seguito alla circolazione dei propri veicoli²⁰.

In Inghilterra, tra il 1845 e il 1850, si costituirono ben tredici Compagnie dedite alla copertura dei rischi per gli incidenti su rotaia: la società di maggior successo, la *Railway Passengers Assurance Company*, dal 1849 iniziò a vendere le proprie polizze di assicurazione diretta contro i danni, sotto forma di *tickets* offerte ai viaggiatori direttamente nelle stazioni ferroviarie²¹.

Quest'ultima declinò, tuttavia, le pressanti pressioni delle *railways companies* ad ottenere un'assicurazione per la responsabilità civile per i danni eventuali occorsi ai terzi trasportati, posto che tale tipologia di polizza sarebbe andata senza dubbio incontro ad obiezioni di ordine pubblico²².

E' certo comunque che, nel 1875, iniziò ad operare la prima compagnia dedita alla copertura dei rischi per la responsabilità civile derivante da incidenti da circolazione, la *London and Provincial Carriage Insurance Co. Ltd.*²³.

¹⁹ A. DONATI, *loc. cit.*; N. GASPERONI, *cit.*, p. 1210.

²⁰ Cfr. C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, 1946, p. 46 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, p. 323 ss.; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, I, Milano, 2012, p. 4 ss.

²¹ M. DAVIES, *cit.*, 67. Cfr., anche, B. SUPPLE, *The Royal Exchange Assurance: A History of British Insurance (1720-1970)*, 1970, pp. 226-227.

²² Cfr. W.A. DINSDALE, *History of Accident Insurance in Great Britain*, London, 1954, p. 177

²³ Sul punto, cfr. C. PARSONS, *From accident to liability: the origins of liability insurance*, (2002) 17 *Journal of Insurance Research and Practice* 23; per la dottrina italiana, v. A. DONATI, *cit.*, p. 326.

Di lì a poco, poi, l'affermazione dell'assicurazione per la responsabilità civile si impose con la copertura dei rischi provocati dagli incidenti sui luoghi di lavoro²⁴.

In Italia, il vortiginoso aumento degli eventi dannosi provocati in tale ambito, a causa dello sviluppo del comparto industriale e nel contempo dell'attività edilizia, trovò risposta con l'introduzione di un sistema di assicurazione sociale obbligatoria (l. 17 marzo 1898, n. 80)²⁵, imposta all'esercente dell'impresa, a garanzia di tutti i casi di morte o lesioni personali provenienti da infortunio, avvenuti per «causa violenta», in occasione del lavoro, e le cui conseguenze avessero avuto una durata maggiore di cinque giorni (art. 7).

Fu l'affermarsi di «un principio di regolazione sociale totalmente nuovo»²⁶, quello del rischio professionale²⁷, che rese possibile il passaggio ad un sistema previdenziale obbligatorio, che caratterizzò altresì diverse esperienze europee.

Oltra l'oceano, il 9 aprile 1898 fu approvata la *Loi sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*²⁸ che, oltre ad aver costituito uno speciale fondo di garanzia, presso la *Caisse nationale des retraites pour la vieillesse*, diretta a coprire la quota stimata di imprenditori insolventi (1%), di fatto impose al datore, pur in assenza di obbligo espresso, il ricorso ad un istituto assicurativo, onde garantirsi contro i danni subiti dai lavoratori durante l'espletamento delle proprie mansioni²⁹.

²⁴ Cfr. C. PARSONS, *Liability rules, compensation systems and safety at work in Europe*, (2002) 27 *Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice* 358.

²⁵ Intervento normativo che avrebbe costituito la travatura del t.u. 31 gennaio 1904, n. 51, fino alla revisione organica ad opera del legislatore fascista, con il R.d.l. 23.3.1933, n. 264, convertito nella l. 29.6.1933, n. 860; R.d. 17.9.1935, n. 1765, recante il nuovo testo unico: cfr. V. FERRARIS, *Gli infortuni sul lavoro e la legge. Relazione al Consiglio della previdenza - Sessione del 1897*, Roma, 1897. Si badi che, in realtà, già con le disposizioni di cui alla l. 8.7.1883, n. 1473, istitutiva della *Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro*, si era previsto una forma di garanzia previdenziale, di carattere però facoltativo, a copertura dei rischi derivanti da infortuni sul lavoro.

²⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *www.treccani.it*, 2014.

²⁷ La complessificazione dei processi industriali e la sempre più stretta interazione uomo-macchina, d'altronde, non avrebbero potuto determinare che «le colpe che gli individui possono commettere non sono più catalogabili nei termini di causa, ma devono essere visti come semplici fattori di rischio»; si deve «guardare agli infortuni sul lavoro come un rischio anonimo, che riguarda non i singoli operatori dell'impresa, ma quest'ultima nel suo complesso», come osserva I. VANNI, *Lo Stato sociale nella Francia della Terza Repubblica: il ruolo dell'idea di solidarietà nell'affermazione dei diritti sociali*, in C. DE BONI (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo: l'Ottocento*, Firenze, 2007, p. 221.

²⁸ Per un'analisi della stessa, cfr. P.J. HESSE, *Le nouveau tarifs de corps laborieux: la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, in J.P. LE CROM (a cura di), *Deux siècles de droit du travail: l'histoire par les lois*, Paris, 1998, p. 89 ss.

²⁹ Cfr., ancora, I. VANNI, *cit.*, p. 218. Ad aprire le porte all'assicurabilità della responsabilità civile fu già una nota sentenza del 1 luglio 1845, emessa dalla Corte di Appello di Parigi, che fece proprio

In Inghilterra, di là dello specifico mercato delle assicurazioni marittime³⁰, fu determinante, per lo sviluppo della *liability insurance*, l'entrata in vigore dell'*Employers' Liability Act*, approvato dal Parlamento inglese il 7 settembre 1880, che, superando così i limiti frapposti dalla *doctrine of common employment*³¹, prevalente a quel tempo presso le Corti di giustizia, stabili - seppur con varie e incisive eccezioni³² - la responsabilità civile dell'imprenditore, per i danni occorsi al dipendente sul luogo di lavoro.

Senza incontrare ancora resistenze legate a considerazione di ordine pubblico, il mercato assicurativo poté svilupparsi rigoglioso in tale segmento: il 12 maggio 1881, la *Employers' Liability Assurance Corporation*, costituitasi durante il processo di promulgazione della legge, e divenuta in breve tempo *leader* del mercato, stipulò con la *Withnell Fire Clay Works of Chorley* (Lancashire) la sua prima polizza³³.

La prima garanzia contro la responsabilità civile, a copertura dei danni subiti sul luogo di lavoro, comparve altresì sul mercato americano proprio nel 1886, fornita dalla medesima compagnia, che nel frattempo aveva stabilito una sede operativa a Boston³⁴.

l'orientamento espresso nel parere ad essa fornito dal Pardessus sulla questione (M. PARDESSUS, *Assurance contre les accidents des voitures*, Paris, 1860, p. 16): il contratto di assicurazione per la responsabilità civile non troverebbe ostacoli di ordine pubblico, considerando che tale negozio garantirebbe più la vittima che l'assicurato autore del danno, il quale non avrebbe alcun interesse a recare pregiudizi a terzi.

³⁰ Cfr. R. MERKIN, J. STEELE, *Insurance and the law of obligations*, Oxford, 2013, p. 64: «It's certainly the case that in England, liability policies did not emerge outside the marine context until the second half of the nineteenth century». Rileva M. DAVIES, *cit.*, p. 70, che, giusta la rilevanza economica rivestita dai trasporti marittimi all'epoca, in forza della disciplina imposta dal *Responsibility of Shipowners Act* del 1934, gli esercenti tali attività vedevano limitata la propria responsabilità in un limitato ammontare fissato per legge, a copertura del quale essi potevano stipulare una polizza assicurativa.

³¹ Dottrina che fu introdotta da *Lord Abinger*, nel celebre caso *Priestley v. Fowler* (1837) 3 M&W 1, in base alla quale sarebbe stata da escludersi la *vicarious liability* dell'imprenditore, posto che tutti i capi operai, inclusi i direttori dell'officina, erano considerati alla stregua di «compagni di lavoro» (*fellow workmen*) dell'operaio, il quale, stipulando il proprio contratto di lavoro, implicitamente avrebbe acconsentito ad accollarsi i rischi derivanti da condotte negligenti poste in essere dai relativi colleghi. Venne definitivamente abolita solo nel 1946, con l'adozione da parte del Parlamento del *Law Reform (Personal Injury) Act*.

³² Erano esclusi dalla platea dei destinatari della nuova legge gli addetti al settore impiegatizio, i dipendenti di società di trasporti e del settore terziario. L'indennizzo era limitato ad una somma stimata in base ai guadagni ottenuti dal lavoratore nei tre anni precedenti l'incidente. Cfr. R. MERKIN, J. STEELE, *cit.*, p. 284.

³³ Cfr. H. P. ROBINSON, *The Employers' Liability Assurance Corporation Ltd 1880-1930*, London, 1930, p. 20.

³⁴ Cfr. K.S. ABRAHAM, *Rise and Fall of Commercial Liability Insurance*, (2001) 87 Va. L. Rev. 85, 87. Il dato è confermato, altresì, da C.A. WILLIAMS Jr., *Cover image for Insurance arrangements under workmen's compensation*, Washington, 1924, pp. 3-4; S. S. PANDYA, *The first Liability Insurance Cartel in America: 1896- 1906*, (2011) 29 Law & Hist. Rev. 375.

L'espansione del mercato assicurativo, dipoi, dal ristretto ambito dell'infortunistica sui luoghi di lavoro, gradualmente si espanse alla «socializzazione» dei nuovi rischi d'impresa, finendo per convertirsi da «sporadica operazione aleatoria in industria produttiva di sicurezza economica»³⁵.

L'incessante sviluppo dell'attività delle imprese assicurative provocò una vera e propria metamorfosi dell'assicurazione contro la responsabilità civile: divenne «molto di più di un mezzo per la copertura individuale contro il rischio di una perdita futura: un vero *dovere sociale*, che può essere legalmente perseguito»³⁶.

1.2. *Sviluppi dell'intreccio e riflessi sulla morfologia del contratto*

Se da un lato - come si è visto - l'esigenza di garantire un ristoro alle vittime, e la connessa ascesa di criteri di imputazione del danno «spersonalizzati», si rivelarono determinanti per la nascita e lo sviluppo dell'assicurazione, dall'altro tali elementi contribuirono in modo decisivo sulle configurazioni strutturali che lo stesso negozio assicurativo è venuto assumendo nel corso del XX secolo.

La fisionomia originaria, nel silenzio del codice del commercio del 1882, era quella di uno schema negoziale, sostanzialmente riconducibile all'accollo interno³⁷, rigidamente conchiuso nella relazione assicurato (danneggiante)-assicuratore, con la garanzia assicurativa offerta esclusivamente allo scopo di neutralizzare il rischio per

³⁵ A. LA TORRE, *cit.*, p. 272; cfr., altresì, E. QUADRI, *cit.*, p. 100, il quale nota che «di fronte ad occasioni di danno quantitativamente e qualitativamente incomparabili rispetto al passato (...) «la collettivizzazione» economica dei rischi attraverso l'assicurazione della responsabilità civile consente all'ordinamento di realizzare un più avanzato e tollerabile equilibrio tra l'esigenza di non lasciare senza riparazione le vittime dei «nuovi» danni e quella di non rinunciare allo svolgimento di attività umane ritenute di essenziale utilità sociale». Rileva, analogamente, D. COLOMBO, *Neoliberismo e stato sociale*, Roma, 2013, p. 20, che l'estensione dell'assicurazione contro il rischio all'intero corpo sociale «mise in pratica una presa in carico mutuale e collettiva degli incidenti individuali, contribuendo alla formazione di meccanismi di solidarietà tra il singolo e i gruppi di appartenenza».

³⁶ Rileva F. EWALD, *La società «assurantielle»*, *cit.*, p. 828: non è più sufficiente, al fine di essere immuni da una censura di responsabilità, dar prova della propria diligenza, ma è altresì necessario avere consapevolezza dei propri limiti, dell'umana fallibilità ed essere in grado di porvi rimedio. In altre parole «essere responsabile, vuol dire, dunque, assicurarsi».

³⁷ In termini, A. LA TORRE, *cit.*, p. 281. La qualificazione in termini di accollo semplice, ancora sotto la disciplina del codice vigente, è proposta da P. RESCIGNO, *Azione diretta e azione surrogatoria del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Ass.*, 1952, p. 82 ss.

il danneggiante di un eventuale depauperamento conseguente al pagamento del proprio debito derivante da responsabilità³⁸.

A supporto di una dimensione chiusa del rapporto, la prassi elaborò un complesso congegno di clausole volte a garantire l'impermeabilità del contratto agli interessi del terzo danneggiato: si andava, così, dall'impossibilità, a pena di decadenza, per l'assicurato, di rilevare l'esistenza della garanzia assicurativa al terzo, al divieto di ammissione della propria responsabilità al danneggiato in sede stragiudiziale o, ancora, di chiamare in garanzia l'assicuratore nell'eventuale pendenza giudiziaria³⁹.

Il carattere esclusivamente interno del rapporto, veniva confermato dal fatto che nelle polizze ricorresse, sovente, il termine «rimborso», il che rendeva palese il ruolo solo mediato svolto dalla pretesa del danneggiato nell'economia del contratto⁴⁰.

Defezioni alla coerenza del sistema, iniziarono tuttavia a manifestarsi con le fughe in avanti di una parte, pur minoritaria, della giurisprudenza, orientate a concedere l'azione surrogatoria al danneggiato, pur in mancanza dei presupposti e delle condizioni previste per l'esperimento della stessa⁴¹ e, sulla scorta di una qualificazione del negozio quale contratto a favore di terzo, financo ad accordargli, pur sporadicamente, un'azione diretta contro l'assicuratore⁴².

Non solo: veniva altresì concesso al danneggiato l'esperimento dell'azione revocatoria (ex art. 1235 c.c. del 1865), sul presupposto di un nesso sussistente tra il credito risarcitorio vantato da questi e l'indennizzo dovuto dall'assicuratore all'assicurato, nella presunzione generalizzata del *consilium fraudis*, ogni qualvolta, in difformità

³⁸ G. GENTILE, *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 84 ss.

³⁹ Cfr., tra gli altri, E. STIEFEL, *Il divieto di riconoscere la propria responsabilità nelle assicurazioni della responsabilità civile (Studio di diritto comparato)*, trad. it., in *Ass.*, 1935, p. 211 ss.; V. SALANDRA, *Il comportamento dell'assicurato di fronte al danneggiato nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 1938, p. 212 ss.; G. FANELLI, *Le assicurazioni private nella giurisprudenza italiana*, Roma, 1943, p. 267 ss.

⁴⁰ L'interpretazione della locuzione «rimborso» non era ancorata al dato letterale. La giurisprudenza riteneva che l'espressione valesse solo a indicare che il limite del *quantum debeatur* in capo all'assicuratore fosse limitato all'esborso risarcitorio cui sarebbe stato tenuto il danneggiante (v., Cass. Regno, 3 agosto 1984, n. 2795). Progressivamente si consolidò, comunque, l'idea che la prestazione dell'assicuratore dovesse precedere e non seguire l'assolvimento dell'onere risarcitorio: cfr. Trib. Firenze, 7 novembre 1963, in *Ass.*, 1964, p. 98.

⁴¹ Cfr. G. FANELLI, *ult. cit.*, p. 292; C. VITERBO, *cit.*, p. 190

⁴² Cfr. Cass. civ., 21 febbraio 1934, in *Ass.*, 1934, p. 177 ss. Tendenza alimentata dalla pratica assicurativa che, a proposito dell'obbligazione dell'assicuratore, discorreva di «pagamento diretto» al terzo: G. GENTILE, *cit.*, p. 93 ss.

rispetto alla prassi costante, il pagamento fosse avvenuto nelle mani dell'assicurato piuttosto che in quelle del terzo danneggiato⁴³.

Il legislatore del '42, nonostante gli spunti offerti dai sunteggiati orientamenti progressisti, preferì tuttavia optare per una soluzione di carattere compromissorio: ben lungi dall'accordare *ex lege* l'azione diretta al terzo danneggiato, ritenne piuttosto opportuno prevedere la facoltà dell'assicuratore - ovvero l'obbligo, se richiesto dall'assicurato - di pagare l'indennità *direttamente* al terzo (art. 1917, co. 2, c.c.)⁴⁴.

La precipua funzione solidaristica-satisfattiva assunta dalla responsabilità civile, non più solo destinata a garantire il patrimonio del potenziale danneggiante, ma anche a salvaguardare l'assolvimento dell'onere risarcitorio a favore del terzo danneggiato⁴⁵, indusse la dottrina più avanzata ad interrogarsi circa l'ammissibilità dell'azione diretta a favore di quest'ultimo nelle ordinarie ipotesi di assicurazione per la responsabilità facoltativa, configurandolo quale contratto a favore di terzi⁴⁶.

Se è vero che la giurisprudenza, tanto teorica, quanto pratica, ebbero buon gioco nel ritenere che l'idea di un contratto a favore del terzo fosse insostenibile sotto il profilo dogmatico⁴⁷, d'altra parte aleggiava forte la sensazione che l'idea «della responsabilità

⁴³ Sul punto, si rimanda a L. LORDI, *Sull'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 551 ss.; A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 173 ss., il quale non manca di precisare che, ovviamente, l'orientamento in esame non poteva conciliarsi con un inquadramento del negozio assicurativo nello schema del contratto a favore di terzi e la conseguente attribuzione di un diritto proprio in capo al danneggiato.

⁴⁴ Si tratta, in entrambi i casi, di una fattispecie di modificazione del lato attivo del rapporto obbligatorio. Quanto all'ipotesi di pagamento diretto al danneggiato da parte dell'assicuratore, la dottrina ha ravvisato un'ipotesi di espromissione ex art. 1272 c.c. (v. App. Trieste, 28 luglio 1959, in *Ass.*, 1960, p. 56 ss., con nota di A. DONATI) mentre, nel caso di pagamento diretto su richiesta dell'assicurato, si è ritenuto di optare per l'accollo (cfr., tra gli altri, P. GRECO, *La richiesta dell'assicurato all'assicuratore di pagare l'indennizzo al terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1959, p. 309 ss.) o l'indicazione di pagamento ex art. 1118 c.c. (P. RESCIGNO, voce *Delegazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 940). Si badi che è stato, inoltre, concesso il privilegio del credito risarcitorio al terzo danneggiato sull'indennità dovuta all'assicuratore (art. 2767 c.c.), così da sottrarlo alla scongiurabile eventualità della falcidia del suo credito, nel caso di fallimento del responsabile assicurato, a seguito del concorso con i creditori chirografari; purtuttavia, la pozzorietà attribuita ai diritti di cui agli art. 2778 c.c., riduce notevolmente i vantaggi apportati dalla previsione al danneggiato: sul punto, cfr. L. RUBINI, *L'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore della R.C. facoltativa*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 554 ss.

⁴⁵ Cfr. P.S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law* (3rd ed.), London, 1980, p. 263; J. MORGAN, *Tort, Insurance and Incoherence*, (2004) 67 MLR 384, 393, «Compensating victims is seen as the primary purpose of insurance, instead of being a device ancillary to tort, to protect the insured».

⁴⁶ Cfr. G. CASTELLANO, S. SCARLATELLA, *Le assicurazioni private*, in W. BIGIARI (diretto da), *Giur. sist. civ. comm.*, Torino, 1981, p. 150 ss.

⁴⁷ Tra le altre, v. Cass. civ., sez. III, 27 luglio 1993, n. 8382, in *Dir. econ. ass.*, 1993, p. 874 ss., con nota adesiva di A.M. STEIN. Cfr., altresì, le perplessità di F. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 1964, p. 164 ss.

civile come strumento di risarcimento del danneggiato» postulasse il danneggiato quale «portatore di una pretesa verso l'assicuratore della responsabilità civile», tanto più considerata la prassi generalizzata attuata dalle Compagnie assicurative di pagare direttamente nelle mani del danneggiato⁴⁸.

Al fine di superare un'interpretazione formalistica del dettato normativo di cui all'art. 1917 c.c., individuante l'obbligo esclusivo dell'assicuratore a promettere l'indennizzo nei confronti dell'assicurato, piuttosto che impegnarsi ad assolvere il debito nei confronti del terzo, si ritenne lecito, così, ipotizzare l'ammissibilità dell'azione diretta a favore del danneggiato sul privilegio accordato a quest'ultimo dall'art. 2767 c.c.: in forza del privilegio, l'unico soggetto legittimato ad esigere il credito d'indennizzo sarebbe stato il danneggiato⁴⁹.

Infatti, si venne sostenendo che una volta pagato l'indennizzo, il credito si estingue e, pertanto, verrebbe «meno la cosa su cui si è stabilito il privilegio, cioè il privilegio stesso; se si consentisse all'assicurato di pretendere il pagamento, verrebbe meno il privilegio proprio quando dovrebbe funzionare»⁵⁰.

Contro questa interpretazione, fu sufficiente obiettare che la funzione tipica del privilegio è quella di garanzia e, dalla previsione di questa tutela conservativa a favore del danneggiato, non potrebbe indebitamente dedursi un effetto attributivo del credito privilegiato⁵¹.

Altra dottrina, più di recente, ha evidenziato che se la responsabilità civile è, *in primis*, istituto preordinato alla tutela della vittima, l'assicurato propone all'assicuratore un rischio - l'insorgenza di un debito risarcitorio a suo carico - che, tra i suoi connotati,

⁴⁸ Così, A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 233 ss. Nei medesimi termini, E. QUADRI, *cit.*, p. 118: il quale evidenzia che l'evoluzione funzionale subita dalla responsabilità civile corrisponde, inevitabilmente, ad una progressiva accentuazione della tutela dell'interesse del danneggiato che tende «ad apparire sempre meno «terzo» e sempre più essenziale punto di riferimento dell'intera struttura dell'istituto».

⁴⁹ Cfr. A. DONATI, *cit.*, p. 430; A. PELAGGI, *Sui rapporti tra assicuratore e terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1963, p. 3 ss.

⁵⁰ A. DONATI, *loc. cit.*

⁵¹ P.M. VECCHI, *L'azione diretta*, Padova, 1990, p. 178 ss. E, per altri ragguagli critici, cfr. A. LA TORRE, *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, p. 533 ss. Il privilegio potrà essere tutelato, esclusivamente, attraverso il pignoramento presso terzi (art. 543 c.c.), il sequestro conservativo (678 c.p.) o in via cautelare ex art. 2697 c.c. Sul punto, si rinvia a G. TUCCI, *I privilegi*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1985, p. 613 ss.

possiede giocoforza quella funzione⁵²: l'assicuratore, in forza del principio di esecuzione del contratto secondo buona fede, non potrebbe dirsi liberato, dunque, se non attraverso la soddisfazione del terzo danneggiato⁵³.

L'azione diretta in favore di quest'ultimo, sarebbe, in questo senso, l'inevitabile riflesso di una «mutazione genetica» della condotta imposta all'assicuratore, non più qualificabile come facoltà, bensì piuttosto come prestazione oggetto di un vero e proprio rapporto obbligatorio⁵⁴.

Il punto merita di essere approfondito, poiché se è vero che la finalità offerta dallo spunto è nobile, il richiamo alla funzione integrativa del principio di buona fede *in executivis* non pare in alcun modo sufficiente a superare il principio di relatività degli effetti contrattuali (ex art. 1372 c.c.) e a sconfessare l'estraneità del terzo danneggiato rispetto al rapporto assicurato-assicuratore.

Va valutato, tuttavia, il ruolo che potrebbe essere in tale contesto giocato dal principio solidaristico ex art. 2 Cost., prezioso fondamento positivo tramite il quale è stato possibile riconoscere cittadinanza agli «effetti contrattuali protettivi del terzo» (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*)⁵⁵.

Come è stato efficacemente osservato, il contributo offerto dal principio di solidarietà, non va considerato solo in termini negativi, ovvero quale *medium* idoneo a neutralizzare il principio di relatività degli effetti, bensì anche come snodo fondamentale che consente l'«individuazione delle sfere soggettive alle quali il contratto estende i suoi effetti»⁵⁶.

⁵² A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 236. Già secondo G. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, p. 24, la copertura del rischio sarebbe diretta a «liberare» il patrimonio dell'assicurato dall'obbligazione risarcitoria.

⁵³ A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 236.

⁵⁴ A.D. CANDIAN, *loc. cit.*; recentemente, in senso analogo, F. CESERANI, *Il problema della tutela del terzo danneggiato nella garanzia facoltativa di responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2008, pp. 523-524.

⁵⁵ In merito all'istituto in esame, si rimanda ai fondamentali contributi di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 68 ss.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 39 ss. Per una disamina dell'istituto, cfr. L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

⁵⁶ C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 164. Come rilevato da G. COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritto fondamentali*, in G. COMANDÉ, *Diritto privato europeo e diritti fondamentali. Saggi e ricerche*, Torino, 2004, p. 30, «In Italia, pur in assenza di un'esplicita previsione normativa che prescrive l'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti tra soggetti privati, quest'ultima non pare essere seriamente contestata da nessuno». Nel medesimo senso,

In prima battuta, un'immediata applicazione dell'art. 2 Cost., in forza della *Drittwirkung*, mi pare possa indurre a ritenere che l'assicuratore sia tenuto, nell'esecuzione del rapporto contrattuale, ad un comportamento diretto alla salvaguardia della sfera giuridica del terzo danneggiato e, che, pertanto, gli sia vietato di pagare nelle mani dell'assicurato, senza il contestuale intervento del danneggiato, ovvero prima che quest'ultimo sia già stato tacitato dal suo debitore.

Provverebbe troppo, però, un argomento che dall'immediata applicazione della norma costituzionale volesse dedurre l'ammissibilità dell'azione diretta a favore del danneggiato, posto che la stessa teorica degli «obblighi protettivi nei confronti del terzo», se vale ad attribuire al terzo la tutela risarcitoria, qualora dalla cattiva esecuzione del contratto derivino pregiudizi alla sua persona o ai suoi beni, non per questo consente di conferirgli il diritto di pretendere dall'assicuratore la sua obbligazione primaria di prestazione⁵⁷.

Il dato positivo, netto nel configurare «l'assicurazione della responsabilità civile come assicurazione per conto del responsabile e non del danneggiato»⁵⁸, non pare - alla luce

P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il modello italo-comunitario delle fonti* (3ed.), Napoli, 2006, p. 545.

⁵⁷ Cfr. F. ASTONE, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008, p. 143.

⁵⁸ E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (Artt. 1904-1918)*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2010, p. 291. Non può, dunque, che concordarsi con D. DE STROBEL, V. OGLIARI, Milano, 2008, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Milano, pp. 151-152, per i quali si tratta di una «situazione veramente singolare che (...) resta risolvibile solo con una riforma legislativa». Va, per inciso, rammentato che mentre in alcuni Paesi dell'Unione, tra cui la Francia (ma pure Belgio, Spagna, Lussemburgo e Portogallo), come riporta O. TROIANO, *La tutela del terzo danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, p. 79), l'azione diretta nell'assicurazione *facoltativa* per la responsabilità civile è ammessa quale regola generale (cfr., per il caso francese, l'art. L124-3 del *Code des assurances*, il quale esplicitamente statuisce che «Le tiers lésé dispose d'un droit d'action directe à l'encontre de l'assureur garantissant la responsabilité civile de la personne responsable»), in altri ordinamenti, quale, per esempio, quello inglese, essa non trova cittadinanza. Nel Regno Unito, nonostante dal 1999, con il *Contract (Rights of Third Parties) Act*, sia stato superato il principio della *privity of contract*, attribuendo così al beneficiario di una clausola contrattuale, benché estraneo al negozio, il diritto d'azione per far valere quanto da essa previsto, l'azione diretta è concessa al danneggiato solo in caso di insolvenza dell'assicurato, a mente del *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* del 1930. Per un'analisi della questione nel dettaglio, anche con riferimento all'esperienza d'Oltreoceano, cfr. A. PIRONTI, *The direct action against liability insurers e la tutela del terzo danneggiato in Common Law: alcuni aspetti problematici*, in F.D. BUSNELLI, G. COMANDÉ, *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2009, p. 207 ss.

di quanto prospettato - dunque valicabile⁵⁹, se non tramite un puntuale intervento del legislatore⁶⁰.

Tutt'altre conclusioni possono essere rassegnate nell'ambito delle assicurazioni obbligatorie per la responsabilità civile⁶¹, il cui avvento - come puntualmente ricordato - ha segnato un mutamento «non meramente di direzione, (...) ma di radicale prospettiva»⁶².

La fattispecie più rilevante sul piano della prassi è certo quella dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e natanti (l. 24 dicembre 1969, n. 990), per la quale si è previsto, all'art. 18, che «il danneggiato (...) ha azione diretta per il risarcimento del danno nei confronti dell'assicuratore, entro i limiti delle somme per le quali è stata stipulata l'assicurazione» (corsivo nostro).

L'introduzione dell'azione diretta, e l'impossibilità per l'assicuratore di opporre eccezioni all'assicurato nel caso di escussione della garanzia assicurativa (art. 18, co. 2), hanno in effetti contribuito - come è stato acutamente osservato - a «indebolire sensibilmente la matrice contrattuale dell'obbligazione assicurativa»⁶³.

⁵⁹ Va, comunque, considerata la possibilità per il terzo danneggiato di ricorrere all'azione surrogatoria, ipotesi rispetto alla quale le maglie della giurisprudenza sono tutt'altro che strette. Per giurisprudenza costante, l'inerzia è ravvisabile a fronte del mancato esercizio da parte dell'assicurato della facoltà di chiedere all'assicuratore di pagare direttamente ai terzi danneggiati l'indennizzo, ai sensi dell'art. 1917 c.c., co. 2, salvo che l'assicurato non abbia posto in essere iniziative e accorgimenti diretti a mantenere integra la garanzia del proprio diritto all'indennizzo verso l'assicuratore (Cass. civ., sez. III, 5 giugno 2011, n. 26019; Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2007, n. 13391; Cass. civ., sez. III, 9 gennaio 1991, n. 155): *amplius*, in R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2008, p. 263 ss., la quale fa presente che, «intraprendendo un percorso ispirato a criteri di ordine sostanziale, nella descritta ipotesi l'effetto finale dell'azione surrogatoria è l'insorgenza di un obbligo diretto dell'assicuratore nei confronti del terzo a seguito di un'azione rivolta da quest'ultimo nei confronti dell'assicuratore».

⁶⁰ Cfr. F. CESERANI, *cit.*, p. 522, il quale puntualmente rileva che il legislatore sarebbe chiamato ad optare per una configurazione della posizione soggettiva del terzo quale diritto autonomo rispetto al contratto di assicurazione stipulato dal responsabile, oppure come mero diritto derivato, in quanto tale sensibile ai vizi genetici o funzionali del negozio e/o alle delimitazioni contrattuali del rischio.

⁶¹ Si pensi all'introduzione dell'assicurazione obbligatoria a copertura dei rischi in materia di esercizio di impianti nucleari (l. 31 dicembre 1962, n. 1860), attività venatoria (l. 11 febbraio 1992, n. 157), trasporti aerei (Reg. CE, 21 aprile 2004, n. 785), professioni intellettuali (D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137), solo per citare alcuni esempi.

⁶² E. QUADRI, *cit.*, p. 121. In tal senso, anche A. LA TORRE, *Azione diretta e assicurazione*, in *Ass.*, 1971, p. 526 ss.

⁶³ A. DURANTE, *La liquidazione e il risarcimento del danno secondo la miniriforma dell'assicurazione obbligatoria*, Milano, 1978, p. 124. Per una compiuta ricostruzione dell'istituto dell'azione diretta, cfr. M. FRANZONI, *L'azione diretta nei confronti dell'assicuratore: profili teorici e ricostruttivi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 781 ss. La disciplina prevista dall'art. 1015 c. nav., che ha costituito il primo esempio sistematico di assicurazione obbligatoria nell'ordinamento italiano, già prevedeva, oltre all'azione

I tentativi di inquadramento della fattispecie, ancora una volta, nello schema del contratto a favore di terzi, si sono rivelati, in questo senso, affatto insoddisfacenti, posto che, individuando la fonte del diritto del terzo danneggiato nel contratto, piuttosto che direttamente nella legge, il fine ultimo dalla stessa perseguito - l'immediata reintegrazione dell'interesse di colui che abbia subito una lesione - verrebbe ad essere pregiudicato dall'eventuale invalidità e/o inefficacia del contratto⁶⁴. La questione invero dirimente è se l'azione diretta, e l'inopponibilità delle eccezioni contrattuali, vadano considerate come essenziali complementi di qualunque ipotesi di assicurazione obbligatoria, oppure siano da intendersi quali strumenti eccezionali, come tale ammissibili nei soli casi in cui siano *ex lege* espressamente imposti⁶⁵. In questo caso, non sussistendo ostacoli di ordine normativo ad impedirlo, e preso atto che l'azione diretta, leggendo l'istituto dell'assicurazione r.c. secondo una prospettiva teleologica, sia, effettivamente, nient'altro «che lo sviluppo logico e necessario dell'obbligo di contrarre l'assicurazione della responsabilità»⁶⁶, la risposta non può

diretta a favore del danneggiato, l'inopponibilità allo stesso dei vizi del contratto di assicurazione, e l'estensione della garanzia al dolo ed alla colpa grave dell'esercente o dei suoi dipendenti o preposti.

⁶⁴ Cfr., in luogo di altri, G. GENTILE, *La legge sull'assicurazione obbligatoria r.c. dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Resp. civ. prev.*, 1970, p. 19 ss.; D. MARCHETTI, *L'assicurazione obbligatoria contro i rischi di responsabilità civile derivanti dalla circolazione dei veicoli*, in *Ass.*, 1971, p. 271 ss.; F. FERRARA JR., *L'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 753 ss. In questo senso, osserva M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, p. 27, che «in sostanza il fine della tutela delle vittime colpite da sinistri stradali incontrerebbe il limite del contratto, con l'ulteriore conseguenza di avvantaggiare inspiegabilmente le imprese di assicurazioni, sollevate dall'obbligo di corrispondere l'indennizzo». La tesi è comunque allo stato sconfessata dal dato positivo che, all'art. 283 Cod. Ass., prevede che il danneggiato abbia diritto al risarcimento di là dalla sussistenza di un valido contratto di assicurazione, e l'inopponibilità di eccezioni eventualmente riferite ad esso (art. 144, co. 2, Cod. Ass.), fatto salvo il caso di nullità per inesistenza del rischio (cfr. Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2011, n. 14410, in *Contr.*, 2011, p. 1094 ss., con nota di C. LEGGIERI). Contro tale ricostruzione, cfr., tra le altre, Cass. civ., sez. I, 24 maggio 1982, n. 3169, in *Ass.*, 1983, p. 55 ss., con nota di V. GERI. Sconfessata è stata, altresì, la proposta di una lettura dell'istituto quale ipotesi di stipulazione per conto altrui o per conto di chi spetta (art. 1891 c.c.), prontamente avversata da chi, come L. STANGHELLINI, *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento*, Milano, 1990, p. 76 ss., evidenzia che il contratto per conto altrui è diretto alla soddisfazione del medesimo interesse che stipulante e terzo intendono raggiungere mediante il negozio, mentre nel contratto *de quo* gli interessi dell'assicurazione stipulante e dell'assicurato-terzo sarebbero eterogenei. Per le ulteriori teorie ricostruttive e le relative critiche cui vanno incontro, cfr. M. ROSSETTI, *L'assicurazione obbligatoria della R.C.A.*, Torino, 2010, p. 18 ss., il quale aderisce alla lettura del rapporto come obbligazione scaturente direttamente dalla legge ex. 1173 c.c.

⁶⁵ Si pensi, infatti, al caso dell'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile professionale che, stando a quanto previsto dall'art. 5 D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, pur imponendo a tutti i professionisti iscritti ad un Albo professionale, di stipulare idonea polizza assicurativa per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, non prevede l'azione diretta a favore dell'eventuale danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa del professionista.

⁶⁶ G. FANELLI, *L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, Padova, 1977, p. 22.

che essere positiva: è diritto imprescindibile affinché possa dirsi garantita la congruenza dell'istituto dell'assicurazione obbligatoria alle finalità compensative cui lo stesso è preordinato⁶⁷.

Le medesime conclusioni debbono valere con riguardo all'inopponibilità delle eccezioni relative al contratto di assicurazione che l'assicuratore avrebbe potuto opporre al danneggiato: è proprio rispetto a tale congegno *ex lege* elaborato che il processo di affrancazione del modello obbligatorio dell'assicurazione di responsabilità rispetto allo schema tradizionale trova la sua epifania e nel contempo la massima affermazione⁶⁸.

E' chiaro che, per tale via, pare possibile costruire un «sottosistema» di modello assicurativo, alternativo rispetto a quello tradizionale, dotato di un razionale ed organico disegno sistematico alla base, ove il riconoscimento al terzo di una situazione giuridica autonoma del terzo, rispetto alla validità ed efficacia del rapporto assicurativo, è principio qualificante di un sistema di responsabilità civile che guardi anzitutto ad una rapida e compiuta reintegrazione della sfera giuridica violata.

1.3. *Assicurazione, distribuzione e funzioni della responsabilità civile*

E' forse meno nota, ma altrettanto rilevante, la decisiva influenza esercitata dall'espansione dell'istituto assicurativo sul diritto della responsabilità civile.

Pur prescindendo dal piano della concreta prassi operativa, rispetto alla quale non v'è dubbio che le imprese assicurative siano i «*paymaster[s] of the tort system*»⁶⁹, la

⁶⁷ Così, E. QUADRI, *cit.*, p. 123 ss.; A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 266; R. CAVALLO BORGIA, *cit.*, p. 288: «Senza il riconoscimento di un diritto autonomo e di un'azione diretta risulterebbero di fatto vanificate le funzioni assegnate all'imposizione di un obbligo ad assicurarsi».

⁶⁸ Ancora, le conclusioni sono confortate dai contributi di E. QUADRI, *cit.*, p. 129 ss. e di A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 270 ss., il quale, senza remore, sostiene che «Occorre invece riconoscere che l'inopponibilità delle eccezioni contrattuali costituisce un elemento indefettibile di un regime di assicurazioni obbligatorie pensato e costruito per la tutela del danneggiato».

⁶⁹ R. LEWIS, *cit.*, 87. L'A. evidenzia come le assicurazioni siano soggetto chiave nella gestione di quasi la totalità dei sinistri occorsi: la scelta del legale adibito a gestire la lite, come l'opzione per la conclusione stragiudiziale piuttosto che il ricorso agli organi giudicanti, o, ancora, la tattica processuale eventualmente da adottarsi, sono nella quasi totalità dei casi rimesse all'arbitrio delle società di assicurazione. Si cfr. altresì l'illuminante contributo al riguardo di T. BAKER, *Liability Insurance as Tort Regulation: Six Ways that Liability Insurance Shapes Tort Law in Action*, (2006) 12 Conn. Ins. L.J. 1, il quale, tra l'altro, spiega «the dearth of intentional bodily injury tort action brought in the U.S.», con il fatto che - come noto - anche in quell'ordinamento l'assicurazione non è tenuta a tenere indenne

disponibilità di una garanzia contro la r.c. riveste, anzitutto, un argomento di notevole peso nel dibattito intorno alle ragioni di *policy* che dovrebbero orientare il giudice nell'amministrazione delle regole di responsabilità.

Il dibattito nell'ambito dei sistemi di *common law*, sul punto piuttosto vivace e distonico, ha preso l'abbrivio dall'elaborazione del principio cd. dell'«*assurabilité obligée*», in base al quale la responsabilità sarebbe da addossarsi in capo al soggetto meglio in grado di assicurarsi al fine di essere tenuto indenne dalla ricadute negative delle sue azioni⁷⁰.

Sotto tale profilo, il *legal reasoning* delle Corti evidenzia che, seppur sporadicamente, nel decidere sul risarcimento, il fatto che uno dei due contendenti sia in grado di assicurarsi, o effettivamente assicurato (il principio sarebbe, allora, «*assurance obligée*»), abbia un peso determinante nella soluzione delle controversie da esse dirimesse (cd. «*insurance argument*»)⁷¹.

Già Lord Denning, nel caso *Nettleship v Weston*, vicenda che aveva visto un istruttore di guida spiccare una domanda di risarcimento nei confronti di un allievo per le lesioni subite in seguito ad un incidente provocato da quest'ultimo, aveva dedotto che lo *standard of care* concretamente esigibile non avrebbe dovuto essere modulato favorevolmente a favore del giovane automobilista, a causa della sua inesperienza, posto che lo stesso fruiva di una copertura assicurativa *ad hoc* (*arg. assurance obligée*): «On whom should the risk fall? Morally the learner driver is not at fault; but

il danneggiante nei casi di illeciti dolosi (*intentional harms*) e H.L.ROSS, *Settled out of court: The Social Process of Insurance Claims*, Chicago, 1970, p. 135, il quale rileva «Adjustments of insurance claims compromises the legal mandate for individualized treatment with the need of a bureaucratic system for efficient processing of cases».

⁷⁰ Cfr. A.A. EHRENZWEIG, *Assurance oblige, A comparative study*, (1950) 15 Law & Cont. Prob. 445, che elabora la sua teorica, a partire dal criterio della cd. «*richesse oblige*» di J. UNGER, *Handeln auf eigene Gefahr: Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*, Jena, 1904. In materia contrattuale, invece, eccettuati i casi in cui non vi siano espresse previsioni negoziali al riguardo, la posizione assicurativa (certa o verosimile) delle parti non pare costituire elemento determinante, per la giurisprudenza, qualora questa si trovi a dover valutare la corretta distribuzione del rischio tra i contraenti. Per un'analisi, però, approfondita, e per alcune eccezioni, cfr. R. MERKIN, J. STEELE, *cit.*, p. 179 ss.

⁷¹ Cfr., a tal proposito, K.D. SYVERUD, *On the Demand for Liability Insurance*, (1994) 72 Tex. L. Rev. 1629, 1637, che sottolinea una rilevante evidenza empirica: in punto di *quantum* risarcitorio, un peso determinante è giocato dall'entità media dell'indennizzo che la società assicurativa sarebbe eventualmente chiamata a corrispondere in seguito alla condanna del danneggiante suo cliente. La previsione di un massimale di importo notevolmente superiore previsto nelle polizze professionali, rispetto alle polizze auto, spiegherebbe la ragione per la quale, mediamente, sussista un notevole divario negli importi liquidati nelle fattispecie di *malpractice* medica rispetto a quelli di incidenti automobilistici.

legally she is liable to be because she is insured and the risk should fall on her» (corsivo mio)⁷².

Più recentemente, *Lord Philipps*, in *Vowles v. Ewans*, ha ritenuto che, nel determinare se sia ragionevole imporre un *duty of care* in capo agli arbitri per garantire l'incolumità dei giocatori durante un incontro (nel caso di specie, di *rugby*), «the availability of insurance, both to players against the risk of injury and to referees against the risk of third party liability», debba essere presa in considerazione quale «*policy question*»⁷³.

La Suprema Corte inglese, ancora, in un suo noto arresto, si è posta in netta discontinuità con la regola plurisecolare che voleva immuni da qualsivoglia eventuale censura di responsabilità gli esperti chiamati a fornire consulenze peritali all'interno di procedimenti giudiziari, in considerazione del fatto che essi hanno la possibilità di accedere ad un'adeguata copertura assicurativa professionale (*arg. assurabilite obligée o insurability*)⁷⁴.

In merito ai principi in esame, inverati dalle pronunce testé richiamate, la dottrina ha evidenziato che, se da un lato non è certo lecito pensare ad un'operazione di redistribuzione della ricchezza affidata ad operazioni di carattere estemporaneo, in relazione al verificarsi di fatti accidentali, piuttosto che ad una pianificazione sociale legislativamente indirizzata⁷⁵, d'altro canto, un criterio di allocazione del rischio che

⁷² *Nettleship v Weston*, [1971] 2 QB 691, 699; la decisione è stata pedissequamente ripresa dall'*High Court* australiana, nel caso *Imbree v McNeilly*, [2008] HCA 40. Due anni più tardi, in *Morris v Ford Motor Co. Ltd.*, [1973] QB 792, 798, viene puntualizzato: «The damages are expected to be borne by the insurers. The courts themselves recognise this every day. They would not find negligence so readily - or award sums of such increasing magnitude - except on the footing that the damages are to be borne, not by the man himself, but by an insurance company».

⁷³ *Vowles v Ewans*, [2003] EWCA Civ. 318; [2003] 1 WLR 1607. Sul punto, cfr. J. MORGAN, *cit.*, 386 «the case shows clear judicial approbation for loss-spreading, via insurance, as a positive reason for imposing liability in negligence». Nel medesimo senso, già le parole di *Lord Griffiths* in *Smith v Eric S. Bush*, [1990] 1 AC 831, 858: «the availability and cost of insurance must be a relevant factor when considering which of two parties should be required to be the risk of loss».

⁷⁴ *Jones v Kaney*, [2011] UKSC 13; [2011] 2 WLR 823. Osserva *Lord Collins* (847): «There is no basis for suggesting that experts will be discouraged from testifying if immunity were removed - most are professional people who are insured or can obtain insurance readily» (847) e, consanamente, *Lord Dyson* (855-856), che «Professional liability insurance is available» ed «Experts can and almost always do obtain professional indemnity insurance to cover the risk of negligence».

⁷⁵ In questo senso, P. TRIMARCHI, *cit.*, 29; A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 6; C. CASTRONOVO, *ult. cit.*, p. 336: il principio *assurance obligée*, quale variante dell'analogo principio *richesse obligée*, non può configurarsi quale criterio di responsabilità, «perché criterio è sinonimo di *costante*, di modello, il contrario di *caso* e in pari tempo è sinonimo di spiegazione per così dire dall'interno; mentre è del tutto casuale che in una relazione di danno sia coinvolta una *deep pocket*, una parte che per le sue possibilità debba essere ritenuta - e solo per questo - la più appropriata a sopportare il giudizio di responsabilità».

guardi al soggetto meglio in grado di assicurarsi, varrebbe a costituire, una vantaggiosa - in termini sociali ed economici - distribuzione del rischio⁷⁶.

Sul punto, in linea generale⁷⁷, mi pare che, di là dalle ipotesi di responsabilità (per colpa o meno) tipizzate, ove la distribuzione del rischio è *ex ante* amministrata dal legislatore, la plausibilità, nelle residue fattispecie, dell'*insurability*, quale criterio di distribuzione del rischio⁷⁸, possa condividersi se e nei limiti in cui si ritenga che la *ratio* delle fattispecie di responsabilità oggettiva sia da ricollegarsi, in via esclusiva, a criteri di natura economica⁷⁹.

In questo torno di questioni, è inevitabile prendere in considerazione altresì il ruolo giocato dal negozio assicurativo sotto il profilo delle funzioni attualmente assolte dalla responsabilità civile. Viene dato per assodato, infatti, in molti luoghi della dottrina, che una volta ottenuta la disponibilità di un'assicurazione a copertura della responsabilità civile, rispetto a quest'ultima non possano essere più ipotizzati obiettivi di deterrenza⁸⁰; il problema non può essere trascurato, dal momento che, in senso

⁷⁶ Cfr. P. TRIMARCHI, *cit.*, p. 31.

⁷⁷ Al netto di ogni considerazione circa il carattere, effettivamente dirimente o piuttosto solo *ad abundantiam*, e l'opportunità dei richiami al principio *assurabilite obligée* nelle singole pronunce esaminate, per le quali si rimanda al fondamentale contributo di J. STAPLETON, *Tort, Insurance and Ideology*, (1995) 58 MLR 820, ripreso in chiave critica da R. MERKIN, *Tort, Insurance and Ideology*, (2012) 75 MLR 301, il quale evidenzia come il giudicante, in particolare nei casi in cui, nella concreta vicenda, danneggiante e danneggiato potrebbero ricorrere rispettivamente ad un'assicurazione della responsabilità civile e ad un'assicurazione diretta contro i danni, non possieda un patrimonio informativo tale da poter valutare la soluzione che, in punto di distribuzione del rischio, risulti la più efficiente. «A court», osserva l'A. «is not the underwriting room at Lloyd's» (308).

⁷⁸ Posto che, come osservato da C. CASTRONOVO, *ult. cit.*, p. 347: «Se relativamente a una fattispecie la responsabilità oggettiva è stata ritenuta adeguata al punto di indurre il legislatore ad adottarla, la identità di *ratio* che l'interprete scopra ricorrere relativamente a ipotesi concrete pure non sussumibili nella norma in termini di applicazione diretta legittima l'interprete all'applicazione analogica (...)». Sul punto, come osserva, ancora, l'A. (p. 349), è comunque decisivo appurarsi se si tratti di fattispecie di responsabilità che afferiscano l'espletamento di un'attività economica o meno, posto che «l'idea di una *cost-benefit analysis* che presieda sempre alle scelte che possono risultare foriere di responsabilità risulta altrettanto teorico che pensare che ognuno assaggi un pezzo di formaggio o addenti una succulenta coscia di pollo debba pensare a quanto gli costa».

⁷⁹ Del che pare affatto lecito dubitare: cfr., tra gli altri, C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 1998, p. 115; F. CARINGELLA, F. DI MARZIO, *Manuale di diritto civile*, II, Milano, 2008, p. 755-756.

⁸⁰ A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 25 ss. Nel medesimo senso, nella dottrina straniera: J.G. FLEMING, *The role of negligence in Modern Tort Law*, (1967) 53 Va. L. Rev. 815, 823; I. ENGLARD, *The System Builders: A critical appraisal of Modern American Tort Theory*, (1980) 9 J. Legal Stud. 27, 55; K.M. STANTON, *The Modern Law of Tort*, London, 1994, p. 14; K. HORSEY, E. RACKLEY, *Tort Law* (2nd Ed.), Oxford, 2011, p. 17; P. GILKER, *Tort* (5th Ed.), London, 2014, p. 7.

opposto, si sono levate più voci a favore di un riletture, in senso pluralistico, degli scopi che la responsabilità civile sarebbe chiamata ad assolvere⁸¹.

E' d'uopo anzitutto distinguere, onde evitare discontrolli linguistici (e, giocoforza, concettuali), i «falsi amici» *deterrence* e *deterrenza*: questi valgono infatti a descrivere gli obiettivi - rispettivamente di carattere politico-economico e sociale da un lato, e morale dall'altro - in forza dei quali viene posto l'accento su una *funzione* dei rimedi risarcitori che, a rigore, andrebbe piuttosto qualificata come *preventiva*⁸².

