

Università degli Studi di Pisa

Tesi di dottorato in diritto privato

IL CONTRATTO di ASSICURAZIONE della
RESPONSABILITÀ CIVILE
RISCHIO e AUTONOMIA PRIVATA

Candidato
Dott. Ilaria Carassale

Tutor
Prof. Giovanna Visintini

INDICE

Capitolo Primo

IL MONDO ASSICURATIVO CHIAVE DI VOLTA DI UNA OCULATA VITA ECONOMICA
MODERNA

1. Responsabilità civile e assicurazione
2. L'Assicurazione danni
3. Il rischio
4. Gli elementi del rischio
5. Il rischio putativo
6. Rischio oggettivo e rischio soggettivo: il *moral hazard* e l'*adverse selection*.
7. L'ambito del rischio assunto in contratto: la Responsabilità Civile

Capitolo Secondo

ASSICURAZIONE RISCHIO E RESPONSABILITÀ IN CAMPO SANITARIO

1. La responsabilità civile con specifico riferimento al settore sanitario
2. Il rischio dell'assicuratore alla luce degli orientamenti giurisprudenziali in ordine alla responsabilità medica
3. Svalutazione della colpa e spersonalizzazione della responsabilità ad opera della giurisprudenza
4. La prescrizione del diritto al risarcimento: risvolti assicurativi
5. La responsabilità medica nel contratto di assicurazione

Capitolo Terzo

I NUOVI RISCHI

1. Il rischio tipico
2. I nuovi rischi
3. Assicurazione obbligatoria e responsabilità del gestore di impianti sportivi sciistici
4. L'assicurazione del danno ambientale: la problematica dei danni da inquinamento a rilascio graduale e dei *long-tail liabilities*
5. La responsabilità da prodotti e il problema “delle cause ignote”

Capitolo Quarto

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

1. Profili generali: l'accordo e gli obblighi di correttezza durante le trattative
2. L'oggetto del contratto di assicurazione. La garanzia e gli obblighi di informazione
3. La violazione degli obblighi di informazione. Profili di responsabilità
4. La forma e la trasparenza
5. La causa
6. Caratteri essenziali del contratto di assicurazione: patrimonialità, aleatorietà, sinallagmaticità

Capitolo quinto

L' ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: IL *CLAIMS MADE*

1. Il contratto di assicurazione della responsabilità civile secondo il codice civile. Il modello *loss occurrence*
2. Verso un nuovo modello contrattuale: il *claims made*
3. Le problematiche sottese al *claims made* un contratto vantaggioso (?)
4. Limiti di operatività della polizza con formula *claims*
5. L' atipicità del contratto *claims*
6. Problemi di causa e di autonomia negoziale
7. La meritevolezza dello scambio nel contratto con formula *claims*
8. Le ulteriori problematiche sollevate dalla giurisprudenza fra nullità e vessatorietà della clausola. Conclusioni

CAPITO PRIMO

IL MONDO ASSICURATIVO CHIAVE DI VOLTA DI UNA OCULATA VITA ECONOMICA MODERNA

SOMMARIO: 1. Responsabilità civile e assicurazione. – 2. L'Assicurazione danni. - 3. Il rischio. – 4. *Segue*. Gli elementi del rischio 5. *Segue*. Il rischio putativo. – 6. *Segue*. Rischio oggettivo e rischio soggettivo: il *moral hazard* e *l'adverse selection*. - 7. L'ambito del rischio assunto in contratto: la Responsabilità Civile.

1. *Responsabilità civile e assicurazione*

L'istituto della responsabilità civile e quello dell'assicurazione, per quanto concettualmente e giuridicamente distinti, sempre più tendono a fondersi e a sovrapporre i principi posti alla guida dei rispettivi ambiti di applicazione con la conseguenza di una influenza reciproca e dipendenza economica l'uno dall'altro.

Si è soliti, infatti, affrontare lo studio della responsabilità civile¹, in genere, e professionale, in particolare, in un'ottica limitata ai soli istituti che nel libro quarto del codice civile, vengono disciplinati all'interno del nono titolo dedicato ai "fatti illeciti" e, per quanto concerne l'ambito della disciplina generale, dal primo titolo, ove l'art. 1218 che si occupa della responsabilità derivante dalla violazione delle

¹ Tra le opere che approfondiscono lo studio della responsabilità civile si veda G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Milano 2005; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano 1999, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004; M. STELLA, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano 2007; S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

obbligazioni da qualunque fonte esse derivino, viene affiancato dalle nozioni generali sulla diligenza nell'adempimento.