L'assicurazione presenta, intuitivamente, delicati aspetti di interferenza rispetto all'efficacia preventiva delle regole di responsabilità, qualora queste siano lette in un'ottica giuseconomica di internalizzazione del costo sociale prodotto dall'evento di danno⁸³.

Il tema si riconnette ad un problema che può essere affrontato con l'ausilio della teoria del rapporto economico d'agenzia (cd. teoria dell'*agency*)⁸⁴: potendo contare sulla garanzia assunta dall'assicuratore (il *principal*), il soggetto assicurato (l'*agent*) è disincentivato a prendere le misure di precauzione idonee ad evitare, o quantomeno minimizzare, la probabilità e/o l'entità del danno: si tratta del noto problema dell'azzardo morale (c.d. *moral hazard*)⁸⁵.

⁸¹ Così, F. QUARTA, *cit.*, p. 58. Si cfr., tra gli altri, P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile. Alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011; G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 293 ss.; C. SALVI, *ult. cit.*, p. 19; in materia di responsabilità civile della P.A., M. CAFAGNO, *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 725. Non va dimenticato che v'è chi - come J. STAPLETON, *cit.*, p. 828 (nt. 24) - giunge a ritenere che di funzione compensativa della responsabilità civile possa discorrersi solo in termini tautologici: «it is as banal and misleading to say that the 'function' or 'purpose' of tort liability is compensation as it is to say that the function or purpose of a petrol station is to dispense petrol».

⁸² F.D. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 916-917; intorno all'ambiguità che il concetto di deterrenza può assumere, a seconda della prospettiva di indagine impiegata, cfr. V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e deterrenza. Note sparse*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 297-298.

⁸³ Cfr. S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, ed. it. a cura di D. PORRINI, 2005, Torino, pp. 153 ss.

⁸⁴ Cfr. S.A. ROSS, *The Economy Theory of Agency: the principal problem*, (1973) 63 *Am. Econ. Rev.* 134; S. SHAVELL, *Risk Sharing and Incentives in the principal and Agent Relationship*, (1979) 10 *Bell Jour. of Economics* 55; K.J. ARROW, *The Economics of Agency. A report of the center for research on organizational efficiency*, Stanford, 1985, p. 55 ss.; J.E. STIGLITZ, voce *Principal and Agent*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, III, 1987, p. 966 ss.; F. SARTORI, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 607 ss.

⁸⁵ Si tratta, evidentemente, del c.d. *ex ante moral hazard*. Come osserva G.L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, (1987) 96 *Yale L.J.* 1521, 1547, «Ex ante moral hazard is the reduction in precaution taken by the insured to prevent the loss, because of the existence of insurance». Intorno al problema del rischio morale nell'ambito del rapporto assicurativo, cfr. S. SHAVELL, *On Moral*

Purtuttavia, la pratica del mercato ha risposto escogitando modelli contrattuali volti a plasmare la struttura degli incentivi comunicati all'assicurato: la dissuasione da comportamenti opportunistici è obiettivo perseguito, per esempio, tramite l'inserzione di clausole che prevedono franchigie, coperture parziali, scoperti obbligatori, ovvero l'utilizzo della formula tariffaria del *bonus/malus*⁸⁶.

Un congegno contrattuale, quest'ultimo, che nella prospettiva delineata pare essere uno strumento incisivo⁸⁷: l'esponenziale aumento del costo di una polizza, a fronte di un «*claims record*» particolarmente negativo, può rendere financo impossibile, tanto per i privati, quanto per le imprese, ottenere le coperture assicurative cui gli stessi sono interessati (o talora, invero obbligati), ai fini dell'espletamento delle relative attività⁸⁸. D'altro canto, si è osservato come, usualmente, l'assicurato non giunga ad omettere le misure di prevenzione, tanto in ragione delle conseguenze penali che dalla condotta

Hazard and Insurance, (1979) 93 Q.J. Econom. 541; J.E. STIGLITZ, *Risk, Incentives and Insurance: The Pure Theory of Moral Hazard*, (1983) 8 Geneva Papers of Risk & Ins. 4; A.M. POLINSKY, *An introduction to Law and Economics*, Boston-Toronto, 1983, p. 54 ss.; R.A. POSNER, *Economic analysis of Law*, Boston, 1986, p. 91 ss.; V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008, p. 168 ss. Rileva F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, p. 34 ss, come il conflitto d'interessi e la distribuzione asimmetrica delle informazioni sussistenti tra *principal* e *agent* provochino inevitabilmente l'insorgenza del problema dei cc.dd. costi d'agenzia (ovvero dei costi transattivi) che, tra le altre voci, comprendono proprio i costi di monitoraggio che il *principal* è tenuto a sostenere per conoscere eventuali comportamenti opportunistici dell'*agent*.

⁸⁶ Cfr. E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 102 ss.; V. DE LORENZI, *loc. cit.*

⁸⁷ Come rileva icasticamente M. CLARKE, *Insurance and Social Engineering*, in F.D. BUSNELLI, G. COMANDÉ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, *cit.*, p. 38: «Parents, in some societies at least, smack the child that is carelles too often. Insurers do not smack policyholders but the do chastie them with higher premium: the more claims made on the insurance, the more it costs the claimant in premiums, or the higher in excess». Sostengono l'efficacia della misura in oggetto, R. MERKIN, *cit.*, 308; W.V.H. ROGERS, *Winfield and Jolovicz on Tort* (18th Edition), London, 2010, pp. 39-40; G.T. SCHWARTZ, *Ethics and the economics of Tort Liability Insurance*, (1990) 75 Cornell L.R. 313. Si veda, altresì W.P. VISCUSI, *Reforming Products Liability*, Cambridge, 1991, p. 175, il quale, con riferimento al sistema di assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro, osserva che ricollegando l'ammontare del premio «to firms' safety record manteins incentives for avoiding risk that would have been provided by tort awards»; nel medesimo senso, già J. FLEMING JR., *Accident Liability Reconsidered*, (1947-1948) 57 Yale L.J. 549, 561. Si osservi, per inciso, che i maggiori oneri assicurativi rappresentati potrebbero, ovviamente, essere fronteggiati dalle imprese manovrando i prezzi dei prodotti o servizi offerti; purtuttavia, sono evidenti le ricadute che tale operazione avrebbe dal punto di vista concorrenziale.

⁸⁸ Osserva, dunque, S. PINT O., *Assicurazioni private e assicurazioni pubbliche nel governo dei rischi da attività lavorative*, in F.D. BUSNELLI, G. COMANDÉ (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, *cit.*, p. 183, che «Il riconoscimento normativo, da parte del Codice delle assicurazioni, delle clausole di franchigie e delle clausole *bonus malus*, ex art. 133, si colloca in linea con i risultati cui sono pervenuti gli economisti e testimonia altresì l'adeguatezza degli strumenti sviluppati nella pratica assicurativa, al fine di dare una risposta, o quanto meno di contenere, le situazioni di azzardo morale».

potrebbero scaturire, quanto per la possibilità di danni a se stesso, quanto ancora per ragioni di scrupolo morale⁸⁹.

Tutto ciò, senza considerare l'attività di *risk management* espletata dalle Compagnie assicurative, con sempre maggior frequenza protagoniste di un'efficace attività educativa degli operatori economici nella gestione del rischio⁹⁰, quanto le politiche di modulazione del premio correlate alle attività di monitoraggio e contenimento del rischio intraprese dagli assicurati, le quali - come dimostrato da diverse evidenze empiriche⁹¹ - si sono rivelate in grado di ridurre esponenzialmente l'incidenza di sinistri nelle aree di responsabilità coperte da *third liability policies*⁹².

Qualora all'efficacia preventiva della responsabilità civile voglia accordarsi, piuttosto, un carattere punitivo⁹³, deve considerarsi anzitutto se sia ipotizzabile l'assicurabilità di risarcimenti che - come talora in letteratura auspicato - dovrebbero venire modulati in chiave ultracompensativa⁹⁴.

⁸⁹ Cfr. H. MÖLLER, *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sull'evoluzione del diritto della responsabilità civile e dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1961, p. 395, il quale, consonantemente a quanto evidenziato dalla giurisprudenza americana, da ultimo richiamata, sottolinea che «l'assicuratore può esercitare una sua influenza, sia fissando l'ammontare del premio, sia limitando la protezione prestata; così, facendo partecipare l'assicurato al danno o pagandogli un *bonus* in caso di mancanza di sinistri».

⁹⁰ Cfr. O. BEN-SHARAR, K.D. LOGUE, *Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard*, (2012) 111 Michigan Law Review 197, 210: «All major liability insurance carriers, as well as many insurance brokerage firms, offer risk management or loss control services. They provide programs and training to identify and control risks. They audit and inspect their clients, manage their prevention efforts, analyze their loss history, identify causes of accidents and how losses occur, and teach them how to avoid premium increases (or how to secure premium reductions). They offer toolkits, information, and guidance that firms can use in making decisions affecting their exposure to loss».

⁹¹ Tra i diversi studi sul tema, è interessante quanto riportato, in materia di assicurazione per la responsabilità civile da illecito ambientale, da H. YIN, H. KUNREUTHER, M. WHITE, *Risk-Based Pricing and Risk-Reducing Effort: Does the Private Insurance Market Reduce Environmental Accidents?*, (2011) 54 J. L&Econ. 325.

⁹² Osservano, in linea generale, ancora O. BEN-SHARAR, K.D. LOGUE, *cit.*, p. 207, come d'altronde «Insureds for whom the cost of the safety measure is low relative to its benefits, or who have low discount rates and thus value the future premium discounts, will “buy” it; others will not».

⁹³ Ritenuta, per una parte della dottrina, invero irrinunciabile. Cfr., tra gli altri, V. SCALISI, *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012, p. 319: «Urge ritrovare un equilibrato piano d'intesa tra riparazione e punizione. Una punizione non strumentale alla riparazione sarebbe una mera *petitio principii*, e una riparazione del tutto prescindente dalla punizione sarebbe anch'essa velleitaria e priva di senso»; P. SIRENA, *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss.; A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 609 ss.; P.G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Torino, 2013.

⁹⁴ L'analisi più approfondita sul tema si deve a F. QUARTA, *cit.*, il quale, ricondotta all'art. 2043 c.c. la sede della riparazione del danno patrimoniale e non patrimoniale, e confortato da significativi riscontri comparativi, rilegge la *ratio* punitivo-deterrente, espressa dal legislatore del '42 nella Relazione al Codice, in una chiave costituzionalmente orientata, propugnando l'opportunità di modulare il rimedio

Nell'ambito del diritto interno, sul piano dell'assicurabilità di risarcimenti di tal fatta, un punto è pacifico: l'assicuratore, in linea generale⁹⁵, non è tenuto ad indennizzare l'assicurato nelle ipotesi di sinistri provocati con dolo e, pertanto, rispetto a danni punitivi eventualmente accordati a fronte della particolare riprovevolezza della condotta, dedotta dall'elemento soggettivo dell'illecito⁹⁶, la risposta è pianamente offerta dal dato positivo.

Nelle altre ipotesi, invece, non sussistono ostacoli frapposti dalla disciplina codicistica che impediscano di ipotizzare l'assicurabilità di un risarcimento di carattere ultracompensativo; ai fini della copertura di un rischio, come quello indicato, è necessario e nel contempo sufficiente che siano effettivamente integrati gli elementi costitutivi dell'illecito e dell'obbligo risarcitorio⁹⁷.

Per quanto concerne, infine, gli effetti che, una volta legittimata la fruibilità di un negozio assicurativo, potrebbero ridondare sull'effettiva portata punitiva di danni

risarcitorio in chiave di sanzione ultracompensativa, qualora l'offesa all'ordine giuridico s'inverni nella violazione dei principi fondamentali, statali e sovranazionali, posti a tutela della persona: «tali offese tanto più saranno gravi quanto più elevato sarà stato il rango giuridico della norma violata e più intensa la partecipazione volitiva dell'autore dell'illecito». Sul tema, con riguardo alla violazione dei doveri di condotta imposti agli intermediari finanziari, cfr. F. SARTORI, *ult. cit.*, p. 148 ss.

⁹⁵ Il principio sarebbe derogato dagli artt. 122 e 144 Cod. Ass., in materia di assicurazione della responsabilità civile per la circolazione dei veicoli, che non fanno riferimento al disposto di cui agli artt. 1900 c.c. e 1917 c.c., quanto piuttosto all'art. 2054 c.c., che non opera distinzioni tra fattispecie a carattere colposo o doloso. La disciplina - si è evidenziato in giurisprudenza - «configura una responsabilità civile da circolazione non solo come rimedio contrattuale di copertura del rischio del soggetto assicurato, ma anche come *strumento sostanziale e processuale di risarcimento del danneggiato alla luce del principio di solidarietà verso il danneggiato o terzo danneggiato*, con tendenza alla rimozione degli ostacoli per l'integrale e tempestivo ristoro dei pregiudizi ancorché arrecati da un rischio non specificatamente assunto in contratto dovendosi infatti ritenersi preminente l'interesse del danneggiato ad essere risarcito (Cass. pen., sez. I, 29 ottobre 2009, n. 44165)» (corsivo mio).

⁹⁶ Cfr. P. SIRENA, *cit.*, pp. 534-535, che evidenzia l'opportunità di sanzionare atti illeciti esemplari mediante un risarcimento del danno superiore alla perdita del danneggiato anche quando si tratti di una violazione di un diritto patrimoniale: «L'esemplarità dell'illecito si può a tal fine opportunamente ricondurre alla malafede dell'autore, ovvero, più specificamente, al dolo. Sembra quindi auspicabile che, ferma restando la generale risarcibilità del danno alla persona, il danno morale soggettivo sia risarcibile non soltanto nei casi previsti dall'art. 2059 c.c., così come è stato interpretato dalla Corte Costituzionale, ma anche ogni qualvolta l'atto illecito è stato compiuto in mala fede, ovvero, più specificamente, con dolo». *Contra*, però, F.D. BUSNELLI, *cit.*, p. 932 ss., il quale ritiene che, una volta dimostrata la non necessaria coincidenza tra fatti illeciti, quali fonte di obbligazioni ex art. 1173 c.c., e fatti illeciti produttivi di risarcimento ex art. 2043 c.c., possa ipotizzarsi l'introduzione, per via legislativa (*nulla poena, sine praevia lege*), dei danni punitivi che, a rigore, non guardando ai pregiudizi sofferti dalla vittima, quanto piuttosto alla riprovevolezza della condotta tenuta dall'agente, andrebbero qualificati in termini di sanzione privata, piuttosto che di rimedi di carattere risarcitorio o riparatorio. Ritiene opportuno che l'introduzione di misure risarcitorie con finalità non compensative sia opera del legislatore, G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1204.

⁹⁷ In questo senso A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 141; cfr., altresì, S. LANDINI, *cit.*, pp. 267-269.

liquidati in via ultracompenzativa, pare utile gettare un rapido sguardo alle riflessioni maturate sul tema nell'esperienza nordamericana, ove l'istituto dei *punitive damages* ha trovato particolare fortuna⁹⁸.

Al riguardo, nel celebre caso *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty* (1962), la *leading opinion* del giudice *Wisdom*, sulla scorta della natura eminentemente afflittiva, accordata ai danni punitivi nell'ambito delle giurisdizioni interessate dal caso di specie (Florida e Virginia), ha negato l'ingresso all'assicurabilità dei danni punitivi, posto che, illogicamente, «the added liability to the insurance companies would be passed along to the premium payers»⁹⁹, piuttosto che a carico di coloro verso cui la sanzione risarcitoria sarebbe diretta.

⁹⁸ Si badi, tuttavia, che in merito al profilo funzionale proprio dei danni punitivi, nella dottrina americana non v'è, come invece potrebbe immaginarsi, unanimità di vedute. J.D. LONG, *Punitive damages: an unsettled doctrine*, (1976) 25 Drake L. Rev. 870, 875, per esempio, individua almeno quattro funzioni che la dottrina ha individuato per giustificare l'istituto: *Compensation, Punishment and Deterrence, Revenge, Promotion of Justice*. Va osservato che, nel sistema giuridico inglese, la risarcibilità degli *exemplary damages* è soggetta a stringenti confinazioni fin dalla nota pronuncia della *House of Lords* nel caso *Rookes v. Barnard* [1964] A.C.1129, che ha segnato il declino dell'istituto nel suo paese d'origine. A far data dal 1990, con l'entrata in vigore del *Court and Services Legal Act*, è attribuito d'altronde un potere alla *Court of Appeal* di rimodulare il risarcimento qualora questo appaia «*excessive or inadequate*». Sull'origine e gli sviluppi dei danni punitivi in Inghilterra cfr. F. BENATTI, *Correggere e punire dalla law of tort all'inadempimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 1 ss. Compendiano gli aspetti salienti della questione, nella letteratura inglese, S.F. DEAKIN, A.J. JOHNSTON, B.S. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law* (7th ed.), Oxford, 2012, p. 797 ss. Per una rapida panoramica comparatistica intorno ai danni punitivi, cfr. D. CORVI, *Punitive Damages*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 859 ss.

⁹⁹ *Northwestern National Casualty Co. v. McNulty*, 307 F.2d 432 (5th Cir. 1962). La Corte ha dappoi motivato ulteriormente, facendo valere, in particolare, che l'assicurazione dei danni punitivi si porrebbe in diretto contrasto con principi di «public policy» (440): «It is not disputed that insurance against criminal fines or penalties would be void as violative of public policy. The same public policy should invalidate any contract of insurance against the civil punishment that punitive damages represent». L'orientamento è stato fatto proprio da diverse pronunce successive. Si cfr., sul punto, e per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali, G. FRANKLIN, *Punitive Damages Insurance: Why some Courts Take the Smart out of "Smart Honey"*, (1986) 40 U. Miami L. Rev. 979. Nei casi di copertura assicurativa obbligatoria, il problema, stando ad una parte della giurisprudenza, non si porrebbe, come evidenziato, tra le altre, in *State Firm Fire & Casualty Co. v. Tringali*, 686 F.2d 821, (9th Cir. 1982): «We are persuaded that the adoption of a compulsory scheme of automobile liability insurance very strongly suggests a legislative intent that there be no exclusion of intentional acts of the insured. Compulsory automobile insurance is adopted for the protection of the victims. From the viewpoint of the victim, the mental state of the insured is irrelevant. The common objection to insuring one's self against liability for deliberately wrongful acts has little force in this context. Where compulsory automobile liability insurance statutes use the terms "accident" or "accidental" we should, if possible, read those terms in a way that does not exclude intentional acts of, or even intentional wrongs done by, the insured». Le parole di questa pronuncia, riecheggiano quanto osservato *sub* nota 60. Per quanto concerne il sistema inglese, si è osservato in tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli, che qualora non sussista, nel corpo della polizza, un'espressa esclusione della copertura assicurativa per gli illeciti dolosamente provocati, la compagnia assicurativa è tenuta all'indennizzo. Cfr., in questo senso, *Bristol Alliance Ltd v Williams & EUI Ltd*. [2012] EWCA Civ 1267; [2012] WLR (D) 273.

In senso contrario, tuttavia, in altre decisioni si è ritenuto che l'efficacia sanzionatorio-deterrente dei danni punitivi non verrebbe sterilizzata dalla sussistenza di un contratto assicurativo a copertura degli stessi, per due contigue, e affatto convincenti ragioni: *i*) la società assicurativa, nel determinare il premio, prende in considerazione l'eventualità di risarcimenti a carattere punitivo; *ii*) l'assicurato è dissuaso dall'idea che, dopo essere stato condannato ad un risarcimento di carattere punitivo, l'assicurazione possa aumentare il premio della polizza offerta¹⁰⁰.

Nello specifico, emerge che la prassi assicurativa, tanto con adeguati meccanismi di adeguamento del premio, quanto ancora tramite l'ausilio degli specifici congegni contrattuali *supra* richiamati, possa offrire la copertura di danni ultracompensativi, qualora ammessi dall'ordinamento, senza per questo obliterarne l'obiettivo punitivo cui questi sono preordinati.

Pare, dunque, doversi dissentire dalla diffusa opinione secondo cui la funzione *preventiva* della responsabilità civile sarebbe naturalmente destinata ad evaporare ogniqualvolta il danneggiante, in forza dell'assicurazione, venga sollevato dal rischio di dover sopportare il risarcimento¹⁰¹.

1.4. *Il rischio e la natura aleatoria del contratto di assicurazione*

Si è sostenuto, con espressione tanto sintetica, quanto efficace, che «tutta la teoria dell'assicurazione si basa sulla nozione fondamentale di rischio»¹⁰²: la dottrina

¹⁰⁰ Sul punto, per un'indicazione delle fonti giurisprudenziali, si cfr. l'essenziale contributo di G.L. PRIEST, *Insurability and punitive damages*, (1988-1989) 40 Ala L. Rev. 1009, 1014.

¹⁰¹ In questi termini, A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 142, il quale osserva poi che «A tal riguardo sarebbe infatti necessario che, per mantenere efficace quella funzione, i risarcimenti dovuti a titolo di sanzione consentano un'azione di regresso verso il responsabile». Cfr. anche P. CORRIAS, *Responsabilità civile e assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 266: l'A. esclude l'idoneità degli obblighi che derivano, più ampiamente, dalle cc.dd. pene private (o sanzioni punitive civili), ad essere compresi nel novero dei rischi assicurabili.

¹⁰² M.L. SAY, voce *Assurance*, in *Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique*, Parigi, 1900, p. 94. L'origine del termine, secondo la ricostruzione etimologica più accreditata, andrebbe rinvenuta nella fase dell'espansione araba nel Mediterraneo ove, con il termine *rizq* (arabo) e *rizikòv* (greco-bizantino), si indicava la paga in argento conferita al soldato mercenario, ovverosia l'*ἀνὴρ τοῦ ριζικοῦ* (soldato di fortuna), colui che alla «sorte» e al «destino» doveva la propria vita e che, peraltro, costituiva sovente il mezzo tramite cui la «sorte» si serviva per decidere la vita degli altri uomini: v. S. MASO., *Rischio e τέχνη nella filosofia antica*, in P. BARROTTA, *Il rischio: aspetti tecnici, sociali, etici*, Roma, 2012, p. 183.

assicurativista ha evidenziato, ancora, che il rischio costituisce il «presupposto fondamentale»¹⁰³ ovvero un «elemento essenziale del contratto di assicurazione»¹⁰⁴.

Che della fenomenologia assicurativa il rischio sia l'elemento centrale, non è d'altronde lecito dubitare, alla luce del chiaro disposto delle disposizioni ad esso dedicate dal codice civile.

Così, l'art. 1895 c.c. evidenzia che il contratto di assicurazione è nullo, qualora il rischio non sia mai esistito ovvero abbia cessato di esistere prima della conclusione dello stesso; sono poi contemplate le ipotesi in cui questo cessi, si aggravi o diminuisca durante la pendenza del rapporto (rispettivamente, artt. 1896, 1897 e 1898 c.c.).

Anche con riferimento alla responsabilità civile il rischio assume un ruolo fondamentale, se è vero che la sua primaria finalità sta nel ripartire l'alea degli eventi lesivi e delle rispettive conseguenze, vale a dire il rischio che un certo fatto implichi per un soggetto, a suo carico, una responsabilità; l'intima connessione dei fenomeni non deve però far perdere di vista che la responsabilità civile è «una tecnica di ascrizione dell'obbligo risarcitorio, mentre l'assicurazione è una tecnica di assolvimento dello stesso»¹⁰⁵.

Ciò premesso, e preso atto della coincidenza concettuale tra le locuzioni «rischio» ed «alea»¹⁰⁶, è opportuno distinguere la nozione di rischio in senso *giuridico*, da quella di rischio *economico*: tale ultima locuzione, designando le conseguenze positive o negative che le attività di un individuo possono avere sul suo patrimonio, è priva di giuridica rilevanza, non fungendo da presupposto *immediato* ad un determinata disciplina legale¹⁰⁷.

¹⁰³ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1973, p. 65.

¹⁰⁴ Così, già R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere*, II, Livorno, 1842, p. 110; C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione, di pegno, di deposito nei magazzini generali*, in *Il codice di commercio commentato*, VII, Torino, 1922, p. 7; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, *cit.*, p. 109; F. PECENNINI, *L'assicurazione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XIII, 2007, p. 88.

¹⁰⁵ Cfr., sul punto, A. CANDIAN, *cit.*, p. 57. Analogamente, P. CORRIAS, *cit.*, p. 247, il quale configura l'assicurazione danni quale «archetipo di un fenomeno - la c.d. *garanzia pura* - il cui aspetto essenziale e qualificante è costituito dal trasferimento sul garante di un rischio che, in base ai criteri ordinari di ripartizione, dovrebbe essere sopportato dal garantito» (corsivo mio).

¹⁰⁶ Cfr. R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1024 (nt. 4): «Le disquisizioni meramente terminologiche sull'uso delle parole rischio e alea (...) si risolvono in sottigliezze di scarso rilievo». Cfr. altresì, A. GAMBINO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Napoli, 1964, p. 76.

¹⁰⁷ E. DAMIANI, *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008, pp. 25-26.

Il rischio *giuridico* è, viceversa, nozione atta ad indicare fattispecie rispetto alle quali l'avversarsi dell'evento incerto ha un'incidenza diretta sulla situazione giuridica dei soggetti; designando le ipotesi di rilevanza legale dell'alea, tale sintagma ricomprende, pur senza in essa esaurirsi, la categoria dogmatica dei contratti aleatori¹⁰⁸.

I contratti aleatori, che non godono di un'espressa definizione offerta dal codice civile al riguardo¹⁰⁹, sono caratterizzati dalla sussistenza di un peculiare rischio *giuridico*, ovverosia si tratta di negozi rispetto ai quali la prestazione di una delle parti (o di ciascuna delle parti), è determinata - con riferimento alla sua *nascita* o al suo *ammontare* - in funzione di un evento futuro ed incerto (*arg. ex art. 1472, co. 2, c.c.*)¹¹⁰.

Il contratto di assicurazione è un negozio aleatorio: mentre l'assicurato paga un corrispettivo per acquistare un'«immediata sicurezza, derivante dalla garanzia di poter compensare gli effetti dell'eventuale verificarsi dell'evento dedotto», la prestazione dell'assicuratore è determinata, nell'*an* e nel *quantum*, dal verificarsi di un evento futuro e incerto, come si deduce dalla combinata lettura degli artt. 1882 e 1895 c.c.¹¹¹.

¹⁰⁸ Cfr. R. NICOLÒ, *cit.*, pp. 1024-1025, il quale, tra le ipotesi di rischio giuridico rilevanti, di là dalle fattispecie dei contratti aleatori, riporta i casi di responsabilità oggettiva e la disciplina normativa in punto di criteri prestabiliti di ripartizione del rischio, ovverosia gli artt. 1221, 1207, 1455 e 1463 c.c. Più ampio il ventaglio di fattispecie in cui assume rilievo il rischio giuridico offerto da A. GAMBINO, *cit.*, p. 61 ss. e G. SCALFI, voce *Alea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 255, che fa presente, giustappunto, come le ipotesi in esame presentino il solo aspetto «comune della rilevanza di un evento incerto nella sfera giuridica di un soggetto o di più soggetti in un rapporto giuridico».

¹⁰⁹ Che sul punto si limita a sottrarre i contratti appartenenti alla categoria in oggetto alla disciplina prevista per la rescissione per lesione (art. 1448 c.c.) ed alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 e 1469 c.c.). La giustificazione offerta, al riguardo, dal legislatore, *Relazione* n. 157, sta nel fatto che la nozione «è eminentemente dogmatica, e peraltro pacifica, dato che le formule del codice vigente esprimono una realtà del tutto intuitiva».

¹¹⁰ Quanto detto, vale ad aderire all'indirizzo interpretativo che giunge ad individuare la morfologia propria dei contratti aleatori valorizzando l'aspetto strutturale, piuttosto che quello funzionale, degli stessi. Cfr., in questo senso, R. NICOLÒ, *cit.*, pp. 1029-1030; G. SCALFI, *cit.*, p. 255 ss.; P. CORRIAS, *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 319; G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 196 ss.

¹¹¹ Così, A. BRACCIODIETA, *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali (Artt. 1882-1903)*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2012, p. 24. Per dirla con le parole di una nota pronuncia della giurisprudenza nordamericana (v. *infra*, cap. 2, § 2.1.1.), *Keen Corp. v. Insurance Co. of North America*, 667 F.2d 1034, (D.C. Cir. 1981), «An insurance contract represents an exchange of an uncertain loss for a certain loss (...) the uncertain loss is the possibility of incurring legal liability, and the certain loss is the premium payment». Sul piano dei risvolti operazionali, l'inquadramento del contratto di assicurazione nell'uno o nell'altro senso non produce conseguenze di rilievo. L'applicabilità dell'art. 1467 c.c. (risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta), infatti, è da escludersi già in ragione della specifica disciplina prevista, a garanzia dell'equilibrio economico del contratto di assicurazione, dagli artt. 1897 e 1898 c.c.; quanto all'art. 1448 c.c. (rescissione per lesione), non rileva la natura aleatoria o meno del contratto di assicurazione, posto che, in un mercato concorrenziale quale quello assicurativo, appare financo inverosimile che si possano, comunque, attuare i presupposti previsti dalla disposizione (approfittamento di uno stato di bisogno al fine di trarne

Ad essere aleatoria è, dunque, esclusivamente la prestazione dell'assicuratore, piuttosto che quella dell'assicurato, certa fin dalla stipulazione del contratto¹¹².

Nel dettaglio, gli indici normativi propri dello schema dell'assicurazione contro la responsabilità civile o, più in generale, contro gli eventi dannosi, depongono per un individuazione del rischio non nell'*incertezza del sinistro* (i.e.: fatto generatore del danno: v. *infra*, cap. II, § 2.1.), quanto piuttosto - come osserva la dottrina più attenta¹¹³ - nell'*incertezza dei danni* che da questo possono derivare e che, provocando il debito risarcitorio, vengono a gravare sul patrimonio dell'assicurato.

Beninteso: l'assicurazione di responsabilità civile non copre il danno subito dal terzo («danno» in senso civilistico), quanto piuttosto il danno al patrimonio dell'assicurato (cd. «danno assicurativo»)¹¹⁴, sicché il *rischio* si verifica se e quando il terzo avanza la propria richiesta di risarcimento nei confronti del danneggiante¹¹⁵.

vantaggio). Cfr. S. LANDINI, *Delle assicurazioni, artt. 1882-1917*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Torino, 2011, pp. 43-44.

¹¹² In questo senso già R.J. POTHIER, *Ouvres*, III, Bruxelles, 1830, p. 236; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, II, p. 534 ss.; MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, 1979, p. 129; A. BRACCIODIETA, *loc. cit.* Il codice del 1865, all'art. 1102 c.c., riprendendo la distinzione proposta dal *Code Napoleon*, testualmente recitava: «E' contratto di sorte o aleatorio, quando per ambedue i contraenti o per uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto». *Contra*, a favore dell'aleatorietà bilaterale, tra gli altri, C. VIVANTE, *cit.*, p. 22; A. DONATI, *ult. cit.*, p. 41 ss.; L. BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 455; MOSCO, *Onerosità e gratuità nei negozi giuridici*, Milano, 1948, p. 204.

¹¹³ Cfr. P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 59 (nt. 76). Nello specifico, la distinzione tra sinistro e rischio è ricavabile sul piano normativo, *in primis*, dagli artt. 1882 e 1905 c.c., che discorrono di «danno prodotto da sinistro» e di «danno sofferto dall'assicurato in conseguenza del sinistro». In secondo luogo, dalla lettera degli artt. 1913 e 1914 c.c., in tema di obblighi di avviso e salvataggio, che prescrivono i comportamenti che deve tenere l'assicurato al fine di *evitare o diminuire* il danno, una volta verificatosi il sinistro. La medesima logica è sposata altresì dall'art. 514, co. 1, cod. nav., in forza del quale «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». Per F.A. MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 837: «il rischio è il presupposto del contratto di assicurazione e come tale è un elemento esterno al contratto, e delinea, in termini astratti, *la possibilità che un certo accadimento provochi conseguenze pregiudizievoli all'assicurato*» (enfasi aggiunta).

¹¹⁴ Come ricorda M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *cit.*, p. 24, «il «danno assicurativo» è il pregiudizio patito dall'assicurato che sia costretto a risarcire un terzo del pregiudizio causatogli, mentre «danno» in senso civilistico è solo quest'ultimo pregiudizio».

¹¹⁵ Cfr. però F. DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2016, p. 54, per il quale, a ben vedere, il patrimonio dell'assicurato viene ad essere inciso negativamente solo dalla condanna al risarcimento e non già dalla mera (e potenzialmente infondata) richiesta di risarcimento. Nel senso prospettato, tra gli altri, benché tramite una differente qualificazione delle nozioni di rischio e sinistro rispetto a quella fatta propria nel presente lavoro, G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, *cit.*, p. 6.; A. BOGLIONE, *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009, p. 474;

L'art. 1895 c.c. sancisce a pena di nullità che il rischio debba sussistere al momento della conclusione del contratto di assicurazione; la possibilità dell'evento considerato (*rectius*, dei pregiudizi conseguenti all'evento) impone, dunque, che si tratti di un accadimento futuro¹¹⁶.

Il rischio, oltre che futuro, dev'essere *oggettivamente* incerto: non è possibile, per quanto riguarda le assicurazioni terrestri, ritenere che - alla stregua di quanto previsto dall'art. 514 c. nav.¹¹⁷ - valga quale presupposto di validità del negozio altresì l'incertezza solo *subiettiva* delle parti circa la sussistenza del rischio, ovvero che sia ammissibile il cd. *rischio putativo*.

Benché, come rilevato da parte autorevole della dottrina¹¹⁸, non vi sia alcun indice testuale che induca a ritenere *eccezionale* l'assicurabilità del rischio solo soggettivamente inesistente, il dato è irrefutabile sotto un profilo storico-sistematico.

Invero, l'intenzione del legislatore, desumibile dai lavori preparatori, non lascia margine a dubbi: la disposizione di cui all'art. 430 del codice di commercio del 1882, che prevedeva l'assicurazione del rischio putativo anche nell'ambito delle assicurazioni terrestri, è stata espunta in quanto non «più rispondente alla realtà»¹¹⁹.

Si consideri, inoltre, che nell'ambito delle assicurazioni marittime, la disciplina del rischio putativo è profondamente mutata, dal momento che viene attribuito rilievo, ai fini della validità del negozio, non tanto allo stato di soggettiva incertezza dei

I. PARTENZA, *Assicurazione di r.c. delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Ass.*, 2010, pp. 680-681.

¹¹⁶ Per tutti, G. FANELLI, *ult.cit.*, il quale fa presente, infatti, che l'incertezza del rischio può riferirsi non solo all'*an*, ma anche al *quando* del suo verificarsi, senza per questo pregiudicare l'aleatorietà del contratto, come accade, tra i molti esempi che potrebbero farsi, per le assicurazioni a vita intera per il caso di morte.

¹¹⁷ Art. 514 c. nav.: «Rischio putativo: 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. Si presume, fino a prova contraria, che la notizia sia tempestivamente pervenuta nei luoghi suddetti. L'assicuratore, che non sia a conoscenza dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro, ha diritto al rimborso delle spese; ha diritto invece all'intero premio convenuto se dimostra una tale conoscenza da parte dell'assicurato».

¹¹⁸ Di recente, E. BOTTIGLIERI, *Dell'assicurazione contro i danni (Artt. 1904-1918)*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Cod. civ. comm.*, 2010, p. 271, pp. 273 e 275; tra gli altri, A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 300.

¹¹⁹ Le parole della Relazione ministeriale n. 324 sono inequivocabili: «nel campo della navigazione, nonostante i giganteschi progressi della tecnica, non sembra sia assolutamente da escludere che in qualche caso il proprietario della nave o quello delle merci ignorino la sorte toccata alle loro cose».

contraenti sulle sorti del rischio, quanto piuttosto al fatto che alcuna notizia al riguardo sia ad essi giunta nei luoghi previsti¹²⁰.

E' chiaro che conferire cittadinanza al rischio putativo, nell'ambito delle assicurazioni terrestri, significa giungere all'assurda conclusione per cui l'ordinamento consentirebbe, in via generale, l'assicurabilità di un rischio anche solo soggettivamente esistente, con una disciplina più favorevole rispetto a quella prevista nell'ambiente di origine (il commercio marittimo), ove l'assicurazione del rischio putativo è ammessa solo qualora venga soddisfatta una stringente condizione *oggettiva*¹²¹.

1.4.1. (Segue) *Rischio assicurabile e accidentalità del danno*

Nell'ambito della assicurazione della responsabilità civile¹²², per espressa previsione di legge (art. 1917 c.c.), l'assicuratore è tenuto ad indennizzare *esclusivamente* le conseguenze economiche che sul patrimonio dell'assicurato vengono a riverberarsi, qualora quest'ultimo debba risarcire il danno ad un terzo (purché non dolosamente provocato, ex art. 1917, co. 2, c.c.; v. *supra* § 1.3.).

¹²⁰ P. CORRIAS, *Sulle peculiarità del rischio nelle assicurazioni marittime*, in *Dir. trasp.*, 1995, p. 51.

¹²¹ Così, S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 89 (nt. 35), il quale, inoltre, evidenzia che «Il termine “rischio” di cui all’art. 1895 c.c. non può che presupporre (ed acquisire significato in relazione a) il “rischio putativo”. Diversamente, potendosi, in generale, concepire il rischio anche in relazione all’incertezza che consegue alla semplice ignoranza, sfuggirebbe la portata precettiva della norma (che risulterebbe, in un certo qual senso, “muta”): il rischio potrebbe essere infatti “inesistente”, poiché un dato evento non è mai stato ignorato; potrebbe essere “cessato”, poiché di un evento passato, prima ignorato, si è acquisita conoscenza. Ciò che, dal punto di vista sistematico, non appare punto coerente». D'altronde, l'art. 1895 c.c., come osserva A. GAMBINO, voce *Assicurazione I) Contratto di assicurazione: profili generali*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1989, p. 9, è norma posta «in ausilio alle esigenze della tecnica assicurativa, in previsione del pericolo di frodi, non facilmente accertabili, a danno dell'assicuratore», e come tale è sottratta alla libera disponibilità delle parti.

¹²² Pur essendo invalsa, nella tradizione giuridica interna, la prassi di attribuire la qualificazione di «responsabilità civile» esclusivamente alle ipotesi di illecito aquiliano, ai fini del presente studio il termine è impiegato per descrivere altresì anche la responsabilità contrattuale, posto che, come evidenziato, tra gli altri, da E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 266: «E' certo che, nella pratica assicurativa, sono diffuse non soltanto le coperture per la responsabilità extracontrattuale ma anche le coperture per la responsabilità contrattuale. Forse anche per questo, generalmente, si ritiene che la responsabilità civile, di cui all'art. 1917 c.c., vada intesa “in senso ampio” cioè includendo responsabilità extracontrattuale e responsabilità contrattuale».

Viene a richiamarsi così, ancora, l'intreccio sussistente tra responsabilità civile e assicurazione, questa volta non sotto il profilo funzionale, bensì sotto quello giuridico-formale: l'elemento di raccordo è rappresentato - com'è agevole intuirsi - dal *danno*¹²³. E' quasi superfluo ricordare che l'obbligo risarcitorio, connesso alla responsabilità civile, scaturisce nel nostro ordinamento dalla produzione di un danno *ingiusto*. Nella responsabilità da inadempimento contrattuale¹²⁴, una volta inattuato il rapporto obbligatorio, il predicato dell'ingiustizia del danno è *in re ipsa*, trattandosi di lesione di un interesse sicuramente rilevante, qual è il diritto di credito¹²⁵. Preso il «commiato dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato»¹²⁶, il debitore è tenuto al risarcimento [a titolo di responsabilità per colpa, ovvero oggettiva]¹²⁷ ogniqualvolta non abbia prestato il *risultato dovuto* - da

¹²³ Rileva P. CORRIAS, *Responsabilità civile e contratto di assicurazione, cit.*, p. 48, che «Anche in ambito assicurativo, non si può prescindere da un concetto generale di danno - patrimoniale e non patrimoniale - valevole per tutti i settori del nostro ordinamento e ricavabile, soprattutto, anche se non in maniera esclusiva, dalle strutture normative contenute nella *sede materiae* dove il risarcimento del danno è disciplinato in maniera più compiuta, ossia nell'impianto della responsabilità civile».

¹²⁴ Sulla qualificazione del sintagma «responsabilità contrattuale» quale richiamo sineddotico alla violazione di qualunque programma obbligatorio, e non solo di quelli iscritti entro un accordo di matrice contrattuale, cfr. L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072.

¹²⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 40-41. Il danno, si attegga diversamente nelle due fattispecie, come incisivamente evidenziato anche da C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 84: «Il danno conseguente all'inadempimento è infatti in sé perdita patrimoniale, mentre il danno extracontrattuale è mediato da un accadimento intrusivo nella sfera giuridica della vittima; il primo è puro conteggio ipotetico di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato, il secondo è il significato economico di ciò che è accaduto e non avrebbe dovuto essere». Esula, evidentemente, dai fini del presente lavoro, lo studio del differente regime previsto dal legislatore in merito all'inadempimento contrattuale e all'illecito aquiliano (in materia di onere della prova, danno risarcibile, nesso di causalità, termini prescrizionali, solidarietà, ecc.): si badi, peraltro, che in più luoghi della letteratura è stata proposta una riduzione dei confini, o financo un'assimilazione, delle due ipotesi di responsabilità (cfr., tra gli altri, U. MAJELLO, *Responsabilità extracontrattuale e contrattuale*, in M. COMPORI, G. SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 77 ss. e F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993).

¹²⁶ L'espressione è di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008, 874-875 e nt. 18; fondamentale, al riguardo, la lettura di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, *Riv. dir. comm.*, 1954, 185 ss., 280 ss., 366 ss. La posizione in dottrina è comunque, ancora, allo stato articolata. La letteratura sul punto è vastissima; tra i contributi più recenti cfr. G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 161 ss.; F. PIRAINO, *Corsi e ricorsi delle obbligazioni «di risultato» e delle obbligazioni «di mezzi»: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *Contratti*, 2014, p. 891 ss.

¹²⁷ Per tutti, C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1970, pp. 508-509: «nella previsione dell'art. 1218 c.c. limite della responsabilità è l'impossibilità non imputabile a colpa, se quest'ultima è il criterio di imputazione; l'impossibilità non imputabile secondo un altro criterio, ove si debba pervenire alla conclusione che quest'altro (o questi altri) criterio esista»; in senso analogo,

determinarsi secondo buona fede e in base alle convenzioni contrattuali - idoneo a realizzare l'interesse finale del creditore, così dedotto dalle parti quale oggetto del rapporto obbligatorio¹²⁸.

La responsabilità extracontrattuale, anch'essa legata - come visto *supra* (§ 1.1.) - ad un duplice criterio di distribuzione del rischio, scaturisce ogni qualvolta sia posto in essere un atto imputabile, direttamente o, quantomeno, in via mediata, all'uomo¹²⁹, in violazione di una norma posta a presidio di un interesse dall'ordinamento protetto.

Se è vero, infatti, che il danno, di per sé mera «circostanza di puro fatto, oggettiva alterazione *in pejus* di una porzione di realtà, materiale o immateriale»¹³⁰, deve scaturire da una lesione arrecata ad uno o più «interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza»¹³¹, purtuttavia va tenuto presente che la *norma*

pur con varietà d'accenti, si sono espressi anche G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.* (II ed.), *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, p. 228 ss.; P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 341 ss.; F. SARTORI, *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012, p. 44.

¹²⁸ I confini frapposti tra teorie «patrimoniali» e «personali» dell'inadempimento paiono essersi notevolmente ridotti e aver trovato un punto di raccordo nel rinvenimento dell'oggetto del rapporto obbligatorio nel comportamento del debitore finalizzato a conseguire un risultato utile per il creditore. Cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 52 ss., ripreso, di recente, da F. PIRAINO, *Adempimento del terzo e oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 305 ss. ed E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 151 ss.

¹²⁹ Sul punto, si condivide la prospettiva adottata da G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003, p. 84, per il quale, a dispetto di quanto potrebbe indurre a ritenere la dizione legislativa «fatto (illecito)», nell'ambito della responsabilità civile «il fatto in tanto rileva in quanto sia imputabile ad un soggetto o derivi da animali o cose che rientrino nella sfera di operatività del soggetto»; sul punto, in analogo senso si era già espresso E. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944, p. 174 ss., secondo il quale «perché esista danno sanzionabile è necessario, secondo il nostro sistema legislativo, poter ricondurre o direttamente o indirettamente il danno all'opera dell'uomo (...) l'ordine giuridico, in tanto mette in moto la sanzione, in quanto considera l'evento dannoso come ricollegantesi ad una causa umana, anziché ad una causa naturale». Coglie nel segno, a tal proposito, il pensiero di P. CORRIAS, *ult. cit.*, p. 247: il concetto di responsabilità vale a rappresentare le conseguenze di tipo riparatorio previste dal sistema giuridico per l'eventualità in cui si contravvenga ad un dovere imposto dalla legge, e pertanto ogniqualvolta sia posto in essere «un atto imputabile, almeno dal punto di vista causale al soggetto tenuto al risarcimento (o sottoposto ad altre conseguenze) secondo la legge».

¹³⁰ F. QUARTA, *cit. Contra*, V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità. Fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 658, il quale accoglie una visione normativa del concetto di danno già di per sé inteso come «lesione di un interesse efficace o anche soltanto giuridicamente rilevante». Ne consegue che, al fine di valutare l'ingiustizia e, dunque, la risarcibilità del danno, secondo quest'ultimo A., si dovrebbe operare una valutazione intrinsecamente di specie e a posteriori, basata su una considerazione essenzialmente comparativa di entrambe le posizioni giuridiche della vittima e dell'agente, al fine di stabilire quale degli interessi giuridici in conflitto possa reputarsi prevalente, quindi preminente e come tale da tutelarsi in via aquiliana (ID., pp. 672-673).

¹³¹ Orientamento consolidato in giurisprudenza a far data dal grande *arrêt* delle Sezioni Unite, del 22 luglio 1999, n. 500, commentata, tra gli altri, da A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni*

giuridica - quale significato da attribuire alla legge in esito all'attività interpretativa - può essere letta, sotto il profilo delle modalità deontiche da essa espresse, esclusivamente in termini di dovere¹³².

L'ingiustizia del danno, dunque, può ritenersi integrata solo qualora le conseguenze pregiudizievoli sofferte dalla vittima siano il prodotto, a monte, di una contravvenzione del danneggiante ad un comando o ad un divieto¹³³.

giuridiche soggettive, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 681 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.; P.G. MONATERI, *Il tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno resp.*, 1999, 978 ss. La dottrina maggioritaria è orientata in questo senso. Per tutti, valga la definizione di M.C. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, V, Milano, 2012, p. 584: «Danno ingiusto è la lesione di un interesse giuridicamente protetto nella vita di relazione».

¹³² E' utile richiamare, in questo senso, l'acuta riflessione di E. RUSSO, *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (artt. 1176 e 1218 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 737 ss.: «Le modalità giuridiche possono essere tutte ridotte in termini di dovere; e questo termine può essere assunto a descrivere l'impatto sociale della norma»; a ciò non osta il fatto che il sistema normativo venga considerato come un sistema di interessi protetti, anziché di doveri, posto che il concetto di "dovere" «costituisce il *prius* logico essenziale per la stessa configurazione della norma giuridica»; *amplius*, ID. *Vendita e consenso traslativo*, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, 2010, p. 298 ss.

¹³³ Nel peculiare senso fatto proprio nel testo, e non alla stregua di una lettura vetero-imperativista della norma (*rectius*, disposizione) giuridica, possono essere accogliersi le opinioni già avanzate da P. FORCHIELLI, *Lesione dell'interesse, violazione del diritto, risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 341 ss., il quale ha perentoriamente affermato che «Solo il divieto può rendere l'atto produttivo di danno economico illecito o "ingiusto"; come vuole non solo la legge positiva ma, *in primis*, la logica del diritto. Chi esercita la propria libertà, senza abusarne, non può commettere nulla di "illecito" e non può quindi incorrere nel risarcimento! (...) in definitiva le formule "violazione del diritto soggettivo" o "violazione dell'interesse legittimo" non possono non essere sinonime o, tutt'al più, semplici corollari della formula "violazione del divieto", ossia corollari dell'unica formula veramente fondamentale». Cfr., inoltre, l'autorevole pensiero di A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, p. 81 (nt. 29), secondo il quale «L'antigiuridicità dell'atto (comportamento), cioè la sua contrarietà alla norma protettiva dell'altrui interesse, comporta la produzione del danno che tale norma voleva evitare (...) Invero, l'ingiustizia del danno non può essere ravvisata all'infuori della violazione dell'apparato giuridico protettivo dell'oggetto dello stesso danno (interesse). Ciò trova letterale conferma nell'art. 2043, il quale è intitolato "Risarcimento per fatto illecito" e nel testo descrive un tale fatto come quello, doloso o colposo, che cagiona ad altri "un danno ingiusto": con il che è resa evidente, malgrado le forzature dottrinarie in contrario, l'intima correlazione tra *illiceità* ed *ingiustizia*»; preziosa è l'opzione ermeneutica avanzata dal medesimo A., *cit.*, p. 90, nel ricollegare il danno ingiusto al danno avente ad oggetto un interesse giuridicamente tutelato, e non un qualsiasi interesse meritevole di tutela. Accordando rilevanza a qualunque lesione di un interesse meritevole di tutela, si finirebbe, infatti, per conferire «al giudice un elastico potere di valutazione circa l'importanza degli interessi, la loro attitudine a meritare tutela giuridica, che non sembra conforme allo spirito informatore dell'ordinamento». L'art. 2043 c.c. è, tecnicamente, dunque, norma secondaria, come evidenziato, tra gli altri, da S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 358 ss., per il quale, nell'ambito di una concezione della responsabilità civile come sistema "a tipicità progressiva o evolutiva", la necessità per cui il requisito dell'ingiustizia del danno debba eseguire un rimando ad altri luoghi del sistema non può essere sottovalutata. Altrimenti opinando, si giungerebbe a conferire un'inammissibile delega in bianco al giudice nel determinare quali danni possano essere qualificati come "ingiusti", aprendo le porte ad una - per molti versi pericolosa - stagione di diritto "libero". D'altronde, non va dimenticato che il nostro ordinamento rimane un prodotto in cui il ruolo dell'interprete, in primo luogo quello dell'organo giudicante, è certo quello di un soggetto deputato a un'attività creativa, ma «nel senso di un'attività cui spetta di attualizzare una virtualità insita, se non sempre nella volontà dell'organo legislativo, nel sistema di enunciati che esso ha posto», come

Come segnalato in dottrina, è d'uopo, tuttavia, non incorrere in fallaci assimilazioni, riferendo alla prestazione indennitaria posta in capo all'assicuratore i principi previsti dall'ordinamento per quanto riguarda l'obbligazione risarcitoria *stricto sensu* intesa: a dispetto dell'imprecisa formulazione dell'art. 1905 c.c. - previsione a presidio, in uno con gli artt. 1904, 1908 e 1910 c.c., del c.d. principio indennitario¹³⁴ - l'indennizzo offerto dall'assicuratore, in contrasto col principio dell'integrale risarcimento¹³⁵, non considera il profitto sperato, e dunque anche il lucro cessante, ed è contenuto «nei limiti stabiliti dal contratto» (i cc.dd. «massimali»)¹³⁶.

Non da ogni [futura ed incerta] conseguenza pregiudizievole conseguente alla lesione di un interesse giuridicamente protetto è nella prassi, dunque, sollevato l'assicurato. A tal stregua, è opportuno ricordare che, sovente, nel corpo dei regolamenti di polizza, ricorre la clausola che vuole l'assicuratore tenuto all'indennizzo nei confronti dell'assicurato, per quanto quest'ultimo sia tenuto a pagare esclusivamente «in conseguenza di un fatto *accidentale*».

rileva C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2010, p. 89 e conferma la giurisprudenza (Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Mass. Foro it.*, 2004): «la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto di sillogismi decisori, non può essere altra che quella ricognitiva dell'esistenza e dell'effettiva portata, e non dunque anche una funzione creativa, della regola stessa». Per un compendio delle diverse posizioni assunte in dottrina in merito ai problemi attinenti la qualificazione del danno come «ingiusto», anche in una prospettiva comparativa, v. S. ACETO DI CAPRIGLIA, *Ingiustizia del danno e interessi protetti. Un confronto tra modelli*, Napoli, 2003.

¹³⁴ L'assicurazione per la responsabilità civile, «come assicurazione sul patrimonio, derivante dal rischio dell'insorgere di un debito che lo diminuirebbe», è tradizionalmente ricondotta al più ampio *genus* delle assicurazioni contro i danni, ed è, pertanto, assoggettata alla correlata applicazione del principio in esame, come evidenzia, tra gli altri, M. FRANZONI, voce *Responsabilità civile (Assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1996, p. 397. E' rimasta invero minoritaria l'opinione di coloro i quali (tra cui v. G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1986, p. 189) asseriscono l'operatività del principio limitatamente alle assicurazioni di cose, in quanto esclusive ipotesi per le quali sarebbe effettivamente possibile quantificare il valore della lesione subita. La *ratio* del principio è variamente rinvenuta in dottrina: prevale l'idea che la sua previsione valga a scongiurare un'alterazione funzionale del contratto, che da strumento di riparazione degli effetti negativi riverberanti sul patrimonio dell'assicurato conseguenti al sinistro, potrebbe altrimenti degenerare in un mezzo surrettizio per soddisfare un interesse di carattere speculativo. Cfr. sul tema, diffusamente, A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 113.

¹³⁵ Va rammentato che il principio di integrale riparazione del danno viene ricavato in via interpretativa dall'art. 1223 c.c.: sul punto, per tutti, G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Padova, 2009, p. 30. In forza del rinvio operato dall'art. 2056 c.c., esso è applicato anche alle ipotesi di responsabilità aquiliana. Intorno al ruolo e al valore del principio del risarcimento integrale nella sistematica della responsabilità civile, cfr. G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 67 ss.

¹³⁶ Cfr., nel senso indicato nel testo, S. LANDINI, *ult. cit.*, p. 154.

La preoccupazione, all'evidenza, è quella di evitare che l'assicurato, confidando nella copertura offerta dall'assicuratore, tenga comportamenti opportunistici o negligenti, prestando scarsa attenzione alla prevenzione degli eventi dannosi (cd. *moral hazard*, v. *supra*, § 1.3.)¹³⁷.

Taluni hanno ritenuto che, in forza di tale previsione, il danno debba essere la conseguenza di un evento repentino¹³⁸, ovvero unico, rapido o violento¹³⁹.

Altri ha sostenuto, invece, che l'interpretazione da darsi alla locuzione sia quella di evento *repentino* ma pure *straordinario* con riferimento all'attività usualmente svolta dal contraente, al fine di evitare che l'assicuratore abbia a sostenere un costo piuttosto che un rischio connesso alla sfera giuridico-economica dell'assicurato¹⁴⁰.

La giurisprudenza, dal canto suo, pur dopo aver assunto orientamenti affatto ondivaghi al riguardo, ricalcando così le posizioni offerte in dottrina¹⁴¹, è giunta a ritenere, con indirizzo ormai consolidato, che la clausola in esame sarebbe priva di un'autonoma portata precettiva, e varrebbe solo a confermare la piena assicurabilità di tutti gli illeciti imputabili a titolo di responsabilità per colpa od oggettiva, escludendo, dunque, dal novero degli eventi dannosi assicurati quelli provocati con dolo dell'assicurato¹⁴².

Tale ultima soluzione pare, invero, condivisibile, in quanto atta a scongiurare l'aumento dei costi di amministrazione (: leggasi, transattivi) connessi all'esercizio

¹³⁷ Cfr. R. DIES, *Il fatto accidentale nella assicurazione della responsabilità civile: un dilemma irrisolto (o irrisolvibile?)*, in *Resp. civ.*, 1993, p. 605.

¹³⁸ Cfr. L. SCARLATTINI, *Dell'accidentalità nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. prat. ass.*, 1975, p. 351; M. ANTINOZZI, *L'accidentalità nell'assicurazione RC*, in *Dir. prat. ass.*, 1982, p. 532.

¹³⁹ Cfr. E. BONVICINI, *La responsabilità civile. Assicurazione facoltativa e obbligatoria*, III, Milano, 1973, p. 240.

¹⁴⁰ Così, D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1992, p. 32; per A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 80 ss., tale interpretazione si porrebbe in palese contrasto con la progressiva attenzione prestata, in materia di responsabilità civile, alla tutela degli interessi lesi del danneggiato, anche sulla base delle possibilità di copertura delle conseguenze dannose, giustappunto conseguenti all'espletamento dell'attività d'impresa o professionale, offerte dalle Compagnie assicurative.

¹⁴¹ Per una rassegna degli indirizzi giurisprudenziali sul tema, cfr. P. SANTORO, *Assicurazione e accidentalità del fatto*, in *Danno resp.*, 2002, p. 1011 ss.

¹⁴² Cfr. Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2013, n. 16108: «Costituisce pacifica acquisizione della giurisprudenza di questa Corte il principio secondo cui il contratto di assicurazione della responsabilità civile che preveda nelle condizioni generali la limitazione della garanzia ai danni derivati da fatti accidentali è *correttamente interpretato nel senso che la garanzia assicurativa opera anche nell'ipotesi di fatti colposi*, non potendo ipotizzarsi un contratto di assicurazione in relazione a fatti meramente accidentali che, derivando da caso fortuito o da forza maggiore, non possono essere comunque fonte di responsabilità civile (principio contenuto già nella sentenza 5 aprile 1990, n. 2863, poi costantemente ribadito, fra le altre, dalle sentenze 10 aprile 1995, n. 4118, 28 febbraio 2008, n. 5273, e, da ultimo, 26 febbraio 2013, n. 4799)» (corsivo mio).

dell'attività assicurativa, a fronte del contenzioso che potrebbe scaturire dall'ardua intellegibilità della clausola in esame¹⁴³.

Se, d'altronde, non può asserirsi che la compagnia assicurativa sia tenuta ad offrire la propria copertura in «quelle ipotesi in cui un reiterato comportamento colposo assume tale gravità da essere equiparato al dolo»¹⁴⁴, la partita può essere giocata non tramite l'inserzione di ambigue clausole di delimitazione del rischio, quanto piuttosto sfruttando le potenzialità offerte dal principio della buona fede *in executivis* ex art. 1375 c.c., idoneo a rendere inefficaci pretese all'indennizzo, pur virtualmente fondate, avanzate da assicurati gravemente negligenti¹⁴⁵.

1.4.2. (Segue) *Le delimitazioni pattizie del rischio: il cd. «rischio assicurato»*

La concreta estensione della garanzia viene nella prassi delimitata dalle Compagnie assicurative, tramite l'apposizione di dettagliate condizioni, di carattere temporale (v. *infra*, capp. II e III), spaziale e causale, volte a specificare le «concrete modalità di accadimento del sinistro»¹⁴⁶, idonee provocare l'obbligo di erogazione dell'indennizzo¹⁴⁷: si discorre, con formula stipulativa, di «rischio assicurato»¹⁴⁸.

¹⁴³ In dottrina, in questo senso, già A.D. CANDIAN, *cit.*, pp. 84-85.

¹⁴⁴ Cfr. A. LA TORRE, *I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato*, in *Ass.*, 1966, p. 650.

¹⁴⁵ Sull'inefficacia, quale rimedio complementare al risarcimento del danno, offerto per la violazione del principio di buona fede ex art. 1375 c.c., cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto (Artt. 1374-1381)*, II, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, 2013, p. 294 ss.: se «la parte che aziona il diritto non tiene un comportamento di buona fede (...) agisce al di fuori del diritto, allo stesso modo del rappresentante che abbia agito senza potere, se non è intervenuta la ratifica (art. 1398 c.c.)».

¹⁴⁶ M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 202.

¹⁴⁷ Cfr. S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, *cit.*, p. 36 (nt. 51), la quale sottolinea che si tratta di una tripartizione che riveste un «valore puramente sistematico-descrittivo dal momento che tale classificazione non trova giustificazioni sul piano degli effetti giuridici». Secondo la visione dominante (v. *infra*, cap. III, § 3.), tali previsioni negoziali sarebbero da qualificarsi come clausole delimitative dell'oggetto del contratto, in quanto tali sottratte al controllo giudiziale ex artt. 1341 e 1469-bis c.c. Orbene, non pare che il rischio possa essere qualificato, in termini rigorosamente dogmatici, quale oggetto del contratto, se è vero che tale locuzione vale solo a qualificare le prestazioni contrattuali cui sono tenute le parti (sia consentito rinviare a V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 338, che opportunamente sottolinea la differenza tra prestazione *contrattuale* e prestazione *oggetto dell'obbligazione*). L'uso linguistico, piuttosto diffuso anche nella prassi giurisprudenziale, può comunque dirsi accettabile: lo scopo delle clausole esaminande è, pur sempre, quello di apporre più o meno significativi limiti all'impegno contrattualmente assunto dall'assicuratore.

¹⁴⁸ Per G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 70, «è sempre e soltanto al rischio assicurato che si riferisce la disciplina del codice. E' in relazione al rischio

Le delimitazioni spaziali del rischio sono volte a stabilire, nei casi di rischi ubiquitari (si pensi ad una polizza contro gli infortuni), in quali luoghi debba essere avvenuto il sinistro, affinché possa ritenersi operante la copertura l'assicurativa¹⁴⁹.

E' prassi costante la specifica individuazione dell'assicurato, nella relativa qualificazione giuridica, quanto anche degli altri soggetti, eventualmente danneggiati, rispetto ai quali si estende la copertura offerta dall'assicurazione, nonché la natura delle azioni che, una volta da questi poste in essere, varrebbero a chiamare in causa la responsabilità dell'assicuratore (delimitazioni causali *in senso soggettivo*); sovente, è delimitata, inoltre, la platea dei terzi danneggiati, nei confronti dei quali l'assicuratore potrebbe essere chiamato all'indennizzo¹⁵⁰.

Per quanto riguarda le delimitazioni causali *in senso oggettivo*, non possono che essere richiamate le riflessioni maturate intorno alla ricostruzione del nesso di causalità per le fattispecie di responsabilità civile¹⁵¹, preso atto che - stando ad un'idea consolidata - non si dà una peculiare «causalità assicurativa»¹⁵².

In veloce sintesi, l'individuazione del nesso di causalità è affidata ad un giudizio bifasico, relativo, rispettivamente, al rapporto intercorrente tra la condotta (o la situazione) del danneggiante e la lesione di un interesse giuridicamente protetto (cd. *causalità materiale*), e quello tra l'evento dannoso e le «conseguenze dannose che il responsabile dovrà risarcire» (cd. *causalità giuridica*)¹⁵³.

assicurato, nei limiti e con le modalità previste dal contratto, che deve essere valutato se il rischio esisteva al momento della stipulazione (art. 1895 c.c.), o se il rischio è cessato (art. 1896 c.c.), se si è verificato un aggravamento o una diminuzione del rischio (artt. 1897 e 1898 c.c.), se per lo stesso rischio sono contratte più assicurazioni o così via». Puntualizza M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, I, *cit.*, p. 758, che, in esito alla delimitazione del rischio apportata nel singolo regolamento contrattuale, viene a determinarsi non solo il *rischio assicurato*, ma anche il *rischio escluso*, vale a dire quello che, pur virtualmente ricompreso nella polizza, non viene da questa coperto e il *rischio non compreso*, avente come tale ad oggetto le conseguenze dannose conseguenti ad eventi diversi da quelli assicurati.

¹⁴⁹ Rileva, come detto, il luogo ove si è verificato il sinistro, non quello in cui si è verificato e/o manifestato il danno, come sottolineato da M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, *cit.*, p. 782.

¹⁵⁰ Cfr. R. CAVALLO BORGIA, *cit.*, p. 14, la quale evidenzia che sia di stile la clausola che esclude dalla garanzia le fattispecie di responsabilità nei confronti delle persone legate all'assicurato da vincoli di parentela; cfr. anche A. DURANTE, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 43 ss.; A. PALERMO, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Piacenza, 1969, p. 329 ss.

¹⁵¹ Per una ricostruzione organica del tema, si veda il recente contributo di M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012.

¹⁵² Così, M. ROSSETTI, *ult. cit.*, p. 762.

¹⁵³ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (diretto da), *Tratt. resp. civ.* (II ed.), Milano, 2004, p. 14. L'approccio risale al noto studio di G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 409 ss., il quale però, a proposito delle conseguenze conseguenti al «fatto evento fonte di responsabilità» richiama tanto «i danni come ripercussioni patrimoniali» quanto gli ulteriori «eventi» che dal primo potrebbero discendere.

Benché, tuttavia, l'ambito precettivo proprio dei due giudizi sia affidato, rispettivamente, agli artt. 40-41 c.p. e 1223 c.c.¹⁵⁴, i criteri operazionali cui la giurisprudenza tradizionalmente si affida nel determinare la sussistenza del nesso causale sono i medesimi, ovverosia tanto con riferimento all'individuazione del nesso di causalità materiale, quanto di quella giuridica, si ricorre al criterio della *condicio sine qua non*, temperato da quello della *regolarità causale* (o *causalità adeguata*)¹⁵⁵. Così, se con riferimento alla causalità materiale, «assumono rilievo solo le serie causali che, nel momento in cui l'evento si produce, non appaiono del tutto inverosimili secondo le regole statistiche e probabilistiche»¹⁵⁶, analogamente, a proposito del nesso di causalità giuridica, si è detto che esso «va inteso, in modo da ricomprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati che si presentino come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale»¹⁵⁷.

Osserva autorevole dottrina, tuttavia, che il linguaggio causale non si attaglia al problema della delimitazione delle conseguenze risarcibili in esito all'evento lesivo: il danno, «quale pregiudizio economico risentito dal patrimonio di un determinato soggetto» non può, infatti, essere «una realtà del mondo esteriore che si aggiunga

¹⁵⁴ Per tutti, cfr. M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, p. 495. In giurisprudenza, tra le altre, Cass. civ., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 21255, in *Giust. civ. Mass.*, 2013: «in tema di responsabilità civile, il problema della causalità si presenta sotto duplice aspetto: il primo, che attiene al nesso causale tra condotta del soggetto agente, a lui imputabile a titolo di dolo o colpa, e l'evento e che va considerato e risolto alla stregua degli artt. 40 e 41 c.p., pacificamente applicabili in materia civile; il secondo che, presupponendo integro in tutti i suoi elementi lo schema ora delineato, attiene alla derivazione causale del danno, di cui si pretende il risarcimento dell'evento e che è disciplinato dall'art. 1223 c.c.». Per una ragionata rassegna giurisprudenziale, cfr. N. CRIVELLI, *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 695 ss.

¹⁵⁵ Cfr. G. GRISI, *Risarcimento del danno - art. 1223*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Torino, 2012, pp. 161-162, il quale evidenzia come sia piuttosto ricorrente «il richiamo, anche ai fini dell'accertamento della consequenzialità immediata e diretta, alle stesse teorie più di frequente impiegate per dar soluzione al problema della causalità materiale; i criteri da adottare vengono, allora, tratti dagli artt. 40 e 41 c.p., pacificamente ritenuti applicabili alla materia civile, seppure *cum grano salis* e con gli opportuni aggiustamenti». Cfr. sul punto, la ricostruzione offerta da P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 33.

¹⁵⁶ In questi termini, la recente pronuncia Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2016, n. 3620, in *Pluris-Cedam*.

¹⁵⁷ V. anche, per ulteriori ragguagli giurisprudenziali, Cass. civ., sez. III, 13 giugno 2014, n. 13537. Cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1999, p. 592, la quale evidenzia, al riguardo, che l'indebita sovrapposizione di piani è chiara, dal momento che un criterio espressamente elaborato per risolvere il problema del concorso di cause, viene dappoi utilizzato a proposito di offrire una lettura quanto mai estensiva (o meglio, *contra legem*) del dettato di cui all'art. 1223 c.c.

all'evento naturalistico e dal quale possa dirsi causata», ma si risolve tutto «nella portata economica delle suddette modificazioni costituendone una qualifica»¹⁵⁸.

Preso atto di quanto testé considerato, per quanto qui di interesse, il fine è quello appurare se il rischio verificatosi (: cd. manifestazione estesa del rischio¹⁵⁹) sia una conseguenza «non imprevedibile» del *sinistro*, secondo quanto prospettato in giurisprudenza per la valutazione della causalità materiale, e dappoi procedere ad una quantificazione, *sic et simpliciter*, degli effetti economici negativi da esso generati¹⁶⁰.

1.5. *L'aspirazione alla sicurezza di fronte ai «nuovi rischi»*

«La nascita e lo sviluppo delle assicurazioni si fondano sull'aspirazione dell'uomo alla sicurezza»¹⁶¹: l'operazione assicurativa, chiamata alla copertura del rischio da responsabilità civile, è giustificata dal bisogno di sicurezza, nutrito da ciascun consociato, di neutralizzare le conseguenze patrimoniali negative discendenti dalla responsabilità dedotta nell'assicurazione¹⁶².

¹⁵⁸ V. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 81 ss. La visione di RealmonTE trova esplicita adesione in A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 7 ss. (in part. p. 16 ss.) e, così, pure in R. PUCELLA, *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 196.

¹⁵⁹ Riprendendo l'espressione di D. KANTOS, *Realizzazione estesa del rischio e contratto di assicurazione della responsabilità nel diritto greco*, in *Ass.*, 1986, p. 70 ss., il quale riporta la tendenza propria anche dell'ordinamento greco ad operare una scissione tra sinistro e conseguenze dannose allo stesso riconducibili. E' all'uopo necessario evidenziare, tuttavia, che - come visto (cfr. *supra*, § 1.4) - nell'ambito dell'assicurazione contro la responsabilità civile, il rischio può dirsi effettivamente realizzatosi solo con la manifestazione di volontà del terzo di ottenere un ristoro per le conseguenze pregiudizievoli prodotte dal sinistro.

¹⁶⁰ Cfr., sul punto, A. DONATI, *ult. cit.*, p. 151. V. anche G. FANELLI, *ult. cit.*, p. 128 ss. e M. ROSSETTI, *ult. cit.*, p. 768 ss., i quali, tuttavia, sposano una qualificazione dei concetti di sinistro e rischio divergente da quella proposta nel testo.

¹⁶¹ H. MÖLLER, *cit.*, p. 386, il quale, coerentemente, sostiene che «l'intero diritto delle assicurazioni private riflette l'aspirazione alla sicurezza».

¹⁶² Secondo l'opzione interpretativa che appare preferibile, nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, l'assicurato, attraverso il pagamento dei premi, vuole ottenere - quale contropartita - la sicurezza, anche psicologica, di poter contare sul ristoro di un eventuale danno: così, E. DAMIANI, *cit.*, p. 121 ss. e, di recente, P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di durata*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 11, il quale rileva che «sin dal momento della stipulazione del contratto viene realizzato un preciso interesse dell'assicurato, economicamente significativo e giuridicamente rilevante, alla copertura (o trasferimento o neutralizzazione) del rischio, ossia ad avere la sicurezza di non subire le conseguenze dell'evento incerto». In merito al corretto inquadramento dogmatico delle posizioni soggettive coinvolte nel rapporto intercorrente tra assicurato e assicuratore, svincolato dal tradizionale schema di lettura diritto soggettivo-obbligo, cfr. le perspicue osservazioni di A. GAMBINO,

Tale esigenza individuale è garantita - come noto - dalla raccolta sistematica di contratti suddivisi per rischi omogenei (*risk pooling*), in seguito ripartiti su una pluralità di economie (*risk spreading*), con un calcolo del corrispettivo (cd. *premio*) effettuato su base statistico-attuariali¹⁶³.

Ne deriva che qualunque rischio, pur attinente ad eventi dannosi¹⁶⁴ ed assicurabile *sub specie juris*, affinché possa essere assunto dall'impresa, deve poter essere identificato

L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori, Milano, 1964, p. 171 ss., riprese da P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, p. 119 ss. Una volta stipulato il contratto - sottolinea quest'ultimo A. - in capo all'assicuratore sorge una situazione soggettiva consistente nell'impossibilità di impedire l'insorgenza automatica dell'obbligo di pagamento dell'indennizzo, al verificarsi del sinistro e, con riguardo all'assicurato, una posizione idonea a far nascere in via automatica per quest'ultimo, al verificarsi dei medesimi accadimenti, la propria pretesa creditoria. Il «fulcro del congegno giuridico che realizza la c.d. copertura del rischio, ossia la soddisfazione della esigenza alla sicurezza per la quale il garantito addiviene alla stipulazione del contratto», sta proprio nell'idoneità dell'evento futuro e incerto a determinare, una volta verificatosi, la trasformazione del rapporto da soggezione in obbligazione. Lo schema di lettura del rapporto, alla stregua della relazione soggezione-aspettativa giuridica, non deve però indurre a dubitare della natura corrispettiva del contratto di assicurazione, in quanto, di là dalla lettera della legge, come rilevato, tra gli altri, da V. REALMONTE, voce *Eccezione d'inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 222 (nt. 4), rispetto all'equivoca espressione «contratto a prestazioni corrispettive», il termine prestazione è da intendersi in un'accezione più ampia, quale «sinonimo di risultato utile: sono a prestazioni corrispettive tutti i contratti che importano attribuzioni patrimoniali reciproche e correlativamente reciproci sacrifici». Sono ammessi dunque i tradizionali rimedi previsti a tutela del sinallagma: la giurisprudenza (tra le altre, v. Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 1993, n. 1256, in *Foro it.*, c. 2201 ss.) conferma senza indugi che il contratto di assicurazione può essere sciolto, ex art. 1453 c.c., a fronte di un inadempimento di non scarsa importanza, e che il creditore è eventualmente legittimato a sollevare l'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c.

¹⁶³ Taluni sono giunti ad affermare che la prestazione principale cui si impegnerebbe l'assicuratore, a fronte del pagamento del premio, consisterebbe proprio nell'espletamento del servizio assicurativo, vale a dire nell'apprestamento dei mezzi tecnici necessari ai fini della raccolta sistematica di contratti suddivisi per rischi omogenei, così da fronteggiare gli impegni assunti nei confronti degli assicurati (cfr. L. MOSSA, *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Ass.*, 1953, p. 365 ss.; S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1959, p. 365 ss.). In realtà, come rileva A. BRACCIODIETA, *cit.*, p. 7 ss., le disposizioni del codice dedicate all'organizzazione tecnica dell'assicurazione sono in larga parte derogabili, sicché pare difficile ricondurre gli aspetti gestionali dell'impresa nell'ambito della causa del contratto, quale elemento necessario e qualificante il tipo; d'altro canto, l'attività di gestione dei rischi assunti, espletata secondo il procedimento tecnico-attuariale, risponde all'esigenza propria dell'impresa assicurativa di neutralizzare il rischio economico da essa assunto con la propria attività, piuttosto che a quella, propria del singolo assicurato, di neutralizzare il rischio dedotto in contratto. In questo senso, l'insieme delle attività imposte alle Compagnie per gestire correttamente l'impresa e salvaguardarne la capacità patrimoniale, non andrebbe dunque configurato quale obbligo primario di prestazione dell'assicuratore, quanto piuttosto come situazione strumentale e sussidiaria richiesta al fine di realizzare l'interesse primario dell'assicurato ad ottenere sicurezza di non dover subire le conseguenze negative di un avvenimento futuro e incerto: in termini, P. CORRIAS, *ult. cit.*, p. 128.

¹⁶⁴ Nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, la copertura è offerta soltanto per i rischi dannosi, come testimonia la disciplina di cui all'art. 1904 c.c. Al momento della stipulazione, infatti, è prescritto: i) che al momento della stipulazione del contratto l'assicurato sia titolare dell'interesse al risarcimento del danno, *qualora abbia a verificarsi il sinistro (interesse all'assicurazione)*; ii) che tale interesse permanga tra il momento della stipulazione del contratto e il sinistro (*interesse assicurato*); iii) che, al momento del sinistro, l'assicurato sia interessato al risarcimento del danno (*interesse al risarcimento del danno*). In tal senso, cfr. E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 73 ss. Tuttavia, per un approccio tassonomico

sotto il profilo della probabilità statistica, onde fissare con precisione il relativo premio per ogni cliente.

Le proiezioni attuariali vengono effettuate tramite l'utilizzo di dati storici e analisi scientifiche disponibili, con riferimento alla *frequenza di accadimento di un dato evento* e all'*ampiezza delle perdite probabili* che da esso potrebbero discendere¹⁶⁵.

Il metodo assicurativo entra in crisi, per tale via, ogni qualvolta non possa disporsi di dati sufficientemente attendibili in merito alla frequenza e agli effetti dei sinistri.

E' il caso dei cc.dd. *nuovi rischi*¹⁶⁶, connessi allo sviluppo e all'utilizzo delle nuove tecnologie, forieri di minacce per la salute umana e l'ambiente, rispetto ai quali è improbabile fare ricorso ai parametri scientifici correnti al fine di spiegarne l'eziologia, i rapporti causali e la magnitudo¹⁶⁷.

Si discorre, a tal proposito, di «società del rischio»¹⁶⁸, in collegamento con l'emersione postmoderna di rischi connessi al progresso tecnologico, in grado di fare cose rispetto alle quali la scienza non è in grado di antivedere con esattezza le conseguenze, sovente caratterizzati da elevata magnitudo ma minore frequenza (si pensi, tra tutti, al caso della cd. Mucca Pazza)¹⁶⁹.

differente, v. G. SCALFI, voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1988, p. 336 e G. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 7.

¹⁶⁵ M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, pp. 149-150. L'assicurazione è disponibile a buon mercato - sottolinea M. CHIARLO, *Il mercato dell'assicurazione danni*, Padova, 2003, p. 25 - qualora «si possa fare una realistica stima della frequenza e dell'entità media del danno».

¹⁶⁶ Per S. VERNIZZI, *cit.*, p. 212 (nt. 30): «Si parla di rischio (extra assicurativo) “nuovo” quando esso o non esisteva in precedenza (rischi nucleari, rischi elettronici prima della metà del secolo scorso) o non veniva assicurato in precedenza (r.c. inquinamento)». Ritiene, invece, V. FERRARI, *Nuovi rischi e assicurazione*, in *Liber Amicorum per Francesco di Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 581, che anche i rischi, da un punto di vista assicurativo, già conosciuti e financo controllabili entro certi limiti, «hanno assunto una dimensione «nuova» nel contesto attuale caratterizzato da una società sempre più globalizzata in cui le conseguenze dannose di un evento non sono più circoscrivibili ad una determinata area ma mostrano un eccesso di correlazione in grado di destabilizzare, nelle ipotesi peggiori, interi sistemi economici».

¹⁶⁷ Come rileva R. PARDOLESI, *Il principio di precauzione a confronto con lo strumentario dell'analisi economica del diritto*, in G. COMANDÉ, *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006, p. 16: «La capacità officinale è stata rimpiazzata da una matrice tecnologico-industriale, che ci offre il destro per manipolare l'esistente senza sapere sino in fondo quali esiti andremmo a produrre».

¹⁶⁸ Cfr. U. BECK, *cit.*, p. 28, il quale evidenzia che i rischi odierni si distinguono «si distinguono in modo essenziale da quelli apparentemente simili del Medioevo per la loro natura *globale* (che investe uomini, animali e piante) e per la modernità delle loro cause. Sono rischi della *modernizzazione*. Sono un «*prodotto tutto compreso*» dell'industrializzazione, che nel corso del suo sviluppo comporta *necessariamente* un loro aggravamento».

¹⁶⁹ Cfr. l'analisi di G. COMANDÉ, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in G. COMANDÉ, *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi*,

Nell'ambito dei «pericoli prodotti sistematicamente come parte del processo di modernizzazione»¹⁷⁰, la crisi sofferta dal metodo assicurativo nel controllo attuariale dei rischi si palesa in tutta una serie di fattispecie caratterizzate, a differenza dei tradizionali rischi di responsabilità civile, non solo dai potenziali effetti pregiudizievoli di incalcolabile entità¹⁷¹, quanto altresì dal considerevole scarto temporale intercorrente tra la manifestazione degli effetti dannosi e l'origine del processo eziologico dalla quale sono occasionati¹⁷².

Si ponga mente all'inquinamento ambientale, che spesso consegue ad un accumulo progressivo di sostanze tossiche tendente ad una produzione e manifestazione del danno assai differite rispetto al tempo del «sinistro» (cd. «*gradual pollution*»)¹⁷³, così

assicurazione e responsabilità, cit., p. 23 ss., il quale offre una compiuta disamina delle opzioni disponibili al fine di addivenire ad un «governo precauzionale dei rischi»: è necessario, infatti, che a fronte di rischi potenzialmente in grado di produrre danni non commensurabili, non se ne attenda, per agire, la relativa materializzazione.

¹⁷⁰ Sono le parole di U. BECK, *cit.*, p. 25.

¹⁷¹ Ancora R. PARDOLESI, *loc. cit.*, osserva che l'attività produttiva, in passato, «si presentava come meccanismo in grado di innescare conseguenze anche molto gravi, ma sostanzialmente contenute, proprio perché nascevano da risultati tutto sommato limitati, appunto, al *backyard* dell'officina».

¹⁷² Si tratta delle cc.dd. fattispecie dannose «lungolatenti». Per usare le parole di A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 299, sinistro latente è «il fatto illecito non verificato in entrambe le sue componenti (azione o accadimento ed evento di danno) nel periodo di assicurazione». Sul punto, v. C. FRAME, *'Claims-Made' Liability Insurance: Closing the Gaps with Retroactive Coverage*, (1987) 60 Temple L.Q. 165, 169-170: «As industrial society grew during the post World War II era, insurers discovered that the lagtime between the occurrence and the filing of the claims for new types of latent injuries created a "tail" on the insurer's liability that undermined the predictability of actuarial estimates». Si consideri, a titolo di completezza, che tali tipologie di pregiudizio vanno distinte dai cc.dd. «sinistri in serie»: tale fenomeno, tipico della responsabilità da prodotto, che si caratterizza «per una pluralità di richieste risarcitorie originate da una stessa causa che ha provocato più eventi dannosi riferibili ad un bene commercializzato, ad uno stabilimento e ciò anche laddove gli eventi si siano verificati nel corso di più anni», come osservano D. CERINI, V. GORLA, *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011, p. 295, pone problematiche eterogenee rispetto a quelle che ci occupano. Segnatamente, la necessità di tutelare l'estraneità dell'assicuratore rispetto a carenze in tema di ricerca, sviluppo e sperimentazione imputabili all'impresa assicurata: in questo senso, la soluzione adottata dalle Compagnie è orientata a limitare l'indennizzo al primo evento di danno manifestatosi, restando a carico dell'assicurato l'onere di provvedere all'eliminazione di tutti gli altri pregiudizi, ovvero a prevedere il pagamento per intero solo per il primo sinistro, e una sola quota parte per i successivi, piuttosto che, infine, ad applicare il massimale indicato anche ai sinistri in serie.

¹⁷³ Cfr. W. PFENNIGSTORF, *L'assicurazione r.c. danni da inquinamento*, in *Ass.*, 1991, p. 53: «talvolta trascorrono lunghissimi periodi di tempo: - fra l'uso di una sostanza dannosa e la sua disseminazione nell'ambiente; - fra la disseminazione e l'inizio di un'esposizione al rischio; - fra l'esposizione ed un danno; - fra il danno e la sua scoperta; - fra la scoperta del danno e la richiesta di risarcimento». Lo ricorda anche A. MONTI, *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 43 ss.: il danno ambientale, che «comprende sia il danno causato alle risorse naturali (*danno all'ambiente*), sia i danni di tipo individuale, indirettamente cagionati a terzi dall'inquinamento ambientale», è «un danno insidioso, in quanto i suoi effetti vengono alla luce spesso dopo un lungo tempo dal fatto lesivo, con modalità a volte difficilmente riconducibili con certezza a quell'evento, dando origine a responsabilità sorte allora ma rilevabili solo in un secondo momento».

come dei pregiudizi provocati dall'utilizzo prodotti difettosi o dagli effetti collaterali di farmaci, che possono determinarsi in un tempo nettamente posteriore al momento in cui sono stati immessi in commercio¹⁷⁴.

E' il caso, ancora, delle ipotesi di responsabilità connesse a *malpractice* professionale, rispetto alle quali è dato sovente constatare una scissione temporale, talora anche molto ampia, tra l'epoca della condotta e quella produzione/manifestazione del danno¹⁷⁵.

In tali fattispecie, la formulazione «ordinaria» del meccanismo di attivazione della garanzia, connesso all'epoca di accadimento del fatto generatore della responsabilità (modello cd. *act committed basis*), ovvero alla produzione delle conseguenze dannose (modello cd. *on loss occurrence basis*)¹⁷⁶, presenta all'evidenza inconvenienti in grado di compromettere, sotto il profilo della fattibilità tecnica, il meccanismo del trasferimento assicurativo del rischio.

L'attività assuntiva espletata tramite l'offerta di polizze tradizionali, qualora si confronti con rischi a manifestazione lungo-latente, impone alle imprese di stimare gli importi di indennizzo sulla base di criteri valutativi non necessariamente in uso al momento della tariffazione¹⁷⁷.

L'assicuratore, infatti, è esposto, nel lungo periodo intercorrente tra la data dell'evento (o atto) generatore della responsabilità, [ovvero del verificarsi del danno], e la manifestazione del pregiudizio, all'influenza negativa legata all'andamento dei tassi inflattivi e di interesse, nonché agli ondivaghi orientamenti e ai *revirements*

¹⁷⁴ Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 8: «Il danno a terzi si produce soltanto a seguito della vendita al dettaglio del prodotto e può avvenire dopo lungo tempo dopo dal momento in cui il prodotto è stato immesso nel mercato».

¹⁷⁵ In termini, A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 308.

¹⁷⁶ R. MERKIN, *Colinvaux's Law of Insurance*, London, 2014, p. 1053, presenta con chiarezza la dicotomia tra polizze *on act committed basis* (ovvero *on event basis*) e polizze *on event basis*: «A "losses occurring" policy is one that responds to injuries suffered by the third party during the currency of the policy even though the negligent act occurred pre-inception and even though the assured's liability for those injuries is not established until a later date. An "events" or "causation" policy provides indemnity for events that occur during the currency of the policy, *even though those events do not give rise to injury until a later date* and so to liability until a later date» (corsivo mio).

¹⁷⁷ Cfr. D. BADANO, *Mass torts: l'ottica assicurativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 608 ss.

giurisprudenziali in tema di responsabilità civile¹⁷⁸, sicché è affatto arduo calcolare un premio in linea con gli indennizzi che saranno liquidati¹⁷⁹.

Si impone la necessità di costituire apposite accontamenti di bilancio (riserve *IBNR*, ovvero *Incurred But Not Reported claims*: art. 37, co. 6, Cod. Ass.) entro cui vincolare le risorse economiche eventualmente necessarie per liquidare un sinistro tardivo che, a rigore, sarebbe da imputarsi all'annualità di bilancio dell'anno di sottoscrizione della polizza da esso colpita¹⁸⁰.

Ne discende un inconveniente tutt'altro che trascurabile per gli interessi dell'assicurato: è concreto il rischio che la riserva, prevista per sinistri accaduti ma non

¹⁷⁸ Il problema è efficacemente evidenziato da M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, pp. 7-8, il quale riporta che - come confermato dai responsabili di primari gruppi assicurativi - la consueta ritrosia delle Compagnie assicurative nell'offrire coperture contro la responsabilità civile professionale si spiega considerando che «le incertezze normative e le oscillazioni giurisprudenziali rendono estremamente confuso il quadro giuridico di riferimento, compromettono l'attendibilità delle stime del rischio, pregiudicano un esatto calcolo dei premi e una corretta apposizione delle riserve». L'esempio più eclatante, continua l'A., lo si rinviene nell'ambito della responsabilità da *malpractice* medica, ove si «è dipanata l'azione di una giurisprudenza spiccatamente vittimofila, che si è mossa lungo tre direttrici: una distribuzione dei carichi probatori sbilanciati in favore del paziente danneggiato, l'adozione di criteri assai largheggianti in ordine all'accertamento del nesso causale, specie in tema di responsabilità da condotta omissiva e danno da perdita di *chance*, l'ampliamento - che pare non conoscere ostacoli - dell'area dei danni risarcibili».

¹⁷⁹ Rileva K.S. ABRAHAM, *Making sense of the Liability Insurance Crisis*, (1987) 48 Ohio St. L. J. 399, 406: «In pricing occurrence coverage the insurer must predict all liabilities that may eventually be incurred because of this year's activities by the insured. When these liabilities include an uncertain quantity of long-latency disease, making this prediction is especially difficult». Sul punto, in senso analogo, oggi è M. GAZZARA, *Brevi note in tema di danni lungolatenti e assicurazione di r.c. professionale*, in *Corti Sal.*, 2014, p. 403, che «la dilatazione a dismisura dei tempi entro cui l'azione risarcitoria può essere esercitata comporta da un lato la straordinaria difficoltà di appostare adeguate riserve per polizze scadute ormai da diversi anni e dall'altro il rischio che gli incessanti mutamenti normativi e soprattutto giurisprudenziali, spesso di segno opposto, intervenuti tra la data di assunzione e stima del rischio nonché di valutazione dei premi, e quella di corresponsione dei risarcimenti, facciano saltare e rendano inattendibile ogni calcolo attuariale oltre che la previsione di adeguati massimali».

¹⁸⁰ Sui termini del problema si è già diffuso nel suo ampio saggio F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 3 ss. Ciò vale al netto di ogni considerazione circa la difficoltà di individuare il fatto (o i fatti) da cui i pregiudizi sono stati cagionati, come avviene altresì nei cc.dd. «sinistri a manifestazione progressiva»: in quest'ultima ipotesi, i pregiudizi vengono manifestandosi solo dopo la reiterazione del sinistro, il che rende affatto arduo circoscrivere a quale periodo di copertura assicurativa sia ricollegabile la responsabilità: cfr. M. GAGLIARDI, *cit.*, p. 156 (nt. 94). La giurisprudenza, al fine di determinare il *dies a quo* da cui far decorrere il termine prescrizionale per ottenere il rimedio risarcitorio, è solita distinguere tra illecito *permanente* ed illecito *istantaneo con effetti permanenti*. Vengono definiti *illiciti permanenti* quelle fattispecie in cui l'evento lesivo viene prodotto da un fatto che, protraendosi nel tempo, lo alimenta di continuo fino al tempo in cui quest'ultimo perdura: è il caso dell'esposizione dei lavoratori a sostanze nocive, in spregio alla normativa sul lavoro, piuttosto che dei fatti inquinanti. Si ha, invece, illecito *istantaneo con effetti permanenti*, ogni qualora l'elemento genetico del fatto si esaurisce e coincide con il suo verificarsi, ancorché gli effetti di questo siano destinati a perdurare o ad ampliarsi autonomamente nel tempo: si pensi alle ipotesi di responsabilità professionale, ovvero ai danni da prodotto difettoso (cfr. Cass. civ., sez. VI, 12 novembre 2014, n. 24146, in *Danno resp.*, 2016, p. 82 ss., con nota di G. CASSANO).

ancora denunciati, calcolata mediante proiezioni statistico-attuariali in termini di numerosità e base storica disponibile, venga sovrastimata, con inevitabile riflesso in aumento sui premi¹⁸¹.

E' chiaro che in tale contesto vengono meno le condizioni di assicurabilità dei rischi testé richiamate, e giocoforza la disponibilità degli assicuratori ad assumerli, se non a fronte di premi inaccessibili per la maggior parte del ceto degli assicurati: è a rischio la tenuta stessa del mercato delle polizze contro la responsabilità civile¹⁸².

Da qui l'accoglimento di un modello di copertura assicurativa, alternativo a quelli tradizionali che annettono rilevanza esclusiva al momento di verifica della condotta (o evento) antiggiuridico, o al momento in cui il danno si è prodotto: si prescinde dal momento in cui è instaurata la situazione potenzialmente dannosa, e viene assunto quale elemento determinante ai fini dell'efficacia della copertura un evento successivo, facilmente accertabile, ovvero la richiesta di risarcimento del terzo danneggiato nei confronti dell'assicurato¹⁸³.

Si tratta del modello assicurativo *on claims made basis* («a richiesta fatta»), in grado - sulla scorta del peculiare meccanismo di attivazione che lo connota - di riportare entro la soglia di assicurabilità danni della cui ampiezza non è dato prevedere, determinando con sicurezza il termine finale di esposizione dell'impresa al rischio assicurato.

¹⁸¹ D'altronde - sottolinea S. VERNIZZI, *cit.*, p. 216 - la correzione delle perdite in cui dovesse incorrere l'impresa, non sufficientemente accorta nel prevedere i sinistri tardivi tramite un'adeguata posta di riserva, può ottenersi applicando un aumento tariffario ai rischi di nuova assunzione, ovvero - direi - prelevando i premi da altri settori.

¹⁸² Puntualmente osserva P. GABASIO, *Modalità di validità delle garanzie in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medicina e diritto*, 2010, p. 45, che «In un sistema *loss occurrence* (o *act committed* ndr), mentre immediatamente vengono portati a bilancio i premi incassati, solo a distanza di anni potranno essere portati a bilancio i sinistri creando scompensi. Tali scompensi nel tempo possono influire sulla solidità economica delle compagnie di assicurazione con riflessi negativi anche per gli investitori».

¹⁸³ Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 68.

CAPITOLO SECONDO

LA DELIMITAZIONE TEMPORALE DEL RISCHIO. GENESI E SVILUPPI DEL MODELLO *ON CLAIMS MADE* *BASIS*

2.1. La nozione di *sinistro* e il modello ordinario di gestione del rischio - 2.1.1. (*Segue*) La gestione del rischio *on loss occurrence basis* nella *common law*: gli orientamenti delle Corti nordamericane. - 2.1.2. (*Segue*) Gli orientamenti delle Corti inglesi - 2.2. Genesi del modello *on claims made basis* e ragioni del suo sviluppo - 2.3. Profili applicativi delle polizze *claims made* nel sistema nordamericano - 2.3.1. (*Segue*) Le estensioni convenzionali del periodo di copertura: *Prior Act Coverage*, *Extended Reporting (Tail) Period* e *Deeming Clauses* - 2.4. Profili applicativi delle polizze *claims made* nel sistema inglese - 2.5 La diffusione del modello *claims made* nell'ordinamento italiano: prime note.

2.1. *La nozione di sinistro e il modello ordinario di gestione del rischio*

Come evidenziato, l'assicurazione per la responsabilità civile è strumento finalizzato, in prima istanza, a garantire l'indennizzo del danno subito dal patrimonio del danneggiante a seguito del sorgere dell'obbligazione risarcitoria, «in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» (art. 1917, co. 1, c.c.).

Gli interpreti si sono interrogati a lungo - e, per il vero, la questione non pare affatto essersi sopita - intorno all'esatta qualificazione semantica da attribuirsi alla locuzione di «fatto accaduto durante il tempo della assicurazione», ovvero, di *sinistro*.

Si tratta di un problema non privo di risvolti applicativi¹⁸⁴: qualora, infatti, le parti non abbiano fissato convenzionalmente la nozione di sinistro nell'ambito della singola polizza, il periodo di efficacia della copertura viene a variare a seconda dell'opzione ermeneutica in merito adottata.

Secondo un primo indirizzo maturato in seno alla dottrina, il sinistro andrebbe identificato con la richiesta di risarcimento del danno avanzata dal danneggiato¹⁸⁵.

Viene osservato, infatti, che prima della domanda di risarcimento «qualsiasi condotta è lesiva ma la sua offensività, e dunque la sua rilevanza in termini assicurativi, sorge allorché essa viene percepita come tale dal danneggiato e contestata al danneggiante»¹⁸⁶: in altri termini, il danno al patrimonio dell'assicurato, oggetto della copertura cui si rivolge l'impegno indennitario dell'assicuratore, rimarrebbe ad uno stato potenziale fino a quando il terzo non eserciti il proprio diritto.

Il dato sarebbe confermato da quanto previsto all'art. 2952, co. 3, c.c., il quale prevede che il termine prescrizione per il diritto all'indennizzo decorre dal giorno in cui il danneggiato ha richiesto all'assicurato il risarcimento.

Quanto prospettato coglie senza dubbio un dato irrefutabile: l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore sorge contestualmente al verificarsi del *rischio*, ovvero sia quando un fatto antiguridico, causalmente riconducibile all'assicurato, suscettivo di conseguenze pregiudizievoli, abbia indotto il danneggiato ad avanzare un'istanza risarcitoria (v. *supra*, cap. I, § 1.4.).

¹⁸⁴ Rileva M. GAZZARA, *ult. cit.*, p. 32, che si tratta di «un ampio dibattito dottrinario, denso di conseguenze applicative di non poco momento anche per quanto attiene alla disponibilità della nozione convenzionale di sinistro, e alla legittimità dello schema *claims made*»

¹⁸⁵ E' la tesi - come noto - sostenuta da A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, p. 162, ripresa, di recente, da L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2006, p. 184. In questo senso anche G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, cit., p. 7. Ambigua la posizione di N. ANGELONI, (voce) *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, p. 563, il quale dapprima sostiene che la nozione di sinistro coincide «con il fatto illecito dell'assicurato o dei suoi dipendenti, che cagiona il danno al terzo», e nel contempo fa presente che l'obbligo dell'avviso si riferisce «ad ogni evento che abbia arrecato danno al terzo, e che possa diventare sinistro, ove il terzo ne domandi il risarcimento e la sua domanda risulti fondata» (corsivo mio). Del tutto superato, invece, è il risalente orientamento che riteneva potesse ritenersi verificato il sinistro solo allorché il credito risarcitorio fosse divenuto liquido ed esigibile (in tal senso, G.B. MORAGLIA, *L'azione dell'assicurato contro la responsabilità civile e la sua prescrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, p. 173): si è replicato, infatti, che già prima di questo momento sarebbe comunque già esperibile un'azione di mero accertamento del diritto al pagamento dell'indennizzo (D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, p. 202).

¹⁸⁶ A. BOGLIONE, *cit.*, p. 474.

Ciò non vale, tuttavia, a suffragare l'idea per cui il sinistro coinciderebbe con la domanda del terzo: esso, a quanto può linearmente dedursi dal dettato normativo, vale a identificarlo con il fatto generatore della responsabilità imputabile all'assicurato¹⁸⁷. Il sinistro, invero, sussiste non solo a prescindere dal fatto che il terzo danneggiato abbia avanzato una domanda risarcitoria, bensì anche dalla *produzione*¹⁸⁸ - dunque, giocoforza, anche dalla *manifestazione*¹⁸⁹ - delle conseguenze dannose: il *danno* [dal quale occasiona l'istanza del terzo, e, con essa, la concretizzazione del *rischio*] - lo si ripete - è un *quid* ulteriore rispetto al *sinistro*¹⁹⁰.

Dirimente, anzitutto, è quanto disposto dall'art. 1900 c.c., tramite il quale viene sancita l'inassicurabilità di rischi connessi a *fatti* dolosamente posti in essere, nonché dagli articoli 1882 e 1905 c.c., il cui tenore letterale induce alla distinzione tra i due concetti. Si ponga mente, dappoi, alla disposizione di cui all' art. 1913 c.c., con la quale viene imposto a carico dell'assicurato di dare l'avviso all'assicuratore del «fatto (già)

¹⁸⁷ Per l'identificazione del sinistro con il fatto da cui scaturisce il debito di responsabilità verso il danneggiato (seppur con varietà d'accenti non irrilevanti: v. *infra*, note seguenti), tra la dottrina prevalente, N. GASPERONI, *cit.*, p. 1213; A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 296; M. FRANZONI, voce *Responsabilità civile (Assicurazione della)*, *cit.*, p. 400; D. DE STROBEL, *ult. cit.*, p. 202 ss.

¹⁸⁸ G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione. Produzione e distribuzione*, *cit.*, p. 68: «Non vi è dubbio che il sinistro nella disciplina del codice è nozione che prescinde dal verificarsi delle sue conseguenze dannose»; P. CORRIAS, *Sulle peculiarità del rischio nelle assicurazioni marittime*, *cit.*, pp. 47-48; ID., *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, *cit.*, p. 59 (nt. 76); ID., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 662; E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 213; S. VERNIZZI, *Le Sezioni Unite e le coperture «assicurative»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 870.