Gli interessi sostanziali sottesi alla materia (e alludo ancora alla responsabilità civile), in passato, hanno interessato marginalmente lo studioso più attento a comprendere il ragionamento tecnico seguito dal giudice per addivenire a una determinata soluzione, piuttosto che affrontare il fenomeno politico-sociale ed economico che ha profondamente inciso sulle scelte della magistratura la quale, sempre più incisivamente ricorre, in tema di responsabilità del professionista, a costruzioni giuridiche sofisticate², ovvero privilegia nella sostanza l'impiego del principio della responsabilità oggettiva³, condannando al pagamento di ingenti somme risarcitorie.

Tuttavia, già negli anni '60 Pietro Trimarchi, chiedendosi come si fosse realizzato, nell'ordinamento giuridico italiano, un principio di responsabilità senza colpa, nonostante che il medesimo apparisse ufficialmente negato⁴ dalla relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile del 1942, rispondeva che in una «visione realistica delle conseguenze economiche delle possibili regole della responsabilità» il regime della responsabilità deve essere sempre considerato «in rapporto con l'assicurazione del rischio»⁵.

Nella ricerca di criteri di giustizia adeguati, l'Autore, analizzando alcune teorie dell'epoca⁶ volte allo studio della responsabilità oggettiva, che incominciava ad

² Mi riferisco a quel filone giurisprudenziale che ha inquadrato determinate situazioni, che in passato venivano classificate in termini di responsabilità per fatto illecito, quali ipotesi di responsabilità contrattuale da contatto sociale.

³ M. FRANZONI, *La responsabilità oggettiva, Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988.

⁴ A tale proposito, ripercorrendone il pensiero, già Friedrich Karl von Savigny, rinnovatore della cultura giuridica tedesca di inizio '800, rifletteva ed ammoniva, rilevando che le codificazioni rappresentano "quello che è stato" e non quello che sarà. F.DE MARINI AVONZO, *Diritto romano e diritto privato, Letture da F.K. von Savigny*, Torino, 1995.

⁵ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 17.

⁶ Si fa riferimento ad alcune teorie di inizio secolo fra cui si ricorda la teoria "della responsabilità per pura causalità" sostenuta da K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Leipzig, 1916; O. VON GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919; la teoria "della finzione di colpa", in materia si veda A. BESSON, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, Paris, 1927; P. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Scritti*

affiancare l'antico principio cardine della letteratura giuridica del secolo scorso "Nessuna responsabilità senza colpa", ed a ridurne l'operatività, osservava che il risarcimento del danno non ricostruisce la situazione oggettiva preesistente al torto; al contrario, «il danno non si cancella più dalla società: con il risarcimento non lo si annulla, ma semplicemente lo si trasferisce da chi lo ha subito immediatamente a chi lo risarcisce». Cosicché si è incominciato a ragionare nell'ottica secondo la quale nella distribuzione dei costi all'interno della società sia più equo, secondo più meditati criteri, accollare alcuni oneri economici su colui che è in grado di calcolare il rischio e il costo di eventuali danni e, pertanto, di «prepararsi a subire il rischio».

Trimarchi, pur consapevole della possibilità che la giurisprudenza avrebbe potuto affermare più facilmente e in maniera più ampia la responsabilità di soggetti garantiti da una adeguata polizza assicurativa, non ha mai ritenuto condivisibile il principio "*assurance oblige*"⁷, valutando necessario determinare *ex ante* chi dovesse prepararsi a subire – economicamente- il danno, invece di constatare *ex post* se il responsabile dell'illecito fosse assicurato.

La tecnica del "trasferimento del danno", nel senso della sopportazione del costo di questo su determinati soggetti, unitamente al timore del verificarsi del danno stesso, ha certamente accresciuto, se non addirittura ingenerato, l'interesse alla stipulazione di contratti di assicurazione.