¹⁸⁹ Per N. DE LUCA, *cit.*, p. 97, «è da ritenersi che l'assicuratore sia obbligato a corrispondere, all'obbligato che ne faccia richiesta, le indennità, relativa a qualsiasi fatto, generatore per quest'ultimo di responsabilità civile (...) *indipendentemente da quando le conseguenze dannose del fatto illecito si manifestino*» (enfasi aggiunta). Nello stesso senso A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori*, *Dir. fisc. ass.*, 2013, p. 1 ss., per il quale la nozione di *sinistro* attiene «al fatto dell'assicurato o meglio al suo comportamento dal quale origina la sua responsabilità *senza alcun riferimento al momento di manifestazione del danno* od a quello in cui viene poi chiesto il relativo risarcimento» (corsivo nostro). *Contra* A.D. CANDIAN, *cit.*, p. 296, il quale si conforma all'opinione, a suo dire «corrente», sulla scorta della quale, per potersi discorrere di sinistro, sarebbe necessario non solo che sia stata «compiuta l'azione umana o sia accaduto il fatto di cui l'assicurato debba rispondere ma che si sia *manifestato* anche il danno» (corsivo mio).

¹⁹⁰ Non va pertanto assimilato il sinistro al «fatto illecito». Infatti, come osserva M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, *cit.*, p. 897, «un fatto illecito sussiste, se la vittima può pretendere un risarcimento (l'obbligazione dell'art. 1173 c.c.), altrimenti manca l'illecito, dunque la responsabilità civile non può operare». *Contra*, P.G. MONATERI, *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno resp.*, 2004, p. 394, il quale, rispetto alla portata precettiva di cui agli artt. 2043 e 2935 c.c., osserva che «il testo letterale della legge lavora su una contrapposizione tra *fatto* e *danno* (...) agganciando l'obbligo dell'autore ed il diritto della vittima non già al *danno*, ma bensì al *fatto*». Sul versante assicurativo, propende per la sovrapposizione dei due concetti, invece, tra gli altri, V. ANGELONI, *loc. cit.*: «Sinistro è l'evento che determina il sorgere della responsabilità civile a carico dell'assicurato. Coincide, pertanto, con il fatto illecito dell'assicurato o dei suoi dipendenti, che cagiona il danno al terzo».

eventualmente dannoso, perché l'assicuratore possa indagare su esso, stabilire se sia possibile una difesa valida, preordinarla opportunamente»¹⁹¹, a tutto prescindere, dunque, che il danno si sia prodotto [o manifestato].

Come osservato in giurisprudenza, inoltre, anche per quanto concerne l'obbligo di salvataggio, ex art. 1914 c.c., essendo stabilito che «l'assicurato deve fare quanto gli è possibile per evitare il danno», si ribadisce che nel contratto di assicurazione contro i danni, siano da scindersi, in quanto aventi autonoma rilevanza, il sinistro, inteso come fatto causale, dal danno¹⁹².

Infine, si consideri il precetto ex art. 514, co. 1, cod. nav., che, a sua volta, disgiunge l'eventuale *inesistenza* (o *cessazione*) del *rischio* dall'*avvenimento* del *sinistro*¹⁹³.

Altro discorso, ovviamente, è da farsi con riferimento al termine prescrizione ex art. 2952, co. 3, c.c., il cui decorso - come visto - è ricollegato alla richiesta di risarcimento avanzata dal danneggiato, piuttosto che al verificarsi dell'evento dannoso.

Non mi pare legittimo, tuttavia, che, da una norma - già sul piano meramente topologico - residuale, diretta esclusivamente a stabilire la decorrenza della prescrizione, possa dedursi un'interpretazione del concetto di *sinistro* difforme da quello fatto proprio dall'art. 1917 c.c.

A tal proposito, è possibile congetturare che il legislatore del '42 abbia dettato la disciplina della prescrizione nei termini descritti, non essendo ancora avvertito circa la possibilità che al momento dell'evento non avessero contestualmente a verificarsi (ovvero manifestarsi) le conseguenze pregiudizievoli, in uno con la conseguente istanza risarcitoria del danneggiato¹⁹⁴.

¹⁹¹ A. DURANTE, *cit.*, p. 263. In tal senso, pure M. FRANZONI, *ult. loc. cit.*, il quale sottolinea la bontà della tesi maggioritaria, che «appare più rispettosa degli obblighi imposti all'assicurato di denuncia tempestiva del sinistro». Sul punto, *amplius*, cfr. N. DE LUCA, *cit.*, p. 108, il quale sottolinea che «l'avviso è certamente dovuto ogni qual volta l'evento renda (poco o molto) probabile, secondo la valutazione prudente dell'assicurato, l'ipotetica possibilità di subire una diminuzione patrimoniale per effetto di una richiesta di risarcimento».

¹⁹² Cfr. Cass. civ., sez. I, 7 novembre 1991, n. 11877, in *Arch. giur.*, 1992, p. 418; così, di recente, Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, in *Danno resp.*, p. 1071 ss., con nota di C. LANZANI.

¹⁹³ Come rileva P. CORRIAS, *Sulle peculiarità del rischio nelle assicurazioni marittime*, *cit.*, pp. 52-53 (nt. 56): «una diversa interpretazione volta a considerare il sinistro come il verificarsi (non solo dell'evento ma anche) dei danni, renderebbe superflua la menzione esplicita dell'avvenimento del sinistro come causa di nullità del contratto in aggiunta rispetto alla cessazione del rischio: è evidente infatti, che la conoscenza della sorte delle conseguenze dannose al momento della stipulazione, si tradurrebbe in una ipotesi sicura di inesistenza (o cessazione) del rischio».

¹⁹⁴ In questo senso può probabilmente replicarsi a chi, come G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, *cit.*, p. 7, sostenendo la tesi da noi rigettata, evidenzia

2.1.1. (Segue) *La gestione del rischio secondo il modello on loss occurrence basis nella common law: gli orientamenti delle Corti nordamericane*

I termini della questione trovano un fertile terreno di confronto critico nella poderosa, e ben più articolata, elaborazione giurisprudenziale maturata sul punto in seno ai sistemi giuridici di *common law*.

Le polizze per la responsabilità civile, in questa realtà, sono state tradizionalmente offerte - e in taluni specifici ambiti continuano ad esserlo - *on loss occurring basis*¹⁹⁵: l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore, alla stregua di tale tipologia di garanzie, sussiste qualora il danno sia occorso durante il periodo di copertura convenuto tra le parti¹⁹⁶.

Il moltiplicarsi delle fattispecie di sinistro lungolatente, sovente a formazione progressiva, contraddistinte dalla sussistenza di una pluralità di eventi che vanno collocandosi nella seriazione causale produttrice del pregiudizio sofferto dal terzo, ha sollevato importanti questioni circa la corretta identificazione del momento in cui possa sostenersi che «*a loss occurred*» durante il periodo di polizza convenuto¹⁹⁷.

Le Corti nordamericane hanno così abbracciato nel tempo opzioni interpretative divergenti in merito al meccanismo di attivazione della garanzia («*trigger*»)¹⁹⁸ che

come in dottrina non si sia giunti a «chiarire perché nell'assicurazione di responsabilità civile la prescrizione decorra dal giorno della richiesta del terzo e non dal giorno in cui si è verificato “il fatto accaduto nel tempo dell'assicurazione”».

¹⁹⁵ Come riporta chiaramente G. KROLL, *The professional liability policy “claims made”*, (1977-1978) 13 Forum 842, «Historically, liability insurance was written on an “occurrence” basis because (a) the “occurrence” concept was drawn upon by liability insurers from property insurance which had traditionally been written with respect to the happening of an event, and (b) the type of events *initially insured against were such that a specific date, time and place could be determined specifically* as to when a particular event occurred, such as the collision of ships, the injuring of a pedestrian by a carriage or the date of injury caused by defective premises» (corsivo mio).

¹⁹⁶ R. MERKIN, *ult. loc. cit.*

¹⁹⁷ Cfr. E.R. ANDERSON et al., *Proposed New Claims-made Liability Insurance Policy: Panacea Or Golden Road To Disaster?*, (1986) 298 *PLI Litig. & Admin. Practice Course Handbook Series No. 393*, 415-17: «The word “occurrence” is one of the least understood and most misunderstood words in today’s insurance language. One author has described it as “elusive” and another as “haunting” Sometimes it means “cause”, sometimes it means “effect”, and sometimes, within the very same policy, it means “cause” in one place and “effect” in another (...)». M. CLARKE, *The Law of Insurance Contract* (V ed.), London, 2006, p. 482, sottolinea, non a caso, che «The occurrence or event that triggers liability cover values from contract to contract, so there is an issue of interpretation in each case».

¹⁹⁸ Che prende il nome, nelle giurisdizioni anglosassoni, di «*trigger*»: cfr. J.M. FISHER, *cit.*, 631 «“Trigger of coverage” refers to the legal test used to determine which policy should be looked at to ascertain if that policy has coverage obligations regarding the claims asserted against the policyholder».

caratterizzerebbe le polizze *on loss occurring basis*, nelle fattispecie di responsabilità civile lungolatente, attribuendo rilievo, di volta in volta¹⁹⁹: i) al momento dell'esposizione all'agente nocivo (*exposure trigger*); ii) al verificarsi del danno (*rectius*: lesione, *injury-in-fact trigger*); iii) alla manifestazione del danno (*manifestation trigger*); iv) all'intera fase di progressione della dinamica dannosa, dall'iniziale esposizione all'agente patogeno fino alla sua manifestazione (*multiple trigger*).

I) Mediante l'adozione della teoria dell'esposizione all'agente nocivo, si determina l'attivazione di quella garanzia in vigore durante il periodo in cui la vittima ha iniziato ad essere esposta alla sostanza tossica²⁰⁰.

Il criterio è stato applicato, ampiamente, nelle «*asbestos litigations*», vale a dire quelle controversie occasionate da istanze risarcitorie formulate a fronte di patologie ricollegabili, sotto il profilo eziologico, all'esposizione prolungata, sovente in contesti lavorativi, alle polveri d'amianto.

Nell'importante arresto *Insurance Company of North America v. Forty-Eight Insulation*²⁰¹, per esempio, la teoria è stata condivisa facendo presente che le evidenze scientifiche dimostrerebbero un immediato danneggiamento dei tessuti fin dalla prima inalazione delle fibre d'amianto.

¹⁹⁹ Cfr. N.R. ANDREA, *Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire*, (1994) 21 Pepp. L. Rev. 813; cfr. anche J.M. FISHER, *Insurance coverage for mass exposure tort claims: the debate over the appropriate trigger rule*, (1997) 45 Drake L. Rev. 625. V. anche, per la dottrina interna, F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 63 ss.

²⁰⁰ E' chiaro che l'*exposure trigger*, benché classificato entro il sistema delle polizze *loss occurrence*, è più correttamente da inquadrarsi entro il modello cd. *on act committed basis* posto che, con l'esposizione del terzo al contatto dell'agente patogeno, si è solo realizzato il fatto causativo dell'evento. Come rilevano R. MERKIN, J. STEELE, *Compensating Mesothelioma Victims*, (2011) 127 LQR 329, 330 «A causation policy responds to the negligent act which has caused the loss, i.e. the act of exposure. An injury policy, by contrast, responds only if injury has occurred in the year during which it is in force». La differente modalità di gestione del rischio offerta dai due modelli è divenuta rilevante, sotto il profilo operativo, nel sistema inglese, fin dall'ultimo scorcio del XIX secolo, con l'irrompere della legislazione previdenzialistica in materia di incidenti sul lavoro (su cui v. *supra*, cap. I, § 1.1.), rispetto ai quali fu progressivamente offerta copertura per le patologie contratte dai lavoratori, sovente caratterizzate da un lungo periodo di latenza prima della relativa manifestazione: si rimanda, ancora, a R. MERKIN, J. STEELE, *Insurance and the Law of Obligations*, *cit.*, p. 69.

²⁰¹ *Insurance Company of North America v. Forty-Eight Insulations, Inc.*, 633 F.2d 1212 (6th Cir. 1980); al cui orientamento, si è aderito, per esempio, in *Commercial Union Ins. Co. v. Pittsburgh Coming Corp.*, 553 F. Supp. 425, 433 (E.D. Pa. 1981). La teoria è stata comunque applicata anche in casi non legati allo sviluppo di patologie legate all'inalazione dell'asbesto. Si cfr., con generosi richiami giurisprudenziali, *Hancock Laboratories, Inc. v. Admiral Insurance* 777 F.2d 520 (9th Cir. 1985).

La teoria è stata applicata anche in casi non legati allo sviluppo di patologie legate all'inalazione dell'asbesto: al criterio dell'esposizione, si è altresì richiamata la giurisprudenza, per esempio, nei casi di indennizzo richiesto a fronte delle spese da effettuarsi per la bonifica di siti contaminati²⁰², ovvero in talune casi concernenti l'impianto di apparati medicali non adeguatamente sterilizzati²⁰³.

Talora, nei casi di esposizione dannosa continuativa all'agente patogeno (*continuous exposure*), all'indennizzo è stato chiamato ciascun assicuratore che aveva prestato la propria copertura assicurativa (cd. *continuous trigger*), con rilevanti ripercussioni problematiche in sede di gestione della responsabilità debitoria plurisoggettiva²⁰⁴.

II) L'orientamento, allo stato peraltro minoritario, aderente all'*injury-in-fact theory*, vorrebbe, invece, la polizza attivata nel momento in cui l'accadimento dannoso abbia iniziato effettivamente a produrre conseguenze dannose, a prescindere dal tempo dell'esposizione ovvero della manifestazione del danno.

La tesi è stata propugnata, per la prima volta, in *American Home products Corp. v. Liberty Mutual Insurance Co.*, una vertenza che aveva visto la chiamata in causa della compagnia assicurativa da parte di un'azienda farmaceutica, chiamata al risarcimento per i danni cagionati da alcuni prodotti da questa messi in commercio: ha rilevato la Corte, infatti, come, in alcuni casi, non sia sufficiente il mero contatto con l'agente nocivo (: nel caso di specie, l'ingestione del farmaco) affinché si produca, nell'immediato, un pregiudizio²⁰⁵.

In quell'occasione si era altresì sottolineato che non debbesi necessariamente sovrapporsi il momento dell'occorrenza della lesione con quello della diagnosticabilità, se è vero che, già sul piano letterale, «to add the requirement that an

²⁰² Cfr. *Firemans Fund Insurance Cos v. Ex-Cell-O Corp.*, 662 F. Supp. 71 (E.D. Mich. 1987).

²⁰³ Si cfr. *Hancock Laboratories, Inc. v. Admiral Insurance Co.*, cit.

²⁰⁴ N.R. ANDREA, cit., 831. Osserva F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 66, che, all'uopo, si sono formulati due metodi per risolvere il problema dell'allocatione dei danni progressivi tra una molteplicità di garanzie attivabili: i) il *joint and several all sums approach*, in forza del quale tutti gli assicuratori rispondono solidalmente, salvo il diritto di regresso interno (v., ad es., *Allstate Ins. Co. v. Dana*, 759 N.E.2d 1049 (Ind. 2001); ii) il *pro rata allocation or time on risk method* che prevede l'allocatione del danno in misura proporzionale al tempo per il quale la garanzia attivata è in vigore (tale criterio è stato utilizzato, per esempio, nel caso *sub nt. 201, Hancock Laboratories, Inc. v. Admiral Insurance Co.*, cit., 76). La giurisprudenza nordamericana, applicando la dottrina dello «*stacking of limits*», concede al danneggiato di cumulare i massimali delle garanzie complessivamente attivabili in forza del *multiple* (o *continuous trigger*). Tra le altre, cfr. *State of California v. Continental Insurance Co.*, 55 Cal. 4th 186 (2012).

²⁰⁵ *American Home products Corp. v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 174 F.2d 760 (2d Cir. 1984), 762.

injury be diagnosable limits the scope of the “injury-in-fact” trigger-of-coverage clause in a way that is not justified by the policies’ language»²⁰⁶.

Di rilievo è stata, in tale prospettiva, per altra parte della giurisprudenza, la definizione del termine «occurrence», di cui alle *Comprehensive General Liability Policies* (CGL), elaborate nel 1966, e riviste nel 1973 ad opera del *Insurance Rating Board* (che sostituì il *National Bureau of Casualty and Surety Underwriters*) e del *Mutual Insurance Rating Bureau*, nei termini di «accident, including continuous or repeated injurious exposure to conditions which results in bodily injury or property damage neither expected nor intended from the standpoint of the insured»²⁰⁷.

Venuto meno il riferimento, *sic et simpliciter*, all’«accident», foriero di incertezze applicative, in quanto ambigualmente riferibile tanto al fatto dannoso, quanto al danno verificatosi²⁰⁸, è parso infatti evidente che l’inciso «which results in bodily injury or property damage» valga a contraddistinguere un meccanismo di attivazione della garanzia rispetto al quale l’*exposure theory* si rivela inconferente e, nel contempo, insufficiente: «Any argument that mere exposure - without injury - triggers liability is simply unsound linguistically»²⁰⁹.

²⁰⁶ ID., 766, invero «a real but undiscovered injury, proved in retrospect to have existed at the relevant time, would establish coverage, irrespective of the time injury became [diagnosticable]». In questo senso non mi pare colga nel segno quanto riporta F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 67, per il quale ai fini dell’attivazione della garanzia, in questi casi, si dovrebbe guardare alla polizza in vigore al momento in cui la lesione diviene «diagnosticabile o il danno materiale dimostrabile, in base ai comuni mezzi probatori e di evidenza scientifica».

²⁰⁷ Cfr., sul punto, J.J. TARPEY, *The New Comprehensive Policy: Some of the Changes*, (1966) 33 Ins. Couns. J. 223.

²⁰⁸ Cfr. N.R. ANDREA, *cit.*, 818: «the use of the term “accident” as “opposed” to “occurrence” in liability policies greatly confused the courts». In realtà, a dispetto delle buone intenzioni che hanno animato i redattori delle novellate polizze CGL, pare che la citata definizione di «occurrence» non abbia affatto contribuito alla soluzione del dilemma, preso atto dell’eterogeneità degli orientamenti giurisprudenziali emersi nel tempo al riguardo. Quel che è certo è che la loro adozione abbia fatto venir meno la necessaria repentinà del fatto dannoso, come evidenziato in *Montrose Chem. Corp. of Cal. V. Admiral Ins. Co.*, 913 P.2d 878 (Vt. 1995), 892: «The term “accident” was left in the definition of occurrence for the purpose of circumscribing the policy limits applicable to each occurrence. The drafters did not intend to require that an “accident” in the literal sense, e.g., a sudden precipitating event, occur during the policy period in order to trigger potential coverage for ensuing damage or injury. The reference to injurious exposure to conditions resulting in bodily injury or property damage eliminates any requirement that the injury result from a sudden event». Da quel momento in avanti, come rileva K.S. ABRAHAM, *Rise and Fall of Commercial Liability Insurance, cit.*, 92, non vi fu più alcun dubbio: «the CGL policies potentially cover slow-to-develop toxic tort and environmental liabilities».

²⁰⁹ *Abex Corp. v. Maryland Casualty Co.* 790 F.2d 119 (D.C. Cir. 1986), 127. Così, più recentemente, in *Northern States Power Co. v. Fidelity and Cas. Co. of N.Y.* 523 N.W.2d 156 (Minn. 1994), 159-160, è stato evidenziato come l’*injury-in-fact trigger* sia quello «most consistent with standard CGL policy language». Altra questione è, ovviamente, la determinazione in concreto del «quantum of injury» idoneo a far scattare la garanzia, aspetto sul quale, come osservato da J.M. FISHER, *cit.*, 642, la giurisprudenza

Anche in questi casi, è però da sottolinearsi che, nelle situazioni di *continuing damages*, l'applicazione della teoria in esame ha condotto a ritenere attivabili tutte le coperture assicurative prestate nell'arco temporale in cui il danno si è verificato, alla stregua della richiamata *continuous trigger theory* (v. *supra*, sub I)²¹⁰.

III) Con la *manifestation theory*, il frangente temporale determinante ai fini dell'attivazione della garanzia è quello in cui il pregiudizio si è manifestato, ovvero la patologia diagnosticata, e pertanto il momento in cui l'assicurato ha avuto modo di avvedersi del danno²¹¹.

La sparuta giurisprudenza che ha sposato la tesi in esame, largamente impiegata per le ipotesi di *first-party property insurance policies*²¹², in ragione dell'ardua identificabilità del preciso momento in cui può dirsi insorto il danno²¹³, non è andata immune da critiche.

Anzitutto, si è chiarito che ragioni di *judicial efficiency* non possono in alcun modo fungere da valido presupposto per superare i confini di un'interpretazione letterale della polizza, quando il linguaggio della stessa non dia luogo ad ambiguità: è vero, dunque, che - per esempio - nei casi di contratti stipulati secondo il modello delle polizze standard CGL, la nozione di «*occurrence*» prescinde senza dubbio dal riferimento al momento in cui il danno è stato scoperto o si è manifestato nella sfera giuridica del terzo danneggiato²¹⁴.

si è rivelata piuttosto ondivaga. Ad esempio, osserva l'A., «in the breast implant coverage cases, the injury has varied, insofar as the trigger date is concerned, depending on whether the claimant was alleging autoimmune diseases (date of implant or date of onset of disease trigger), breast implant rupture (date of rupture trigger), or breast implant contracture (date of experiencing pain trigger)».

²¹⁰ In tal senso, *Joe Harden Builders, Inc. v. Aetna Casualty and Surety Co.*, 486 S.E.2d 89, 326 S.C. 231, 235 (1997): «[C]overage is triggered at the time of an injury-in-fact and continuously thereafter to allow coverage under all policies in effect from the time of injury-in-fact during the progressive damage». Cfr., anche *U.S. Gypsum Co. v. Admiral Ins. Co.*, 643 N.E.2d 1226, 1255 (III App. Ct. 1994).

²¹¹ Cfr. N.R. ANDREA, *cit.*, p. 836: «the triggers for policy coverage is determined when the claimant has actual or constructive knowledge of the disease, or when the disease is diagnosed, whichever occurs first».

²¹² Cfr., tra le altre, *Mangerchine v. Reaves*, 63 So.3d 1049 (La. Ct. App. 2011); *State Farm Fire & Cas. Co. v. Rodriguez*, 88 S.W.3d 313 (Tex. App. 2004).

²¹³ V. *Mraz v. Canadian Universal Ins. Co., Ltd.* 804 F.2d 1325 (4th Cir. 1986), 1328, che ne giustifica l'adozione rilevando che: «the existence or scope of damage remains concealed or uncertain for a period of time even though damage is occurring (...) determining exactly when damage begins can be difficult, if not impossible»; tuttavia, per una recente applicazione, in un *asbestos case*, v. *Pennsylvania Nat'l Mut. Cas. Ins. Co. v. St. John*, 106 A.3d 1 (Pa. 2014).

²¹⁴ In questo senso, si veda il riferimento ai lavori preparatori di cui alle polizze standard CGL, riportato in *Montrose Chem. Corp. of Cal. V. Admiral Ins. Co., cit.*, 903: «specifically considered and rejected the suggestion that language establishing a manifestation or discovery trigger of coverage be incorporated into the standard form CGL policy».

In secondo luogo, si è a ragione contestato che, seguendo quest'opzione ricostruttiva, una polizza *loss occurrence* verrebbe indebitamente convertita in garanzia *claims made*, senza però ottenerne il correlato beneficio del minor prezzo: benché, infatti, il *trigger* non sia legato alla richiesta risarcitoria, ma allo specifico momento della manifestazione del pregiudizio, la delimitazione della copertura si dimostra invero analogo, se è vero che è proprio con il palesarsi del danno che il terzo avanza la propria istanza nei confronti dell'assicurato²¹⁵.

IV) Con la *multiple trigger theory*, la responsabilità viene allocata in capo a ciascun assicuratore che abbia prestato la propria copertura dal momento dell'esposizione al danno fino a quello in cui questo si è manifestato; essa va distinta dalla *continuous trigger theory* (v. *supra*, sub I e III)²¹⁶, che autorizza la chiamata in causa di tutte le polizze assicurative prestate nel mentre in cui, rispettivamente, l'esposizione al danno, il suo manifestarsi ovvero gli effetti pregiudizievoli si siano protratti nel tempo²¹⁷.

Il *leading case* in materia è rappresentato da *Keen Corp. v. Insurance Co. of North America*²¹⁸, vertenza occasionata dalla responsabilità della società istante per le patologie asbesto-correlate contratte da migliaia di soggetti venuti a contatto con i prodotti, dalla stessa messi in circolazione, contenenti amianto.

La Corte ha avuto modo di rilevare che, nella fattispecie, non fosse invero desumibile, dal tenore letterale delle polizze, il meccanismo di attivazione della garanzia previsto: una redazione del contratto, più controllata sotto il profilo linguistico, avrebbe chiuso speditamente la vertenza²¹⁹.

Si è, così, fatto ricorso al principio del «ragionevole affidamento» (*reasonable expectations*), attraverso il quale, preso atto che il ricorso all'assicurazione è finalizzato alla copertura del rischio derivante da responsabilità civile, si rende

²¹⁵ *Marathon Flint Oil v. American States Ins.*, 810 F.Supp. 850, 853 (E.D. Mich. 1992) «the manifestation theory (...) provides the same protection for the insurance company as a claims made policy without the reduction in premiums for the insured». Nei medesimi termini, tra le altre, *Harford County v. Harford Mutual Ins. Co.*, 327 Md. 418, 610 A.2d 286, 294-95 (Md.Ct.App.1992).

²¹⁶ La distinzione, sovente pretermessa in dottrina, è stata invece colta da J.M FISHER, *cit.*, 647.

²¹⁷ Sul punto, si cfr. l'articolata soluzione, alla luce di questa teoria, elaborata nel caso *EnergyNorth Natural Gas, Inc. v. Certain Underwriters at Lloyd's*, 934 A.2d 517 (N.H. 2007).

²¹⁸ *Keen Corp. v. Insurance Co. of North America*, *cit.*

²¹⁹ Anche in materia assicurativa, come rilevato, tra le altre, da *Utica Mutual Insurance Co. v. Central Vermont Railway*, 336 A.2d 200, 203 (Vt. 1975), «[T]he cardinal rule of construction promotes a reading of the phrase at issue in its plain, ordinary, and popular sense».

legittima l'attribuzione dell'obbligo d'indennizzo a carico di ciascuna polizza in vigore durante lo sviluppo della vicenda dannosa²²⁰.

La teorica in oggetto, d'altronde, non solo permetterebbe, nei casi di *mass-exposure toxic-tort*, di superare le difficoltà insite nell'individuazione del preciso istante in cui possa effettivamente dirsi alterata la fisiologica composizione dell'organismo ad opera dell'agente patogeno²²¹, quanto altresì di riflettere con maggior coerenza la natura effettivamente dinamica e progressiva delle *bodily injuries* arrecate al danneggiato²²². L'adozione del criterio in esame, rendendo illimitata e indeterminabile a priori l'esposizione finanziaria dell'assicuratore, finisce invero per sovrapporre pericolosamente la responsabilità indennitaria di questi con quella risarcitoria a carico dell'assicurato²²³; già sul piano concettuale, tuttavia, sono state avanzate riserve, a partire dal fatto che esso implicherebbe un'indebita scissione tra danno e aggravamento del danno, quando invece è chiaro che il pregiudizio sia fenomeno ontologicamente unitario, attenendo il secondo aspetto soltanto all'ambito della delimitazione delle conseguenze dannose (o, meglio, del *quantum debeat*)²²⁴.

2.1.2. (Segue) Gli orientamenti delle Corti inglesi

²²⁰ Il principio è fatto risalire alla nota vertenza *Gray v. Zurich Ins. Co.*, 65 Cal. 2d 263 (1966). La pronuncia riporta alcuni passaggi di contributi dottrinali che supportano tale criterio ermeneutico a contrappeso dell'asimmetria di potere negoziale tra le parti che sussiste nei contratti per adesione, tra i quali è certo annoverabile quello di assicurazione. Viene richiamato, ad esempio, il pensiero di F. KESSLER, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*, (1943) 43 Colum. L. Rev. 629, 637, per il quale: «In dealing with standardized contracts courts have to determine what the weaker contracting party could legitimately expect by way of services according to the enterpriser's 'calling', and to what extent the stronger party disappointed reasonable expectations based on the typical life situation».

²²¹ *V. Owens-Illinois, Inc. v United States Ins. Co.*, 650 A.2d 974, 985 (N.J. 1985).

²²² Cfr., così, *Joe Refractories Co. v. Allstate Ins. Co.*, 578 A.2d 468, 507: «rather than selecting one or another of the phases as the exclusive trigger of liability, it seems more accurate to regard all stages of the disease process as bodily injuries sufficient to trigger the insurers' obligation to indemnify, as all phases independently meet the policy definition of bodily injury». Per un caso di responsabilità per danni da inquinamento ambientale, nel medesimo senso, v. *New Castle County v. Continental Ins. Co.*, 725 F. Supp. 800 (D.Del. 1989).

²²³ Cfr. F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 74, cui si rimanda per ulteriori ragguagli.

²²⁴ Cfr., *amplius*, J.M FISHER, *cit.*, pp. 665-666. Intorno alla causalità giuridica, v. *supra*, cap. I, § 1.4.2. (nt. 151).

La giurisprudenza inglese, dal canto suo, si è negli ultimi anni analogamente profusa sul tema, con particolare riferimento alla soluzione di casi concernenti la responsabilità civile per l'insorgenza del mesotelioma pleurico-peritoneale²²⁵.

Con tale termine si indica una forma di neoplasia letale, generalmente asbesto-correlata (circa l'85% dei casi insorgenti nella popolazione dei paesi industrializzati), che si sviluppa nella pleura, ma talora anche nel peritoneo e nel pericardio, caratterizzata da una lunga latenza, aggirantesi, secondo recenti studi, intorno ai 45 anni per il mesotelioma pleurico (uomini e donne) e, ad un periodo leggermente inferiore, per il mesotelioma del peritoneo²²⁶.

La copertura della responsabilità derivante da esposizione all'amianto è offerta, nel sistema giuridico inglese, non solo dalle polizze di responsabilità civile datoriale (cd. *Employer's Liability*)²²⁷, quanto anche, qualora l'esposizione non sia avvenuta

²²⁵ Cfr. l'approfondito contributo di N. COGGIOLA, *Frammentazione delle regole del nesso causale e giustizia sostanziale nella recente giurisprudenza inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 109 ss.

²²⁶ Ricaviamo queste informazioni dallo studio di N. COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, 2011, pp. 20-21. Cfr. anche R. MERKIN, J. STEELE, *ult. cit.*, p. 364, «Exposure to asbestos leads to asbestos fibres being lodged in the lungs; some thirty five after exposure, the fibres take hold, producing a tumour with its own blood supply which causes damage to the lungs; some five years after that, there is manifestation of the disease; and within a matter of months, inevitable fatality» (corsivo mio). Secondo quanto riportato dalle statistiche reperite sulla pagina <http://www.hse.gov.uk/statistics/causdis/asbestos.htm>, di cui al sito dell'*Health and Safety Executive*, le morti per mesotelioma in Gran Bretagna, nel solo 2013, sono state ben 2538. Considerata la lunga latenza caratteristica di questa patologia, un'applicazione del tradizionale criterio del *but for test* ai fini dell'accertamento del nesso causale, rende effettivamente estremamente arduo, se non impossibile, stabilire a quale soggetto imputare, nel caso di una pluralità di rapporti di lavoro instaurati nel tempo dalla vittima, la responsabilità per l'insorgenza, a notevole distanza di tempo, della patologia. Nel caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others*, [2002] UKHL 22, [2002] 3 W.L.R. 89, si è così stabilita la responsabilità solidale in capo a tutti i soggetti che, avendo violato i loro obblighi di protezione nei confronti dei propri dipendenti, avevano per questi ultimi già solo aumentato, in modo rilevante, il rischio di insorgenza del mesotelioma («materially increased the risk»). Il vincolo di solidarietà, temporaneamente sconfessato in *Barker v. Corus plc and others* [2006] UKHL 20, [2006] N.P.C. 50, è stato infine confermato, per via legislativa, dal novellato *Compensation Act* del 2006 (Chapter 29, s. 3), il quale prevede che la pretesa risarcitoria possa trovare soddisfazione presso anche un solo soggetto, tra quelli che, nel tempo, *abbiano causato o permesso* l'esposizione della vittima all'agente nocivo. La recentissima pronuncia *Eneghan v Manchester Dry Docks Ltd & Ors*, [2016] EWCA Civ 86, ha esteso il raggio applicativo, in punto di causalità, del *Fairchild principle*, al di là dei casi di mesotelioma (nel caso di specie si trattava di cancro polmonare; ciò ha, però, impedito il ricorso alla disciplina, in punto di solidarietà, prevista dal *Compensation Act*). Degna di nota è l'entrata in vigore, a partire dal 1° luglio 2014, del *Mesothelioma Act*: in forza di esso, è previsto uno schema di indennizzo forfettario a favore delle vittime di mesotelioma - o delle loro loro famiglie, qualora questi siano deceduti - nel caso in cui non sia possibile azionare una pretesa di risarcimento nei confronti degli enti datoriali colpevoli o delle rispettive Compagnie assicurative, e la diagnosi della patologia (o il decesso) sia successiva al 25 luglio 2012.

²²⁷ Va ricordato che dal 1° gennaio 1972, data di entrata in vigore dell'*Employers' Liability (Compulsory Insurance) Act 1969*, è previsto, per «every employer carrying on any business in Great

nell'espletamento di un rapporto di lavoro, dalle garanzie di responsabilità civile ordinaria (cd. *Public Liability*)²²⁸.

Sul punto, è bene prendere l'abbrivio dall'*asbestos case* [del 6 febbraio 2006] *Bolton Metropolitan Borough Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd. and Commercial Union Assurance Company Ltd.*, emessa dalla *Court of Appeal*²²⁹.

La Corte, in tale pronuncia, si è profusa nell'interpretazione della delimitazione del rischio prevista da due polizze stipulate stipulate dall'Ente, dapprima, per il periodo 1960-1965, con la compagnia assicurativa *Commercial Union Assurance Company Ltd.* e, dal 1979 al 1991, con la *Municipal Mutual Insurance Ltd.*, a copertura della responsabilità civile ordinaria (*PL*), per i danni che avrebbero potuto subire [semplificando] i soggetti impiegati alle sue dipendenze.

Le Compagnie assicurative si erano impegnate ad indennizzare l'assicurato delle somme che quest'ultimo sarebbe stato chiamato a risarcire a fronte di eventi dannosi, collegati all'espletamento dell'attività lavorativa, ed esitati, rispettivamente, in «*bodily injury to or illness (...), occurring (...) during the period of Indemnity as a result of an accident (...)*» e «*accidental bodily injury or illness (...) when such injury illness occurs during the currency of the Policy*».

Secondo il *Lord Justice Longmore*, alla cui *opinion* hanno aderito senza riserva gli altri membri della Corte, l'obbligo di indennizzo, previsto dalle polizze contro la responsabilità civile, si attiva solo nel momento in cui una responsabilità possa effettivamente essere fatta valere dal danneggiato, e pertanto al momento della formazione delle cellule neoplastiche, e non in quello in cui - come al momento dell'esposizione all'agente patogeno - un soggetto sia in salute e il rischio di essere chiamato al risarcimento sia meramente potenziale²³⁰.

Britain» l'obbligo di assicurarsi «against liability for bodily injury or diseases sustained by his employees». (*section 1 (1)*).

²²⁸ Sul punto, cfr. F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 82.

²²⁹ *Bolton Metropolitan Borough Council v. Municipal Mutual Insurance Ltd. and Commercial Union Assurance Company Ltd* [2006] EWCA Civ. 50, [2006] 1 WLR 1492.

²³⁰ Cfr., *ID.*, 1501, ove si osserva come «it is well accepted in the general law that words such as “injury” or “damage” in indemnity agreements do not include injury or damage *which will happen in the future*» (arg. *ex auctoritate*). Stando alla bipartizione *supra* offerta, qualora il meccanismo attivatore della polizza sia legato a una «*bodily injury*», possiamo evidenziare, sul piano classificatorio, che il modello assicurativo in esame, dunque, sarebbe - a parere della Corte - *on loss occurring basis* e, nello specifico, l'*occurrence* dell'*injury* vada collocata nel momento in cui le cellule tumorali iniziano a prodursi nell'organismo. Analogamente, negli USA, nel caso *Eagle-Picher Indus., Inc. v Liberty Mut. Ins. Co.*, 682 F.2d 12, 19 (1st Cir. 1982), si era evidenziato che «it is uncontested that even sub-clinical injury to

E' venuta così disattesa la consueta prassi delle Compagnie assicurative, consolidata nel ritenere che formulazioni circa la delimitazione del rischio, analoghe a quelle testé richiamate, vadano interpretate sulla scorta dell'*on time exposure trigger*, e dunque che ogni polizza, durante la cui vigenza temporale si fosse verificata l'esposizione del danneggiato all'amianto, possa essere attivata e risponda *pro rata temporis*²³¹.

Forti delle conclusioni raggiunte dalla Corte nella vertenza *Bolton*, le Compagnie assicurative hanno cercato di estenderne l'esito ermeneutico alle polizze di responsabilità civile ordinaria (*EL*), il cui meccanismo di attivazione, tradizionalmente ricondotto al paradigma dell'*exposure theory*, prevede che, durante il periodo dell'assicurazione convenuto, il terzo abbia subito una lesione (*injury sustained*) o contratto una malattia (*disease contracted*).

Infatti, a tutto vantaggio dell'assicuratore, dall'adozione dell'*injury in fact trigger*, scaturisce per l'assicurato non solo l'arduo compito di individuare, supportato dalle necessarie evidenze scientifiche, il momento di sviluppo del processo cancerogeno e la copertura effettivamente in vigore in quel frangente temporale, bensì anche l'impossibilità di attivare una pluralità di garanzie a suo favore, tra quelle prestate nel corso dell'esposizione²³².

La soluzione cui è giunta, però, la *Supreme Court*, con la maggioranza di 4:1, nel caso *Employers' Liability Insurance 'Trigger' Litigation: BAI (Run Off) Ltd v Durham*²³³, è diametralmente opposta a quella sostenuta, ed auspicata, dalle Compagnie assicurative.

the lung does not occur simultaneously with the inhalation of asbestos. Nor is (...) sub-clinical injury an inevitable by-product of exposure, since the body's natural mechanism may remove the fibers before they became embedded in the lungs».

²³¹ Così, F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 83.

²³² Cfr., ancora F. CESERANI, *ult. loc. cit.* Sul punto, v. anche R. MERKIN, *ult. cit.*, p. 1054.

²³³ *Employers' Liability Insurance "Trigger" Litigation: BAI (Run Off) Ltd v Durham & Ors* [2012] UKSC 14, [2012] WLR 86 *Employers' Liability Insurance "Trigger" Litigation: BAI (Run Off) Ltd v Durham & Ors* [2012] UKSC 14, [2012] WLR 867. Per una lettura guidata della pronuncia, cfr. R. MERKIN, J. STEELE, *Compensating Mesothelioma Victims, cit.*, 330.

Oltre a sconfessare la speciosa *distinctio* tra le espressioni *injury sustained* and *disease contracted*, sostenuta dalla Corte d'Appello²³⁴, viene infatti in questa sede affermato che le garanzie *E.L.* possono attivarsi esclusivamente in forza dell' *exposure trigger*²³⁵. La tesi portante, a sostegno dell'orientamento adottato, fa valere ragioni di giustizia materiale.

Aderendo all'orientamento sposato dalla sentenza *Bolton*, infatti, potrebbero verificarsi - com'è agevole intuirsi - scongiurabili vuoti di copertura per il danneggiato, nei casi in cui, tra gli altri, durante il periodo di lunga latenza della patologia, esso non sia più impiegato presso la società danneggiante, ovvero quest'ultima abbia cessato la propria attività e non sia più quindi assicurata²³⁶.

E' dato constatare, così, un incoerente sistema «a doppio binario», in base al quale, a formulazioni del meccanismo di attivazione di garanzia affatto analoghe - ovvero identiche - sotto il profilo letterale, immotivatamente vengono abbinati difformi regimi operativi, in base alla fortuita circostanza che si tratti di polizze per la responsabilità civile generale (*PL*) ovvero datoriale (*EL*).

2.2. *Genesi del modello on claims made basis e ragioni del suo sviluppo*

Con le polizze assicurative *on claims made basis* («a richiesta fatta»), in prima approssimazione, può dirsi che la copertura del rischio venga temporalmente

²³⁴ *Employers' Liability Insurance "Trigger" Litigation: BAI (Run Off) Ltd v Durham & Ors* [2010] EWCA Civ 1096. Si ponga attenzione, però, alle perplessità sollevate da *Lord Justice Rix*, il quale si conforma all'opinione degli altri membri della Corte, solo in quanto vincolato dal *precedent* di cui al caso *Bolton*, facendo, infatti, presente che «It may be true that until mesothelioma develops, the patient does not suffer from it. But has he not sustained an injury in the form of the assault of the fibres which he has inhaled, when mesothelioma has developed from that assault? He is worse off because of his exposure to the most noxious forms of asbestos, and his lungs contain hugely more numerous fibres, and of the more dangerous kinds, than the lungs of ordinary people. Being worse off, he has suffered damage» (§ 280).

²³⁵ E, si badi, in questi casi, stando a quanto da ultimo deciso in *Zurich Insurance PLC UK Branch v International Energy Group Ltd (IEG)*, [2015] UKSC 33, ciascuna compagnia, tra quelle presso cui nel tempo si è assicurato il datore di lavoro, potrebbe essere - a sua discrezione - chiamata alla copertura della responsabilità in cui quest'ultimo è incorso. E' comunque previsto un regime di regresso verso gli altri assicuratori, nonché il diritto alla ripetizione, nei confronti dell'assicurato, di una quota dell'indennizzo ad esso versata, qualora quest'ultimo fosse stato in uno o più periodi privo di alcuna protezione assicurativa. Per ulteriori approfondimenti, cfr. la nota critica di R. MERKIN, *Insurance and reinsurance in the Fairchild enclave*, (2016) 36 Legal Stud. 1.

²³⁶ *Amplius*, cfr. le parole di LJ Mance, [2012] WLR 867, in part. 888.

delimitata, garantendosi la responsabilità civile esclusivamente per le istanze di risarcimento che giungano per la prima volta all'assicurato dopo il perfezionamento del contratto, e dunque nel periodo di operatività della garanzia assicurativa, [talvolta, ma di rado] a prescindere dal momento in cui il danno sia stato causato²³⁷.

Le origini del negozio - profilo pretermesso in letteratura - sono da rinvenirsi nel mercato assicurativo inglese, ove, già a partire dai primi decenni del XIX secolo, erano offerte dai *Lloyd's* di Londra polizze assicurative a copertura della responsabilità professionale, per l'appunto modulate secondo lo schema *claims made*²³⁸.

Come riportato dalla cronaca del tempo, all'epoca, presso i *Lloyd's* era già possibile ottenere, infatti, per gli esercenti la professione legale, una specifica polizza professionale, la *Lloyd's Solicitors Indemnity Policy*, a copertura di ogni *claim* originato «by reason of *any neglect, omission or error whenever or wherever the same was or may have been committed*» (corsivo mio)²³⁹.

Negli USA, le poche *law firms* che avevano stipulato una polizza contro i rischi da responsabilità professionale, erano ricorse, a loro volta, alla predetta polizza inglese²⁴⁰,

²³⁷ Cfr. G. KROLL, *The "Claims Made" Dilemma in Professional Liability Insurance*, (1974-75) 22 UCLA L. Rev. 925, 925-926: «A "claims made" policy is one whereby the carrier agrees to assume liability for any errors, including those made prior to the inception of the policy, as long as a claim is made within the policy period». Per un riscontro giurisprudenziale, v. *Samuel N. Zarpas, Inc. v. Morrow*, 215 F.Supp 887 (DC NJ 1963), 888: «In a discovery policy the coverage is effective if the negligent or omitted act is discovered and brought to the attention of the insurance company during the period of the policy, no matter when the act occurred». Purtuttavia, come rilevato in *Stine v. Continental Casualty Co.*, 349 N.W.2d 127, 419 Mich. 89 (1984), 97, «Some "claims made" policies (...) are written to provide coverage *only for negligent acts or omissions which occur during the policy period* and for which the claim is made against the insurer during that period» (enfasi aggiunta); sul punto, v. *infra*, § 2.2.1.

²³⁸ Cfr. R. MERKIN, J. STEELE, *Insurance and the Law of Obligations*, *cit.*, p. 69: «The 'claims made' trigger has been developed for use in the professional indemnity market».

²³⁹ Come riporta C. DAUTCH, *Laywers' Indemnity Insurance*, (1941) 46 Com. L. J. 412. Un'interessante conferma la si ritrae dal celebre caso *Hoseldine v. Haskin*, (1933) 45 Ll. L. Rep. 59, ove è riportato il testo di una polizza professionale del tempo, con la quale il professionista reclamante era stato assicurato per ogni danno «arising from any claim or claims which may be made against them during the 12 calendar months commencing on Jan. 16, 1932, ... by reason of any neglect, omission or error *whenever or wherever the same was or may have been committed*». Nel medesimo senso è quanto riportato da C.S. WOOD, *A letter from Manchester, England: To the editor of the Journal*, (1942) 47 Com. L. J. 151, 151-152: «Provided the claim against the Solicitor is made during the period of cover *it is immaterial when the act of neglect omission or error is committed*» (corsivo mio).

²⁴⁰ Cfr., ancora C. DAUTCH, *loc. cit.*: «No american company appears to have issued such a policy. With the exception of the few firms who carry the London Policy, American attorneys are without this form of protection». Cfr., altresì, D.J. LADANYI, *Lawyers' Professional Liability Insurance*, (1972) 21 Clev. St. L. Rev. 66, 69: «Lawyers' professional liability insurance was not, surprisingly, written by any American insure until 1945. Prior to this time, Lloyd's of London was the only company to insure against such losses».

fino all'avvento delle pioneristiche coperture di cui alle *Lawyers Protective Policies*, immesse sul mercato nel 1945 dalla *New Amsterdam Casualty Company* e dalla *United States Casualty Company*²⁴¹; le polizze *Lloyd's*, altresì disponibili per la responsabilità civile di architetti e ingegneri, furono affiancate dalle coperture assicurative *ad hoc* fornite dalla *Continental Casualty Company* solo nel 1957²⁴².

Come di fronte ad ogni *revirement* giuridico che si rispetti, non mancarono decise prese di posizione e resistenze da parte della giurisprudenza più conservatrice, volte a negare la compatibilità delle nuove polizze con i principi informatori dell'ordinamento.

Una vicenda, a tal proposito emblematica, la si rinviene in *Jones v. Continental Casualty Co.*²⁴³: nel caso di specie, un ingegnere instava per la copertura della propria responsabilità, reclamata ben 16 mesi dopo lo spirare del periodo di assicurazione convenuto, nei confronti della compagnia assicurativa con la quale aveva stipulato una polizza *on claims made basis*, non rinnovata successivamente, a causa di personali difficoltà economiche.

Nel caso di specie, la polizza prevedeva una copertura per le sole richieste risarcitorie ricevute dall'assicurato, e da questi denunciati alla propria compagnia, entro l'annualità di polizza (*claims made and notified policy*), in riferimento ai soli sinistri cagionati nel medesimo periodo provocati; era altresì prevista un'estensione retroattiva della copertura, con riferimento ai sinistri cagionati in epoca precedente al periodo di efficacia della polizza, purché l'assicurato si fosse garantito senza soluzione di continuità presso lo stesso assicuratore²⁴⁴.

²⁴¹ M.A. ALBERT, *Lawyers' Protective*, (1948) 15 Ins. Counsel. J. 69. Rileva D.J. LADANYI, *cit.*, 72, che nel 1972, gli avvocati americani assicurati erano pari al 95% dei professionisti in attività.

²⁴² *Amplius*, cfr. P.J. NEESON, *The current status of professional architects' and engineers' malpractice liability*, (1978) 45 Ins. Counsel J. 39, 45. Si trattava di polizze *claims made*, se è vero che, come osservano R.M. CHEMERS, J.A. JR. KNOX, *When Designs Don't Work: Professional Liability Coverage of Architects and Engineers*, (1995) 15 Constr. Law 17, 17: «From its debut some 40 years ago, professional liability coverage for architects and engineers has almost always been written on a claims-made basis». Rispetto alla responsabilità medica, pare potersi dedurre dallo studio di J.O. MARKER, F.J. MOHL, *Rating Claim-Made Insurance Policies*, 1980, in www.casact.org (sito ufficiale della *Casualty Actuarial Society*), p. 167 ss., che le polizze *claims made* furono introdotte sul mercato solo in concomitanza con la crisi del mercato assicurativo statunitense dei primi anni '70.

²⁴³ *Jones v. Continental Casualty*, 303 A.2d 91, 123 N.J. Super. 353 (1973).

²⁴⁴ *Id.*, 356: «IV. Policy Period, Territory. (a) During the Policy Period. The insurance afforded by this policy applies to errors, omissions or negligent acts which occur * * * during this policy period if claim therefor is first made against the insured during this policy period. (b) Prior to the Policy Period. The insurance afforded by this policy also applies to errors, omissions or negligent acts which occur within

In merito alla polizza in oggetto, venne anzitutto rilevato dalla Corte che l'assicurato, onde evitare vuoti di copertura, sarebbe stato costretto a rinnovare la polizza con la medesima compagnia: nell'ambito di contratti «*take or leave*» - qual è, tra gli altri, il negozio assicurativo - l'imposizione di un onere di tal fatta non poteva che porsi in aperto contrasto con il principio cardine di libera autodeterminazione contrattuale dell'aderente (*freedom of contract*).

In secondo luogo, la polizza in esame si sarebbe tradotta in un'irragionevole contrazione di copertura, a detrimento dell'assicurato, alla luce delle regola che vuole il termine prescrizione decorrente dalla data di conoscenza del pregiudizio da parte del danneggiato (c.d. *discovery rule*)²⁴⁵.

Invero, la fissazione del *dies a quo* per il decorso del termine prescrizione, a favore del danneggiato, nella data in cui questi ha [o dovrebbe aver] acquisito conoscenza degli astratti elementi costitutivi del diritto esercitabile - venne sottolineato - è regola di carattere equitativo, come tale inscritta entro l'orizzonte assiologico alimentato da ragioni *public policy*²⁴⁶.

*the United States of America, * * * prior to the effective date of this policy if claim therefor is first made against the insured during this policy period and if all of the following requirements are present: (1) the error, omission, or negligent act was also insured by this Company under the prior policy (as defined below) * * * (2) no insured, at the effective date of the prior policy (as defined below), had any knowledge of a pending claim which might be made against any insured or had any knowledge or any circumstance which may reasonably be expected to create a claim against any insured. Prior policy (for the purpose of this insuring agreement) means the combined total of all architects' and/or engineers' professional liability policies issued by this Company beginning with the first architects' and/or engineers' professional liability policy followed continuously by successive architects' and/or engineers' professional liability policies, the last of which expired on the effective date of this policy»* (enfasi aggiunte).