Contestualmente, la effettiva presenza e la crescita di un soggetto, quale è l'assicuratore, su cui trasferire rischi e costi, ha certamente contribuito alla proliferazioni di ipotesi di responsabilità e ciò anche su differenti profili. Sotto un profilo qualitativo è stata registrata una crescita ad opera della giurisprudenza dell'area dei danni risarcibili, unitamente al ricorso sempre più frequente alla tecnica dell'inversione degli oneri probatori o ancora al principio della responsabilità

giuridici vari, Torino, 1918; teoria "del rischio di impresa", seguita e profondamente studiata dallo stesso P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit..

⁷ L'autore critica sia il principio *assurance oblige*, sia l'analogo *richesse oblige* rilevando che i sistemi fondati su tali direttive non hanno il carattere di una pianificazione sociale, ma, al contrario, conducono unicamente ad una «beneficenza obbligatoria»; v. anche A. EHRENZWEIG, *Versicherung als Haftungsgrund*, in *Juristische Blätter*, 1950; ID., *Assurance oblige, A comparative study*, in *Law and Contemp. Prob.*, 1950, 445.

oggettiva con maggiori garanzie per colui che, danneggiato, decide di agire giudizialmente. Sotto un profilo quantitativo, la maggior facilità o speranza di un risarcimento ha condotto alla moltiplicazione delle domande risarcitorie e, quindi, alla proliferazione delle denunce di sinistro.

Un tale meccanismo, che forse potremmo vedere meglio come una nuova *forma mentis* della cultura della seconda metà del secolo scorso, pare essere stato recepito anche dallo stesso legislatore il quale intervenendo in rilevanti settori dell'attività imprenditoriale, ha ampliato da un lato le ipotesi di responsabilità (dell'imprenditore) senza colpa, dall'altro le ipotesi di assicurazione obbligatoria.

I pochi cenni introduttivi tratteggiati pongono l'attenzione su quel vincolo, sempre più stringente che avvolge il modo assicurativo a quello della responsabilità. Questi si influenzano, dipendono economicamente l'uno dall'altro: l'esistenza di una copertura assicurativa porta alla dilatazione del danno, la quale, a sua volta, conduce alla ricerca di nuove coperture assicurative quasi a formare un circolo vizioso, con ingenti conseguenze di carattere economico.

Sotto quest'ultimo profilo, si è soliti analizzare quale sia stata la risposta della giurisprudenza "rasserenata" nel decidere allorché, di fronte alla scelta se accogliere la domanda risarcitoria del danneggiato, ovvero assolvere l'asserito danneggiante con il rischio di rovinarlo economicamente, vi sia un assicuratore dotato di "larghe spalle" su cui far gravare ogni costo. Tuttavia, si ritiene altrettanto interessante superare tale aspetto, già ampiamente analizzato in dottrina, per comprendere quale sia stata la risposta del mondo assicurativo innanzi all'aumento esponenziale dei costi su di esso gravanti^{8 9}.

⁸ V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione, disciplina giuridica e analisi economica*, PADOVA 2008; in proposito si veda ancora A.D. CANDIAN – S. PACI, *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002.

⁹ Si precisa che nel presente lavoro il generico riferimento all'Assicurazione è da intendersi quale rinvio all' "Assicurazione danni", attività diversa e da tenere debitamente distinta, come disciplinato all'art. 1882 c.c., dall' "Assicurazione vita".

2. *L'Assicurazione danni*

Chi sia l'Impresa assicurativa, è conoscenza comune. In pratica, quando si parla di Compagnia di assicurazione, si è soliti pensare a quel soggetto forte in grado di tutelare il patrimonio dell'assicurato dalle conseguenze negative derivanti da un possibile "pregiudizio" da questi provocato ad un terzo. Quindi quel soggetto su cui trasferire inizialmente il rischio e successivamente il costo del danno subito da chi è stato colpito in via immediata dal medesimo danno.

Ciò è dovuto al fatto che l'Impresa di assicurazione si adopera, ma si noti bene con fini speculativi, nello studio del calcolo delle probabilità future di accadimento di un determinato evento dannoso e della sua entità, in termini di somma concretamente risarcibile, sulla base di osservazioni del passato, svolte in particolari settori professionali.

Pertanto, per "Assicurazione" si deve intendere quell'attività economica in base alla quale l'Impresa, applicando determinati principi tecnici, matematici, statistici e giuridici, raccoglie dagli assicurati, attraverso il pagamento dei c.d. premi, un complesso di mezzi finanziari che, opportunamente gestiti, le consentono di fronteggiare la sopportazione del costo dei danni sulla medesima trasferiti¹⁰.

Si osservi ancora che l'ammontare del premio, ossia della somma che ogni singolo contraente è tenuto a pagare quale contropartita della prestazione richiesta all'assicuratore, ha un costo che dovrebbe essere calcolato mediante operazioni statistico-attuariali¹¹ prendendo quali parametri di riferimento una massa di rischi omogenei e il numero dei soggetti assicurati per quel rischio^{12 13}.

¹⁰ Sul discorso matematico finalizzato allo studio del funzionamento del meccanismo assicurativo si veda L. SELLERI *Nuovi orientamenti nelle politiche di premio delle imprese di assicurazione*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 2001, 969; C. DE FERRA, *L'assicurazione: nozioni, concetti, base matematiche*, Milano, 1995; D. DE STROBEL, *Il premio* in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, cit.; F. PISCI, *Riserve tecniche dei rami vita e danni*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, Milano, 2006, 86.

¹¹ Lo studio svolto con la matematica attuariale consiste nell'analisi delle conseguenze finanziarie dei rischi. A tale scopo l'attuario impiega metodi statistici e probabilistici per risolvere problemi finanziari e assicurativi. Si ritiene, infatti, che "ingegnere delle assicurazioni" potrebbe essere una definizione moderna dell'attuario. Il metodo attuariale tiene conto del diverso valore nel tempo del

Un noto giurista ha scritto (volendo richiamare le parole di Salandra) che il premio è quella «somma di denaro commisurata non al valore economico della prestazione, ma alla valutazione economica dell'obbligo assunto dall'assicuratore di doverla eventualmente eseguire o di doverla eseguire in un certo momento, cioè del rischio che egli sopporta»¹⁴.

Nell'ottica del privato, professionista, produttore, o anche imprenditore la funzione dell'assicuratore è sempre stata di indubbia rilevanza.

Basti pensare all'origine storica dell'impresa assicurativa sorta dall'esigenza mutualistica dei membri di una collettività di condividere i rischi e suddividere i costi, cui ciascuno, personalmente, era esposto; poi evolutasi, con motivazioni ben diverse, nell'assicurazione a premio nata, diversamente, dal mero spirito del lucro¹⁵.

denaro, della probabilità del costo del danno. Secondo la letteratura italiana si veda F. GRASSO, *Elementi di tecnica attuariale della riassicurazione nei rami danni*, Firenze, 2001; E. PITACCO, *Modelli attuariali per le assicurazioni sulla salute*, Milano, 1995; C. DE FERRA, *L'assicurazione*, cit., 129. Per la letteratura straniera si veda C. O'BRIEN, voce *Actuarial methods in finance*, in *The new Palgrave dictionary of money and finance*, London, 1992, 17.

¹² A. OLIVERI «Valutazioni» in *assicurazione vita: profili attuariali, finanziari ed economici*, in *Dir. ec. ed ass.*, 1996, 381; L. VANNUCCI, *Statistica assicurativa e valutazioni attuariali*, Bologna, 2000.

¹³ Il premio è uno degli elementi fondamentali del contratto di assicurazione costituendone una condizione di efficacia, così come disciplinato all'art. 1901 c.c.. Infatti, se il contraente non paga il corrispettivo dovuto, l'assicurazione resta sospesa. In ciò è insita la natura prettamente onerosa del contratto di assicurazione.

E', tuttavia, curioso domandarsi l'origine storica di tale termine intendendo genericamente una somma di denaro che si conferisce come riconoscimento di un merito. Forse, rifacendosi alla sua origine storica si intendeva già nel medioevo sottolineare la natura gratificatoria dell'attività di colui che, assumendosi il rischio economico derivante dai pericoli di danni insiti nell'attività altrui, nell'ipotesi in cui nessun danno si fosse verificato, egli veniva ricompensato trattenendo la somma di denaro richiesta prima che l'attività foriera di rischi venisse praticata dal terzo.

Il premio che viene calcolato dall'assicuratore è composto dalla somma del c.d. "premio puro" determinato in considerazione del rischio assunto, più oneri accessori derivanti dai costi gestionali che l'assicuratore sopporta, definiti "caricamenti", ai quali si aggiungono ancora le tasse e le spese ed i costi per l'emissione del contratto di assicurazione.