²⁴⁵ Con riferimento alla genesi della *discovery rule*, viene ricordato che nel caso «*New Market Poultry Farms, Inc. v. Fellows*, 51 N.J. 419 (1968) this court found that plaintiff's cause of action against defendant, a professional engineer and land surveyor, arising from the latter's negligent miscalculation of acreage, did not accrue when the error was made, but rather eleven years later when it was discovered». In *Link & Co. v. Continental Casualty Co.*, 470 F.2d 1133 (9th Cir. 1972), caso involgente ancora una copertura assicurativa a favore di un architetto, la clausola fu tacciata di contrarietà all'ordine pubblico, in quanto violativa di una legge dello Stato del *Montana* (cfr. *Mont. Rev. Cod. Ann.*, § 13-608 - 1967) che riteneva nulla, in quanto giustappunto *against public policy*, qualsiasi condizione contrattuale diretta a limitare lo spazio temporale di esercizio di un diritto. Ciò avvenne, benchè diverse decisioni di segno contrario non fossero precedentemente mancate. Tra le altre, *San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc.*, 203 Cal. App. 2d 750, 21 Cal. Rptr. 844 (2d Dist. 1962); *Rotwein v. General Accident Group*, 103 N.J.Super. 406, 247 A.2d 370 (1968); *Livingston Parish School Board v. Fireman's Fund American Insurance Co.*, 282 So. 2d 478 (La., 1973).

²⁴⁶ Cfr. *ID.*, 361, circa il concetto di «ordine pubblico»: «The rule of law, most generally stated, is that "public policy" is that principle of law which holds that "no person can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public or against public good * * *" even though "no actual injury" may have resulted therefrom in a particular case "to the public". It is a question of law which the court must decide in light of the particular circumstances of each case».

Per tale via, l'onere di tempestiva notifica, entro l'annualità di polizza, del *claim* inoltrato dal danneggiato, non avrebbe potuto coordinarsi con la richiamata dilatazione del termine prescrizione, diretta a garantire l'effettiva possibilità di esperire il diritto al risarcimento, in tutti i casi in cui - giusta la peculiare natura del pregiudizio subito - non sia possibile percepire, se non a distanza di molti anni, l'esistenza del danno ovvero la sua addebitabilità a un soggetto determinato.

Si trattava, dunque, di una previsione contrattuale incompatibile con i principi di ordine pubblico correnti alla data della pronuncia, oltre che - all'evidenza - con gli interessi vantati dalla platea degli eventuali terzi danneggiati²⁴⁷.

I dubbi circa la legittimità dell'istituto, tuttavia, non tardarono a dissolversi²⁴⁸.

Così, se nell'importante arresto *Zuckerman* fu esclusa l'illegittimità delle garanzie *claims*, quantomeno nei casi in cui nella copertura fossero ricomprese tutte le richieste risarcitorie attinenti ad illeciti commessi prima della stipulazione della polizza²⁴⁹, in *Yacey v. Floyd West & Co.* fu fatta salva la legittimità della clausola, a prescindere dalla previsione di un'estensione retroattiva²⁵⁰.

²⁴⁷ Nel medesimo senso, cfr. *J.G. Link & Co. v. Continental Cas. Co.*, 470 F.2d 1133 (9th Cir. 1972) e *Langva v. Texan Ranch Homes, Inc.*, Civil No. 198838-1970 (NY Sup. Ct. Feb. 2, 1972).

²⁴⁸ Tra le altre, cfr. *Scarborough v. Travelers Ins. Co.*, 718 F.2d 702 (5th Cir. 1978); *Brander v. Nabors*, 579 F.2d 888 (5th Cir. 1978); *James J. Brogger & Assoc. V. American Motorists Ins. Co. 2*, 42 Colo. App. 464, 595 P.2d 1062 (1979); *Detroit Auto. Inter-Ins. Exch. v. Leonard Underwriters, Ins. Co.*, 100 N.J. 304, 495 A.2d 395 (1985).

²⁴⁹ *Zuckerman v. Nat. Union Fire Ins. Co.*, 100 N.J. 304, 495 A.2d 395 (1985). Ad onor del vero, il medesimo giorno che ebbe a pronunciarsi in *Zuckerman*, la *Supreme Court of New Jersey*, nella vertenza *Sparks v. St. Paul Ins. Co.*, 100 N.J. 325, 495 A.2d 406 (1985), negò la validità di una polizza che, in aperto contrasto con le *reasonable expectations* dell'assicurato, non prevedeva la consueta *retroactive coverage* di cui ai contratti *on claims made basis*. Tuttavia, come rilevano K.F. OETTLE, D. J. HOWARD, *Zuckerman and Sparks: The Validity of "Claims Made" Insurance Policies as A Function of Retroactive Coverage*, (1985-1986) 21 Tort. & Ins. L.J. 659, 666, la Corte stessa si premura di evidenziare che l'intervento demolitorio del giudice dovrebbe arrestarsi qualora venga offerta la prova che l'assicurato abbia compiutamente compreso le condizioni contrattuali offerte dalla compagnia ed consapevolmente optato per una copertura priva di efficacia retroattiva, benché gli fosse stata altresì rappresentata l'opportunità di acquistare un' «adequate retroactive coverage»: è agevole percepire la tensione, poi sciolta dalla giurisprudenza successiva (v. nt. successiva), tra la volontà di tutelare le ragioni del contraente debole e quella di preservare il principio generale di libertà contrattuale, inviolabile nei soli casi in cui l'aderente sia stato messo nelle condizioni di poter acquisire le informazioni necessarie a selezionare il prodotto assicurativo più idoneo alle proprie esigenze.

²⁵⁰ *Yacey v. Floyd West & Co.*, 755 S.W. 2d 914 (Tex. Ct. App., 1988); in questo senso, già *Stine v. Continental Casualty Co.*, 419 Mich. 89 (1984) 349 N.W.2d 127. In *Gereboff v Home Indemnity Co.*, 119 RI 814, 383 A2d 1024 (1978), fu d'altronde esclusa di per sé l'asserita incompatibilità di coperture *claims*, prive di estensione retroattiva illimitata, con l'ordine pubblico (1028): «we are unaware of any principle that either prevents an insurer from imposing reasonable conditions upon the obligations it assumes in its contract, or condemns on public policy grounds coverage that combines elements of both 'discovery' and 'occurrence' policies, but provides less protection than is customarily afforded by either».

In quest'ultima vertenza, la Corte fece presente la necessità di un *self-restraint* del sindacato ogniqualvolta il linguaggio della polizza possa dirsi «clear, unequivocal, and hence unambiguous»²⁵¹: nel caso di specie, l'estensione della copertura era stata evidenziata con cura nel testo contrattuale, sicché il giudicante non avrebbe potuto modificare le condizioni dello scambio.

Superata l'iniziale diffidenza, a far data dai primi anni Settanta, con l'avallo della successiva pressoché unanime giurisprudenza, la maggior parte delle polizze, stipulate in particolare a copertura di *professional malpractice*, furono, *on claims made basis*²⁵². La definitiva affermazione del modello si ebbe in concomitanza della crisi di cui si rese protagonista il mercato assicurativo nordamericano a cavallo degli anni Ottanta²⁵³. Al crollo dell'economia assicurativa contribuì, in via segnata, l'espansione incontrollata dei territori occupati dalla responsabilità civile, sull'onda della «*psychology of entitlement*»²⁵⁴: l'opinione pubblica americana - sulla scorta di recenti evidenze scientifiche - prese coscienza del nesso eziologico tra l'esposizione a sostanze e/o manufatti tossici e lo sviluppo di patologie a carattere lungolatente²⁵⁵. E così, le controversie involventi patologie ricollegate all'inalazione di amianto²⁵⁶, piuttosto che all'assunzione di DES (*diethylstilbestrol*)²⁵⁷, ovvero del contraccettivo *Dalkon Shield*, divennero «a staple of judicial dockets»²⁵⁸.

²⁵¹ Come ricorda A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002, p. 112, giusta la natura iniziatica e settoriale del linguaggio impiegato, «Il diritto delle assicurazioni nordamericano riconosce la regola ermeneutica dell'*interpretatio contra proferentem* come principio cardine nella disciplina del contratto assicurativo».

²⁵² J.M. FISHER, *cit.*, 636.

²⁵³ Cfr. J.F. HOGG, *The Tale of a Tail*, (1998) 24 Wm. Mitchell L. Rev. 516.

²⁵⁴ L'espansione della responsabilità civile fu la risposta «alle pressioni di una società sempre più avversa al rischio e propensa alla cultura della compensazione dei danni e del benessere per il maggior numero possibile di individui», come rileva F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 16.

²⁵⁵ Cfr. K.S. ABRAHAM, *Making sense of the Liability Insurance Crisis*, *cit.*, 405.

²⁵⁶ Esemplare è il caso, riportato da D.R. ANDERSON, *Financing Asbestos Claims: Coverage Issues, Manville's Bankruptcy and the Claims Facility*, (1987) J. R. Insur. 429, 439, della *Johns-Manville*, società attiva nell'estrazione e lavorazione dell'asbesto, che fu costretta a proporre istanza di fallimento, ai sensi del Capitolo 11 della legge fallimentare americana, a fronte della serie *record* di cause contro di essa intentate (nell'agosto 1982 se ne potevano contare ben 16.500), per un ammontare di risarcimenti stimato intorno ai 12.5 miliardi di dollari.

²⁵⁷ Come riporta F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 808, gli effetti collaterali di tale farmaco, prodotto e commercializzato tra gli anni 1940 e 1969 dal colosso industriale *Ely Lilly*, vennero accertati solo sul finire degli anni '70, sicché, a fronte delle diverse azioni giudiziarie in seguito promosse, il produttore fu costretto ad attivare polizze risalenti di volta in volta all'epoca di immissione del farmaco in commercio.

²⁵⁸ K.S. ABRAHAM, *Rise and Fall of Commercial Liability Insurance*, *cit.*, 94: «These cases involved thousands or tens of thousands of claimants and hundreds of millions or even billions of dollars of

L'industria assicurativa - incapace di far fronte all'impressionante mole di risarcimenti accordati in sede giudiziale - non poté che rispondere, in prima battuta, aumentando esponenzialmente le tariffe di polizza, ovvero rifiutando la sottoscrizione di nuove garanzie²⁵⁹.

In quel frangente, si appalesò l'inefficienza degli ordinari modelli di copertura rispetto alla gestione dei rischi di responsabilità civile a carattere lungolatente²⁶⁰: la determinazione del rischio assicurato incardinata sulla collocazione temporale dell'atto [antigiuridico], ovvero della produzione/manifestazione del danno, consentì di attivare garanzie stipulate in decine di anni precedenti²⁶¹, scontando gli effetti negativi determinati dai rigorosi mutamenti giurisprudenziali e dall'incremento del tasso di inflazione nel frattempo intervenuti²⁶².

Senza considerare, inoltre, le difficoltà connesse all'individuazione del momento rilevante, ai fini dell'attivazione della garanzia, nell'arco della dinamica dannosa,

potential liability». Si badi che nel dicembre 1980 entrò in vigore il *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* («CERCLA»), diretto a rimuovere la minaccia posta dall'enorme quantità di rifiuti tossici depositati nel passato presso le discariche disseminate sul territorio americano. Il regime di imputazione della responsabilità previsto dal provvedimento è di carattere oggettivo (*strict*), solidale (*joint and several*) ed eventualmente retroattivo (*retroactive*): può agevolmente intuirsi l'improvviso ed ingente esborso finanziario che dovettero sostenere le Compagnie per la copertura delle operazioni di *clean-up* imposte a carico dei soggetti dichiarati, a prescindere da ogni caratterizzazione soggettiva della condotta, responsabili. Circa la disciplina richiamata, cfr. A. MONTI, *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, cit., p. 66 ss.

²⁵⁹ In merito, è significativa la drammatica descrizione offerta da G.L. PRIEST, *ult. cit.*, 1521-1522: «Insurers had increased premiums drastically for an unusual set of products, such as vaccines, general aircraft, and sports equipment, and for an equally diverse set of services, such as obstetrics, ski lifts, and commercial trucking. In still other cases-intrauterine devices, wine tasting, and day care, insurers had refused to offer coverage at any premium, forcing these products and services to be withdrawn from the market. (...) Some cities closed jails and suspended police patrols until insurance coverage was obtained. Parks and forest preserves were closed. Fourth of July celebrations were cancelled because of concerns over uninsured liability». Così, anche K.S. ABRAHAM, *ult. cit.*, 99: «Premiums for many CGL policyholders skyrocketed, sometimes doubling or tripling. For a time, in some states, certain classes of policyholders (day-care centers and municipalities, for example) found that they could not purchase coverage at any price).

²⁶⁰ Cfr. *Zuckerman v. Nat. Union Fire Ins.*, cit., 399: «In the context of professional malpractice or long-term exposure to hazardous environmental conditions, however, the injury and the negligence that cause it are often not discoverable until years after the delictual act or omission. Consequently, with these types of perils, claims will frequently be made years after the insured event, and long tail exposure becomes a significant problem»

²⁶¹ Nella vertenza *Boyce Thompson Inst. for Plant Research v. Insurance Co. of N. Am.*, 751 F. Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1990), per esempio, fu reclamata la copertura nei confronti dell'*Insurance Company of North America* a fronte di asseriti illeciti ambientali consumatisi tra il 1948 e il 1975.

²⁶² Cfr. G. KROLL, *ult. cit.*, 926 (nt. 7): «Insurers had not only to cope with the problem of inflation as it affected known claims, but the two additional burdens of unknown claims and the inflated economic costs of those claims when they became known long after the applicable professional liability policy expired».

considerati - come visto - gli ondivaghi orientamenti al riguardo maturati in seno alla giurisprudenza²⁶³.

La rimodulazione generalizzata delle garanzie contro la responsabilità civile secondo il modello *claims made* fu la risposta escogitata dal mercato assicurativo onde contenere tali inconvenienti²⁶⁴.

Tramite l'assicurazione *claims made* è stato, infatti, possibile riportare entro la soglia di assicurabilità fattispecie di rischio altrimenti ingovernabili: confinare la copertura alle sole richieste di risarcimento pervenute all'assicurato nel convenuto periodo di assicurazione, significa infatti ottenere una delimitazione temporale del rischio certa, in quanto coincidente con la vigenza temporale della garanzia, idonea ad eliminare la possibilità di sinistri tardivi²⁶⁵.

Invero, una volta cessato il periodo di copertura convenuto, l'assicuratore è in grado di consolidare il proprio bilancio in modo definitivo, senza il rischio di dover rispondere per sinistri accaduti ma non ancora denunciati durante la vigenza della polizza²⁶⁶.

Il costo del premio, non dovendo riflettere l'incidenza del costo per la riservazione della sinistralità tardiva, non solo è più agevole da calcolare²⁶⁷, e maggiormente

²⁶³ Come rilevava efficacemente J.K. PARKER, *The Ultimate Demise of the "Claims Made" Insurance Form? A Critique of Stine v. Continental*, (1983) Det. C.L. Rev 25, 30-31, «Increased social and industrial complexity (...) have made pinpointing the occurrence of many fortuitous events very difficult. For example, in the relatively new area of asbestos and other environmental exposure litigation, courts, legislatures, and even scholars are confused about, or disagree as to when the insured event 'occurs.' The difficulty arises because of the latent and continuing nature of the 'injury' and the long term exposure precipitating it».

²⁶⁴ Cfr. J.F. HOGG, *cit.*, 517-518: «Insurers covering commercial general liability risks suffered increasingly serious losses in the 1970s and 1980s. These losses resulted primarily from United States insureds' claims of injury from causes such as environmental pollution and inhalation of asbestos fibers. (...) To limit substantial insurer exposure to future claims, general liability insurers dictated, beginning in late 1985, a major change in the form and content of the policy used to cover business commercial risks. The previously available "occurrence based" policy was replaced by a "claims-made" policy». E, analogamente, J.K. PARKER, *cit.*, 31: «Increased uncertainty as to coverage, in conjunction with the "occurrence" forms being unable to adequately measure up to realistic actuarial standards, gave rise to the "claims made" form replacing the "occurrence" form in many areas of thirdparty liability insurance».

²⁶⁵ Come rileva efficacemente C. FRAME, *cit.*, 166: «The principal advantage of the claims-made policy for insurers is the avoidance of "tail liability". After termination of a policy, the claims-made insurer is no longer exposed to liability».

²⁶⁶ Cfr. *Stine v. Continental Casualty Co.*, *cit.*, 99-100: «When the policy term expires, the insurer knows exactly what its exposure is, at least in terms of the nature and number of "claims made"».

²⁶⁷ K.S. ABRAHAM, *Making sense of the Liability Insurance Crisis*, *cit.*, 406: «Because the claims-made insurer need predict only next year's claims in setting a price for next year's coverage, its task is much simpler».

commisurato al rischio in copertura, ma viene ad essere anche - a tutto vantaggio degli assicurati - sensibilmente ridotto²⁶⁸.

Per l'assicuratore, il contenimento dei sinistri tardivi significa, d'altronde, la possibilità di un sostanziale allineamento tra la stima del rischio, condotta secondo criteri in uso al momento della tariffazione, e l'eventuale liquidazione dell'indennizzo, senza subire alcuna l'influenza di fenomeni inflattivi o di riforme pretorie del quadro giuridico di riferimento²⁶⁹.

Tale regime assicurativo, infine, prevedendo l'attivazione della copertura con la richiesta di risarcimento del terzo all'assicurato, scongiura le difficoltà insite nel determinare il momento esatto che rende operante la garanzia, ad onta delle incertezze in merito appalesatesi in sede giudiziale²⁷⁰.

E' agevole dunque comprendere per quali ragioni, nel luglio 1986, ben 39 Stati adottarono le nuove *Commercial General Liability Policies*, elaborate dall'*Insurance Service Office, Inc.* («ISO»), che nel frattempo aveva accorpato i precedenti *Insurance Rating Board* e *Mutual Insurance Rating Bureau*) e modellate non più solo *on loss occurrence*, bensì anche *on claims made basis*²⁷¹.

²⁶⁸ La giurisprudenza nordamericana ha sottolineato in più occasioni tale aspetto. Cfr. *Livingston Parish Sch. Bd. v. Fireman's Fund Am. Ins. Co.*, 282 So.2d 478 (La. 1973), 483: «[T]he insured received what [it] paid for by the present policy, with premiums presumably reduced to reflect the limited coverage». Analogamente, si è sostenuto in *Stine v. Continental Casualty Co.*, *cit.*, 97 che: «Since the insurer can limit the duration of its exposure to the term of the policy currently in force, the more precise actuarial data available enable it to charge a lower premium than would be necessary for an occurrence policy». Di rilievo, in merito, le osservazioni di J.J. PRICE, *Professional Liability Insurance: The Doctor's Dilemma*, (1976) 7 Loy. U. Chi. L. J. 459, 462: «The reasons for the lower premiums are several. The effects of the much-maligned "discovery rule", and the statute of limitations, known as the "tail" in insurance terms, are minimized by the "claims-made" policy. Since the policy provides coverage only for claims arising during the policy period, the uncertainty of future claims resulting from current treatment is diminished. This allows for increased accuracy in the actuarial methods employed by the carriers in determining policy rates. Thus, the insurer may carry smaller reserves because the uncertainty of future claims and the effects of inflation are reduced to the normal oneyear policy period». Cfr., altresì, J.K. PARKER, *cit.*, 73: «it has been clearly established that "claims made" insurance, at least initially, is vastly cheaper than the "occurrence" variety. Of course this results from the relative ease of actuarially assessing risks and premiums. Consequently, because the underwriter can more accurately assess the risk, the insurer pays a lower premium».

²⁶⁹ *Pacific Employers Ins. Co. v. Superior Court*, 221 Cal.App.3d 1348, 270 Cal. Rptr. 779, 785 (1990): «The social utility of "claims made" policies has been well documented. Underwriters, secure in the fact that claims will not arise under the subject policy after its expiration or termination can underwrite a risk and compute premiums with greater certainty. An insurance company can establish its reserves without having to consider the possibilities of inflation beyond the policy period, upward-spiralling jury awards, or later changes in the definition and application of negligence» (corsivo mio).

²⁷⁰ Cfr., tra i molti, J. SPIER, *cit.*, p. 156.

²⁷¹ J.K. PARKER, *cit.*, 29, già qualche anno prima aveva comunque evidenziato che «most professional liability insurance is now underwritten on a "claims made" basis» (...) In those few professions where

Negli anni '80, il portafoglio prodotti offerti da talune Compagnie, come la *St. Paule Fire and Marine Insurance Co.* - assicuratore *leader* in materia di responsabilità medica - venne ad essere costituito esclusivamente da polizze *claims made*²⁷².

Da qui, il nuovo modello negoziale ha conosciuto una straordinaria diffusione nei mercati internazionali²⁷³, non senza incontrare la medesima diffidenza che ne caratterizzò l'ingresso nel sistema assicurativo statunitense (v. *infra*, § 2.4. e cap. III).

2.3. Profili applicativi delle polizze *claims made* nel sistema nordamericano

Nel mercato nordamericano è consueta la distinzione tra polizze *claims made and notified* (o *reported*) e polizze *pure claims made*: mentre, con riguardo alla prima tipologia di copertura, l'assicurato - al fine di ottenere l'indennizzo promesso - è tenuto a notificare alla propria compagnia, entro il termine di scadenza del contratto²⁷⁴, la richiesta risarcitoria pervenutagli dal terzo, nella seconda ipotesi la notifica deve avvenire entro un termine ragionevole (sovente è utilizzata la formula «*as soon as practicable*»)²⁷⁵.

“occurrence” insurance persists, theorists seriously question its soundness, and postulate its disappearance due to obsolescence. Moreover, hazardous waste liability insurance, mandated by new EPA (*Environmental Protection Agency*, ndr) regulations, is almost exclusively underwritten on a “claims made” basis».

²⁷² Cfr. P. BORN, M. M. BOYER, *Claims-Made and Reported Policies and Insurer Profitability in Medical Malpractice*, (2011) 78 J. Risk Insur. 139, 140.

²⁷³ Non ebbero buon esito, infatti, i tentativi messi in atto dagli assicuratori di inserire nelle tradizionali polizze *on loss occurrence basis* le cc.dd. *sunset clauses*, dirette a porre un argine temporale a coperture che, altrimenti, sono destinate a non «tramontare» mai, quantomeno fino alla data di prescrizione del diritto, come evidenziato da F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 810.

²⁷⁴ Viene registrata nella prassi, come riporta J.P. MONTELEONE, *Guest Post: Notice-Prejudice Requirements in D&O Policies: Diverse Trends in Contract Language and Case Law*, in *www.dandodiary.com*, 2015, la tendenza delle Compagnie assicurative a prevedere un termine di notifica più ampio rispetto a quello di scadenza della polizza, vale a dire una forbice temporale ricompresa tra i 60 e i 180 giorni a partire da quel momento.

²⁷⁵ In giurisprudenza, tra le altre, *Employers Reinsurance Corp. v. Landmark*, 547 N.W.2d 527 (N.D. 1996), 531. Quanto detto vale al netto di ogni considerazione circa l'esatto significato da attribuire alla locuzione «claim»: pur sporadici, non sono mancati contenziosi al riguardo. Tuttavia, che la nozione di «claim» sconti un minor tasso di ambiguità rispetto al concetto di «occurrence», è fatto presente, per esempio, in *American Insurance Co. v. Fairchild Industries, Inc.*, 56 F.3d 435 (2d Cir. 1995), 439: «Unlike the term “occurrence”, which leaves room for differences of opinion whether a particular event is likely to lead to liability under the relevant policy, the term “claim” would not seem to be a fertile ground for disputes. Giving the term its ordinary meaning, a claim is an assertion by a third party that in the opinion of that party the insured may be liable to it for damages within the risks covered by the policy. (...) A claim may be made without the institution of a formal proceeding. (...) A third person's

Significativa distinzione - com'è evidente - qualora si prenda in considerazione un eventuale ritardo della notifica al di fuori del termine di polizza convenuto, essa perde di significanza se si affronta il tema dell'applicabilità della peculiare disciplina di cui alla c.d. *Notice-Prejudice Rule*²⁷⁶.

E' bene premettere che, per prassi costante, le Compagnie assicurative d'Oltreoceano, al fine di accertare tempestivamente cause e circostanze di quanto accaduto, e nel contempo limitare la dispersione del materiale probatorio a disposizione²⁷⁷, sono solite inserire nel contratto una clausola che impone all'assicurato di dare notizia del sinistro verificatosi (a seconda delle ipotesi, fatto causale, evento lesivo ovvero richiesta risarcitoria) «*as soon as practicable*»²⁷⁸.

La rigidità della previsione è temperata, giustappunto, dalla *Notice-Prejudice Rule* (elaborata nell'ambito dei contratti *on loss occurrence basis*²⁷⁹, e talvolta espressamente prevista *ex lege*), in forza della quale l'assicuratore non può, opponendo la tardività dell'avviso (*notice requirement*), negare l'indennizzo all'assicurato, qualora il mancato ossequio al termine temporale previsto non abbia al primo cagionato alcun pregiudizio²⁸⁰.

assertion of liability is a claims, moreover, *wheter or not there is reason to believe that actually is liability*» (enfasi aggiunte). Come rileva M. CLARKE, *cit.*, p. 496, «However, general conclusions must be drawn with some caution. The meaning of “claim” is often affected by the context of the policy, in which the word is used».

²⁷⁶ Cfr., in tal senso, J.P. GRIFFIN, *The Inapplicability of the Notice-Prejudice Rule to Pure Claims-Made Insurance Policies*, (2008) 42 Conn. L.R. 235, 246-247.

²⁷⁷ *Sec. Mut. Ins. v. Acker-Fitzsimons*, 31 N.Y.2d 436 (1972), 441: «a provision that notice be given “as soon as practicable” after an accident or occurrence, merely requires that notice be given within a reasonable time under all the circumstances». Per una recente applicazione, cfr. *Safeco Ins. Co. of America v. Parks*, 170 Cal. App. 4th 992, 1003-04 (Cal. Ct. App. 2009).

²⁷⁸ Già più di un secolo fa, in *Underwood Veneer Co. v. London Guarantee & Accident Co.*, 100 Wis. 378, 381, 75 N.W. 996 (1898), era evidenziato che: «The reason for requiring [immediate] notice is (...) to enable the [insurance company] to investigate the facts and circumstances of the accident while they [a]re fresh in mind, with the view of settling the loss (...) and, in case of a contest, to be prepared to defend the same (...)»

²⁷⁹ «The rule was developed in the context of “occurrence” policies»: cfr. *Pacific Employers Ins. Co. v. Rausch*, 221 Cal. App. 3d 1348, 1357 (1990).

²⁸⁰ Cfr. H.W.R. CHAMBERLAIN II, *Claims made policies are enforceable in California: Trends after Burns v. International Insurance Company*, (1992-1993) 28 Tort & Ins. L.J. 90, 93: «Essentially, the insurer must show that the delay deprives the carrier of the ability to assert some viable defense on the insured's behalf, even if an adverse judgment already has been obtained against the insured». L'onere della prova grava, secondo l'orientamento dominante, in capo all'assicurato, come rilevano B.R. NEWMAN, T.R. OSTRAGER, *Handbook on Insurance Coverage Disputes* (15th ed.), 2011, p. 205. Il dato è confermato in *Clementi v. Nationwide Mut. Fire Ins. Co.*, 16 P.3d 223 (Colo. 2001), 230. Infatti, come già prospettato in *Jones v. Bituminous Cas. Corp.*, 821 S.W. 2d 798, (Ky 1991), 803, «[T]he insurance carrier is in a far superior position to be knowledgeable about the facts which establish whether prejudice exists. [I]t is difficult to imagine where the claimant would look for evidence that no prejudice exists».

Ebbene, con espresso riferimento alle polizze *claims made and notified*, benché non manchino risalenti pronunce di segno contrario²⁸¹, la giurisprudenza esclude recisamente che l'applicazione della regola possa estendersi anche al requisito della notifica della richiesta risarcitoria da effettuarsi nel periodo di copertura convenuto (*reporting requirement*).

In assenza di un pregiudizio sofferto dall'assicuratore, altrimenti opinando, verrebbe gratuitamente estesa la copertura offerta da polizze che, per loro stessa definizione, sono inscindibilmente astrette alla comunicazione della richiesta risarcitoria da parte dell'assicurato alla propria compagnia; il medesimo discorso non vale per le polizze tradizionali, rispetto alle quali l'applicazione della regola non amplia il rischio in copertura, in quanto prescindente dalla data in cui il terzo danneggiato ha avanzato la propria istanza di risarcimento²⁸².

Una conferma in tal senso viene da una recente pronuncia della *Supreme Court of Wisconsin*, ovvero *Anderson v. Aul.*, con la quale si è ritenuta inammissibile un'applicazione della *Notice-Prejudice Rule* - in questo Stato financo prevista per espressa previsione di legge²⁸³ - al *reporting requirement* previsto dalle polizze *claims made and notified*, ancora una volta facendo presente che un'interpretazione siffatta «would frustrate the purpose of claims-made-and-reported policies»²⁸⁴.

²⁸¹ Cfr. per tutte, *Village Escrow Co. v. National Union Fire Insurance Co.*, 248 Cal. Rptr. 687 (Cal. Ct. App. 1988).

²⁸² *Gulf Insurance Co. v. Dolan, Fertig & Curtis*, 433 So. 2d 512 (Fla. 1983). Nel medesimo senso, v. *Pacific Employers Ins. Co. v. Rausch, cit.*, 1358-1359. «To apply the notice-prejudice rule to a claims made and reported policy would (...) convert that policy into a pure claims made policy, and therefore give the insured a better policy than he paid for», come evidenziato in *Root v. American Equity Specialty Ins. Co.*, 130 Cal. App. 4th 926 (2005), 947. Critico, al riguardo, L.R. PIERCE JR., *Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported Trap*, (1991-1992) 19 W. St. U. L. Rev. 165, 169 ss.

²⁸³ Cfr. Wis. Stat. § 631.81: «Provided notice or proof of loss is furnished as soon as reasonably possible and within one year after the time it was required by the policy, failure to furnish such notice or proof within the time required by the policy does not invalidate or reduce a claim unless the insurer is prejudiced thereby and it was reasonably possible to meet the time limit» e, con specifico riferimento alle polizze contro la responsabilità civile, Wis. Stat. § 632.26 (1) (b): «Every liability insurance policy shall provide: (...) That failure to give any notice required by the policy within the time specified does not invalidate a claim made by the insured if the insured shows that it was not reasonably possible to give the notice within the prescribed time and that notice was given as soon as reasonably possible».

²⁸⁴ *Anderson v. Aul*, 2015 WI 19 (Feb. 25, 2015), 33. Infatti, come osserva la Corte (*loc. cit.*): «The reporting requirement, after all, is what distinguishes claims-made-and-reported policies from other kinds of liability policies».

E' ovviamente fatta salva l'applicabilità della regola, qualora la compagnia assicurativa, benché notiziata del *claim* entro il periodo di copertura convenuta, lamenti che l'assicurato non abbia tempestivamente adempiuto al dovere di avviso²⁸⁵. Il medesimo indirizzo è stato condiviso con riferimento ai contratti *on pure claims made basis*²⁸⁶.

Una significativa, e piuttosto recente, eccezione, si è avuta nel caso *Pension Trust Fund for Operating Eng'rs v. Federal Ins. Co.*, ove si è rilevato che, in quest'ultima variante del modello, il *reporting requirement* («*as soon as practicable*») adempie alla medesima funzione assolta dal *notice requirement* in origine destinato alle sole polizze *loss occurrence*, vale a dire «facilitate the timely investigation of claims by bringing an event to the attention of the insurer and allow an inquiry 'before the scent of factual investigation grows cold'»²⁸⁷.

La soluzione prospettata lascia, però, perplessi.

A dispetto di quanto sostenuto dalla Corte, infatti, la stringente delimitazione temporale del rischio, che vuole l'assicurato quanto più celere possibile nel notificare il *claim* ricevuto dal terzo danneggiato, vale - in queste ipotesi - altresì come *notice requirement*: estendere indebitamente l'impegno assunto dall'assicuratore, quale inevitabile esito dell'applicazione della *Notice-Prejudice Rule*, significherebbe pretermettere i presupposti - e, giocoforza, gli effetti (v. *supra*, § 2.2.) - che hanno suggerito, e tuttora favoriscono, l'adozione delle garanzie *claims made*²⁸⁸.

²⁸⁵ Cfr. *Prodigy Communications Corp. v. Agricultural Excess & Surplus Insurance Co.*, 288 S.W.3d 374 (Tex. 2009). La *Supreme Court of Texas* si è espressa nello stesso senso anche in un caso concernente una garanzia *pure claims made*: v. *Fin. Indust. Corp. v XL Specialty Ins. Co.*, 285 S.W.3d 877 (Tex. 2009). Anche in queste ultime ipotesi, dunque, la compagnia assicurativa tardivamente notiziata *al di fuori del periodo di polizza* non sarà tenuta a dimostrare il pregiudizio cagionato dal ritardo in cui è incorso l'assicurato, affinché possa dirsi legittimo il rifiuto di copertura.

²⁸⁶ Tra le altre, v. *Coregis Ins. Co. v. Caruso*, 2006 WL 3762026 (E.D. Pa. Dec. 19, 2006); *Tenovsky v. Alliance Syndicate, Inc.*, 677 N.E.2d 1144 (Mass. 1997).

²⁸⁷ *Pension Trust Fund for Operating Eng'rs v. Federal Ins. Co.*, 307 F.3d 944, 957 (9th Cir. 2002).

²⁸⁸ Vale il medesimo ragionamento speso per le polizze *claims made and notified*, come rileva J. GRIFFIN, *cit.*, 270: «the late notice itself is prejudicial in that it alters the ability of the underwriter to calculate its risk relatively soon after the end of the policy period. The cost of such underwriter uncertainty will likely be passed on the insured, thereby spreading the cost of excusing insureds' late notice across the entire group of policy-holders».

2.3.1. (Segue). *Le estensioni convenzionali del periodo di copertura: Prior Act Coverage, Extended Reporting (Tail) Period e Deeming Clauses*

Benchè le polizze *claims made* siano tralaticciamente descritte come coperture dotate di «*unlimited retroactive coverage*»²⁸⁹, dall'analisi della prassi emerge un dato che suggerisce, in effetti, l'esatto contrario: gli assicuratori - poco propensi ad offrire una copertura progressa illimitata, dalla quale potrebbero scaturire inconvenienti fenomeni di selezione avversa²⁹⁰ - frequentemente, infatti, appongono nel regolamento una *retroactive date*, per il solito coincidente con la data di stipulazione della polizza, entro la quale l'evento dannoso deve essersi verificato.

Ricorrono, tuttavia, apposite clausole (*Prior Act Coverage Provisions*), a mezzo delle quali viene offerta un'estensione della copertura anche ai sinistri verificatisi in un arco temporale [di cui ai termini della singola polizza] antecedente alla stipula del contratto, purchè la relativa richiesta risarcitoria sia pervenuta entro il termine di copertura convenuto²⁹¹.

Se da un lato, è chiaro che un soggetto che passi senza soluzione di continuità da una copertura *loss occurrence* ad una *claims made*, non avverte la necessità di una copertura retroattiva, è altrettanto evidente che tale intervento correttivo - onde evitare vuoti di copertura - non può essere pretermesso qualora invece un soggetto non abbia, alla scadenza della prima polizza, stipulato la nuova garanzia.

Com'è agevole intuirsi, il fatto che la copertura retroattiva non sia, per il solito, illimitata, si rivela esiziale per coloro che nel tempo stipulino polizze esclusivamente *on claims made basis*: in questi casi, infatti, solo qualora l'assicuratore si impegni, ad ogni rinnovo, a coprire ogni richiesta risarcitoria avanzata in costanza di polizza,

²⁸⁹ *Brander v. Nabors*, 443 F. Supp. 764, 767 (N.D.Miss.): «Basically, the "claims made" policy would provide unlimited retroactive coverage and no prospective coverage at all, while the "occurrence" policy would provide unlimited prospective coverage and no retroactive coverage at all».

²⁹⁰ Cfr. B. WORKS, *Excusing Nonoccurrence of Insurance Policy Conditions in Order to Avoid Disproportionate Forfeiture: Claims-Made Formats as a Test Case*, 5 Conn. Ins. L.J. 505, 526 (nt. 33), il quale rileva che «The standard explanation for the retro dates is that they are a necessary protection against adverse selection; without them, a prospective insured could wait until a claims is imminent before first buying claims-made coverage».

²⁹¹ Cfr. J. SPIER, *Long Tail (Liability) Risks and Claims Made Policies*, (1998) 23 Geneva Pap. Risk. Insur. 152. La cd. variante *pura*, si ottiene così, attraverso la pattuizione di una *Full Prior Act Coverage Provision*.

qualunque sia l'epoca del fatto generatore della responsabilità, possono dirsi scongiurati vuoti di copertura.

Inoltre, la determinazione temporale del periodo di copertura retroattiva - come già sottolineato dalla dottrina più accorta - congiura paradossalmente a favore di uno degli inconvenienti presentati dalle polizze tradizionali nella gestione dei sinistri a manifestazione progressiva, ovverosia l'esatta identificazione del momento di attivazione della garanzia, posto che - come già rappresentato - al riguardo sono offerte in sede giudiziale eterogenei punti di vista al riguardo²⁹².

D'interesse, in tale frangente, è la previsione di apposite clausole di estensione postuma della copertura (attraverso l' *Extending Reporting (Tail) Period*): loro tramite, l'assicurato può ottenere la garanzia di essere tenuto indenne per i fatti dannosi accaduti durante il periodo di vigenza della polizza, a prescindere dal fatto che la relativa richiesta risarcitoria avanzata dal terzo, e dappoi la denuncia di questa dall'assicurato alla propria compagnia, siano avvenute dopo la scadenza della durata formale del contratto²⁹³.

In taluni Stati, un'automatica copertura ultrattiva, di durata variabile, è imposta a carico dell'assicuratore, nei casi di recesso o mancato rinnovo della polizza²⁹⁴.

Nella pratica contrattuale, le spontanee pattuizioni che prevedono il diritto alla copertura postuma, dietro il pagamento di un premio aggiuntivo, possono essere di

²⁹² Sul punto, v. C. FRAME, *cit.*, p. 185, la quale rileva che una polizza *claims made* che limiti la propria copertura retroattiva «could therefore perpetuate litigation and produce unpredictable judicial interpretations of occurrence».

²⁹³ V. G. KROLL, *The professional liability policy "claims made"*, *cit.*, pp. 852-853.

²⁹⁴ Cfr., tra gli altri, per lo Stato di New York, la previsione di *N.Y. Comp. Codes R. & Regs. tit. 11, § 73.3 (d)*: «Upon termination of coverage, a 60-day automatic extended reporting period, or 90 days in case of public entity liability insurance policies, must be provided by the insurer»; per l'Arkansas, la previsione di cui all'*Ark. Code Ann. § 23-79-306*: «The insurer must provide at no additional charge an automatic sixty-day extended reporting period upon cancellation or termination of the claims-made policy by either the insured or insurer». Peculiare la disciplina del Connecticut, di cui al *Conn. Gen. State Ann.*, § 38a-394 (b), in tema di assicurazione per *medical malpractice* su base *claims made*: «Each professional liability insurance policy issued on a claims-made basis that is delivered, issued for delivery or renewed in this state on or after October 1, 2006, to a physician or surgeon, hospital, advanced practice registered nurse or physician assistant shall provide unlimited extended reporting period coverage without additional charge to the insured if, while the insured is covered under the policy, the insurer discontinues offering such policy in this state as a result of a voluntary withdrawal from this state and the insured (1) is sixty years of age or older, or (2) has been insured by the insurer for the five consecutive years immediately preceding the discontinuance. Unlimited extended reporting period coverage under this subsection shall be enforceable against an insurer that discontinues offering such policy in this state, provided the insured is covered under the policy on the date such insurer discontinues offering the policy».

tipo *one way*, vale a dire condizionate al recesso o al mancato rinnovo della polizza per decisione dell'assicuratore, ovvero di tipo *two ways*, disponibili dunque anche per i casi in cui sia l'assicurato ad interrompere il rapporto con la controparte²⁹⁵.

Le predette previsioni hanno dato anch'esse luogo ad alcuni interessanti contenziosi. E' d'uopo segnalare, in particolare, quanto prospettato nella vertenza *Checkrite Limited, Inc. v. Illinois National Insurance*²⁹⁶: (semplificando) nel caso di specie, l'assicurato, in spregio a quanto previsto dalla polizza *claims made and notified* da esso stipulata, avvisava la propria compagnia di un *claim* ricevuto nella vigenza temporale della precedente garanzia, poi rinnovata, all'incirca tre mesi dopo la sua scadenza.

Ebbene, riscontrato il diniego di copertura, l'assicurato agiva in giudizio, facendo valere il fatto che la facoltà, prevista dalla garanzia, di acquistare un *Extended Reporting Period* (di 24 mesi), per i casi di recesso o mancata stipulazione di una nuova annualità di polizza, sarebbe valsa a confermare l'implicita ultrattività della garanzia nel caso di rinnovo del contratto.

La Corte, tuttavia, non persuasa dall'argomentazione dell'attore, ha ritenuto che, da una piana interpretazione dell'articolato contrattuale, non potesse in alcun modo ritenersi sottesa al rinnovo della polizza una copertura di là dei termini di durata formale della stessa; la previsione sarebbe piuttosto valsa a colmare esclusivamente i vuoti di copertura che sarebbero potuti scaturire qualora, a fronte della terminazione del rapporto negoziale in essere, l'assicurato fosse dovuto passare ad una copertura *loss occurrence* ovvero ad un'altra *claims made* priva di copertura retroattiva²⁹⁷.

In realtà, l'orientamento in esame, cui tuttora aderisce la giurisprudenza dominante²⁹⁸, non considera come, a ben vedere, nonostante le polizze *claims made*, prive di estensione [retroattivamente o ultrattivamente] illimitata, siano rinnovate pur senza soluzione di continuità, i *gaps* di copertura per l'assicurato sono comunque dietro

²⁹⁵ Cfr. B. WORKS, *cit.*, 528 (nt. 36).

²⁹⁶ *Checkrite Limited, Inc. v. Illinois National Insurance*, 95 F.Supp. 2d 180 (S.D. N.Y., 2000).

²⁹⁷ Nel primo caso, infatti, è dato osservarsi che le polizze *loss occurrence* (ma il discorso vale anche qualora si verta in materia di garanzie *act committed*), per definizione, non prevedono una copertura retroattiva.

²⁹⁸ Cfr. da ultimo, *Pantropic Power Prods., Inc. v. Fireman's Fund Insurance Co.*, 141 F.Supp.2d 1366, (S.D. Fla. 2001); *527 Orton LLC v. Continental Casualty Co.*, No. 13-cv-61571 (S.D. Fla. Sept. 19, 2014); *Ashland Hosp. v. RLI Ins. Co.*, 2015 WL 1223675 (E.D. Ky. March 17, 2015).

l'angolo: tutt'altro che infrequente è, infatti, la scissione temporale tra l'evento dannoso e il momento del *claim*²⁹⁹.

Non è un caso se talune decisioni - benché espressioni di un indirizzo minoritario - siano opportunamente giunte a conclusioni opposte: se è vero che «*expressio unius est exclusio alterius*» - si rileva in *AIG Domestic Claims v. Tussey* - l'opportunità per l'assicurato di acquistare un periodo di protezione postuma non sarebbe contemplata, nel caso in cui il rapporto assicurativo prosegua senza soluzione di continuità, in quanto tale estensione della copertura sarebbe già implicitamente garantita con il rinnovo annuale della polizza (cd. *seamless coverage*)³⁰⁰.

Le Compagnie assicurative, sulla scorta delle criticità testé descritte, hanno comunque elaborato un ulteriore strumento idoneo ad allentare le strette maglie temporali delle polizze *claims made* prive di pattuizioni estensive della copertura, vale a dire le cc.dd. *deeming clauses*.

In forza di tali previsioni, la comunicazione di una circostanza ragionevolmente suscettibile di dar luogo ad una richiesta di risarcimento permette all'assicurato di beneficiare della protezione assicurativa, benché dell'effettivo *claim* del terzo danneggiato la compagnia assicurativa venga notiziata a polizza scaduta³⁰¹.

L'assicurazione, d'altra parte, è così messa nella condizione di potere espletare le indagini che ritiene più opportune al riguardo e, nel contempo, costituire apposite riserve per fare eventualmente fronte alle richieste risarcitorie causalmente ricollegate ad esse circostanze³⁰².

²⁹⁹ Cfr. F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, cit., p. 88 ss.

³⁰⁰ *AIG Domestic Claims v. Tussey*, 2010 WL 3603844 (Ky. Ct. App. Sept. 17, 2010), a riprendere quanto sostenuto in *Helberg v. National Union Fire Insurance Co.*, 657 N.E.2d 832 (Ohio App. 1995). In questo senso, cfr. anche *Cast. Steel Products, Ins. v. Admiral Insurance Co.*, 348 F.3d 1298 (11th Cir. 2003).

³⁰¹ Una formulazione tipo della clausola in esame è riportata da B. WORKS, cit., 527-528 (nt. 35): «If, during the policy [or any tail coverage] (...) the insured first becomes aware that an insured has committed a specific act, error or omission in professional services for which coverage is otherwise provided hereunder, and if the insured shall during the [policy period or tail period] (...) give notice to the Company of: a) the specific act, error or omission; and b) the injury or damage which has or may result from such act, error or omission; and c) the circumstances by which the insured first becomes aware of such act, error or omission then any claim that may subsequently be made against the insured arising out of such act or omission shall be deemed for the purpose of this insurance to have been made within [the coverage period]».

³⁰² Cfr. F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 90.

Nella tutt'altro che cospicua giurisprudenza formatasi al riguardo, si rinviene un approccio interpretativo *prima facie* restrittivo: il ricorso alla notifica delle circostanze, non deve costituire un *escamotage* atto ad allargare surretiziamente le maglie della copertura *on claims made basis*³⁰³.

Come evidenziato in *FDIC v. Caplan*, non può invero ammettersi una notifica di circostanze che si limiti a riprodurre pedissequamente il dettato della formula all'uopo contenuta nella relativa clausola contrattuale, senza alcuna informazione di dettaglio circa i fatti dai quale potrebbero occasionarsi richieste risarcitorie³⁰⁴.

Tuttavia, non mancano significativi temperamenti: in *RTC v. American Cas. Co.*, per esempio, la mera identificazione del potenziale terzo danneggiato e una vaga descrizione delle circostanze rilevanti è stata ritenuta sufficientemente esaustiva: nel corpo della clausola, infatti, non era dato constatare la necessità di una compiuta identificazione di ciascun «*specified wrongful act*» potenzialmente foriero di istanze risarcitorie³⁰⁵.

Si fa questione, dunque, di contestualizzare la previsione all'interno del singolo regolamento contrattuale e, più ampiamente, nel farsi concreto del rapporto: non può certo dirsi congruente a criteri di «*fairness or justice*», veniva fatto presente già in *Federal Sav. and Loan Ins. Corp. v. Burdette*, che la compagnia faccia valere l'insufficienza di quanto riportato dall'assicurato solo a richiesta fatta, piuttosto che tempestivamente al riscontro della notifica delle circostanze³⁰⁶.

³⁰³ V., tra le altre, la vertenza *RTC v. Artley*, 24 F.3d 1363 (11th Cir. 1994).

³⁰⁴ *FDIC v. Caplan*, 838 F. Supp. 1125 (W.D. La. 1993), 1129-1130: «(...) the policy's notice provisions must be strictly construed to ensure that the insured could not, through a broadly phrased "notice of claims," unilaterally expand the insurer's risk beyond that agreed in the contract of insurance»

³⁰⁵ *RTC v. American Cas. Co.*, 874 F. Supp. 961 (E.D. Mo. 1995). In particolare, la *deeming clause* in oggetto prevedeva che: «(a) If during the policy period the Association or the Directors or Officers shall: (i) receive written or oral notice from any party that it is the intention of such party to hold the Directors and Officers, or any of them, responsible for a Wrongful Act; or (ii) become aware of any occurrence which may subsequently give rise to a claim being made against the Directors and Officers, or any of them, for a Wrongful Act; and shall, during such period, give written notice thereof to the Insurer as soon as practicable and prior to the date of termination of the policy, then any claim which may subsequently be made against the Directors or Officers arising out of such Wrongful Act shall, for the purpose of this policy, be treated as a claim made during the policy year in which such notice was given».

³⁰⁶ *Federal Sav. and Loan Ins. Corp. v. Burdette*, 718 F. Supp. 649 (E.D. Tenn. 1989).

2.4. Profili applicativi delle polizze *claims made* nel sistema inglese

Il modello *on claims made basis*, benché - come visto - rinvenga le proprie origini nel sistema giuridico inglese, è istituito pressoché ignorato da gran parte della letteratura domestica e non è stato oggetto - salvo le eccezioni tosto rassegnate - di significativi orientamenti giurisprudenziali in grado di orientare l'interprete che voglia ricostruirne sistematicamente l'assetto; ciò non significa che non siano disponibili alcuni dati empirici degni di nota.

E' certo, per esempio, che il mercato inglese delle polizze *on claims made basis*, dopo aver goduto di periodi di maggior fortuna, sia ora - come riporta la dottrina specialistica - confinato alle garanzie contro la responsabilità civile per *malpractice* professionale³⁰⁷.

Con maggior frequenza, le garanzie così modulate si presentano secondo la variante *pure claims made*, in forza della quale - lo si ricorda - l'assicurato è tenuto a comunicare al proprio assicuratore l'istanza risarcitoria, ricevuta durante il periodo di efficacia del contratto, «*as soon as practicable*», piuttosto che necessariamente entro il termine di scadenza della polizza³⁰⁸.

E' prevista, come nel sistema assicurativo nordamericano, la facoltà di optare per una dilatazione temporale dell'impegno assunto dall'assicuratore, tramite apposite pattuizioni di estensione del periodo di copertura in senso retroattivo³⁰⁹ ovvero

³⁰⁷ Cfr. R. MERKIN, J. STEELE, *ult. cit.*, p. 68: «It has has been in other forms of liability insurance, even employer's liability, but the modern is to confine claims made to the professional indemnity market».

³⁰⁸ Cfr. lo studio di R. MERKIN, *Directors' and Officers' Insurance and the Global Financial Crisis*, (2009) 118 LJL 2.