In merito si veda S. CHERUBINI – G. EMINENTE, *Marketing delle assicurazioni*, Torino, 1988, 136; D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, 291; A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1995, 97; M. ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, in Alpa, (a cura di), *Le Assicurazioni private*, Torino 2006, I, 781.

¹⁴ V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in Scialoja -Branca, (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1966,188.

¹⁵ Già nel mondo greco-romano si conoscevano le prime associazioni di mutuo soccorso e di assistenza a favore dei singoli associati, antesignane delle società di mutua assicurazione, poi seguite, nei primi decenni del sec. XIV, dalle assicurazioni a premio nate dalle esigenze dei traffici

Infatti, le prime forme, sebbene impure, di assicurazioni a premio, si individuano alla fine del secolo XI, nel bacino del Mediterraneo, quali clausole accessorie di altri contratti. Si prenda ad esempio la clausola “*ad tuum risicum, ad tuam fortunam*” inserita nei contratti di trasporto marittimo il cui prezzo comprendeva anche l’importo del “premio” per l’assunzione del rischio della perdita del carico in mare. Situazione che tuttora si rinviene in alcuni mutui fondiari collegati a una polizza di assicurazione di debito. Tuttavia, per doverosa precisione, si sottolinea che soltanto agli inizi del XIV secolo¹⁶ si possono individuare le prime forme di veri e propri contratti di assicurazione a premio allorché la contrattazione del rischio perde la sua connotazione di accessorietà per divenire elemento centrale dell’obbligazione.¹⁷

L’assicurazione nasce, quindi, dai «vivi bisogni della vita dei traffici», quale creazione della classe commerciale¹⁸.

Oggi, come allora, l’impresa assicurativa è ancora il cardine della moderna economia capitalistica. Promuovendo il trasferimento del rischio di un evento di danno che si realizza con la traslazione del costo dell’eventuale danno medesimo, l’assicuratore ha permesso all’imprenditore-professionista sia di effettuare maggiori operazioni economiche, sia di svolgere determinate attività, sgravando l’attenzione da rischi e spese imprevedute future, così da concentrare energie e ricchezze economiche nel presente¹⁹.

P. Bernstein²⁰, storico della matematica attuariale, come viene ricordato da Francesco Donato Busnelli, per accentuare il rilievo che il mondo assicurativo ha svolto nell’economia moderna, accosta l’assicurazione alla borsa valori: «Entrambe

commerciali maggiormente sviluppati in quel particolare periodo storico. Su tali origini storiche si veda C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, Milano 1885; G. GONETTA, *Società di mutuo soccorso*, Pistoia, 1887; E. BENZA *Il contratto di assicurazione nel Medioevo*, Genova, 1884.

¹⁶ Il più antico contratto che ci è pervenuto è risalente al 1347. Fra gli studiosi che maggiormente si sono dedicati alla ricerca delle origini storiche del contratto di assicurazione si ricorda E. BENZA, *Il contratto di assicurazione nel Medioevo*, cit.; G. BONOLIS, *Svolgimento storico dell’assicurazione in Italia*, 1901; J. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, 1913.

¹⁷ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, Milano, 1952, I, 55.

¹⁸ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, cit. 64.

¹⁹ P. L. BERNSTEIN, *Against the Gods. The remarkable story of risk*, New York, 1996.

²⁰ P. L. BERNSTEIN, *Geneva Papers of Risk and Insurance. Issues and Practice*, 2000, 635.

grazie alla loro capacità di promuovere la reversibilità, incoraggiano l'investimento, trasformandosi in strumenti essenziali del sistema capitalistico»²¹.

Il contratto di assicurazione, dunque, nella sua sinallagmaticità, trova la sua causa in quel bilanciamento di interessi che anima le differenti classi sociali e professionali, intendendo perseguire il raggiungimento di equilibri economici tali da incentivare il mercato. In particolare, da una parte si pone l'interesse dell'assicurato il quale tende al raggiungimento di quella sicurezza in forza della quale, pur cagionando o potendo cagionare un sinistro, troverebbe la pattuita garanzia nella polizza di responsabilità civile che comunque dovrebbe indennizzarlo o manlevarlo - nelle forme dell'art. 1917- e le somme non accantonate a copertura di un evento incerto potranno essere spese per accrescere la produttività. Dall'altra, si pone l'interesse dell'assicuratore per il quale è fondamentale la speculazione economica derivante dalla raccolta dei premi per un valore superiore al costo dei sinistri.

Il sacrificio economico di una parte trova corrispettivo nel proporzionale sacrificio economico dell'altra ed il mantenimento di tale equilibrio genera ricchezza²².

Quali problemi, quindi, potrebbero sorgere nel caso in cui si determinasse una rottura di detto equilibrio?

²¹ F.D. BUSNELLI, *Prefazione*, in Alpa (a cura di) *Le Assicurazioni private*, Torino, 2006, XXVII.

²² G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960, 15. Secondo l'Autore quando si affronta il problema dei contratti sinallagmatici è doveroso analizzare "se quel rapporto di corrispettività di cui parla la legge si riferisca alle obbligazioni o alle prestazioni o alle attribuzioni patrimoniali". L'A. rileva che il significato di contratto a prestazioni corrispettive debba essere inteso in un'ampia accezione, essendo riduttivo, se non errato, vincolarlo al mero significato di "contratto ad obbligazioni reciproche". La corrispettività deve, quindi, sussistere fra le reciproche attribuzioni patrimoniali in quanto è insita nel "vantaggio o nell'utilità procurati mediante il contratto".

3. *Il Rischio*

Nei paragrafi precedenti si è accennato al concetto di rischio, senza tuttavia soffermarsi su tale fondamentale elemento del contratto di assicurazione di cui il legislatore non ha voluto offrire una precisa definizione.

E' certo che ricopra un ruolo fondamentale. Il codice civile, infatti, lo pone come presupposto del contratto medesimo²³. Di esso troviamo menzione negli articoli 1895 e seguenti, i quali, disciplinando l'inesistenza, la cessazione e la modificazione del rischio quali motivi di nullità, ovvero di scioglimento o ancora di recesso dal vincolo negoziale, impongono l'attenzione dell'interprete sulla funzione cardine rivestita da tale elemento all'interno del rapporto assicurativo.

Comunemente viene inteso come la possibilità, prevedibile, ma incerta, del verificarsi di un evento negativo futuro.

Il termine, comunque, assume sfaccettature differenti a seconda dell'istituto di riferimento o, ancor più latamente, della diversa disciplina, cui appartiene chi se ne serve.

Al di fuori del contratto di assicurazione, si parla di rischio attuariale come fenomeno naturale che si introduce con una certa regolarità nella vita comune.

Si parla di rischio contrattuale o di "rischio economico" come incertezza sul raggiungimento di quel risultato tipico che ci si attende da quello specifico negozio²⁴,

²³ Sulla nozione di "rischio" la dottrina in passato si era trovata divisa fra coloro che ritenevano il rischio unicamente un presupposto di validità del contratto. (Così. A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1960, I, 236) e coloro che lo ritenevano elemento essenziale del contratto quale causa, ovvero quale oggetto del contratto (Così. POTHIER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere*, II, Livorno, 1841). Parimenti sul punto, la stessa giurisprudenza in passato si era trovata sovente in disaccordo. Una per tutte, si veda Cass. 18 settembre 1961, n. 2033, in *Ass.*, 1962, II, 36 secondo la quale il rischio assume a funzione causale del contratto di assicurazione; Cass., 3 luglio 1991, n. 7300, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3151 secondo la quale il rischio è null'altro che presupposto del contratto.

²⁴ Si precisa che il "rischio contrattuale" deve essere distinto dall' "alea normale" del contratto. Per essa normalmente si intende "quel rischio denotato dalle oscillazioni di valore delle singole prestazioni, ma non di tutte le oscillazioni di valore delle prestazioni bensì di quelle dovute al tipo ed alla causa concreta scelti dai contraenti". Cfr. G. DI GIANDOMENICO, *L'alea normale del contratto*, in G. Di Giandomenico, D. Riccio (a cura di), *I contratti aleatori*, Torino, 2005, 419.

quale può essere l'inadempimento dell'altro contraente od ancora l'oscillazione di valore delle singole prestazioni²⁵.

Si parla, diversamente, di "rischio negoziale" o di "alea negoziale", tipico del contratto aleatorio, quale elemento la cui presenza incide sulla esistenza o sulla determinazione di una prestazione²⁶.