³⁰⁹ Per una recente applicazione giurisprudenziale, v. il caso *ARC Capital Partners Ltd v Brit UW Ltd & Anor* [2016] EWHC 141 (Comm), [2016] 4 WLR 18.

postumo³¹⁰, mentre sconosciuta - a quanto è dato constare - è l'applicazione della *Notice and Prejudice Rule*³¹¹.

Sul fronte giurisprudenziale, uno spazio significativo è stato esclusivamente riservato ai problemi operativi sorgenti dall'utilizzo delle *deeming clauses*³¹².

Anzitutto, è stato evidenziato che, stando a quanto previsto nel singolo regolamento contrattuale, la *notification of circumstances* può riferirsi a fatti dai quali potrebbe occasionare una richiesta di risarcimento («*which may give rise to a claim*»), ovvero, secondo una formula meno diffusa, ai soli eventi dai quali è probabile che l'istanza sorga («*which are likely to give rise to a claim*»)³¹³.

In quest'ultimo caso, come fatto presente in *Layher Ltd. v. Lowe*, l'assicurato è onerato di provare che, sulla scorta di una valutazione di prognosi postuma, condotto secondo il criterio di «più probabile che non» («*at least a 50% chance of (...) a claim*»), dall'evento notificato alla compagnia sarebbe insorto un *claim* da parte del terzo danneggiato³¹⁴.

Il grado di specificità dei fatti notificati dipende da quanto, di volta in volta, previsto dalla singola *deeming clause*: giurisprudenza costante - salvo indici testuali di segno

³¹⁰ Cfr. R. MERKIN, *Colinvaux's Law of Insurance*, cit., p. 1053, che osserva: «the policy will provide that in the event of non-renewal, any claims against the assured within 12 months following expiry are to be treated as covered». È interessante evidenziare, in merito, che, tra le condizioni generali di contratto di assicurazione per la copertura dei rischi professionali, redatte dall'Ordine degli Avvocati d'Oltremania (*Minimum Terms and Conditions of Professional Indemnity Insurance for Solicitors Registered in England and Wales*, note sotto l'acronimo *MCT*), e imposte alla Compagnie assicurative accreditate (*Qualifying Insurers*), ricorre la previsione obbligatoria della cd. *run-off cover*, giusta la quale, nell'ipotesi in cui il professionista cessa l'attività, l'assicurazione è chiamata a coprire le richieste di risarcimento presentate all'assicurato entro 6 anni dalla cessazione dell'attività (*clause 5.5*): al riguardo, cfr. le note di C. AMATO, *Nuovi rischi da obbligazioni di risultato e da svolgimento di professioni liberali: riflessi sui profili contrattuali dell'assicurazione di responsabilità professionale*, in F.D. BUSNELLI, G. COMANDÉ, *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, cit., p. 26.

³¹¹ M. CLARKE, *The law of liability insurance*, New York, 2014, p. 70.

³¹² Il tema, come, in linea più generale, lo studio dei profili strutturali e funzionali delle polizze *claims made*, eccettuate le riflessioni del prof. Merkin (v. *infra*), non è stato considerato in dottrina con l'attenzione che meriterebbe. Per un riscontro applicativo, si cfr. la disciplina contenuta, ancora, nelle *MCT* (*clause 1.1*, lett. b), II periodo): «The insurance must indemnify each *insured* against civil liability to the extent that it arises from *private legal practice* in connection with the *insured firm's practice*, provided that a claim in respect of such liability: (a) is first made against an *insured* during the *period of insurance*; or (b) is made against an *insured* during or after the *period of insurance* and arising from *circumstances* first notified to the *insurer* during the *period of insurance*».

³¹³ R. MERKIN, *ult. cit.*, p. 1087; F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made*, cit., p. 817.

³¹⁴ Cfr. *Layher Ltd v Lowe & Ors* [1996] EWCA Civ 1231, [2000] Lloyd's Rep. I.R. 510.

contrario - ammette comunque la notifica di circostanze generiche (del tipo c.d. *hornets' nest* o *can of worms*)³¹⁵.

Invero, come confermato recentemente in *McManus v. ERIC*, la notifica di eventi da cui potrebbero verosilmente scaturire istanze di risarcimento, deve ritenersi valida, a prescindere dalla dettagliata individuazione degli elementi di fatto di cui alla circostanza notificata e dei potenziali *claimants*³¹⁶.

Nel noto arresto *HLB Kidson v Lloyd's Underwriters*, si è tuttavia precisato che l'obbligo di notifica deve ritenersi circoscritto esclusivamente ai fatti che ogni ragionevole soggetto nella posizione dell'assicurato potrebbe riconoscere potenzialmente forieri di un futuro *claim*³¹⁷.

L'obbligo di notifica - si è in quella sede statuito - deve essere considerato, a prescindere da un'espressa previsione contrattuale al riguardo, quale *condition precedent*, con il che, a fronte dell'inottemperanza dell'assicurato alle prescrizioni in esso contenute, la compagnia è legittimata a negare l'indennizzo³¹⁸: è chiaro, dunque,

³¹⁵ L'orientamento in esame risale alla vertenza *J Rothschild Assurance Plc v Collyear & Ors* [1998], EWHC 1205 (Comm), [1999] Pens. L.R. 77. Nel caso di specie, alla società ricorrente, attiva nel settore delle coperture assicurative per il caso vita, era stato trasmesso dall'Autorità di regolazione del settore (*Lautro*, ovvero *Life Assurance and Unit Trust Regulatory Organisation*) un *report*, redatto dalla *KPMG Peat Marwick*, in merito a diverse irregolarità riscontrate nei piani di trasferimento da fondi pensione di ben 2500 polizze vita da quest'ultima società emesse: l'attrice, a pochi giorni dalla scadenza della polizza, riepilogando in breve le principali criticità rilevate nel *report*, dava dunque notizia all'assicuratore (*Lloyd's*), tramite il proprio legale, che tali circostanze «may, in respect of each policy identified and to be identified, give rise to a claim by each client against any of the Assured» (87). La Corte ritenne sufficiente quanto notificato all'assicuratore, considerato che l'onere di notifica era stato esteso, stando alla lettera delle garanzie in esame, a tutte le circostanze da cui sarebbe stato già possibile, e non solo probabile, l'insorgenza di *claims* da parte dei clienti seguiti dalla società. Non solo: era comunque previsto - a temperamento della disciplina in esame - che l'assicurato avrebbe dovuto dare notizia all'assicuratore, per iscritto e il prima possibile («as soon as possible»), di ogni dettaglio utile in merito alla circostanze notificate (93).

³¹⁶ *McManus Seddon Runhams v European Risk Insurance Company* [2013] EWHC 18, [2013] Lloyd's Rep. I.R. 533. La pronuncia è stata avallata nella breviloquente pronuncia di secondo grado: cfr. *European Risk Insurance Company v McManus Seddon Runhams* [2013] EWCA Civ 1545; [2014] Lloyd's Rep. I.R. 169.

³¹⁷ *HLB Kidson v Lloyd's Underwriters* [2008] EWCA Civ 1206, [2009] Bus. L.R. 759, 789. Sul punto, cfr. inoltre, *Kajima UK Engineering Ltd v Underwriter Insurance Co Ltd.*, [2008] EWHC 83 (TCC), [2008] 1 All ER (Comm) 855, 878 «the circumstance should be one which, *objectively evaluated*, creates a reasonable and appreciable possibility that it will give rise to a loss or claim against the assured» (enfasi aggiunta).

³¹⁸ Si tratta di *condition precedent to recovery*. Rilevano J. LOWRY, P. RAWLINGS, R. MERKIN, *Insurance Law: Doctrine and Principles*, Oxford, 2011, p. 244-245, che tale tipologia di *conditions* «generally impose requirements to be complied with by the insured when a loss arises, for example, that a claim is made within a specific time limit and that the insurers receive specified particulars of the loss. Breach of such a condition does not entitle the insurer to terminate the contract (v. condition precedent to the validity of contract, *ndr*), but merely to avoid liability for a particular claim».

che l'inottemperanza all'obbligo di notifica entro il periodo di efficacia della garanzia vale a legittimare il diniego di copertura³¹⁹.

Non v'è dubbio, inoltre, che l'obbligo di indennizzo a carico dell'assicuratore può dirsi sussistente solo qualora il *claim* sia causalmente riconducibile ad una o più delle circostanze notificategli³²⁰.

Ciò, evidentemente, non implica che l'assicurazione possa sottrarsi alla propria responsabilità, qualora, della richiesta risarcitoria avanzata dal terzo danneggiato e connessa a circostanze tardivamente notificate, essa sia stata comunque edotta entro il termine di polizza convenuto³²¹.

2.5. La diffusione del modello *claims made* nel mercato italiano: prime note

Il modello *on claims made basis* è un istituto che efficacemente disvela le concrete dinamiche sottese al fenomeno, ormai noto da tempo alla dottrina comparatistica, conosciuto sotto l'evocativa espressione «circolazione dei modelli giuridici»³²².

Come una «goccia di latte che cade in un caffè»³²³, dall'ordinamento inglese la novella formula contrattuale ha conosciuto - come visto - la sua prima espansione nel contesto nordamericano, e da qui è stata importata a livello internazionale nella pratica assicurativa di numerosi Paesi³²⁴.

Introdotte, in un primo tempo, dalle principali Compagnie assicurative multinazionali, nell'ambito delle coperture per la responsabilità civile per danni da inquinamento e da

³¹⁹ D'altronde è chiaro che - come evidenzia *Rix LJ* - «If, on the other hand, the only remedy for a late notice of circumstances were to be a liability in damages (subject to the possibility of a repudiatory breach, in context a most unhelpful theoretical possibility), then the "claims made" policy is turned into an open-ended policy which covers claims made at any time» (783).

³²⁰ *Kajima UK Engineering Ltd v Underwriter Insurance Co Ltd*, *cit.*, 880. Circa la necessaria sussistenza del nesso causale tra fatti notificati e *claim*, cfr. altresì, tra gli altri, *Hamptons Residential Ltd v Field* [1998] 2 Lloyd's Rep. 248.

³²¹ R. MERKIN, *ult. cit.*, p. 1080.

³²² Cfr. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

³²³ L'immagine è di U. MATTEI, voce *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007, p. 175.

³²⁴ Prende in considerazione la recezione del modello Stato per Stato lo studio edito nel 2008 dall'*American Bar Association, The impact of local law on claims made policies, and the issues of late notification of claims and circumstances and time bars*, reperibile al relativo portale Internet.

prodotto difettoso³²⁵, le polizze *claims made*, nella realtà italiana, sono state oggetto di contenzioso - stando a quanto riportato da alcune ricognizioni dottrinali - solo a partire dagli '90³²⁶, contestualmente al momento in cui hanno ricevuto le prime attenzioni da parte del formante dottrinale³²⁷.

Mentre in realtà giuridiche a noi contigue - come ad esempio Francia³²⁸ e Spagna³²⁹ - il legislatore è intervenuto con puntuali indirizzi normativi a regolazione della materia, nell'ordinamento interno la conformazione del contratto è interamente devoluta all'arbitrio dell'autonomia privata, eccettuata la recente disciplina introdotta in materia di assicurazione per la responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione forense (D.M. 22 settembre 2016)³³⁰, e ora, anche medica.

Non v'è dubbio che - sul piano della prassi - il modello *claims made* rappresenti un felice esempio di *legal transplant*³³¹: il ventaglio di prodotti offerti nel mercato interno è modulato secondo condizioni di copertura affatto analoghe a quelle rinvenibili nel contesto anglosassone.

Anzitutto, benché assente sul piano tassonomico, è conosciuta la distinzione tra le formule *pure claims made* e *claims made and notified*: talora, infatti, il vincolo

³²⁵ G. VOLPE PUTZOLU, *ult. cit.*, p. 8. Cfr., altresì, F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 832.

³²⁶ Cfr. D. DE STROBEL, *La vicenda del «claims made»*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, p. 531 ss.; R. SIMONE, *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2005, p. 1079 (nt. 1).

³²⁷ Il primo contributo offerto in letteratura sul tema risale al 1993, ed è opera di A. CANDIAN, *cit.*, p. 273 ss. Intorno alla nozione di formante, quale base giuridica su cui si sviluppa l'ordinamento, cfr. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, (1991) *Am. J. Comp. L.* 1, 21.

³²⁸ In Francia, giusto quanto disposto con la *Loi n. 2003-706 du 1 août 2003 de Sécurité Financière*, entrata in vigore il 2 novembre 2003, si dispone di un sistema binario. E' prevista la possibilità di ricorrere al meccanismo di attivazione del fatto generatore (*on event/causation* o *act committed basis*), che guarda - «quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre» - alla *cause génératrice du dommage*, quanto di strutturare le polizze (solo per rischi professionali o d'impresa) su *base réclamation* con copertura retroattiva illimitata (*reprise du passé incunnu*). E' contemplato altresì il diritto ad un'estensione ultrattiva della copertura (*garantié subsequente*), pari ad un minimo di 5 anni (cfr. art. 124-5 *Code de Assurance*). Per le polizze sulla responsabilità medica, il periodo di ultrattività, così come statuito dal novellato art. 251-2 (novellato dalla *Loi 2002-1577 du 30 décembre 2002*, nota come *Loi About*), è pari ad anni 10, per le ipotesi di pensionamento o morte del professionista.

³²⁹ Nel sistema spagnolo è prevista la possibilità di convenire polizze su base *claims made*, purché sia garantita la ripresa del passato ovvero la garanzia postuma per un periodo pari almeno ad un anno (cfr. art. 73, § 2, *Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*, così come modificato dalla *Ley 30/1995, 8 noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados*). La riforma è stata criticamente vagliata da L.F. REGLERO CAMPOS, *Le clause claims made nel diritto spagnolo*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 139 ss.

³³⁰ Per una lettura critica del provvedimento, v. *infra*, cap. III, § 3.6.

³³¹ L'espressione si deve ad A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974.

assicurativo sussiste con riferimento alle istanze di risarcimento comunicate alla compagnia oltre l'annualità di polizza, purché entro il termine fissato - in via pattizia ovvero *ex lege* (art. 1913) - per l'avviso³³², talora solo per i *claim* trasmessi all'assicuratore entro il periodo di efficacia contrattuale³³³.

Dappoi, l'assicurato - sovente previa maggiorazione del premio - può optare per un'estensione retroattiva (cd. *garanzia progressa*) o ultrattiva (cd. *garanzia postuma*) della copertura, quest'ultima particolarmente utile nei casi di pensionamento o cessazione dell'attività coperta dalla garanzia³³⁴.

Sul piano tassonomico, è conosciuta la distinzione, ignota ad oltri ordinamenti pur a noi contigui, tra polizze *claims made* con formula *pura* ovvero *mista* (o *spuria*).

Nel primo caso, la copertura contempla una ripresa del passato illimitata, mentre, nella seconda ipotesi, la retroattività è limitata nel tempo (tramite la cd. *retroactive date*): il periodo di retroattività contemplato è per il solito non superiore ai tre anni, sebbene sia tutt'altro che infrequente che venga connesso al periodo di decorrenza dell'efficacia contrattuale (modello *claims stretto*)³³⁵.

³³² Per un conforto applicativo, cfr. la modulazione della Convenzione assicurativa stipulata dal Consiglio Nazionale del Notariato e alcuni rappresentanti dei *Lloyd's*, a copertura della responsabilità civile dei professionisti iscritti al relativo Ordine professionale (consultabile al portale Internet www.notariato.org). La garanzia *claims made*, per il periodo di efficacia convenuto (1.02.2010 - 1.02.2013), prevede, in questo caso, all'art. 8, co. I, Sezione IV (rubricata «*Il sinistro*»), che all'assicuratore debba essere comunicata «ogni richiesta di risarcimento effettuata nei suoi confronti entro 10 giorni dal momento in cui ne è venuto a conoscenza». La copertura assicurativa pare, dunque, estendersi alle richieste risarcitorie comunicate all'assicuratore a polizza scaduta, a condizione che l'assicurato abbia prestato ossequio alla disciplina convenuta in punto di avviso.

³³³ Un esempio di polizza *claims made and reported* lo si rinviene in Trib. Genova, sez. II, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, p. 103 ss., con nota di I. CARASSALE. Nel caso di specie, la garanzia oggetto del contenzioso prevedeva tra le condizioni generali di polizza un'operatività limitata ai sinistri dai quali fossero occasionate richieste di risarcimento «per la prima volta all'assicurato e da questi comunicate alla Società entro il periodo di efficacia del contratto stesso».

³³⁴ All'art. 7, Sezione III (rubricata «*Inizio e cessazione della garanzia*»), della richiamata Convenzione, può riscontrarsi *sub lett. a*) un esempio di *Full Prior Retroactive Clause* («La garanzia è valida per le richieste di risarcimento presentate per iscritto per la prima volta all'assicurato nel periodo di efficacia della garanzia stessa *qualunque sia l'epoca del fatto, azione od omissione che ha dato origine alla richiesta di risarcimento*») e *sub lett. b*) un'ipotesi di *Extended Reporting Period* («In caso di cessazione per qualsiasi causa dell'attività notarile in corso di vigenza della presente polizza saranno indennizzabili, alle condizioni di cui alla presente Polizza, *le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato o ai suoi eredi entro 10 (dieci) anni dalla cessazione dell'attività*») (enfasi aggiunte).

³³⁵ In questo senso, tra gli altri, C. MENICHINO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009, p. 5 ss. In giurisprudenza, da ultimo, Trib. Bologna, sez. III, 24 marzo 2015, in *Pluris-Cedam*: «Si è in presenza di clausole *claims made* pure quando l'assicurazione copre tutte le richieste di risarcimento giunte durante la vigenza dell'assicurazione con la conseguenza che la garanzia risulta estesa anche per gli eventuali sinistri verificatisi nel passato, le cui azioni risarcitorie non siano ancora prescritte. (...) Si è in presenza di

Al riguardo, il suaccennato intervento del Governo, che ha introdotto una disciplina regolamentare per la copertura della responsabilità civile degli avvocati, ha effettuato una precisa - e, come vedremo, non priva di criticità - scelta di campo: è previsto, infatti, l'obbligo inderogabile, da parte delle Compagnie, di offrire un'estensione retroattiva della copertura illimitata, nonché, con esclusivo riferimento ai professionisti che dovessero cessare l'attività durante il periodo di vigenza della polizza, una clausola di ultrattività almeno decennale (art. 2, co. 1).

Si stanno facendo strada, sulla scorta dello sviluppo che hanno conosciuto nella pratica assicurativa anglo-americana, altresì le *deeming clauses*³³⁶.

clausole *claims made* spurie o miste quando l'assicurazione garantisce le richieste di risarcimento pervenute durante il periodo di assicurazione e limita il periodo di retroattività, ovvero l'estensione della copertura, alle condotte negligenti tenute dall'assicurato nel passato, ovvero quando la copertura assicurativa si limita alle richieste risarcitorie che siano non solo giunte durante il periodo di assicurazione, ma che siano anche relative a condotte tenute durante lo stesso periodo o comunque in un periodo inferiore al termine di prescrizione decennale».

³³⁶ Come riporta L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 534, in taluni regolamenti di polizza «qualsiasi comunicazione effettuata dall'assicurato, pur in carenza di espressa richiesta o fattispecie parificata, attraverso la quale sia notificata all'assicuratore l'esistenza di una *circostanza che potrebbe dare origine ad un danno o ad una richiesta di risarcimento*, viene trattata come richiesta di risarcimento presentata e denunciata durante il periodo di assicurazione; 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». Una formula tipo di tale previsione è la seguente: «L'assicurato è tenuto a fare denuncia di ogni fatto e circostanza da cui possano derivare danni risarcibili a questa assicurazione. Tale denuncia, se debitamente accompagnata dalle precisazioni necessarie e opportune, sarà a tutti gli effetti trattata come sinistro verificatosi e regolarmente denunciato entro il Periodo di Assicurazione».

CAPITOLO TERZO

LA CIRCOLAZIONE DEL MODELLO *ON CLAIMS MADE* *BASIS* NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: PROFILI RICOSTRUTTIVI

3.1. Ragioni della «circolazione del modello» *claims made*: rilievi sistematici - 3.2. L'(in)validità della clausola *claims made* nel prisma dell'art. 1895 c.c. - 3.2.1. (*Segue*) Ulteriori profili di nullità. - 3.3. L'asserita vessatorietà della clausola *claims made*. - 3.4. Il sindacato sulla meritevolezza della clausola. Critica. - 3.5. L'introduzione *ex lege* del modello *claims made* - 3.6. Sintesi dei risultati e conclusioni.

3.1. *La «circolazione del modello» claims made: rilievi sistematici*

Si è accennato al fatto che l'esperienza offerta dall'implementazione, nel sistema giuridico interno, dei contratti assicurativi modulati secondo la base «a richiesta fatta» contrassegni un esempio di «circolazione del modello»: è necessario, dunque, in prima istanza interrogarsi sulle ragioni che hanno favorito il fenomeno.

Secondo la dottrina tradizionale, la circolazione delle fattispecie giuridiche potrebbe avvenire - ed è questa l'ipotesi più frequente - quale conseguenza della spinta appropriativa nei confronti di soluzioni elaborate in seno ad ordinamenti dotati di una «carica di prestigio»³³⁷.

L'introduzione di un meccanismo di attivazione della garanzia eterogeneo rispetto ai tradizionali moduli assicurativi *on event basis* ovvero *loss occurrence*, si lega, tuttavia, ad un'altra intruibile ragione, ovvero l'indiscussa *efficienza* che il modulo *claims made*

³³⁷ Cfr. lo studio di R. SACCO, voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 365 ss. Nel medesimo senso, M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 456 ss.

è in grado di offrire nella gestione dei rischi connessi a fattispecie dannose a lunga latenza (v. *supra*, cap. II, § 2.2.)³³⁸.

Non è un caso che il terreno in cui è cresciuta fertile l'implementazione del modello *claims made*, anche nel nostro Paese, sia costituito dalle ipotesi di responsabilità civile da *inquinamento*, da *prodotto difettoso* e da *malpractice* professionale³³⁹.

In questi ipotesi - come visto - gli effetti pregiudizievoli derivanti dal sinistro vengono a prodursi ovvero palesarsi a notevole distanza di tempo dal fatto generatore: il modello *claims made* è chiamato a rispondere, dunque, alle medesime esigenze, e nel contempo offre i medesimi vantaggi, che ne hanno promosso lo sviluppo nel mercato nord-americano³⁴⁰.

Invero, l'impegno dell'assicuratore è ridotto entro un orizzonte temporale tecnicamente sostenibile (*i.e.* l'annualità di sottoscrizione della garanzia): viene meno la necessità di effettuare proiezioni attuariali relative alla sinistrosità tardiva³⁴¹, e si elimina l'influenza connessa a mutamenti economici (tassi inflattivi e/o di interesse) o giuridici, eventualmente sfavorevoli alle Compagnie³⁴².

Per l'assicurato, ciò si traduce nella possibilità di acquistare una polizza ad un premio nettamente più contenuto³⁴³, e di attingere, nel caso in cui avesse a concretizzarsi il

³³⁸ Sull'efficienza quale causa di circolazione dei modelli, cfr. U. MATTEI, *Efficiency in Legal Transplants: an essay in Comparative Law and Economics*, in (1994) 14 *International Review of Law and Economics* 1, 3.

³³⁹ Per una ricognizione generale del sistema assicurativo offerto a copertura dei suddetti rischi, v. N. DE LUCA, *Tipologie principali di assicurazioni della responsabilità civile*, in R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2004, p. 362 ss.

³⁴⁰ Cfr., per una veloce sintesi, quanto prospettato nel corso del lavoro, il riepilogo offerto dal *position paper* «Polizze *claims made* più vantaggiose per assicurati e assicuratori» pubblicato dall'ANIA nell'ottobre 2014, ove viene ribadito a chiare lettere che la modalità di copertura *claims made* è l'opzione contrattuale più conveniente, con riferimento alla sfera di interessi di entrambe le parti contraenti, al fine di gestire il rischio conseguente alle *long-tail liabilities*.

³⁴¹ Rileva P. GABASIO, *loc. cit.*, che «Le polizze in *claims made* favoriscono, o meglio impongono, bilanci più fedeli e rigorosi per le compagnie. Quando una polizza smette di generare entrate (i premi assicurativi), smette anche di generare uscite (i sinistri); il bilancio di fine anno rappresenta fedelmente l'andamento della compagnia».

³⁴² F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 811.

³⁴³ Cfr. F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 834 (nt. 47): «Il premio di una polizza *claims made* per la prima annualità e senza periodo di retroattività, riflette esclusivamente la esposizione dell'assicuratore per le richieste risarcitorie formulate e denunciate in quella stessa annualità in relazione agli eventi di danno in essa verificatisi: esso, sulla base di dati statistici, può essere determinato in una misura del 40% rispetto alle coperture in «*loss occurrence*»».

rischio dedotto in polizza, ad un massimale adeguato al costo del danno subito, al netto dell'eventuale inflazione³⁴⁴.

Nella sua versione *pura*, d'altronde, una polizza *claims* azzerava i costi transattivi relativi all'individuazione - in sede stragiudiziale o processuale - del momento rilevante ai fini dell'attivazione della garanzia: la data di richiesta del terzo danneggiato è un momento, all'evidenza, agevolmente determinabile³⁴⁵.

Quanto prospettato induce a ritenere che le polizze strutturate su base *claims made* non solo rappresentino la soluzione di gran lunga più efficiente - ovvero in grado di massimizzare il *benessere complessivo*³⁴⁶ - nella gestione degli illeciti a manifestazione latente, ma anche lo strumento in grado di scongiurare, in tale contesto, gli effetti negativi per *entrambi gli agenti* (assicuratore e assicurato), connessi all'adozione degli ordinari modelli di gestione del rischio³⁴⁷.

E' bene osservare, però, come ogni ipotesi di trapianto - per quanto salutato con favore dalla prassi degli affari - sconti, sul piano giuridico, un rischio di rigetto: le giurisprudenze, pratica e teorica, più attenta all'assetto sistematico fissato dal dato positivo, è in grado di impedire, o comunque rendere più difficoltoso, l'accoglimento di soluzioni originate in sistemi alieni³⁴⁸».

Si pensi, per fare un esempio, alle alterne vicende che hanno accompagnato la ricezione del «contratto autonomo di garanzia», quale prodotto della prassi propria del

³⁴⁴ *Zuckerman v. Nat. Union Fire Ins. Co., cit.*, 313: «since coverage is purchased on a contemporary basis, it can afford protection in current dollars for liability that may be based on negligence that occurred years earlier».

³⁴⁵ Cfr. P. GABASIO, *cit.*, p. 44: «Per l'assicuratore, in un'ottica di grande praticità, l'elemento fondamentale per l'attivazione della polizza e quindi per l'individuazione di un sinistro è la richiesta di risarcimento del danno, *a volte più importante delle eventuali responsabilità in gioco* (corsivo mio)». Si è paventato il pericolo che il *claims made* con estensione retroattiva (anche non illimitata) possa generare fenomeni di antiselezione del rischio: l'assicurato, giovandosi della copertura offerta dalla «ripresa del passato», potrebbe essere indotto ad assicurarsi solo dopo aver preso coscienza di un errore in grado di determinare, con elevata probabilità, una richiesta di risarcimento. Tuttavia, tale evenienza mi pare scongiurata - quantomeno con riferimento alle polizze professionali - dal fatto che l'art. 5, d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, ha introdotto l'obbligo per i professionisti di assicurarsi contro i rischi derivanti dall'espletamento della propria attività: l'incidenza di comportamenti opportunistici dell'assicurato è, per tale via, neutralizzata.

³⁴⁶ Cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 7, il quale invita a riflettere sul fatto che per soddisfazione «complessiva» deve intendersi la somma delle soddisfazioni esperite da ciascuno dei soggetti coinvolti, sicché tra una soluzione giuridica che produce soddisfazione 5 per una parte e 4 per l'altra, ed un'altra che produce soddisfazione 9 per una parte e 1 per l'altra, la soluzione più *efficiente*, sotto il profilo giuseconomico, è senza dubbio la seconda.

³⁴⁷ Ciò significa che il modello *claims made* è in grado di aumentare non solo il benessere complessivo degli agenti, quanto altresì quello individuale di ciascuno di essi.

³⁴⁸ Cfr., ancora, U. MATTEI, voce *Circolazione dei modelli, cit.*, p. 178.

commercio internazionale, dappoi circolato nella pratica delle transazioni - pubbliche e private - di numerosi Paesi³⁴⁹.

Il tratto peculiare dell'istituto, vale a dire l'inopponibilità delle eccezioni derivanti da vizi genetici e/o sopravvenuti del rapporto principale³⁵⁰, era stato ritenuto in aperto contrasto con il principio causalista (art. 1325 c.c.)³⁵¹: solo dopo una robusta elaborazione critica al riguardo offerta dalla dottrina, l'istituto ha trovato l'avallo della giurisprudenza, fino al pronunciamento delle Sezioni Unite nel febbraio 2010³⁵².

Analogamente, gli interpreti paiono ben lungi dall'aver definitivamente accolto la validità dei prodotti assicurativi *on claims made basis*, quali negozi compatibili con le categorie normative del contesto di recezione: al riguardo, la recente pronuncia adottata dal Supremo Collegio³⁵³, nella sua più autorevole composizione, nel maggio scorso, ne è - come vedremo - un chiaro esempio.

3.2. L'(in)validità delle polizze *claims made* nel prisma dell'art. 1895 c.c.

³⁴⁹ Il riferimento è, in particolare, alla garanzia bancaria *passiva* autonoma (cd. *Bankgarantie*), e non al *Garantievertrag*, figura elaborata da R. Stammler - nel suo importante contributo *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung* (in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886) - al fine di dare dignità dogmatica alle promesse di garanzia con funzione non accessoria, che verrebbero ad essere giustificate dall'*Animierungsinteresse*, ossia dall'interesse proprio del garante autonomo a stimolare o supportare un'iniziativa dell'oblato alla quale lo stesso garante è interessato: cfr. F. ROCCHIO, *cit.*, p. 80, il quale riprende la distinzione già fatta propria da P. CORRIAS, *Garanzia pura e contratti di rischio*, *cit.*, p. 437 ss. Il primo studio sul tema è di G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978, p. 1052 ss. Tra i contributi monografici sul tema, si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività, P. DE SANNA, *Accessorietà e autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988; F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992; L. PONTIROLI, *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, Padova, 1992; S. MONTICELLI, *Garanzia autonoma e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003.

³⁵⁰ E' chiaro che l'istituto, in un'ottica giuseconomica, favorisce la riduzione dei costi transattivi connessi al contenzioso innescato dall'opposizione delle richiamate eccezioni per impedire l'escussione della garanzia.

³⁵¹ Cfr. il significativo punto di vista di C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 168: se si vuole evitare la nullità contrattuale, «si deve necessariamente concludere che nelle garanzie c.d. automatiche sono opponibili le eccezioni derivanti sia dai vizi genetici del contratto principale, sia da quei fatti che, sopravvenuti nel corso del rapporto, rendono l'escussione abusiva».

³⁵² La pronuncia è già stata richiamata nel presente lavoro. Cfr. cap. I, § 1.5. (nt. 160).

³⁵³ Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Danno resp.*, p. 929 ss. Come si darà conto nel prosieguo del lavoro, la pronuncia è stata variamente annotata. Un'analisi dedicata specificamente all'importante arresto è già stata oggetto di un mio recente contributo: cfr. M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 1 ss.

La copertura del rischio secondo la base *claims made*, benché costituisca prassi consolidata nei settori testé richiamati, ha sofferto - ed è tuttora oggetto - di tenaci resistenze tanto in giurisprudenza, quanto in dottrina³⁵⁴.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, qualora venga offerta un'estensione retroattiva della copertura, le polizze *claims* si porrebbero in irredimibile contrasto con il disposto di cui all'art. 1895 c.c., che prevede l'esistenza del rischio quale condizione imprescindibile affinché la garanzia possa spiegare la propria efficacia: esso, quale evento *futuro ed incerto*, deve sussistere al momento della stipula del contratto.

La questione non è di poco momento, se è vero che sarebbe proprio il disinteresse per l'epoca di accadimento dell'illecito, rispetto alle richieste risarcitorie ad esso connesse e presentate in costanza di contratto, uno dei più significativi tratti di peculiarità del modello *claims made*.

Come riferito in precedenza, la garanzia pregressa - qualora illimitata - giova, infatti, in tutte le ipotesi in cui non sia agevole determinare se il sinistro abbia avuto a verificarsi nel periodo di efficacia della garanzia, sia per quanto riguarda la data iniziale del contratto, quanto altresì con riferimento ad eventuali ipotesi di sospensione della copertura.

Al riguardo, Cassazione n. 5791/2014³⁵⁵, riprendendo un indirizzo emerso nella giurisprudenza di merito³⁵⁶, ha ritenuto tale tipologia di garanzie in palese contrasto con l'assetto ordinamentale fissato dal legislatore, il quale avrebbe escluso, nell'ambito delle assicurazioni terrestri, tanto l'assicurazione del *rischio putativo*, quanto quella *retroattiva*.

Se è vero che per «rischi già verificatisi» debbano intendersi «non solo gli eventi dannosi materialmente avvenuti prima della stipula del contratto, ma anche quelli i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula», la garanzia sarebbe nulla in tutte le ipotesi in cui l'avveramento del sinistro altro non sia che la

³⁵⁴ Per un'esauritiva rassegna, cfr. F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 501 ss. e, più di recente, V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 952 ss.

³⁵⁵ Cass. civ., sez. III, 13 marzo 2014, n. 5791, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 712, con nota di N. DE LUCA.

³⁵⁶ Cfr. Trib. Roma, 12 gennaio 2006, in *De-jure*; Trib. Roma, 1 agosto 2006, in *Redaz. Giuffrè*, nonché Trib. Roma, 5 gennaio 2007, in *Contr.*, 2007, p. 352 ss.

«conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti» prima della conclusione del contratto³⁵⁷.

Si è così statuito che l'*inevitabilità* del sinistro, rispetto ad un dato fatto antecedente, si porrebbe nei casi in cui tra i due sussista una connessione causale tale da rendere, secondo un giudizio di prognosi postuma, il primo conseguenza «più probabile che non» del secondo: in tutte le ipotesi in cui il sinistro costituisca l'esito, *ragionevolmente prevedibile*, di un evento ad esso causalmente ricollegabile, si avrebbe, invero, la traslazione di un *danno*, piuttosto che di un *rischio*³⁵⁸.

In merito a quanto prospettato, non può che condividersi l'esclusione del rischio putativo dal novero dei rischi assicurabili; analogo consenso, tuttavia, non può prestarsi con riferimento al divieto di cittadinanza riservato, nell'ambito delle assicurazioni terrestri, all'assicurazione retroattiva³⁵⁹.

Si è già avuto modo di evidenziare, nel corso del presente lavoro, la fondamentale distinzione tra le nozioni di *rischio* e *sinistro*: il rischio attiene all'*incertezza dei danni* che potrebbero derivare dal sinistro, piuttosto che all'*incertezza del sinistro*, il quale - a sua volta - sussiste non solo a prescindere da una domanda risarcitoria avanzata dal terzo danneggiato, ma anche dalla *produzione* - e, quindi, anche dalla *manifestazione* - delle conseguenze dannose³⁶⁰.

Se il *rischio*, nell'ambito dell'assicurazione contro i danni, si identifica con le conseguenze dannose derivanti dal *sinistro* e, nello specifico, l'assicurazione di responsabilità civile non copre il danno patito dal terzo, quanto piuttosto il danno al

³⁵⁷ La tesi è stata, in letteratura, ripresa dall'estensore delle sentenze in esame, ovvero M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, pp. 38-39, il quale si richiama a quanto già sostenuto, a suo tempo, da G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 133: «è anche da ritenersi non assicurabile un evento i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della conclusione del contratto, si da comportare la pratica inevitabilità delle loro conseguenze, anche se queste ultime si manifestano in un tempo successivo alla conclusione medesima».

³⁵⁸ Coglie il passaggio già N. DE LUCA, Act committed, loss occurrence e claims made *nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 729.

³⁵⁹ Secondo l'opinione prevalente, la retroattività - quale regolamentazione dell'efficacia negoziale - sarebbe lasciata, fatte salve le imprescindibili esigenze dei terzi, alla libera di disponibilità dei privati. In tal senso, cfr. G. TATARANO, voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 92.

³⁶⁰ La nozione di sinistro non varia a seconda del modello adottato per la gestione del rischio: non a caso, come rileva M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, p. 33, nelle polizze *claims made* dotate di *retroactive date* si circoscrive «la copertura ai fatti *accaduti* o meglio (...) *dei fatti posti in essere dall'assicurato* in un preciso arco temporale precedente alla conclusione del contratto».

patrimonio dell'assicurato, può senza dubbio ritenersi che il rischio non sia cessato qualora, al momento della stipula del contratto, il terzo non abbia avanzato alcuna pretesa nei confronti del danneggiante assicurato: è solo in quest'ultima ipotesi, infatti, che il rischio, da potenziale, diviene *attuale e concreto*³⁶¹.

È questo il quadro dogmatico entro cui rifluisce, correttamente, l'opinione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, quando sostiene che «la clausola *claims made* con garanzia pregressa 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'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato».

Tale ordine di considerazioni vale a confermare la liceità della copertura retroattiva, la quale può dunque trovare cittadinanza all'interno dell'impianto normativo, senza che a ciò contribuisca l'improprio (e fuorviante) richiamo al rischio putativo.

Ciò, si badi, non significa che la possibilità di fruire di una garanzia pregressa rappresenti per l'assicurato sempre e comunque un'opzione contrattuale vantaggiosa.

In primo luogo, per prassi consolidata, viene ormai adottata, quasi esclusivamente, la clausola *claims made* cd. *mista*, tramite la quale sono garantiti i sinistri denunciati nel tempo di efficacia della garanzia, purché verificatisi entro un arco temporale precedente non superiore, per il solito, ai tre anni dalla stipula del contratto³⁶².

E' chiaro che, in questi casi, sussiste un palese svantaggio per l'assicurato, il quale, considerato che la garanzia «pregressa» prevede come *dies a quo* la data in cui è avvenuto l'evento generatore della responsabilità, piuttosto che la data di manifestazione del danno, si vedrebbe comunque sovente privo di copertura a fronte

³⁶¹ In termini, nonostante la già evidenziata divergenza d'opinione in merito alla qualificazione da attribuire alle locuzioni *rischio* e *sinistro*, cfr. gli Aa. richiamati al cap. I, § 1.4 (nt. 115). Sottolinea, d'altronde, L. LOCATELLI, *cit.*, p. 532, come l'espansione retroattiva venga a proporsi «non tanto verso il depauperamento dell'assicurato, (*i.e.* il rischio assicurato, *ndr*) quanto nei confronti di uno solo dei suoi elementi costitutivi, con la condizione oltretutto che questo elemento deve essere ignoto al momento della stipulazione». In giurisprudenza, la tesi è stata condivisa, da ultimo, in Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2014, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 720, che osserva come non sia detto che «qualunque comportamento colposo induca il danneggiato a proporre domanda di risarcimento dei danni».

³⁶² Tra gli altri, M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2012, p. 1218; S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, pp. 705-706; F.A. MAGNI, *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims madenei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 806.

di quelle fattispecie dannose lungolatenti che dovrebbero - come visto - costituire il terreno applicativo d'elezione della clausola³⁶³.

Non solo, la consueta limitazione della retroattività pregiudica uno dei principali vantaggi connessi all'adozione del modello *on claims made basis*, ovvero la possibilità di individuare con chiarezza e precisione il momento di attivazione della garanzia e, dunque, nel caso di pluralità di polizze prestate nel tempo, quale sia chiamata, nel caso di specie, a rispondere³⁶⁴.

Come si avrà tosto modo di rilevare, s'impone al riguardo - onde effettivamente rendere compiutamente vantaggiosa l'adozione del modello *on claims made basis* - una compiuta riflessione in merito alla modulazione dell'estensione retroattiva della garanzia (v. *infra*, § 3.6.).

3.2.1. (Segue) Ulteriori profili di nullità. Critica

L'attenzione del dibattito intorno allo scrutinio di validità delle polizze *claims* ruota, inoltre, sulla compatibilità del modello con la disciplina normativa dettata con riferimento al modello ordinario di gestione del rischio predisposto dal legislatore.

La clausola sarebbe incompatibile, infatti, con l'art. 1917 c.c., «norma primaria e imperativa, di immediata applicazione»³⁶⁵, che delinea «l'essenza stessa, la funzione del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio (...) dall'agente all'assicuratore»³⁶⁶: la funzione assolta dal negozio assicurativo, ovvero la copertura

³⁶³ Cfr. M. GAZZARA, *cit.*, p. 1227; ID., *Brevi note in tema di danni lungolatenti e assicurazione di r.c. professionale*, in *Corti Sal.*, 2015, p. 397.

³⁶⁴ A. MONTI, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 748. Nel medesimo senso, S. MONTICELLI, *loc. cit.* e M. GAZZARA, *ult. loc. cit.*, i quali rilevano, peraltro, che - con riferimento all'assicurazione di r.c. professionale - l'adozione del modulo *claims made* non comporterebbe al riguardo alcun vantaggio posto che, salvo casi limite, è difficile ipotizzare fattispecie in cui sia malagevole collocare la data in cui sia stato posto in essere l'errore professionale (si pensi, ad esempio, all'errato trattamento medico, o al deposito tardivo di un atto defensionale, ovvero ancora ad un errore nella compilazione di una dichiarazione dei redditi da parte di un commercialista).

³⁶⁵ Cfr. quanto prospettato da Trib. Bologna, 02 ottobre 2002, n. 3318, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 711 e ss., con nota di A. MONTI.

³⁶⁶ In tal senso, Trib. Genova, sez. II, 08 aprile 2008, *cit.*, p. 103; Trib. Bologna, 02 ottobre 2002, n. 3318, *cit.*, p. 716, secondo cui, analogamente, una clausola di siffatto tenore sarebbe idonea a far venir meno la causa del contratto qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, dopo la scadenza dell'assicurazione ma prima del termine di prescrizione del loro diritto, il risarcimento dei danni subiti.

del rischio che il patrimonio dell'assicurato possa subire un'alterazione negativa in ragione di una responsabilità a questi ascritta, verrebbe meno, giusto un meccanismo in forza del quale sarebbero esclusi dalla copertura tutti i sinistri che, pur posti in essere durante il periodo di efficacia della garanzia, abbiano dato luogo a richieste risarcitorie solo dopo la scadenza del contratto³⁶⁷.

La tesi è stata oggetto di condivisibili critiche.

In primo luogo, non può sottacersi la forzatura insita nel voler attribuire carattere imperativo all'art. 1917 c.c.: l'art. 1932 c.c. ha inequivocabilmente escluso tale disposizione dalle previsioni sottratte alla libera disponibilità delle parti, e - come noto - *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*³⁶⁸.

Inoltre - a ben vedere - la modulazione della gestione del rischio secondo la base *claims made*, contrariamente a quanto assunto dalla pronunce in esame, assolve esattamente alla medesima funzione cui sono chiamate le garanzie tradizionali, ovvero il trasferimento finanziario del rischio di responsabilità civile dall'assicurato all'assicuratore³⁶⁹.

Vincolando il periodo di efficacia della copertura alla richiesta risarcitoria del terzo - *sic et simpliciter*, ovvero anche alla data del sinistro, in caso di formula cd. *mista* - le parti derogano, in ragione delle esigenze rilevanti di volta in volta, esclusivamente alla previsione del legislatore che vorrebbe il «tempo dell'assicurazione» coincidente con

³⁶⁷ Cfr. I. CARASSALE, *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2009, p. 109.

³⁶⁸ Sul punto, P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 435, il quale rileva che l'art. 1932 c.c. «limita espressamente l'inderogabilità ad alcuni soltanto dei precetti di codice sui contratti assicurativi senza, però, estenderla a quello in esame ed addirittura predicandola solo ad altri contenuti nell'articolo che lo contiene». Per un riscontro giurisprudenziale, cfr. Trib. Crotone, 8 novembre 2004, in *Dir. econ. ass.*, 2005, p. 712, e Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624, *cit.*, p. 1082.

³⁶⁹ Cfr. E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 274: «il rischio, in ogni caso, resta quello della responsabilità civile, che rientra tra i rischi coperti dalle assicurazioni del patrimonio (dell'assicurato), garantiti dalle assicurazioni contro i danni, tutte classificazioni di tipi e sottotipi che, in conformità con l'art. 1882, fanno riferimento alla natura del rischio, del "fatto" o evento dannoso, e non alla mera delimitazione temporale del rischio». In senso analogo, si sono espressi G. VOLPE PUTZOLU, *ult. loc. cit.*: «L'oggetto della garanzia resta comunque quello previsto dall'art. 1917 c.c.; l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto deve pagare al terzo danneggiato in dipendenza della responsabilità dedotta in assicurazione» e P. GAGGERO, *cit.*, p. 435, per il quale all'adozione della clausola «non si associa una diversa natura del rischio oggetto del contratto assicurativo».

la durata formale del contratto, cioè con il periodo intercorrente tra la conclusione del contratto e la scadenza da esso stabilita³⁷⁰.

Altro profilo di censura, immeritevole di essere accolto, attiene alla compatibilità della clausola *claims* con la disciplina fissata in materia di decadenza e prescrizione.

In particolare, tale previsione contrattuale si porrebbe in contrasto con la disciplina di cui all'art. 2965 c.c., rendendo «assolutamente impossibile per il contraente esercitare il proprio diritto», e sarebbe altresì incompatibile con il regime prescrizione, fissato dall'art. 2952 c.c.³⁷¹.

Come noto, tuttavia, la fissazione convenzionale del periodo di copertura incide sulla nascita dell'obbligo indennitario posto in capo all'assicuratore, sicché il richiamo alla decadenza ed alla prescrizione, è inconferente: tali istituti postulano ed operano rispetto ad un diritto già sorto, «mentre rispetto alle vicende escluse dalla clausola *claims made* il credito dell'assicurato verso l'assicuratore non sorge neppure»³⁷².

In tutti i casi in cui non sia stata avanzata, nel periodo convenuto, una richiesta del danneggiato nei confronti dell'assicurato, in capo a quest'ultimo non matura il diritto all'indennizzo nei confronti della compagnia, e non sussiste dunque la posizione soggettiva attiva che sola legittimerebbe il ricorso alla richiamata previsione.

Ciò vale anche con riferimento alle cc.dd *claims made and notified*, il cui peculiare meccanismo di attivazione è contraddistinto dalla necessità che l'assicurato, una volta ricevuto il *claim* dal terzo danneggiato, ne dia altresì notizia all'assicuratore entro l'annualità di polizza.

Anche in questo caso, non sussiste alcuna incompatibilità né con la disciplina fissata dall'art. 2965 c.c. né con quanto previsto all'art. 2952 c.c., co. 3, che legittima l'assicurato ad esercitare i propri diritti nei confronti dell'assicuratore entro due anni dal ricevimento della richiesta risarcitoria: l'assicurato, che non renda edotto il proprio

³⁷⁰ Cfr. E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 271; D. DE STROBEL, *La vicenda del «claims made»*, *cit.*, p. 546; F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 521.

³⁷¹ Cfr. Trib. Genova, sez. II, 8 aprile 2008, *cit.*, pp. 104-105.

³⁷² In termini, P. GAGGERO, *cit.*, p. 437; così, anche I. RIVA, *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 2014, p. 592: «Il diritto alla prestazione assicurativa, qui, non può dirsi venuto ad esistenza, poiché esso contrattualmente sorge con la richiesta di pagamento e non con il verificarsi dell'illecito».

assicuratore del *claim* durante l'annualità di polizza, non vanta, come nell'ipotesi precedente, alcun diritto³⁷³.

Nell'ambito delle polizze *claims made and notified*, è chiaro d'altro canto che, una volta notificata l'istanza risarcitoria avanzata dal terzo entro l'annualità di polizza - purché entro i termini contrattualmente o *ex lege* fissati per l'avviso³⁷⁴ - l'assicurato possa godere dei termini ordinari per esercitare i propri diritti nei confronti dell'assicuratore.

3.3. *L'asserita vessatorietà della clausola claims made*

Un tracciato d'indagine particolarmente battuto, in particolare dal formante giurisprudenziale, circa la natura e la compatibilità del modello *claims made* entro le categorie sistematiche dell'ordinamento, attiene alla valutazione delle polizze così conformate secondo lo scrutinio di vessatorietà, da esercitarsi alla luce delle previsioni di controllo formale ex artt. 1341 e 1342 c.c.³⁷⁵.

³⁷³ In questo senso, non possono dunque condividersi le perplessità avanzate in Trib. Genova, sez. II, 8 aprile 2008, *loc. cit.*, e coltivate nella nota adesiva di I. CARASSALE, *cit.*, giustappunto in merito alla compatibilità del modello *claims made and notified* con la disciplina dettata dal legislatore in tema di prescrizione e decadenza. E' interessante notare, peraltro, come il Tribunale richiami argomentazioni fatte proprie a suo tempo dalla giurisprudenza americana più critica in merito all'ammissibilità delle polizze *claims*: cfr. *Jones v. Continental Casualty*, *cit.* (cap. II, § 2.2).

³⁷⁴ Sul punto, osserva F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 523 ss., che la previsione non varrebbe a limitare o impedire l'esercizio dei diritti spettanti all'assicurato, ovvero ad alterare il regime prescrizioneale, in quanto si limiterebbe a replicare l'obbligo di avviso del sinistro di cui all'art. 1913 c.c., differendolo - tuttavia - dall'accadimento del fatto dannoso alla ricezione della richiesta risarcitoria. In realtà, il *reporting requirement* - nell'ambito delle polizze *claims made and notified* - ha tutt'altra funzione, ovvero delimita temporalmente il rischio assicurato, sicché potrebbe ben darsi, per esempio, che l'assicurato, in mancanza di una precisa previsione contrattuale al riguardo, violando colposamente il termine di tre giorni *ex lege* fissato per l'avviso, possa vedersi decurtare l'indennizzo spettantigli (art. 1915, co. 2, c.c.), nonostante abbia dato notizia del *claim* entro la scadenza dell'annualità di polizza. Parallelamente, il peculiare regime delle *claims made and notified* fa sì che l'assicurato non possa legittimamente reclamare alcun indennizzo nei confronti della propria compagnia, qualora, pur nel termine previsto per l'avviso, abbia notificato il *claim* ricevuto dal terzo a polizza già scaduta. La distinzione concettuale tra *notice* e *reporting requirement* è stata con chiarezza delineata dalla *Supreme Court of Wisconsin* nel caso *Anderson v. Aul*, 2015 WI 19 (Feb. 25, 2015), 33 (v. *supra*, cap. II, § 2.3.).