Più specificatamente, con riferimento all'assicurazione della responsabilità civile, il rischio - assicurabile o assicurato -, secondo la prevalente dottrina, rappresenta il pericolo che si verifichi in futuro un sinistro con correlata o consequenziale produzione di un danno²⁷.

Tale definizione, traendo origine dal dettato testuale dell'art. 1882 c.c., che - all'interno dello stesso istituto dell'assicurazione - pone quale presupposto del contratto tanto "il danno prodotto da un sinistro", quanto "un evento attinente la vita umana", vuole essere il corollario della ricerca di quelle caratteristiche comuni e presenti in tutte le fattispecie di assicurazione.

Secondo il pensiero di Donati, invece, è importante soffermarsi sulla sottile differenza che intercorre fra "evento futuro ed incerto", ossia possibile; e "possibilità dell'evento". Secondo l'Autore, un simile approfondimento è necessario per inquadrare correttamente il preciso valore dell'elemento rischio sul quale si imposta il rapporto assicurativo in quanto, «il rischio, per tutta la sua durata, è dato proprio dalla pendenza dell'evento»²⁸.

²⁵ G. ALPA, M. BESSONE, E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

²⁶ G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, cit., 20.

²⁷ C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione* in Bolaffi - Vivante (a cura di) *Codice di commercio commentato*, Torino, 1909; R. BROLESE, *L'assicurazione furto*, in Candian -Paci (a cura di) *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, II, Milano, 2002, 940; A. DE GREGORIO, G. FANELLI, A. LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione, l'assicurazione danni*, Torino, 1991, 3; S. SOTGIA, *Mutamento ed intensità del rischio nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1956, II 152. Si osservi ancora l'opinione di altra parte della dottrina la quale nega l'obbligo di rinvenire necessariamente nell'evento un connotato sfavorevole ritenendo più ampiamente che il rischio si estrinsechi in un "evento futuro e incerto, favorevole o sfavorevole.

²⁸ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, II, Milano, 1954, 111.

La precisazione di Donati, nella sua interpretazione, è decisiva anche per non incorrere nell'errore, a volte comune, di confondere il rischio, ossia la possibilità dell'evento, con altre differenti ipotesi²⁹.

Benché non sempre la dottrina abbia voluto approfondire e curare uno studio sul corretto significato del rischio all'interno del contratto di assicurazione, emerge comunque la difficoltà concettuale e la necessità di questa preliminare indagine.

Ancora in proposito, Fanelli³⁰ ritiene non del tutto corretto collegare il rischio assicurato con la mera possibilità dell'evento, creando una dicotomia fra quello che egli definisce rischio assicurabile o assicurato e rischio extra assicurativo. L'autore, considerando che «l'assicurazione di un determinato rischio non ha alcuna influenza sulla possibilità che si verifichi l'evento [in quanto] ... anche dopo l'assicurazione il rischio nella sua realtà pratica e giuridica continua ad esistere», indica la mera possibilità di un evento ordinariamente dannoso, indipendentemente dal contratto di assicurazione quale rischio "extra assicurativo"; la possibilità di dovere effettuare una determinata prestazione contrattuale al verificarsi dell'evento determinato, quale rischio assicurato. Secondo Fanelli, così precisando, «il rischio realizza il carattere aleatorio del contratto di assicurazione ed equivale all'assunzione di una obbligazione aleatoria la cui struttura è oggetto di non pochi contrasti» e che, comunque, necessita di essere dettagliatamente qualificato sia nella sua natura, sia nelle modalità del suo possibile estrinsecarsi³¹.

Accogliendo le critiche mosse da Donati, l'exasperato tecnicismo di Fanelli porterebbe ad una ingiustificata bipartizione del significato di rischio, comunque, mai voluta dal legislatore, venendo a coincidere: il rischio extra assicurativo in quello

²⁹ Donati, fedele al tecnicismo, riprendendo gli studi prima di Kisch, e poi di Fanelli, osservava che sovente il termine rischio viene usato erroneamente, ovvero impropriamente. Si pensi, infatti, alle ipotesi in cui in luogo di sinistro o di evento assicurato, si è soliti dire che il rischio si è già verificato, od ancora, parlando di trasferimento del rischio o di ripartizioni del rischio, si confonde il termine con le conseguenze del sinistro.