³⁷⁵ Per una ricognizione generale ed esaustiva in merito ai profili problematici sorgenti dalla disciplina delle clausole vessatorie in ambito assicurativo, cfr. P. MARIOTTI, A.B. SERPETTI, *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Milano, 2011, nonché a A.D. CANDIAN, *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie. Lineamenti generali*, I, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori commentario agli articoli 1469-bis - 1469-sexies del codice civile*, Milano, 1997, p. 955 ss.

Gli orientamenti applicativi disvelano, al riguardo, una disomogeneità di vedute.

I) Secondo un primo indirizzo, abbracciato da una delle prime pronunce offerte dalla giurisprudenza italiana in tema di *claims made*³⁷⁶, il fatto che, a differenza dell'ordinario regime *act committed*, una volta cessata la polizza, nulla venga più preso a carico dall'assicurato, varrebbe a sostanzarsi in una limitazione dell'esposizione a responsabilità³⁷⁷: escludendo dalla sfera di operatività della polizza rischi per i quali, al solito, ci si assicura avverso eventi imputabili all'assicurato, sarebbe palese la natura vessatoria della clausola e, con essa, la necessità di una specifica approvazione per iscritto.

II) Una significativa parte della giurisprudenza di merito³⁷⁸, invece, ha discriminato, nell'ambito di valutazione prospettato, tra le polizze *claims made* cc.dd. *pure* e quelle cc.dd. *miste*.

Nel primo caso, una censura di vessatorietà si rivelerebbe impropria, considerato che il modello cd. *puro* permette di ottenere un'efficace copertura rispetto a tutti i sinistri denunciati in corso di polizza, indipendentemente dalla data di accadimento del fatto dannoso³⁷⁹.

In presenza, invece, di clausole *claims made* che escludono dalla copertura sinistri verificatisi oltre alcuni anni precedenti, il vaglio della pattuizione secondo il sindacato di vessatorietà dovrebbe ritenersi pacificamente esperibile, considerata la riduzione

³⁷⁶ Cfr. App. Napoli, 28 febbraio 2001, in *Dir econ. ass.*, 2005, p. 711.

³⁷⁷ L'art. 1341, co. 2, c.c., subordinando l'efficacia delle condizioni che limitano la responsabilità di colui che le ha predisposte alla specifica approvazione per iscritto dell'aderente, ha come preciso referente l'art. 1229 c.c., il quale, sotto la rubrica «clausola di esonero da responsabilità», prevede la nullità delle clausole che escludono o limitano preventivamente la responsabilità per dolo o colpa grave del debitore. In merito al rapporto tra le due disposizioni, cfr. C. LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno resp.*, 2005, pp. 1087-1088.

³⁷⁸ Cfr. Trib. Milano, sez. V, 18 marzo 2010, n. 3257, in *Corr. Merito*, 2010, pp. 1057-1058, con nota di A. LUBERTI. In tal senso, tra le altre, Trib. Palermo, 26 novembre 2014, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1064 ss., con nota di F.A. MAGNI.

³⁷⁹ Pare evidente l'errore in cui incorre il Tribunale meneghino allorché giunga a qualificare come *pura* una polizza *claims* con retroattività di durata pari al tempo entro il quale si consuma, per decorso del termine prescizionale, il diritto della vittima ad ottenere il risarcimento nei confronti del danneggiante. Come già evidenziato, il modello cd. *puro*, ricorre qualora la «ripresa del passato» sia illimitata, vale a dire solo in quelle ipotesi in vengono in copertura la richiesta di risarcimento, presentate in vigenza della polizza, relative ai sinistri intervenuti in qualunque tempo precedente la scadenza della garanzia. Se è vero, infatti, che, ai fini prescizionali, rileva non la data in cui è avvenuto il fatto generatore della responsabilità, quanto piuttosto il momento di manifestazione del pregiudizio, e che, pertanto, una retroattività decennale potrebbe sovente non giovare all'assicurato in tutti i casi relativi a richieste risarcitorie, tempestivamente avanzate, a fronte di sinistri avvenuti in epoca precedente alla *retroactive date*, non pare lecito scerverare tra polizze che, pur con diversa estensione, prevedono un limite alla copertura retroattiva.

del lasso di tempo entro il quale può dirsi sussistente l'obbligo indennitario dell'assicuratore.

III) La Cassazione, a più riprese, ha sposato un orientamento analogo - quantomeno sotto il profilo applicativo - a quello da ultimo richiamato, facendo presente che la vessatorietà non sarebbe predicato indefettibile di ogni clausola *claims*, quanto piuttosto una qualifica da accertarsi - senza meglio declinarne i parametri di valutazione - caso per caso³⁸⁰.

IV) Da ultimo, secondo una recente posizione espressa dalla Suprema Corte³⁸¹, un ruolo decisivo dovrebbe conferirsi alla collocazione della clausola all'interno del testo contrattuale.

In particolare, la vessatorietà andrebbe esclusa nel caso in cui l'assicurazione predisponente abbia inserito la *claims made* nella parte di contratto dedicata alla definizione dell'oggetto della copertura, considerato che la funzione assolta dalla previsione, in questo caso, sarebbe quella di individuare l'oggetto contrattuale, mentre, nel caso in cui la previsione incida, *ab esterno*, sulla concreta estensione [temporale] della garanzia, siccome definita da altra clausola all'uopo deputata, dovrebbe ritenersi sottoposta al sindacato ex artt. 1341 e 1342 c.c., in quanto dotata di «carattere limitativo di ciò che nella precedente previsione era più ampio»³⁸².

Ebbene, gli orientamenti richiamati, benché - come visto - divergenti nell'individuare le diverse ipotesi in cui una clausola *claims made* possa concretamente qualificarsi quale vessatoria, appaiono tanto fuorvianti sotto il profilo dogmatico, quanto inadeguati a salvaguardare gli interessi dell'assicurato aderente: meritevole è, dunque, la chiarezza fatta sul punto dalle Sezioni Unite.

Sul piano concettuale, è chiara l'indebita commistione tra previsioni di delimitazione pattizia dell'oggetto contrattuale, sottratte - salvo specifiche ipotesi tassativamente

³⁸⁰ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624, *cit.*, pp. 1077-1078, avallata in seguito da Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7273, in *Contratti*, 2013, p. 886, con nota di M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, nonché da Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1057 ss., con nota di F.A. MAGNI.

³⁸¹ Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 361 ss., con nota di M. FERMEGLIA.

³⁸² Testualmente, Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891, *cit.*, p. 364.

determinate³⁸³ - al sindacato di vessatorietà, e clausole delimitative della responsabilità.

A mente di quanto già considerato, l'oggetto del negozio assicurativo - la cd. prestazione di sicurezza - viene definito tramite un apparato di previsioni (cd. «clausole delimitative del rischio») che, sulla base di diversi criteri (*i.e.*: natura, causa o tempo di accadimento dei sinistri indennizzabili), delimitano l'effettiva estensione dell'impegno assunto dall'assicuratore (cfr. cap. I, § 1.4.2.)³⁸⁴.

Tali clausole non hanno, all'evidenza, nulla a che vedere con la limitazione di responsabilità di cui all'art. 1341, co. 2, c.c., il quale - riprendendo la nozione desumibile dall'art. 1229 c.c. - contempla esclusivamente le clausole che escludono o limitano preventivamente le conseguenze imputabili al debitore in ragione del suo inadempimento³⁸⁵: il limite alla determinazione dell'ambito del pregiudizio risarcibile presuppone che si sia già definito l'evento di cui il debitore deve rispondere, il che, per l'appunto, rappresenta la finalità propria delle clausole delimitative dell'oggetto.

³⁸³ Il riferimento è, ovviamente, al 19° considerando della Direttiva Cee 93/13, il quale, in deroga all'art. 34, co. 3 e 4., cod. cons., prevede che - nel caso di rapporti assicurativi - la clausola delimitativa del rischio possa essere sindacata, sotto il profilo dell'abusività, tenendo conto del rapporto di corrispettività tra l'effettiva estensione della copertura offerta e il premio stabilito per la polizza. Sul punto, cfr. G. SCALFI, A.D. CANDIAN, *Ricerca sulle clausole abusive praticate nelle condizioni dei contratti di assicurazione*, Milano, 1994, pp. 47-48, i quali, tuttavia, invitano alla prudenza, rilevando che la sede in cui «è stata fornita questa indicazione, cioè i “consideranda”, induce ragionevolmente a pensare che si tratti di un principio di massima che andrà poi perfezionato e reso efficace in una successiva fase di recezione».

³⁸⁴ Cfr. M. ROSSETTI, *Delimitazione del rischio e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 202, il quale evidenzia come tali previsioni siano necessarie, in ultima analisi, ad individuare «le concrete modalità di accadimento del sinistro (tempo, luogo, causa, effetti, autore)».

³⁸⁵ Sul punto, è concorde la dottrina prevalente. Cfr. E. BOTTIGLIERI, *cit.*, p. 274, che osserva: «Quanto alla pretesa vessatorietà delle clausole, se si condivide che la funzione di esse è la delimitazione temporale del rischio, la qualificazione vessatoria è da considerare una inaspettata recrudescenza dell'equivoco che, alcuni anni or sono, afflisse la giurisprudenza fino a quando non venne chiarito che la limitazione riguardava il rischio, cioè - si disse - l'“oggetto del contratto”». In tal senso era già G. FANELLI, *Delimitazione del rischio assicurativo e limitazione della responsabilità*, in *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, p. 215 ss.; cfr., altresì, F. FUSCO, *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, p. 806 ss.; P. GAGGERO, *cit.*, p. 439 ss.; I. PARTENZA, *cit.*, pp. 685-686; G. MIOTTO, *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 205 ss.; M. FERMEGLIA, *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 366 ss. Sulla linea di confine tra clausole delimitative di responsabilità e delimitative dell'oggetto, cfr. Cass. civ., sez. III, 16 giugno 1997, n. 5390, in *Giust. civ.*, 1997, p. 2431 ss. e, più di recente, Cass. civ., sez. III, 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno resp.*, 2007, p. 905 ss., nonché Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2012, n. 10619, in *Danno resp.*, 2012, p. 713 ss.

Come chiarito dalle Sezioni Unite, il patto *claims made* [cd. impuro], «mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si iscrive a pieno titolo *nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto*, entro i quali, a norma dell'art. 1905 cod. civ., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato» sicché, in definitiva, esso è volto «a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 cod. civ., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità».

Il richiamo alla vessatorietà si fa, d'altronde, ancor più inconferente, nei casi di fattispecie che vedono la compagnia assicurativa nella posizione dell'aderente, ovvero il soggetto nel cui interesse la disciplina di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c. è predisposta: ci si riferisce, in particolare, ai contratti di assicurazione r.c. stipulati da strutture sanitarie pubbliche³⁸⁶.

In tali ipotesi, è l'azienda pubblica che sottopone, nell'ambito di un pubblico appalto, un testo di polizza - elaborato mediante l'ausilio di *brokers* - rispetto al quale l'adesione è data dall'impresa di assicurazione aggiudicataria, sicché, paradossalmente, sarebbe giustappunto quest'ultima a dover approvare specificamente una clausola ad essa favorevole³⁸⁷.

Del resto, in linea generale, la tutela offerta dalla disciplina della vessatorietà può arduamente ritenersi sufficiente a garantire che l'assicurato abbia effettiva contezza dei termini fondamentali dell'accordo e dei suoi effetti giuridici³⁸⁸: trattasi di mera protezione formale, soddisfatta con l'apposizione - sovente «in automatico» - della doppia firma.

La tutela va cercata altrove, ovvero nei principi di chiarezza ed esaustività dei documenti contrattuali, nonché negli obblighi di informativa precontrattuale imposti agli intermediari, così come previsto dal Codice delle assicurazioni (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209), i quali paiono strumenti idonei a rimuovere l'asimmetria informativa

³⁸⁶ Cfr. I. PARTENZA, *cit.*, p. 686 ss.

³⁸⁷ Cfr., sul punto, l'acuta osservazione di I. PARTENZA, *cit.*, p. 687: «Viene da chiedersi chi mai sia il soggetto nel cui interesse la clausola è predisposta (come recita testualmente l'art. 1341 c.c.): si vuole forse dire che un'azienda ospedaliera predispone clausole in favore delle compagnie prima di metterle a gara? Né sembra logico pretendere che la compagnia richieda a chi ha predisposto la clausola di sottoscriverla nuovamente in quanto vessatoria».

³⁸⁸ In tal senso, G. VOLPE PUTZOLU, *ult. cit.*, p. 14; M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, *cit.*, p. 1225; I. RIVA, *loc. cit.*

sussistente tra assicurato e assicuratore, e, di conseguenza, a garantire una consapevole prestazione del consenso³⁸⁹.

E d'uopo richiamare, *in primis*, la disciplina prevista dall'art. 166 Cod. Ass., a mente del quale è imposta, al fine di salvaguardare la conoscibilità del testo contrattuale, che quanto oggetto di pattuizione sia redatto in modo chiaro ed esauriente³⁹⁰, nonché l'art. 183 Cod. Ass., che impone agli intermediari il dovere di informarsi circa le esigenze assicurative dei contraenti (*know your customer rule*), onde proporre garanzie adeguate-alle peculiari situazioni di rischio di ciascun cliente (*suitability rule*)³⁹¹.

Di particolare importanza, appare quanto previsto al riguardo, altresì, dalla disciplina regolamentare fissata dal titolo II, capo I (rubricato *sub* «Regole di presentazione e comportamento nei confronti dei clienti»), di cui al Regolamento ISVAP del 16 ottobre 2006, n. 5, il quale, all'art. 47, co. 2, prevede che gli intermediari, una volta assunta ogni informazione utile a valutare le esigenze di copertura del cliente, illustrino le *caratteristiche*, la *durata*, i *costi* e i *limiti della copertura offerta prodotto assicurativo* in sottoscrizione, gli eventuali rischi finanziari connessi alla sottoscrizione ed ogni altro elemento utile a fornire un'informativa completa e corretta.

Sul piano rimediabile, ancorché non sia prevista alcuna sanzione per i casi di inadempimento ai precetti in esame, è pacifico che la violazione dei doveri informativi in sede precontrattuale - al di là delle ipotesi in cui abbiano dato luogo a vizi del consenso, tali da aprire le porte alla tutela demolitoria³⁹² - dia luogo a responsabilità precontrattuale, con obbligo dell'intermediario di risarcire il danno³⁹³, quantificabile

³⁸⁹ Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *ult. cit.*, p. 14 ss.; F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 532 ss. In tal senso si è espresso, di recente, M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* ("Piacere figlio d'affanno; Gioia vana..."), in *Danno resp.*, 2016, p. 971.

³⁹⁰ Cfr. M. GAZZARA, *ult. cit.*, p. 1224, il quale si auspica che - sulla scia della prassi nell'oggi seguita solo da qualche primario gruppo assicurativo internazionale - venga data attuazione alla disposizione in esame, collocando con adeguata evidenza, anche topografica, la clausola *claims*, ancora troppo spesso «mimetizzata tra le condizioni generali allegata alla polizza, quelle che, per intendersi, il cliente non si dà neppure la pena di leggere dettagliatamente».

³⁹¹ Per una completa ricognizione, cfr. S. LANDINI, *L'informativa precontrattuale nei contratti di assicurazione dei rami danni*, in *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, in P. MARANO, M. SIRI, Torino, 2009, p. 99 ss. È chiaro che la normativa in esame richiama la disciplina dei doveri informativi che devono essere rispettati dagli intermediari finanziari nello svolgimento dei servizi d'investimento, tema rispetto al quale la bibliografia è ormai sterminata. Per tutti, v. F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.

³⁹² Rimedio, tuttavia, affatto inadeguato a tutelare le ragioni dell'aderente, giacché, una volta ottenuto l'annullamento del contratto, questi si troverebbe del tutto privo di copertura assicurativa.

³⁹³ Cfr. G. VOLPE PUTZOLU, *ult. cit.*, p. 17, la quale evidenzia che la responsabilità degli agenti e dei *brokers* assicurativi è peraltro coperta da un'assicurazione contro la responsabilità professionale

nella misura del risarcimento che l'assicurato fosse chiamato a pagare, in quanto privo di adeguata copertura³⁹⁴.

Alla luce della distinzione tra regole di condotta e regole di validità³⁹⁵, sarebbe da escludersi - come evidenziato nella pronuncia in esame - che l'eventuale violazione delle regole informative, antecedenti alla stipulazione del contratto, venga, invece, a riflettersi sul terreno del giudizio di validità dell'atto.

3.4. *Il sindacato sulla meritevolezza della clausola. Critica*

Non v'è dubbio che quanto finora prospettato debba confrontarsi con la linea di pensiero fatta propria dalla più volte richiamata delle Sezioni Unite³⁹⁶: per la Suprema Corte, la clausola *claims made* - indenne al vaglio di cui all'art. 1895 c.c. ed estranea rispetto al *genus* delle clausole vessatorie - dovrebbe, tuttavia, assoggettarsi, in quanto *atipica*³⁹⁷, al sindacato di meritevolezza degli interessi ex art. 1322, co. 2, c.c.

Il parametro di valutazione attiene alla finalità di ogni assicurazione della responsabilità civile; vale a dire, la salvaguardia del patrimonio dell'assicurato, gravato dalla responsabilità conseguente ad un fatto illecito ad esso imputato.

A questa stregua, stando a quanto prospettato nel corpo della motivazione, sarebbe necessario distinguere il modello cd. *puro*, che individua i sinistri per i quali sussiste l'obbligo di indennizzo sulla base della data della richiesta risarcitoria, indipendentemente dalla data di verifica dei sinistri, dal *claims made* cd. *spurio*

obbligatoria, ovvero dalla responsabilità solidale dell'impresa ex art. 119 Cod. Ass. Cfr. altresì, M. GAZZARA, *ult. cit.*, p. 1224 (nt. 39).

³⁹⁴ F.A. MAGNI, *ult. cit.*, p. 813.

³⁹⁵ Sul punto, non possono che essere richiamate le note sentenze del Supremo Collegio, a Sezioni Unite, del 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Tra i tanti commenti rassegnati al riguardo, cfr. F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre n. 26725*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2008, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività dell'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.

³⁹⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, *cit.*

³⁹⁷ La tesi dell'atipicità della clausola è stata proposta fin dalla prima pronuncia di legittimità sul tema, ovvero in Cass. civ., sez. III, n. 5624, *cit.*, p. 1075 e ribadita, recentemente, in Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872, *loc. cit.*

(o *misto*), che cumula le condizioni del modello cd. *act committed* (o, meno di frequente, *loss occurrence*) con la clausola *claims*.

È chiaro, infatti, che la prima variante, svalutando la rilevanza dell'epoca di accadimento del sinistro, non sarebbe foriera di alcun pregiudizio per gli interessi dell'assicurato, il quale si vedrebbe garantito a fronte di qualsiasi evento dannoso, ad esso riconducibile, che abbia dato luogo ad un *claim* entro l'annualità di polizza³⁹⁸.

Il sindacato giudiziale dovrebbe, per tale via, considerare con particolare rigore quella clausola *claims* che prevede una *retroactive date* coincidente con il primo giorno d'efficacia della garanzia: in questi casi, infatti, finirebbero per essere fuori dalla copertura - per il solito annuale - la maggioranza dei sinistri verificatisi entro la fine del periodo assicurativo³⁹⁹. Non solo.

Il sospetto di immeritevolezza cadrebbe - salvo una valutazione caso per caso - sulle polizze con garanzia pregressa limitata nel tempo, considerato che, avendo come referente temporale l'azione o l'evento antiggiuridico, piuttosto che la manifestazione del danno, difficilmente potrebbero garantire il diritto all'indennizzo dell'assicurato nei casi di fattispecie dannose caratterizzate da lunghi tempi di latenza⁴⁰⁰.

Nelle ipotesi in cui dovesse effettivamente accertarsi che, tramite l'adozione del contratto su base *claims made*, non siano soddisfatti interessi meritevoli di tutela, della relativa clausola dovrebbe dichiararsi la nullità, per mancanza di causa, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1418, co. 2 e 1419, co. 1, c.c. (v. *infra*).

In merito a quanto prospettato dalla Corte, si impongono alcune considerazioni.

³⁹⁸ Ma, al riguardo, si cfr. le perplessità di M. GAZZARA, *ult. cit.*, pp. 1227-1228.

³⁹⁹ In tal senso, si è già espresso M. GAZZARA, *ult. cit.*, p. 1227: «non v'è dubbio che non realizzi un interesse meritevole di tutela quella clausola che preveda che tanto l'evento dannoso, quanto la richiesta risarcitoria, debbano collocarsi nel periodo di efficacia temporale del contratto (tanto più che le polizze, un tempo di durata decennale, sono oggi generalmente di durata annuale) per l'ovvia e evidente constatazione che finirebbero con l'essere fuori copertura la maggioranza dei sinistri verificatisi verso la fine del periodo assicurativo, mentre "in corrispettivo" non viene offerto al cliente alcuna copertura per eventi pregressi». Sul punto, cfr. S. MONTICELLI, *cit.*, pp. 706-707.

⁴⁰⁰ Ancora, la Corte si richiama a quanto già evidenziato da M. GAZZARA, *ult. cit.*, p. 1227: «poiché (...) la garanzia "pregressa" ha come base di calcolo l'azione o l'omissione del professionista e non già la data di manifestazione del danno, la garanzia rischia di rivelarsi praticamente inservibile proprio in caso di sinistri con danni lungolatenti, i quali dovrebbero viceversa costituire, a detta dei sostenitori della *claims*, il naturale terreno di elezione nell'utilizzo della clausola». Nel medesimo senso, S. MONTICELLI, *cit.*, p. 707.

Anzitutto, si rileva una palese contraddizione nel corpo della motivazione: l'atipicità della clausola *claims made* viene [parzialmente] smentita, e dappoi, senza motivazione alcuna, affermata.

In prima battuta, a parere del giudicante, ad essere atipica sarebbe, invero, soltanto la clausola *claims* cd. *pura*, la quale, offrendo una definizione convenzionale di sinistro, coincidente con la richiesta risarcitoria, verrebbe ad emanciparsi *ictu oculi* dal modello ex art. 1917 c.c.⁴⁰¹.

D'altra parte, nei contratti con clausola *claims made* cd. *mista*, il meccanismo di attivazione della garanzia viene collegato alla condotta dell'assicurato, e alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, sicché ci si manterrebbe nell'alveo della fattispecie delineata dal legislatore⁴⁰²: sarebbe dato osservarsi, anche nell'ambito delle polizze strutturate su base *act committed*, ovvero *loss occurrence*, che «il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante» è pur sempre «collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria del danneggiato».

In un secondo momento, tuttavia, la Corte rileva che sarebbe proprio quest'ultimo modulo di garanzia, dalla [dunque, contraddittoriamente, postulata] natura atipica, che

⁴⁰¹ Il *fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione*, ex art. 1917 c.c., si riferisce inequivocabilmente alla *vicenda storica* di cui l'assicurato deve rispondere: ciò, a parere della Corte, sarebbe dirimente nel «far trascinare i contratti assicurativi con clausola *claims made* pura fuori dalla fattispecie ipotetica delineata nell'art. 1917 cod. civ.».

⁴⁰² In senso contrario, G. VOLPE PUTZOLU, *ult. cit.*, p. 7, per la quale, in tutti i casi, l'adozione del modello *claims* comporterebbe una deroga al primo comma dell'art. 1917 c.c., tale da incidere sul periodo di efficacia della garanzia. La garanzia *on claims made basis* sarebbe prestata, infatti, «non per le richieste di risarcimento conseguenti a fatti illeciti verificatisi nel corso del contratto, ma per le richieste di risarcimento presentate nel corso del contratto». L'illustre A. giunge a tale conclusione sul presupposto secondo cui, a mente dell'art. 1917 c.c., in copertura sarebbero soltanto le richieste di risarcimento conseguenti a fatti illeciti verificatisi nel corso del contratto. In senso analogo parrebbe orientato altresì A. BOGLIONE, *cit.*, pp. 475-476, il quale, non a caso, rileva che sarebbe proprio nei casi di copertura strutturata su base «ordinaria» che l'assicurato sarebbe costretto «a rinnovare *sine die* la polizza, finendo per trovarsi in una situazione altamente disagiata nel caso in cui debba abbandonare l'attività professionale (...) oppure quando l'assicuratore, per qualsiasi motivo, non intenda rinnovargli la polizza o entri in liquidazione». Quanto proposto non può essere accolto, pur prescindendo dall'indebita identificazione tra la nozione di sinistro e la richiesta di risarcimento del terzo danneggiato (v. *supra*, cap. II, § 2.1.). Infatti, se davvero l'assicurato, al fine di profittare della sicurtà, dovesse dimostrare - stando già solo a quanto previsto dall'art. 1917 c.c. - che l'illecito risale al periodo compreso tra l'inizio e la cessazione degli effetti del contratto, e che la richiesta di risarcimento del danno gli sia altresì pervenuta durante siffatto periodo e non successivamente, non si comprenderebbe la ragione per la quale il modello *claims made*, anche nell'ordinamento interno, sia stato accolto con grande favore al fine di contenere l'esposizione finanziaria delle Compagnie tenute alla copertura di pregiudizi collegati a fattispecie di danno lungolatente.

- circoscrivendo irredimibilmente il periodo di copertura - dovrebbe essere sottoposto, con particolare rigore, al vaglio di cui all'art. 1322, co. 2, c.c.

Orbene, sembrerebbe quantomeno dubbio che la clausola *claims made*, in qualsiasi sua possibile variante, si configuri quale previsione atipica.

La clausola - lo si è visto (v. *supra*, § 3.2.1.) - incide esclusivamente sul *criterio di determinazione temporale del rischio*, e non sulla *natura del rischio*, attinente pur sempre all'eventualità che, dall'accadimento di un fatto dannoso per il terzo, fonte di responsabilità per l'assicurato, possano derivare conseguenze pregiudizievoli per il patrimonio di quest'ultimo⁴⁰³.

Non pare altresì condivisibile l'asserita immeritevolezza delle polizze modulate secondo la base *claims made*, in quanto foriere di «buchi di copertura» che verrebbero a compromettere l'interesse primario dell'assicurato consistente nell'ottenere la sicurezza di non dover subire conseguenze negative a fronte di un evento futuro e incerto.

Le clausole *claims made* non riguardano polizze relative a rischi di massa e dunque prodotti destinati a consumatori ma, al limite, contraenti deboli (imprese, professionisti) i quali, di norma, si fanno assistere nella stipulazione delle polizze da intermediari qualificati (*brokers* ed agenti specializzati), così da modulare il periodo di retroattività o ultrattività in relazione alle loro specifiche esigenze e rimediare, con apposite clausole di raccordo, ai paventati *gaps* di copertura⁴⁰⁴.

L'impresa, ovvero il professionista, una volta informati circa gli eventuali inconvenienti cui potrebbero andare incontro con la stipulazione di una clausola *claims*, nonché delle apposite estensioni convenzionali ideate per supplire ad essi, hanno il diritto di optare per una garanzia che, «attesa la diversa ripartizione di diritti e obblighi delle parti e lo spostamento dell'onere della sinistralità tardiva», garantisce

⁴⁰³ Il fattore tempo, in altri termini, non parrebbe legittimato a candidarsi quale tratto distintivo per l'individuazione del (sotto)tipo assicurativo: sul tema, in linea generale, si cfr. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 107.

⁴⁰⁴ Il dato è riscontrato da F. CESERANI, *ult. cit.*, p. 535. Nel medesimo senso, G. FACCI, *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1156, il quale evidenzia che le prospettate situazioni di criticità «possono essere evitate con l'affinamento delle tecniche di redazione dei regolamenti contrattuali e delle previsioni in esso contenute».

un calcolo del premio che risulta sensibilmente inferiore a quello delle polizze modulate su base tradizionale⁴⁰⁵.

È chiaro, infatti, che limitandosi l'esposizione finanziaria dell'assicuratore entro l'annualità di polizza, viene meno la necessità di costituire e calcolare [precauzionalmente per eccesso] le riserve relative alla sinistralità tardiva (*IBNR*), a tutto vantaggio anche dell'assicurato⁴⁰⁶; il quale - si ripete - qualora voglia estendere, in senso retroattivo o ultrattivo, anche senza limiti temporali, il periodo di efficacia della copertura, può - talora gratuitamente, ma più spesso attraverso un aumento del premio - servirsi delle diverse opzioni contrattuali all'uopo offerte sul mercato⁴⁰⁷.

L'interesse dell'assicurato ad una copertura [eventualmente] ridotta pare dunque ampiamente giustificato - come timidamente accennato dalla Corte⁴⁰⁸ - da una drastica riduzione del premio, che, nell'economia complessiva dell'operazione, gioca un ruolo decisivo: è il pagamento del premio che giustifica, sinallagmaticamente, la neutralizzazione del rischio⁴⁰⁹.

Di ciò, d'altronde, si è dato rilievo in un'intelligente pronuncia emessa nel gennaio 2012 dal Tribunale di Genova, la quale ha rilevato che, ove l'eventuale riduzione del periodo di copertura offerto «non sia accompagnata da un diverso assetto

⁴⁰⁵ Per un recente riscontro applicativo, cfr. Trib. Bologna, sez. II, 18 agosto 2016, in *Pluris-Cedam*. Sul punto sia consentito rinviare, ancora, a F. CESERANI, *ult. loc. cit.* Il medesimo A., *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, *cit.*, p. 834, sottolinea che il rischio per l'assicurato di incorrere, consapevolmente, in eventuali buchi di copertura, potrebbe «effettivamente compromettere l'equilibrio economico dell'assetto contrattuale (...): tuttavia, « tale equilibrio viene ristabilito, prevedendo un premio di tariffa che risulta inferiore rispetto a quello praticato per le polizze tradizionali strutturate sull'accadimento di danno».

⁴⁰⁶ Osserva perspicuamente I. RIVA, *cit.*, p. 605, come «l'aggravio in termini di contenimento della copertura a carico del singolo, risolvendosi in un minor aggravio per l'impresa, e dunque in una riduzione dei suoi costi, e infine in un abbassamento dei premi, non è necessariamente un male».

⁴⁰⁷ Il che non è irrilevante qualora si prendano in considerazione le più opportune soluzioni atte a fronteggiare la cd. *adverse selection*. Come osserva L. CAPPELLI, *Asimmetrie di informazione e mercati di beni di consumo*, in *Studi Econ.*, 1993, p. 91, infatti, «una selezione fra gli agenti (gli assicurati ndr) può essere ottenuta dal principale (l'assicuratore, ndr) mediante l'offerta di un menù di contratti, ad esempio uno a premio più basso ma con copertura incompleta e uno a premio più alto con copertura completa. In base a questo menù gli agenti si autoselezionano: quelli che sanno di correre rischi più bassi, sottoscriveranno il primo tipo di contratto, mentre gli individui a più alto rischio sceglieranno il secondo»: la variegata disponibilità di formule assicurative disponibili sul mercato rende, sotto questo profilo, un efficiente servizio tanto agli assicurati, quanto alle Compagnie assicurative.

⁴⁰⁸ Viene rilevato, infatti, che il giudice, nel riscontro dell'eventuale immeritevolezza della clausola, tenga conto «di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, *l'entità del premio pagato dall'assicurato*» (enfasi aggiunta).

⁴⁰⁹ Per una lettura del rapporto assicurativo in termini di corresponsività, e non di sola mutualità, cfr. P. CORRIAS, *Alea e corresponsività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, *cit.*, p. 301 ss.

dell'equilibrio sinallagmatico del contratto, la stessa, più che dotata di causa illecita, appare puramente e semplicemente priva di causa, perché priva di corrispettivo»⁴¹⁰.

L'eventuale riduzione del rischio assicurato, non temperata da una contestuale riduzione del premio (nella sua, ovviamente, componente pura), alterando un equo bilanciamento dei reciproci vantaggi e sacrifici, si sostanzia dunque in un insufficiente supporto causale⁴¹¹.

È in questo senso che va accolta la sollecitazione - forte degli esiti maturati in dottrina nell'ambito della teoria generale del contratto⁴¹² - a spostare, nell'ambito che ci occupa, il governo della discrezionalità contrattuale sul piano dell'equivalenza economica delle prestazioni⁴¹³.

⁴¹⁰ Cfr. Trib. Genova, sez. I, 23 gennaio 2012, in *Ass.*, 2012, p. 186, con nota di I. RIVA. Il Supremo Collegio, in una pronuncia di qualche tempo prima, aveva per il vero già affermato, in favore dell'assicurato, che «la determinazione del premio di polizza non può non assumere valore determinante al fine di accertare quale sia il limite massimo dell'obbligazione facente capo all'assicuratore, onde quell'equilibrio sinallagmatico possa dirsi in concreto rispettato»: cfr. Cass. civ., sez. III, 30 aprile 2010, n. 10596, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2120, con nota di L. BUGIOLACCHI.

⁴¹¹ La causa non è, infatti, la funzione del contratto, quanto piuttosto «l'elemento che giustifica il sacrificio dell'uno e/o dell'altro contraente. Giustificandolo, ne rende possibile l'effetto, e, cosa notevole, rende questo effetto irreversibile (...)», come rileva l'autorevole pensiero di R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, vol. II, Torino, 2004, p. 792. Sotto tale profilo, rileva F. ROCCHIO, *La promessa con funzione di garanzia*, cit., p. 27, il codice civile previgente (all'art. 1104) era più chiaro, annoverando tra i requisiti essenziali del contratto, la *causa dell'obbligazione*: la causa è la giustificazione sostanziale del sacrificio di chi abbia assunto l'obbligazione, necessaria e nel contempo sufficiente a rendere superflua la forma della donazione.

⁴¹² Si cfr. le soluzioni traggiate, seppur con varietà d'accenti, da R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in contratto*, Padova, 2008; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; P. LAGHI, *L'incidenza dei diritti fondamentali sull'autonomia negoziale*, Padova, 2012, il quale, in particolare, osserva che «La connessione tra principi e diritti fondamentali e rapporti interpretativistici evidenzia la rilevanza del contenuto economico del contratto nel nuovo sistema giuridico. L'equilibrio economico del contratto (...) assume valenza concreta, rispondente ad un generale criterio di equità che deve informare le relazioni commerciali, scardinando il dogma dell'"intangibilità" del contenuto negoziale, e aprendo la strada a forme di intervento correttivo sul medesimo, sia a carattere positivo, che giudiziale» (p. 288). D'altronde, per dirla con le parole di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334, «L'autonomia negoziale, contrattuale, non è un dogma, né un preconcetto o un valore in sé».

⁴¹³ Cfr. M. GORGONI, *Delimitazioni del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 359 ss. e, analogamente, I. RIVA, cit., p. 603 ss. Come sottolineato da quest'ultima A., lo squilibrio contrattuale può dirsi realizzato qualora sia offerta la prova che il premio è stato calcolato «facendo riferimento a una classe di rischi non corrispondenti a quello effettivamente coperto». Non v'è dubbio che, al riguardo, fondamentale si renda il contributo della compagnia assicurativa chiamata in garanzia, la quale deve provare, mediante precisi ragguagli tecnico-attuariali, la correlazione intercorrente tra il rischio in copertura e il premio (p. 606).

Invero, il sindacato sull'equilibrio economico del contratto rappresenta uno strumento non solo più incisivo della debole tutela offerta dalla vessatorietà⁴¹⁴, bensì anche immune dal rischio, a dispetto del controllo sulla meritevolezza della causa⁴¹⁵, di soluzioni ideologicamente connotate.

Va sottolineato con vigore che l'evocato controllo sulla meritevolezza degli interessi dedotti nel singolo regolamento contrattuale si pone nettamente in contrasto con le esigenze di stabilità proprie dell'attività assicurativa, che necessita di sapere con precisione - come già rilevato più volte - fino a quando e per quale ammontare sarà tenuta alla manleva di ciascun garantito⁴¹⁶.

Non v'è chi non veda che affidare «la “tenuta” della clausola alla scienza del caso concreto ed al poco palpabile confine tra ciò che è meritevole e ciò che non lo è, costituisce un'insidia al buon svolgimento dell'attività assicurativa: di un'attività che, fondata sull'inversione del ciclo produttivo e sulla corretta profilazione del rischio (in funzione della sua tariffazione), dovrebbe esser governata da regole certe e poter contare sul pieno affidamento circa il rispetto dei patti stabiliti all'atto della stipula della polizza. Ciò, a maggior ragione in regime di *Solvency II*»⁴¹⁷.

Ed è, d'altronde, sul piano rimediabile che vengono palesandosi le criticità di uno strumento di intervento giudiziale, quale il giudizio di meritevolezza, nel momento in

⁴¹⁴ In termini, ancora, M. GORGONI, *cit.*, p. 371. Non può invece ammettersi, nell'ambito delle polizze professionali, come correttamente rilevato dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina dominante, un sindacato sull'equilibrio normativo del contratto, alla luce della disciplina consumeristica prevista dagli artt. 33 ss., Cod. Cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). Sul punto è d'uopo richiamare quanto sostenuto in Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2001, n. 10127, in *Pluris-Cedam*: ai sensi dell'art. 1469-bis, co. 2, c.c., la normativa in esame non trova applicazione nel caso in cui la persona fisica o giuridica pubblica e/o privata utilizzi il contratto «nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale», «(ovvero “al fine dello svolgimento”, “per le esigenze di”, “nel contesto” (...) della professione», sicché rifluisce nella «nella portata della norma non solo l'attività principale, ma anche la eventuale attività accessoria o strumentale a quella principale - che venga posta in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale». Rileva P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1758, come, d'altronde, la tesi contraria, che riposa sulla precaria distinzione tra atti «della professione» e atti «relativi alla professione», «postulando una verifica, caso per caso, della idoneità del concreto atto posto in essere dalla controparte (professionale) del professionista a porsi al di fuori dall'oggetto della sua sfera specifica di conoscenza e, quindi, a denotare una posizione di debolezza, non consente la fissazione di un criterio oggettivo di determinazione dell'“atto di consumo”». Nel senso delineato, cfr. il recente contributo di N. SPADAFORA, D. SCARPA, *Clausola claims made e disciplina del consumo (commento della sentenza Cass. 6 maggio 2016 n. 9140)*, in www.dirittobancario.it, 2016.

⁴¹⁵ Sorprende che la Corte (*cit.*, p. 932) proponga una modalità di sindacato - la «chiave dell'immeritevolezza di tutela» - dalla stessa definita «scivolosa» (!) (corsivo mio).

⁴¹⁶ Lo sottolinea a chiare lettere A. GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1248.

⁴¹⁷ In tal senso si è espresso, di recente, M. HAZAN, *loc. cit.*

cui, tradendo la sua funzione meramente demolitoria, viene piegato a scopi ricostruttivi, onde favorire soluzioni “punitive” nei confronti delle Compagnie⁴¹⁸.

Secondo la tesi della Suprema Corte, la nullità della clausola, lungi dal determinare l’invalidazione dell’intero contratto, determinerebbe infatti l’applicazione (in via analogica) della norma prevista dall’art. 1419, co. 2, c.c., vale a dire l’inserzione automatica dello schema legale di gestione del rischio di cui all’art. 1917 c.c.⁴¹⁹.

Tale soluzione appare inappagante, nella misura in cui, nel meritorio intento di salvaguardare le ragioni dell’assicurato, lede ingiustificatamente gli interessi dell’assicuratore e, in ultima analisi, lo stato di salute dello stesso mercato assicurativo⁴²⁰.

E’ chiaro, infatti, che «il premio commisurato all’adozione della clausola *claims made*, la quale sottopone l’assicuratore all’obbligazione contrattualmente assunta entro un arco temporale circoscritto e ben determinato, risulterebbe evidentemente non più proporzionato in caso di clausola *loss occurrence* (o *act committed*, ndr), tale da comportare la permanenza dell’obbligazione di garanzia per un arco temporale ben più ampio e incontrollabile»⁴²¹.

Considerata la logica mutualistica che presiede al fenomeno assicurativo, non è difficile immaginare che la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite possa verosimilmente condurre a una lievitazione generalizzata dei premi⁴²²: l’impredicibile

⁴¹⁸ In questi termini, V. ALLAVENA, *cit.*, p. 959.

⁴¹⁹ La Corte si conforma, così, a quanto prospettato già da M. GAZZARA, *ult. cit.*, pp. 1228-1229.

⁴²⁰ Come rilevava già J.K. PARKER, *cit.*, 32, il modello *claims made*: «is a natural and essential response to the legitimate needs of both the insurance consumer and supplier, without which the insurance market would be a crippled anachronism». Ed invero, come a suo tempo fatto presente da F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, *cit.*, p. 506, a monte della decisione sta, ancora una volta, una palese «incomprensione della struttura e della funzione tipiche della clausola *claims made*, così come si è venuta ad elaborare nella prassi del mercato assicurativo internazionale, sulla base di precise esigenze volte a garantire la sostenibilità tecnica delle garanzie di responsabilità civile, le quali, nella loro tradizionale forma in regime *loss occurrence*, non avrebbero altrimenti retto all’impatto delle nuove e sempre più frequenti esposizioni di illecito a manifestazione progressiva e lungolante, lasciandole prive di copertura assicurativa o accordandogliela a condizioni estremamente proibitive».

⁴²¹ Cfr. App. Roma, 18 gennaio 2012, in www.diritto24.ilsole24ore.com.

⁴²² Lo segnala anche F. MARTINI, *Claims made: gli scenari dopo la sentenza*, in www.insurancetrade.it: «Facile prevedere, con l’estensione temporale delle coperture indotte da questa decisione, l’innalzamento dei costi assicurativi per i professionisti e quindi degli indici attuariali che governano l’offerta del prodotto sul mercato. Il probabile innalzamento dei costi legati all’estensione del rischio temporale diverrebbe dunque, per paradosso, un *boomerang* a carico della classe libero-professionale che si vorrebbe tutelare», nonché M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 951, il quale - benché latore dell’orientamento sposato

esito del giudizio sulla meritevolezza viene ad imporre alle imprese l'onere di costituire apposite riserve per i sinistri tardivi che dovessero venire a gravare sulle garanzie, modulate su base tradizionale, chiamate a sostituire le polizze *claims* eventualmente dichiarate nulle⁴²³.

Il controllo giudiziario sul contenuto economico del contratto favorisce, in questo senso, una risposta maggiormente in linea con una logica di conservazione del contratto⁴²⁴ e, ancor prima, di complessiva tutela del mercato assicurativo della responsabilità civile.

Qualora, infatti, dovesse accertarsi un difetto di equivalenza tra i valori delle prestazioni, la sanzione della nullità andrebbe a colpire la clausola - parzialmente priva di causa - nei soli limiti della sua eccessività⁴²⁵, con il conseguente diritto per l'assicurato alla restituzione della parte di premio indebitamente versata⁴²⁶.

dalle SS.UU. - riconosce, quale conseguenza inevitabile della pronuncia, quantomeno nel medio-lungo periodo, l'aggravio dei premi assicurativi.

⁴²³ La polizza, infatti, verrebbe ad essere «rimpiazzata da una copertura *extra* senza però che venga verificata in concreto la congruità del premio (che resta quello originario) rispetto alle ben maggiori prestazioni assicurative riconosciute al contraente», come precisa V. ALLAVENA, *cit.*, p. 959.

⁴²⁴ Che la tendenza dell'ordinamento sia quella di mantenere in vita il rapporto contrattuale è un dato segnalato, tra gli altri, da G. DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in L. CABELLA PISU, L. NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale*, Padova, 1998, p. 308: «il pendolo della storia recente del nostro sistema sembra muovere (...) oggi verso un più ampio *favor contractus*».

⁴²⁵ Viene richiamandosi, per tale via, la disciplina della riduzione della penale. Come osserva R. ROLLI, *cit.*, pp. 235-236, è la causa che giustifica il rilievo d'ufficio della manifesta eccessività della penale: la pattuizione risulta, anche in questo caso, [parzialmente] ingiustificata, nei limiti del suo eccessivo ammontare. Circa la configurabilità della nullità parziale di una singola clausola, cfr. L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 347 e, di recente, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: profumi e balocchi*, in *Danno resp.*, 2004, p. 1169, il quale osserva che l'art. 1419 c.c. «al comma 1 distingue 'la nullità parziale del contratto' dalla 'nullità di singole clausole' onde può aversi nullità parziale della singola clausola che, non essendo nullità di tutta la clausola, ammonta a nullità parziale del contratto».

⁴²⁶ Soluzione analoga è prospettata, benché in tutt'altra fattispecie, da S. LANDINI, *Contratti di assicurazione collegati a contratti bancari e tutela dell'assicurato*, in *Ass.*, 2016, p. 19. L'A., in particolare, fa presente che l'equilibrio rischio/premio viene ad essere verosimilmente perturbato nel caso di polizze multirischio intermedie dagli Istituti bancari in abbinamento a contratti di finanziamento. E' vero, infatti, che tali polizze, verso il pagamento di un unico premio, possono venire a coprire rischi del tutto ultronei rispetto al singolo soggetto assicurato (si pensi al rischio di calo del fatturato, proprio dei liberi professionisti, coperto anche nelle polizze prestate a favore di lavoratori dipendenti). Il problema, dunque, si sposta sul piano dell'equilibrio economico del contratto, tanto che «occorre verificare che l'assicurato non si trovi obbligato a pagare un premio per un rischio che non grava sulla sua posizione anche considerando unitariamente le garanzie offerte. Dal punto di vista privatistico, si potrebbe dire che la parte della copertura e il relativo premio riferiti ad un rischio inesistente per il singolo assicurato è nulla ex art. 1895 c.c. con obbligo alla restituzione della parte del premio pagata in eccesso».

3.5. *L'introduzione ex lege del modello claims made*

Come già fatto presente, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale⁴²⁷, in attuazione dell'art. 12, co. 5, L. 247/2012 (*Legge professionale Forense*), il decreto del Ministero della Giustizia dd. 22 settembre 2016, recante condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato.

Si tratta, all'evidenza, di un intervento di carattere settoriale, eppure non privo di decisive conseguenze di carattere sistematico: il formante legislativo accorda cittadinanza per la prima volta al criterio di delimitazione temporale del rischio cd. *claims made*, a dispetto del non ancora sopito ostracismo ad esso riservato in sede di giurisprudenza pratica e teorica⁴²⁸.

L'innovazione è tanto più significativa considerando che le formule di copertura che saranno adottate per tutte le altre categorie professionali soggette al regime di assicurazione obbligatoria di cui all'art. 3, co. 5, lettera e), d.l. n. 138/2011 (convertito, con modificazioni, nella legge n. 148/2011)⁴²⁹, ricalcheranno analogo schema⁴³⁰.

Tra le disposizioni più significative vi sono la responsabilità della Compagnia per l'intero (salvo regresso), in caso di responsabilità solidale dell'avvocato (art. 1, co.

⁴²⁷ Cfr. D.M. del Ministero della Giustizia dd. 22 settembre 2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 238 dell'11 ottobre 2016. Il provvedimento in oggetto entrerà in vigore decorso un anno dalla sua pubblicazione, e le polizze assicurative stipulate in epoca antecedente all'entrata in vigore del decreto dovranno essere adeguate a quanto da esso dettato (art. 5, co. 2 e 3). L'estensione della copertura è rivolta, in particolare, a tutti i danni provocati dal professionista (ovvero da suoi collaboratori, praticanti, dipendenti o sostituti) a terzi, nell'espletamento dell'attività professionale (giudiziale e/o stragiudiziale, ex art. 1, co. 6). Il testo riprende quanto già in parte evidenziato in M. MAZZOLA, *Avvocati e polizze assicurative: prima lettura al nuovo regime di copertura*, in *dirittobancario.it*

⁴²⁸ Cfr. il recente contributo critico di M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 935 ss. In giurisprudenza, tra le altre, Trib. Monza, sez. III, 16 giugno 2016.

⁴²⁹ La disposizione, in particolare, ha previsto l'obbligo a carico di tutti i professionisti di procurarsi «idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale e a comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale».

⁴³⁰ La legge 8 marzo 2017, n. 24, recante «*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*», prevede, come può evincersi dalla disciplina di cui all'art. 11 (*Estensione della garanzia assicurativa*), anch'esso una conformazione eteronoma di ciascuna polizza modulata secondo tale modello. In tal caso, però, l'operatività retroattiva della garanzia non è illimitata, ma limitata agli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo; identico è, invece, il periodo di ultrattività - pari a dieci anni - di cui possono giovare coloro che, per qualsiasi causa, giungeranno ad una cessazione definitiva dell'attività.

10), nonché un generale divieto di recesso dell'assicuratore dal contratto, a seguito della denuncia di un sinistro o del suo risarcimento, avvenuti nel corso di durata dello stesso o del periodo di ultrattività eventualmente previsto (art. 2, co. 2).

E' altresì imposto - ed è questa la novità di maggior rilievo - l'obbligo inderogabile, da parte delle Compagnie, di offrire un'estensione retroattiva della copertura illimitata (*Full Prior Retroactive Clause*), nonché, con esclusivo riferimento ai professionisti che dovessero cessare l'attività durante il periodo di vigenza della polizza, una clausola di ultrattività almeno decennale (*run-off cover*).

Il formante normativo, a pochi mesi dall'arresto delle SS.UU. in tema di polizze *claims made*, mostra così di accogliere la variante *pura* del modello, al fine di scongiurare i vuoti di copertura che - come visto - possono determinarsi nel passaggio da una polizza all'altra, qualora l'assicurato abbia stipulato una garanzia con limitazione temporale della responsabilità.

Abbandonata è, invece, l'idea - benché sostenuta da alcuni esponenti della dottrina⁴³¹ - di offrire, quantomeno in via alternativa, una copertura di tipo tradizionale, basata su di un meccanismo di attivazione della garanzia fondato sul momento di accadimento del sinistro (*fait générateur*), piuttosto che su quello della richiesta di risarcimento.

L'obiettivo del legislatore, ovvero una maggiore ed effettiva protezione della platea degli assicurati - e, di riflesso, degli eventuali danneggiati - è stato centrato.

Sotto questo profilo va salutato con favore il divieto di recesso della Compagnia dal contratto in corso, in caso di denuncia del sinistro o del suo indennizzo.

Viene meno, infatti, il rischio che l'assicurato possa trovarsi, dopo tali eventi, esposto a scopertura assicurativa a fronte di eventuali, ulteriori e successivi *claims*, originariamente ricompresi nel periodo di efficacia della polizza⁴³².

Ragionevole è, d'altronde, la previsione di una copertura postuma di *default* almeno

⁴³¹ Cfr., in particolare, M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, cit., p. 1219 (nt. 18); S. MONTICELLI, cit., p. 714.

⁴³² Il legislatore ha accolto la preoccupazione avvertita in dottrina (cfr. I. CARASSALE, cit., pp. 107-108, nonché S. MONTICELLI, cit., p. 708), circa il *deficit* di copertura in cui può incorrere l'assicurato, nel contratto *claims made*, a fronte del recesso della Compagnia, una volta denunciato un sinistro durante la pendenza del rapporto di garanzia. L'esercizio di tale diritto, infatti, non può che precludere all'assicurato il diritto alla copertura assicurativa per le richieste di risarcimento pervenute successivamente alla cessazione del rapporto, per quanto relative a fatti avvenuti durante la validità dello stesso. Non può sottacersi, tuttavia, che il mercato sia orientato, ormai da anni, ad offrire polizze senza tacito rinnovo: alla scadenza naturale del contratto, dunque, la copertura non sarà comunque ripresa, qualora - durante la fase di pendenza dello stesso - dovesse essere levato un *claim*.

decennale, esclusivamente per i professionisti che dovessero collocarsi a riposo in corso di polizza: il sistema italiano s'allinea, dunque, con quanto previsto in altri ordinamenti stranieri, che ormai da tempo hanno accolto tale soluzione⁴³³.

Tale soluzione, tuttavia, è pur sempre di carattere compromissorio.

Viene invero da ipotizzarsi che le Compagnie manterranno la copertura ultrattiva entro e non oltre il limite decennale minimo, con il che la copertura non potrà dirsi ritenersi sempre e comunque garantita, considerato che l'orientamento giurisprudenziale prevalente è - come noto - orientato ad ancorare, anche in materia di responsabilità professionale, il decorso del termine di prescrizione, per il diritto al risarcimento del danno, al momento in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile da parte del danneggiato, piuttosto che da quello in cui la condotta del professionista ha provocato l'evento dannoso⁴³⁴.

Con cautela va considerato, inoltre, l'obbligo di offrire una copertura a retroattività illimitata per tutte le polizze⁴³⁵.

Lo scenario che pare prospettarsi è quello di un sostanziale innalzamento dei premi. Verrà a rendersi necessaria, infatti, un'appostazione a bilancio di riserve aggiuntive *IBNR*, considerato che il *loss ratio* (rapporto sinistri/premi) dell'annualità di polizza sarà gravato non solo dalla sinistralità dell'anno, ma anche dai *claims* tardivamente notificati in tale annualità, benché relativi ad illeciti verificatisi in (qualunque) epoca antecedente rispetto alla stipulazione della garanzia⁴³⁶: non si tratta di aspetto trascurabile, considerata la ben nota crisi in cui versa la professione forense.

⁴³³ Per mantenersi in ambito europeo, giova richiamare le già illustrate analoghe soluzioni adottate nel sistema inglese, con riferimento alla responsabilità civile professionale degli avvocati, e nel sistema francese, per quanto concerne invece la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria (cfr. cap. III, rispettivamente § 2.4. (nt. 318) e 2.5 (nt. 336)).

⁴³⁴ Cfr. Cass. civ., sez. III, 15 luglio 2009, n. 16463, in *Pluris-Cedam*. Incongruo si rivela, per tale via, quanto proposto da M. HAZAN, *cit.*, p. 975, il quale, prendendo spunto dalla disciplina dettata per le polizze obbligatorie per la responsabilità degli intermediari assicurativi (artt. 110 e 112, co. 3, Cod. Ass., nonché 11 e 15 Reg. ISVAP, n. 5), ritiene che una misura di ultrattività, «ragionevolmente equilibrata, nell'interesse di tutte le parti coinvolte», potrebbe rinvenirsi nel garantire (almeno) i *claims* pervenuti al danneggiante entro il triennio successivo alla scadenza della polizza.

⁴³⁵ Anche in Francia, come visto, è previsto l'obbligo di polizze (solo per rischi professionali o d'impresa) su *base reclamation* con copertura retroattiva illimitata (*reprise du passé incunnu*), in alternativa, però, alle garanzie strutturate secondo il tradizionale meccanismo di attivazione del fatto generatore che guarda - «quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre» - alla *cause génératrice du dommage* (cfr. art. 124-5 *Code de Assurance*).

⁴³⁶ Senza contare che il risarcimento è debito di valore e non di valuta, e pertanto debbono essere computati anche rivalutazione ed interessi nel frattempo maturati che vengono a gravare, inevitabilmente, sull'assicuratore RC.

Si è, peraltro, sottolineato come la misura potrebbe rivelarsi foriera di un trattamento ingiustificatamente deteriore rispetto al giovane professionista che si trovi ad esordire in concomitanza con l'entrata in vigore dell'obbligo assicurativo: in tale ipotesi, infatti, una clausola *claims made* con estensione retroattiva - considerata l'inesistenza di rischi pregressi - non potrebbe in alcun modo essere considerata adeguata⁴³⁷.

Il punto è che il procedimento tecnico assicurativo presuppone un'equivalenza (probabilistica) tra l'estensione del rischio assunto e l'ammontare del premio (puro) versato⁴³⁸, sicché l'esordiente, pur non ricavando alcun vantaggio dal generico obbligo di polizza retroattiva, non incorrerà nemmeno in alcun pregiudizio, dal momento che l'oggettiva esiguità del rischio in copertura è pur sempre bilanciata dalla previsione di un corrispettivo economicamente modesto.

Il nodo cruciale da sciogliere attiene, invece, al coordinamento dell'estensione di efficacia retroattiva con la disciplina delle dichiarazioni precontrattuali previste agli artt. 1892 e 1893 c.c.

L'assicuratore, infatti, venendo in questo caso ad assumere in garanzia anche eventuali richieste di risarcimento derivanti da eventi passati, giocoforza maturati nella sfera di controllo dell'assicurato, potrebbe agevolmente eccepire - anche in via presuntiva - la reticenza dell'assicurato su una circostanza da esso conosciuta, e potenzialmente idonea a far sorgere una responsabilità⁴³⁹.

L'eventualità sarebbe scongiurabile, secondo una recente opinione, mediante l'introduzione nei regolamenti contrattuali delle clausole di denuncia preventiva (*i.e.* le già considerate *deeming clauses*)⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Cfr. G. BERTI DE MARINIS, *Adeguatezza del prodotto ed equilibrio negoziale nella tutela del professionista assicurato. Qualche riflessione a prima lettura sul d.m. 22 settembre 2016*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Vito Rizzo*, per il quale adeguatezza del prodotto ed equilibrio contrattuale, in fin dei conti, sono «due facce» della «stessa medaglia»: entrambi rappresentano «le medesime finalità ultime, consistenti nell'imporre, previa valutazione del caso concreto, l'erogazione di servizi assicurativi che siano idonei a realizzare le concrete e specifiche esigenze di copertura del cliente». Sul punto, cfr. altresì G. VOLPE PUTZOLU, *Assicurazione r.c. dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della S.C. a Sezioni Unite*, in *DiMAF*, 2016, p. 324.

⁴³⁸ «Il premio c.d. puro è l'equivalente probabilistico del rischio assunto dall'assicuratore (...) i premi c.d. puri devono essere fissati in modo da avere lo stesso valore come «previsione» o «speranza matematica» delle prestazioni dell'assicuratore», come evidenzia S. GRAZIADIO, *Equilibrio contrattuale ed equilibrio dell'impresa*, in *Dir. econ. ass.*, 2012, p. 441.

⁴³⁹ V. già le osservazioni di A. CANDIAN, *cit.*, p. 313 ss.; M. GAZZARA, *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contr.*, 2013, p. 887 ss.

⁴⁴⁰ Cfr. G. FACCI, *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2016, pp. 161-162.

La soluzione, tuttavia, non convince, nella misura in cui - come provato dal dato comparativo (v. *supra*, cap. II, § 2.4.) - la palese controvertibilità della nozione di «circostanza rilevante» verrebbe a indurre pericolose distorsioni operative, con l'assicurato indotto ad una sconsiderata presentazione di denunce cautelative in ordine a fatti incerti, quanto alla loro potenzialità lesiva⁴⁴¹, e le Compagnie a trincerarsi dietro la più o meno marcata genericità delle circostanze notificate⁴⁴².

A tal proposito è necessario sottolineare che il mercato offre la possibilità di optare per il meccanismo del cd. *continuous cover*: suo tramite, l'assicurato (fedele alla propria compagnia) può ottenere copertura anche rispetto a sinistri eziologicamente ricollegabili a circostanze, benché note, in buona fede sottaciute all'assicuratore, in quanto ritenute non foriere di una futura richiesta di risarcimento⁴⁴³.

Tale clausola, presupponendo che la mancata segnalazione della circostanza, in fase di stipula, non sia celata da intenzioni dolose, evita comportamenti opportunistici dell'assicurato, e nel contempo - per quanto decisamente destinata alla fidelizzazione del cliente - ne salvaguarda l'interesse a non vedersi opposto un diniego di copertura connesso ad una reticenza colposamente serbata.

D'altronde, un equilibrato bilanciamento tra l'interesse del cliente a non veder frustrato l'affidamento sulla copertura, e quello dell'assicuratore a non subire il trasferimento di un danno, piuttosto che di un rischio, potrebbe rinvenirsi negli obblighi di condotta secondo il principio di buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.).

Se è vero che l'utilizzo di una polizza *claim* «non può non comportare l'assunzione

⁴⁴¹ Lo rileva anche M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017, p. 89.

⁴⁴² Non risolve, evidentemente, il problema la soluzione prospettata in merito da P. GABASIO, *cit.*, p. 47, per il quale le circostanze da notificare dovrebbero esclusivamente attenersi «a fatti particolarmente gravi». Tale locuzione starebbe ad indicare esclusivamente eventi per cui è sorto o potrebbe instaurarsi un procedimento penale, ovvero quelli che, giusta apposita formula contrattuale, «per gravità e possibile responsabilità dell'assicurato, è prevedibile (con forti elementi di credibilità razionale) che nel futuro determineranno richiesta di risarcimento del danno».

⁴⁴³ Una clausola tipo di *continuous cover* è la seguente: «Gli Assicuratori si impegnano ad indennizzare l'Assicurato relativamente a qualsiasi richiesta di risarcimento, avanzata contro l'Assicurato nel corso del periodo di validità della presente polizza, anche se derivante da fatti o circostanze suscettibili di dare origine ad un sinistro, che fossero noti all'Assicurato prima della decorrenza della presente polizza e che l'Assicurato non abbia provveduto a denunciare prima della decorrenza della presente Polizza o al momento della compilazione della Proposta/Questionario, purché la mancata comunicazione non sia dovuta a dolo dell'Assicurato».

del rischio che pervengano richieste risarcitorie per fatti già accaduti»⁴⁴⁴, l'eccezione di conoscenza (o conoscibilità) del sinistro non dovrebbe trovare accoglimento in tutti i casi in cui, al momento della stipulazione del contratto, l'assicurato abbia sottaciuto sinistri rispetto ai quali il danneggiato non abbia a questi palesato quantomeno *la volontà di formulare una specifica istanza di risarcimento*, prospettando così all'assicurato la realizzazione del rischio assicurato.

3.6. Sintesi dei risultati e conclusioni

L'incessante e costante fenomeno di influenza vicendevole tra le regole di responsabilità civile e il contratto di assicurazione richiama, ancora una volta, l'attenzione dell'interprete a monitorare compiutamente le risposte offerte dal mercato rispetto alle eterogenee fattispecie di rischio che, senza soluzione di continuità, vengono a prodursi nel contesto sociale e produttivo⁴⁴⁵.

In questo senso, il modello *claims made* si configura quale opzione contrattuale irrinunciabile qualora si voglia garantire la sostenibilità tecnica delle operazioni di copertura assicurativa contro i rischi di responsabilità civile lungolatente.

L'esperienza nordamericana ha dimostrato l'inefficienza, in questo ambito, degli ordinari modelli di gestione del rischio, inadonei - per loro stessa natura - a sostenere l'impatto finanziario degli oneri economici derivanti dalla sinistralità tardiva connessa a fattispecie di danno in grado di manifestare la loro portata lesiva a notevole distanza di tempo dall'epoca del fatto generatore.

A tal proposito, l'approdo cui sono giunte sul tema, da ultimo, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, è il frutto di una sostanziale incomprensione delle esigenze che hanno favorito la diffusione di uno strumento non solo in grado di rendere un fattivo servizio alla sostenibilità finanziaria delle garanzie di responsabilità civile,

⁴⁴⁴ I. PARTENZA, *Curare, guarire, risarcire. Profili liquidativi e assicurativi del danno alla persona da responsabilità sanitaria*, Milano, 2013, p. 147.

⁴⁴⁵ Rileva efficacemente M. GAGLIARDI, *cit.*, p. 325, il contratto di assicurazione è «un tipo “evoluto”, giacché nel tempo si è rivelato in grado di seguire con dinamismo ed elasticità i bisogni ed i cambiamenti della società, mai perdendo di vista la necessità di mantenere la propria funzione e la propria bontà assicurativa»

ma anche di garantire alla platea degli assicurati una copertura - di volta in volta - idonea alle singole e specifiche esigenze di copertura di ciascuno.

Allo stato attuale, l'offerta del mercato assicurativo è in grado di fornire un servizio *tailored made*, modellato sulle singole esigenze dell'assicurando, il quale può consapevolmente giovarsi di una tariffazione del premio effettivamente parametrata sull'estensione del rischio garantito⁴⁴⁶.

Non si ravvisa la necessità, dunque, prospettata financo in sede regolatoria⁴⁴⁷, di stabilire a carico delle Compagnie l'obbligo espresso di offrire, a scelta del singolo cliente, polizze in regime c.d. *act committed* (ovvero *loss occurrence*), piuttosto che *on claims made basis*.

Sotto quest'angolo visuale, non convince peraltro, per le ragioni già viste, la proposta di introduzione di una specifica disciplina dedicata alla denuncia cautelativa di sinistro, sulla falsariga delle *deeming clauses* diffuse nei mercati anglosassoni.

Nient'affatto indolore sarà, d'altronde, l'introduzione di un obbligo generalizzato di copertura retroattiva illimitata, come invece il Governo ha previsto in materia di responsabilità civile degli avvocati e, nel limite dei dieci anni antecedenti alla conclusione del contratto, per gli esercenti le professioni sanitarie⁴⁴⁸: non appena entrata in vigore la novella disciplina, non tarderà a palesarsi - come detto - un sostanziale incremento dei premi⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Ricorda P. GABASIO, *cit.*, p. 46, rispetto al mercato delle assicurazioni contro l'r.c. professionale, che «I singoli gruppi di assicurati (medici, artigiani, avvocati, ecc.) sempre più frequentemente manifestano un'esigenza: che il premio assicurativo che corrispondono sia l'espressione esclusiva dell'attività che esercitano».

⁴⁴⁷ Il riferimento corre alla segnalazione dell'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AS1137) che ha proposto di modificare, in tal senso, il già citato art. 3, co. 5, lett. e), del d.l. n. 138/2011, «prevedendo espressamente, a fronte dell'obbligatorietà dell'assicurazione per la responsabilità civile per attività professionali, l'obbligo di offrire polizze, ovviamente differenziate nelle condizioni economiche, che garantiscano la prestazione assicurativa prevista dall'articolo 1917 c.c., prive delle clausole che limitano la prestazione assicurativa soltanto ai sinistri denunciati nel corso di validità del contratto (c.d. clausole *claims made*)».

⁴⁴⁸ Le parole di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 932, sono puntuali nell'evidenziare come, invero, «peccherebbe d'irragionevolezza trascurare l'interesse degli assicurati, specie sul fronte delle polizze obbligatorie, a sobbarcarsi premi assicurativi così ingenti da finire, di fatto, con il rendere antieconomico l'accesso alla (o l'esercizio della) libera professione».

⁴⁴⁹ Senza contare che - come osserva P. TRIMARCHI, *Responsabilità professionale dell'avvocato: attuali prospettive*, in *Corr. giur. (Speciale)*, 2016, p. 6 - l'obbligo dell'avvocato di stipulare contratto di assicurazione contro la responsabilità civile e di comunicarne l'esistenza al cliente potrebbe avere il pernicioso effetto di suggerire iniziativa giudiziarie contro il proprio avvocato.

Questo è il prezzo da pagare, d'altronde, per una disciplina che, pur tentando di contemperare «le diverse esigenze in ragione di un buon funzionamento nel suo complesso»⁴⁵⁰, si colloca pur sempre all'interno di un (nuovo) sistema di assicurazione obbligatoria, il quale, onde garantire la sua autentica finalità, vale a dire la certezza del risarcimento agli eventuali terzi danneggiati, costringe le ragioni dell'assicurato, pur presenti, a una posizione meramente recessiva⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ A. NAZZARO, *L'assicurazione e il mercato nella composizione degli interessi in gioco*, in *DiMAF*, 2016, p. 2.

⁴⁵¹ In tal senso, anche G. BERTI DE MARINIS, *cit.*

BIBLIOGRAFIA

- ABRAHAM K.S., *Making sense of the Liability Insurance Crisis*, (1987) 48 Ohio St. L. J. 399
- ABRAHAM K.S., *Rise and Fall of Commercial Liability Insurance*, (2001) 87 Va. L. Rev. 85
- ACETO DI CAPRIGLIA S., *Ingiustizia del danno e interessi protetti. Un confronto tra modelli*, Napoli, 2003
- ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività dell'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.
- ALBERT M.A., *Lawyers' Protective*, (1948) 15 Ins. Counsel. J. 69
- ALLAVENA V., *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 952 ss.
- ALPA G., *Diritto della responsabilità civile*, Bari, 2003
- ALPA G., *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Ass.*, 1985, p. 535 ss.
- ANDERSON D.R., *Financing Asbestos Claims: Coverage Issues, Manville's Bankruptcy and the Claims Facility*, (1987) J. R. Insur. 429
- ANDERSON E.R. ET AL., *Proposed New Claims-made Liability Insurance Policy: Panacea Or Golden Road To Disaster?*, (1986) 298 *PLI Litig. & Admin. Practice Course Handbook Series No.* 393
- ANDREA N.R., *Exposure, Manifestation of Loss, Injury-in-Fact, Continuous Trigger: The Insurance Coverage Quagmire*, (1994) 21 *Pepp. L. Rev.* 813
- ANTINOZZI M., *L'accidentalità nell'assicurazione R.C.*, in *Dir. prat. ass.*, 1982, p. 531 ss.
- ARROW K.J., *The Economics of Agency. A report of the center for research on organizational efficiency*, Stanford, 1985
- ASTONE F., *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano, 2008
- ATITYAH P.S., *Accidents, Compensation and the Law* (3rd ed.), London, 1980

- BADANO D., *Mass torts: l'ottica assicurativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 608 ss.
- BAKER T., *Liability Insurance as Tort Regulation: Six Ways that Liability Insurance Shapes Tort Law in Action*, (2006) 12 Conn. Ins. L.J 1
- BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, II
- BECK U., *La società del rischio: verso una seconda modernità*, ed. it. a cura di W. PRIVITERA, Roma, 2000
- BELVEDERE A., *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 7 ss.
- BEN-SHARAR O., LOGUE K.D., *Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard*, (2012) 111 Michigan Law Review 197
- BENATTI F., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991
- BERTI DE MARINIS G., *Adeguatezza del prodotto ed equilibrio negoziale nella tutela del professionista assicurato. Qualche riflessione a prima lettura sul d.m. 22 settembre 2016*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Vito Rizzo*
- BESSONE M., *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1954
- BIANCA M.C., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, V, Milano, 2012
- BOGLIONE A., *Le clausole loss occurrence e claims made nell'assicurazione di responsabilità civile (R.C.)*, in *Ass.*, 2009, p. 469 ss.
- BONVICINI E., *La responsabilità civile. Assicurazione facoltativa e obbligatoria*, III, Milano, 1973
- BORN P., BOYER M.M., *Claims-Made and Reported Policies and Insurer Profitability in Medical Malpractice*, (2011) 78 J. Risk Insur. 139
- BOTTIGLIERI E., *Dell'assicurazione contro i danni (Artt. 1904-1918)*, in BUSNELLI F.D. (diretto da), *Cod. civ. comm.*, Milano, 2010
- BUSNELLI F.D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 909 ss.
- BUTTARO L., voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958
- CAFAGNO M., *Efficienze ed inefficienze nei modelli di responsabilità della p.a.*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 719 ss.
- CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975
- CALABRESI G., *Optimal Deterrence and Accidents*, in (1975) 84 Yale L.J. 656

- CALVO R., *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 927 ss.
- CANDIAN A.D., *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993
- CANDIAN A.D., *Contratto di assicurazione e clausole vessatorie. Lineamenti generali*, I, in ALPA G., PATTI S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del codice civile*, Milano, 1997
- CAPALDO G., *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 196 ss.
- CAPPELLI L., *Asimmetrie di informazione e mercati di beni di consumo*, in *Studi Econ.*, 1993
- CARASSALE I., *La nullità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2009, p. 105 ss.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948
- CASTELLANO G., SCARLATELLA S., *Le assicurazioni private*, in W. BIGIAMI (diretto da), *Giur. sist. civ. comm.*, Torino, 1981
- CASTRONOVO C., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 81 ss.
- CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006
- CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile antitrust: profumi e balocchi*, in *Danno resp.*, 2004, p. 1165 ss.
- CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990
- CAVALLO BORGIA R., *L'assicurazione di responsabilità civile*, in CAVALLO BORGIA R. (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2004
- CAVALLO BORGIA R., *L'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile*, in CAVALLO BORGIA R. (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2008,
- CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991
- CERINI D., GORLA V., *Il danno da prodotto. Regole, responsabilità, assicurazione*, Torino, 2011
- CESERANI F., *Ancora nuvole di vaghezza attorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 501 ss.

- CESERANI F., *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle «coverage trigger disputes»*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, p. 3 ss.
- CESERANI F., *Il problema della tutela del terzo danneggiato nella garanzia facoltativa di responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 2008, p. 488 ss.
- CESERANI F., *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799 ss.
- CHAMBERLAIN H.W.R. II, *Claims made policies are enforceable in California: Trends after Burns v. International Insurance Company*, (1992-1993) 28 Tort & Ins. L.J. 90
- CHEMERS R.M., KNOX J.A. JR., *When Designs Don't Work: Professional Liability Coverage of Architects and Engineers*, (1995) 15 Constr. Law 17
- CHIARLO M., *Il mercato dell'assicurazione danni*, Padova, 2003
- CLARKE M., *Insurance and Social Engineering*, in BUSNELLI F.D., COMANDÉ G. (a cura di), *L'assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2009
- CLARKE M., *The law of liability insurance*, New York, 2014
- COGGIOLA N., *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, Napoli, 2011
- COGGIOLA N., *Frammentazione delle regole del nesso causale e giustizia sostanziale nella recente giurisprudenza inglese*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 109 ss.
- COLOMBO D., *Neoliberismo e stato sociale*, Roma, 2013
- COMANDÉ G., *Diritto privato europeo e diritto fondamentali*, in COMANDÉ G., *Diritto privato europeo e diritti fondamentali. Saggi e ricerche*, Torino, 2004
- COMANDÉ G., *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in COMANDÉ G., *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006
- COMPORTE M., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 1965
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2010
- CORRIAS P., *Alea e corrispettività nel contratto di assicurazione (indivisibilità del premio e sopravvenienza)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 301 ss.
- CORRIAS P., *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di durata*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 8 ss.

- CORRIAS P., *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016
- CORRIAS P., *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 41 ss.
- CORRIAS P., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 656 ss.
- CORRIAS P., *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1749 ss.
- CORRIAS P., *Responsabilità civile e contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 245 ss.
- CORRIAS P., *Sulle peculiarità del rischio nelle assicurazioni marittime*, in *Dir. traspr.*, 1995, p. 33 ss.
- CORVI D., *Punitive Damages*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 859 ss.
- CRIVELLI N., *Il nesso di causalità nella responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 695 ss.
- D'AMICO G., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 161 ss.
- DAMIANI E., *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Milano, 2008
- DAUTCH C., *Laywers' Indemnity Insurance*, (1941) 46 Com. L. J. 412
- DAVIES M., *The end of the affair: duty of care and liability insurance*, (1989) 9 Legal Stud. 67
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979
- DE LORENZI V., *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova, 2008
- DE LUCA N., *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 721 ss.
- DE LUCA N., *Tipologie principali di assicurazioni della responsabilità civile*, in CAVALLO BORGIA R. (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2004
- DE NOVA G., *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in CABELLA PISU L., NANNI L. (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale*, Padova, 1998

- DE SANNA P., *Accessorietà e autonomia nel sistema delle garanzie a prima richiesta*, Milano, 1988
- DE STROBEL D., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1992
- DE STROBEL D., *La vicenda del «claims made»*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, p. 531 ss.
- DE STROBEL D., OGLIARI V., *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Milano, 2008
- DEAKIN S.F., JOHNSTON A.J., MARKESINIS B.S., *Markesinis and Deakin's Tort Law* (7th ed.), Oxford, 2012
- DELFINI F., *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove Leggi civili comm.*, 2016, p. 545 ss.
- DENOZZA F., *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002
- DI MAJO A., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 289 ss.
- DIES R., *Il fatto accidentale nella assicurazione della responsabilità civile: un dilemma irrisolto (o irresolubile?)*, in *Resp. civ.*, 1993, p. 592 ss.
- DINSDALE W.A., *History of Accident Insurance in Great Britain*, London, 1954
- DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II- III, Milano, 1956
- DURANTE A., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1964
- EHRENWEIG A.A., *Assurance oblige, A comparative study*, (1950) 15 *Law & Cont. Prob.* 445
- ENGLARD I., *The System Builders; A critical appraisal of Modern American Tort Theory*, (1980) 9 *J. Legal Stud.* 27
- EWALD F., *La società «assurentielle»*, in *Dir. econ. ass.*, 1992, p. 809 ss.
- F. CARINGELLA F., DI MARZIO F., *Manuale di diritto civile*, II, Milano, 2008
- FACCI G., *L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato al tempo delle claims made: il recente D.M. 22 settembre 2016*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 153 ss.
- FACCI G., *Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1523 ss.
- FALZEA A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 681 ss.

- FANELLI G., *Delimitazione del rischio assicurativo e limitazione della responsabilità*, in *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971
- FANELLI G., *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, p. 347 ss.
- FANELLI G., *L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, Padova, 1977
- FANELLI G., *Le assicurazioni private nella giurisprudenza italiana*, Roma, 1943, p. 267 ss.
- FANELLI G., *Le assicurazioni*, in CICU A., MESSINEO F. (diretto da), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1973
- FANELLI G., voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988
- FERMEGLIA M., *Quando la clausola claims made è vessatoria? Finalmente una risposta dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 365 ss.
- FERRANTE E., *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 151 ss.
- FERRARA F. JR., *L'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 753 ss.
- FERRARI V., *Nuovi rischi e assicurazione*, in *Liber Amicorum per Francesco di Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008
- FERRARIS V., *Gli infortuni sul lavoro e la legge. Relazione al Consiglio della previdenza - Sessione del 1897*, Roma, 1897
- FISHER J.M., *Insurance coverage for mass exposure tort claims: the debate over the appropriate trigger rule*, (1997) 45 Drake L. Rev. 625
- FLEMING J. JR., *Accident Liability Reconsidered*, (1947-1948) 57 Yale L.J. 549
- FLEMING J.G., *The Law of torts*, Sydney, 1998
- FLEMING J.G., *The role of negligence in Modern Tort Law*, (1967) 53 Va. L. Rev. 815
- FORCHIELLI P., *Lesione dell'interesse, violazione del diritto, risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 341 ss.
- FRAME C., *'Claims-Made' Liability Insurance: Closing the Gaps with Retroactive Coverage*, (1987) 60 Temple L.Q. 165
- FRANKLIN G., *Punitive Damages Insurance: Why some Courts Take the Smart out of "Smart Honey"*, (1986) 40 U. Miami L. Rev. 979

- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti (2043-2059)*, in *Trattato Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993
- FRANZONI M., *Il danno alla persona*, Milano, 1995
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (diretto da), *Tratt. resp. civ.* (II ed.), Milano, 2004
- FRANZONI M., *Il terzo danneggiato: nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986
- FRANZONI M., *L'azione diretta nei confronti dell'assicuratore: profili teorici e ricostruttivi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 781 ss.
- FRANZONI M., voce *Responsabilità civile (Assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1996
- FUSCO F., *Clausole limitative della responsabilità e clausole delimitative del rischio assicurato: qualificazione ed interpretazione*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, p. 806 ss.
- GABASIO P., *Modalità di validità delle garanzie in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medicina e diritto*, 2010, p. 41 ss.
- GAGGERO P., *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 401 ss.
- GAGLIARDI M., *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009
- GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.
- GALGANO F., *Le antiche e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 73 ss.
- GAMBINO A., *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Napoli, 1964
- GAMBINO A., voce *Assicurazione I) Contratto di assicurazione: profili generali*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1989
- GASPERONI N., voce *Assicurazioni contro la responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1958
- GAZZARA M., *Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza*, in *Contr.*, 2013, p. 887 ss.
- GAZZARA M., *Brevi note in tema di danni lungolatenti e assicurazione di r.c. professionale*, in *Corti Sal.*, 2014, p. 390 ss.

GAZZARA M., *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2012, p. 1213 ss.

GAZZARA M., *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016

GAZZARA M., *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 935 ss.

GENTILE G., *La legge sull'assicurazione obbligatoria r.c. dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Resp. civ. prev.*, 1970, p. 18 ss.

GIARDINA F., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993

GIDDENS A., *Modernity and Self-Identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford, 1991

GILKER P., *Tort* (5th Ed.), London, 2014

GIUBBONI S., *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in *www.treccani.it*, 2014

GIUSIANA E., *Il concetto di danno giuridico*, Milano, 1944

GORGONI M., *Delimitazioni del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 359 ss.

GRAZIADEI M., *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN M., ZIMMERMANN R. (edited by), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006

GRAZIADIO S., *Equilibrio contrattuale ed equilibrio dell'impresa*, in *Dir. econ. ass.*, 2012, p. 435 ss.

GRECO P., *La richiesta dell'assicurato all'assicuratore di pagare l'indennizzo al terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1959, p. 309 ss.

GRIFFIN J.P., *The Inapplicability of the Notice-Prejudice Rule to Pure Claims-Made Insurance Policies*, (2008) 42 Conn. L.R. 235

GRISI G., *Risarcimento del danno - art. 1223*, in GABRIELLI E. (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Torino, 2012

GROSSI P., *Trent'anni di pagine introduttive: quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, 2009

GUARNERI A., *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1239 ss.

- HAZAN M., *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017, p. 75 ss.
- HAZAN M., *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite (“Piacer figlio d’affanno; Gioia vana...”)*, in *Danno resp.*, 2016, p. 960 ss.
- HESSE P.J., *Le nouveau tarifs de corps laborieux: la loi du 8 avril 1898 concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*, in LE CROM J.P. (a cura di), *Deux siècles de droit du travail: l’histoire par les lois*, Paris, 1998
- HOGG J.F., *The Tale of a Tail*, (1998) 24 Wm. Mitchell L. Rev. 516
- HORSEY K., RACKLEY E., *Tort Law* (2nd Ed.), Oxford, 2011
- JOSSERAND L., *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, 1897
- KESSLER F., *Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract*, (1943) 43 Colum. L. Rev. 629
- KIANTOS D., *Realizzazione estesa del rischio e contratto di assicurazione della responsabilità nel diritto greco*, in *Ass.*, 1986, p. 70 ss.
- KROLL G., *The “Claims Made” Dilemma in Professional Liability Insurance*, (1974-75) 22 UCLA L. Rev. 925
- KROLL G., *The professional liability policy “claims made”*, (1977-1978) 13 Forum 842
- LA TORRE A., *Azione diretta e assicurazione*, in *Ass.*, 1971, p. 526 ss.
- LA TORRE A., *Cinquant’anni col diritto (Saggi)*, I, Milano, 1998
- LA TORRE A., *I sinistri cagionati con colpa grave dell’assicurato*, in *Ass.*, 1966, p. 640 ss.
- LA TORRE A., *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979
- LADANYI D.J., *Lawyers’ Professional Liability Insurance*, (1972) 21 Clev. St. L. Rev. 66
- LAGHI P., *L’incidenza dei diritti fondamentali sull’autonomia negoziale*, Padova, 2012
- LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.
- LANDINI S., *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004
- LANDINI S., *Contratti di assicurazione collegati a contratti bancari e tutela dell’assicurato*, in *Ass.*, 2016, p. 16 ss.
- LANDINI S., *Delle assicurazioni, artt. 1882-1917*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Comm.*

cod. civ., Torino, 2011

LANDINI S., *L'informativa precontrattuale nei contratti di assicurazione dei rami danni*, in *La regolazione assicurativa dal codice ai provvedimenti di attuazione*, in MARANO P., SIRI M., Torino, 2009

LANZANI C., *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno resp.*, 2005, p. 1084 ss.

LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003

LEWIS R., *Insurance and the tort system*, (2005) 25 *Legal Stud.* 86

LOCATELLI L., *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529 ss.

LONG J.D., *Punitive damages: an unsettled doctrine*, (1976) 25 *Drake L. Rev.* 870

LORDI L., *Sull'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore di responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, p. 551 ss.

LOWRY J., RAWLINGS P., MERKIN R., *Insurance Law: Doctrine and Principles*, Oxford, 2011

MAGGIOLO M., *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 39 ss.

MAGNI F.A., *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*, in *Giur. it.*, 2011, p. 834 ss.

MAGNI F.A., *Più ombre che luci nel nuovo intervento della suprema Corte sulla clausola claims made nei contratti di assicurazione*, in *Giur. it.*, 2014, p. 804 ss.

MAJELLO U., *Responsabilità extracontrattuale e contrattuale*, in COMPORTI M., SCALFI G. (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988

MARCHETTI D., *L'assicurazione obbligatoria contro i rischi di responsabilità civile derivanti dalla circolazione dei veicoli*, in *Ass.*, 1971, p. 271 ss.

MARESCA G., *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, 1979

MARIOTTI P., SERPETTI A.B., *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Milano, 2011

MARKER J.O., MOHL F.J., *Rating Claim-Made Insurance Policies*, 1980, in www.casact.org (sito ufficiale della *Casualty Actuarial Society*)

MARKESINIS B.S., *Markesinis and Deakin's Tort Law* (7th ed.), Oxford, 2012

- MARTINI F., *Claims made: gli scenari dopo la sentenza*, in *www.insurancetrade.it*, 2016
- MATTEI U., *Efficiency in Legal Transplants: an essay in Comparative Law and Economics*, in (1994) 14 *International Review of Law and Economics* 1
- MATTEI U., voce *Circolazione dei modelli giuridici*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2007
- MAZZAMUTO S., *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 358 ss.
- MAZZOLA M., *Avvocati e polizze assicurative: prima lettura al nuovo regime di copertura*, in *www.dirittobancario.it.*, 2016
- MAZZOLA M., *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite, osservazioni «a margine»*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 1 ss.
- MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952, p. 52 ss.
- MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185 ss., p. 280 ss., p. 366 ss.
- MENGONI L., voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988
- MENICHINO C., *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in DE NOVA G. (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, Padova, 2009
- MERKIN R., *Colinvaux's Law of Insurance*, London, 2014
- MERKIN R., *Directors' and Officers' Insurance and the Global Financial Crisis*, (2009) 118 *LJI* 2
- MERKIN R., *Insurance and reinsurance in the Fairchild enclave*, (2016) 36 *Legal Stud.* 1
- MERKIN R., STEELE J., *Compensating Mesothelioma Victims*, (2011) 127 *LQR* 329
- MERKIN R., STEELE J., *Insurance and the law of obligations*, Oxford, 2013
- MERKIN R., *Tort, Insurance and Ideology*, (2012) 75 *MLR* 301
- MIOTTO G., *La linea di confine tra oggetto del contratto di assicurazione e responsabilità dell'assicuratore*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 205 ss.
- MÖLLER H., *L'aspirazione alla sicurezza e sua influenza sull'evoluzione del diritto della responsabilità civile e dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1961, p. 386 ss.
- MONATER P.G., *Il tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno resp.*, 1999, 978 ss.

- MONATERI P.G., GIANTI D., SILIQUINI CINELLI L., *Danno e risarcimento*, Torino, 2013
- MONATERI P.G., *La prescrizione e la sua decorrenza dal fatto: una sentenza da elogiare*, in *Danno resp.*, 2004, p. 392 ss.
- MONATERI P.G., voce *Responsabilità civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998
- MONTELEONE J.P., *Guest Post: Notice-Prejudice Requirements in D&O Policies: Diverse Trends in Contract Language and Case Law*, in *www.dandodiary.com*, 2015
- MONTI A., *Buona fede e assicurazione*, Milano, 2002
- MONTI A., *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*, in *Dir. econ. ass.*, 200, p. 743 ss.
- MONTI A., *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, in *Dir. econ. ass.*, 1997, p. 41 ss.
- MONTICELLI M., *Garanzia autonoma e tutela dell'ordinante*, Napoli, 2003
- MONTICELLI M., *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno resp.*, 2013, p. 701 ss.
- MORGAN J., *Tort, Insurance and Incoherence*, (2004) 67 MLR 384
- MOSCO E., *Onerosità e gratuità nei negozi giuridici*, Milano, 1948
- MOSSA L., *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Ass.*, 1953, p. 365 ss.
- NANNA C.M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010
- NAPPI F., *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992
- NAZZARO A., *L'assicurazione e il mercato nella composizione degli interessi in gioco*, in *DiMAF*, 2016, p. 1 ss.
- NEESON P.J., *The current status of professional architects' and engineers' malpractice liability*, (1978) 45 Ins. Counsel J. 39
- NEWMAN B.R., OSTRAGER T.R., *Handbook on Insurance Coverage Disputes* (15th ed.), 2011
- NICOLÒ R., voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958
- NICOLUSSI A., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno resp.*, 2008

- OETTLE K.F., HOWARD D.J., *Zuckerman and Sparks: The Validity of "Claims Made" Insurance Policies as A Function of Retroactive Coverage*, (1985-1986) 21 *Tort. & Ins. L.J.* 659
- PALERMO A., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Piacenza, 1969
- PANDYA S.S., *The first Liability Insurance Cartel in America: 1896- 1906*, (2011) 29 *Law & Hist. Rev.* 375
- PARDOLESI R., *Il principio di precauzione a confronto con lo strumentario dell'analisi economica del diritto*, in COMANDÉ G., *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006
- PARKER J.K., *The Ultimately Demise of the "Claims Made" Insurance Form? A Critique of Stine v. Continental*, (1983) *Det. C.L. Rev* 25
- PARSONS C., *From accident to liability: the origins of liability insurance*, (2002) 17 *Journal of Insurance Research and Practice* 23
- PARSONS C., *Liability rules, compensation systems and safety at work in Europe*, (2002) 27 *Geneva Papers on Risk and Insurance - Issues and Practice* 358
- PARTENZA I., *Assicurazione di r.c. delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, in *Ass.*, 2010, p. 674 ss.
- PARTENZA I., *Curare, guarire, risarcire. Profili liquidativi e assicurativi del danno alla persona da responsabilità sanitaria*, Milano, 2013
- PECENNINI F., *L'assicurazione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Tratt. dir. priv.*, XIII, 2007
- PELAGGI A., *Sui rapporti tra assicuratore e terzo danneggiato*, in *Ass.*, 1963, p. 3 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il modello italo-comunitario delle fonti (3ed.)*, Napoli, 2006
- PFENNIGSTORF W., *L'assicurazione r.c. danni da inquinamento*, in *Ass.*, 1991, p. 48 ss.
- PICARD M., BESSON A., *Traité général des assurances terrestres en droit français*, 3, Paris, 1943
- PIERCE L.R. JR., *Professional Liability Insurance: The Claims Made and Reported Trap*, (1991-1992) 19 *W. St. U. L. Rev.* 165
- PINT O. S., *Assicurazioni private e assicurazioni pubbliche nel governo dei rischi da attività lavorative*, in BUSNELLI F.D., COMANDÉ G. (a cura di), *L'assicurazione tra*

codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi, Milano, 2009

PIRAINO F., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni “di risultato” e delle obbligazioni “di mezzi”*: la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza, in *Contratti*, 2014, p. 891 ss.

PIRAINO P., *Adempimento del terzo e oggetto dell’obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 305 ss.

PIRONTI A., *The direct action against liability insurers e la tutela del terzo danneggiato in Common Law: alcuni aspetti problematici*, in BUSNELLI F.D., COMANDÉ G., *L’assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, Milano, 2009

POLOTTI DI ZUMAGLIA A., *Coperture presso diversi assicuratori*, *Dir. fisc. ass.*, 2013, p. 3 ss.

PONTIROLI L., *Le garanzie autonome ed il rischio del creditore*, Padova, 1992

PONZANELLI G., *L’attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 293 ss.

PONZANELLI G., *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in BUSSANI M. (a cura di), *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006

PONZANELLI G., *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 1195 ss.

PORTALE G.B., *Fideiussione e Garantivertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, II, Milano, 1978

POSNER R.A., *Economic analysis of Law*, Boston, 1986, p. 91 ss.

POTHIER R.J., *Ouvres*, III, Bruxelles, 1830

PRIEST G.L., *Insurability and punitive damages*, (1988-1989) 40 Ala L. Rev. 1009

PRIEST G.L., *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, (1987) 96 Yale L.J. 1521

PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *La responsabilità civile. Strutture e funzioni*, Torino, 2004

PUCELLA R., *Concorso di cause umane e naturali: la via impervia tentata dalla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 180 ss.

QUADRI E., *Indennizzo e assicurazione*, in M. COMPORTI e G. SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988

QUARTA F., *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013

REALMONTE V., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, p. 81 ss.

RESCIGNO P., voce *Delegazione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962

RIVA I., *Limitazione della responsabilità e definizione dell'oggetto: due modi per un sindacato giudiziale sull'equilibrio del contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 2014, p. 581 ss.

ROBINSON H.P., *The Employers' Liability Assurance Corporation Ltd 1880-1930*, London, 1930

ROCCHIO F., *La promessa con funzione di garanzia*, Napoli, 2007

ROGERS W.V.H., *Winfield and Jolovicz on Tort* (18th Edition), London, 2010

ROLLI R., *Causa in astratto e causa in contratto*, Padova, 2008

ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001

ROSS H.L., *Settled out of court: The Social Process of Insurance Claims*, Chicago, 1970

ROSS S.A., *The Economy Theory of Agency: the principal problem*, (1973) 63 *Am. Econ. Rev.* 134

ROSSETTI M., *Delimitazione del rischio e causa del contratto*, in *Giust. civ.*, 2011, p. 200 ss.

ROSSETTI M., *Diritto delle assicurazioni*, I- II - III, Padova, 2013.

ROSSETTI M., *L'assicurazione obbligatoria della R.C.A.*, Torino, 2010

RUBINI L., *L'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore della R.C. facoltativa*, in *Resp. civ.*, 2002, p. 554 ss.

RUSO C., *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997

RUSO E., *Adempimento del dovere e adempimento dell'obbligazione (artt. 1176 e 1218 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 737 ss.

RUSO E., *Vendita e consenso traslativo*, in BUSNELLI F.D. (diretto da), *Comm. cod. civ.*, Milano, 2010

- SACCO R., DE NOVA G., *Il Contratto*, II, Torino, 2004
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992
- SACCO R., voce *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 365 ss
- SALANDRA V., *Dell'assicurazione*, in SCIALOJA A., BRANCA G. (a cura di), *Commentario del cod. civ.*, Bologna-Roma, 1966
- SALANDRA V., *Il comportamento dell'assicurato di fronte al danneggiato nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *Ass.*, 1938, p. 212 ss.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, 1998
- SALVI C., voce *Responsabilità extracontrattuale (dir.vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1187 ss.
- SANTORO P., *Assicurazione e accidentalità del fatto*, in *Danno resp.*, 2002, p. 1011 ss.
- SARTORI F., *Contributo allo studio della clausola risolutiva espressa*, Napoli, 2012
- SARTORI F., *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 607 ss.
- SARTORI F., *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011
- SARTORI F., *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre n. 26725*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2008, p. 1 ss.
- SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004
- SAY M.L., voce *Assurance*, in *Nouveau Dictionnaire d'Economie Politique*, Parigi, 1900
- SCALFI G., CANDIAN A.D., *Ricerca sulle clausole abusive praticate nelle condizioni dei contratti di assicurazione*, Milano, 1994.
- SCALFI G., voce *Alea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987
- SCALFI G., voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, I, Torino, 1988
- SCALISI V., *Fonti, teoria, metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012
- SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità. Fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 657 ss.
- SCALISI V., *La teoria del negozio giuridico a cent'anni dal BGB*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 535 ss.

- SCARLATTINI L., *Dell'accidentalità nell'assicurazione della responsabilità civile*, 1975, in *Dir. prat. ass.*, p. 351 ss.
- SCHWARTZ G.T., *Ethics and the economics of Tort Liability Insurance*, (1990) 75 Cornell L.R. 313
- SCOGNAMIGLIO C., *Il danno morale mezzo secolo dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 609 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.
- SHAVELL S., *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, ed. it. a cura di D. PORRINI, 2005, Torino
- SHAVELL S., *On liability and Insurance*, (1982) 13 *Bell. J. of Economics* 120
- SHAVELL S., *On Moral Hazard and Insurance*, (1979) 93 *Q.J. Econom.* 541
- SHAVELL S., *Risk Sharing and Incentives in the principal and Agent Relationship*, (1979) 10 *Bell Jour. of Economics* 55
- SICA S., *La responsabilità civile tra struttura funzioni e «valori» (a proposito di un recente libro)*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 543 ss.
- SIMONE R., *Assicurazione claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2005, p. 1079 ss.
- SIRENA P. (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile. Alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011
- SIRENA P., *Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 531 ss.
- SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nation*, Edinburgh, 1843
- SMORTO G., *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil law e common law*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 423 ss.
- SOTGIA S., *La prestazione dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1959, p. 365 ss.
- SPADAFORA N., SCARPA D., *Clausola claims made e disciplina del consumo (commento della sentenza Cass. 6 maggio 2016 n. 9140)*, in www.dirittobancario.it, 2016
- SPIER J., *Long Tail (Liability) Risks and Claims Made Policies*, (1998) 23 *Geneva Pap. Risk. Insur.* 152

- STANGHELLINI L., *I diritti del danneggiato e le azioni di risarcimento*, Milano, 1990
- STANTON K.M., *The Modern Law of Tort*, London, 1994
- STAPLETON J., *Tort, Insurance and Ideology*, (1995) 58 MLR 820
- STIEFEL E., *Il divieto di riconoscere la propria responsabilità nelle assicurazioni della responsabilità civile (Studio di diritto comparato)*, trad. it., in *Ass.*, 1935, p. 211 ss.
- STIGLITZ J.E., *Risk, Incentives and Insurance: The Pure Theory of Moral Hazard*, (1983) 8 Geneva Papers of Risk & Ins. 4 A.M. POLINSKY, *An introduction to Law and Economics*, Boston-Toronto, 1983
- STIGLITZ J.E., voce *Principal and Agent*, in *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, III, 1987
- SUPPLE B., *The Royal Exchange Assurance: A History of British Insurance (1720-1970)*, 1970
- SYVERUD K.D., *On the Demand for Liability Insurance*, (1994) 72 Tex. L. Rev. 1629
- TARPEY J.J., *The New Comprehensive Policy: Some of the Changes*, (1966) 33 Ins. Couns. J. 223
- TATARANO G., voce *Retroattività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967
- TRIMARCHI P., *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 341 ss.
- TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1960
- TROIANO O., *La tutela del terzo danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile*, in COMANDÉ G. (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006
- TUCCI G., *I privilegi*, in *Tratt. Rescigno*, XIX, Torino, 1985
- UNGER J., *Handeln auf eigene Gefahr: Ein Beitrag zur Lehre vom Schadenersatz*, JENA, 1904
- VANNI I., *Lo Stato sociale nella Francia della Terza Repubblica: il ruolo dell'idea di solidarietà nell'affermazione dei diritti sociali*, in DE BONI C. (a cura di), *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo: l'Ottocento*, Firenze, 2007
- VECCHI P.M., *L'azione diretta*, Padova, 1990
- VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dai contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919

- VERNIZZI S., *Il rischio putativo*, Milano, 2010
- VERNIZZI S., *Le Sezioni Unite e le coperture «assicurative»*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 861 ss.
- VISCUSI W.P., *Reforming Products Liability*, Cambridge, 1991
- VISINTINI G., *L'inadempimento delle obbligazioni*, in RESCIGNO P. (diretto da), *Tratt. dir. priv.* (II ed.), *Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1999
- VISINTINI G., *Trattato della responsabilità contrattuale*, III, Padova, 2009
- VITERBO C., *L'assicurazione della responsabilità civile*, 1946
- VIVANTE C., *Del contratto di assicurazione, di pegno, di deposito nei magazzini generali*, in *Il codice di commercio commentato*, VII, Torino, 1922
- VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004
- VOLPE PUTZOLU G., *Assicurazione r.c. dei professionisti e clausola claims made. La sentenza della S.C. a Sezioni Unite*, in *DiMAF*, 2016, p. 317 ss.
- VOLPE PUTZOLU G., *L'assicurazione. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992
- VOLPE PUTZOLU G., *La clausola "claims made". Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Ass.*, 2010, p. 3 ss.
- WATSON A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974
- WILLIAMS C.A. JR., *Cover image for Insurance arrangements under workmen's compensation*, Washington, 1924
- WOOD C.S., *A letter from Manchester, England: To the editor of the Journal*, (1942) 47 Com. L. J. 151
- WOODWARD C., *Reality and Social Reform: Transition from Laissez Faire to Welfare State*, (1982) 72 Yale LJ 286
- WORKS B., *Excusing Nonoccurrence of Insurance Policy Conditions in Order to Avoid Disproportionate Forfeiture: Claims-Made Formats as a Test Case*, 5 Conn. Ins. L.J. 505.
- YIN H., KUNREUTHER H., WHITE M., *Risk-Based Pricing and Risk-Reducing Effort: Does the Private Insurance Market Reduce Environmental Accidents?*, (2011) 54 J. L&Econ. 325.