W. KISCH, *Handbuch des Privatversicherungsrecht* II, München 1920, 1.

³⁰ G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945, 126. Si veda anche ID., *Le assicurazioni*, cit. 66; ID., *Considerazioni sul concetto di rischio nell'assicurazione*, in *Ass.*, 1944, I, 45.

³¹ G. FANELLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, cit., 111.

del solo assicurato; il rischio assicurato in quello del solo assicuratore. La distinzione parrebbe, quindi, arbitraria, in quanto il rischio dell'assicuratore dipende sempre dal rischio dell'assicurato: «il rischio dell'assicurato, infatti, nei limiti stabiliti in contratto, condiziona l'obbligazione dell'assicuratore»³².

4. *Segue: gli elementi del rischio.*

Se dunque, abbracciando la tesi di Donati, il rischio è dato dalla pendenza dell'evento e, pertanto, corrisponde alla possibilità del suo verificarsi, l'elemento di giuridico rilievo che lo informa sarà comunque, come per la restante dottrina, la possibilità³³.

Ricorrendo ad un gioco di parole, è possibile ciò che non è impossibile; è possibile ciò che non è certo. Possibilità, quindi, è sinonimo di incertezza.

L'art. 1895 c.c., disciplinando che è nullo il contratto se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere (prima della stipulazione del contratto), non vuole altro che fissare il presupposto dell'incertezza dell'evento. Si pensi, esemplificando, a quando, nell'assicurazione danni, la *res* oggetto dell'interesse protetto non esiste o non è mai stata esposta al pericolo. Od ancora, che il rischio oggetto del contratto si sia già verificato prima della stipula della polizza.

È di intuibile evidenza che il “rischio impossibile” non può essere un rischio, perché mai cagionerà un danno nell'avvenire; parimenti il “rischio certo” è già sinonimo di sinistro. Sulla base di tali considerazioni è, quindi, ormai acclarato in dottrina e in giurisprudenza che la qualificazione “possibile” del rischio riassume in sé i due aggettivi di “futuro” e “incerto” applicati ad un evento prevedibile.

Sono, tuttavia, ancora doverose alcune precisazioni.

³² A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, cit., II, 114.

³³ A. DE GREGORIO, G. FANELLI, A. LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, cit.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione, l'assicurazione danni*, cit.; S. SOTGIA, *Mutamento ed intensità del rischio* cit. .

Non è del tutto corretto affermare che l'evento espressione del rischio in sé deve sempre essere incerto. Si pensi, ad esempio, all'assicurazione sulla vita ove l'evento morte è certo. Si badi bene, però, che l'alea, nel presente caso, è insita nella durata della vita dell'assicurato. Persiste, dunque, sempre l'esistenza di un rischio, la quale consisterà, in tale fattispecie, nella incertezza della durata della vita.

L' "incertezza", infatti, può incidere tanto sulla possibilità dell'accadimento, quanto sul tempo³⁴.

Lo stesso si dica per l'altro aggettivo con il quale si è soliti riferirsi al rischio definendolo "sfavorevole". Solo nell'assicurazione danni l'evento corrisponde al danno prodotto da un sinistro e, pertanto, l'operatività della polizza è vincolata al carattere dannoso del medesimo. Nell'assicurazione vita, come indicato dallo stesso art. 1882 c.c., si richiede semplicemente il collegamento con un "evento attinente alla vita umana", non necessariamente definibile come dannoso³⁵.

Alla luce di quanto sopra l'elemento rischio si mostra sotto diversi profili, divenendo difficile individuare una precisa e corretta definizione.

La costruzione di Donati, che incentra l'attenzione sulla pendenza dell'evento (assicurato) appare, quindi, l'unico che possa essere di utilità nei diversi settori dell'assicurazione.

Il discorso si semplificherebbe notevolmente se si abbandonasse l'inutile sforzo di fissare una unitaria nozione di rischio. Benché il Codice ricorra ad una norma unitaria per rendere la definizione di assicurazione e, implicitamente, di rischio, si osservi, comunque, che l'assenza della definizione di rischio è supplita

³⁴ L'incertezza che riguarda il momento in cui si verificherà l'evento si dice "relativa"; l'incertezza che riguarda la possibilità dell'evento si dice "assoluta". Nell'assicurazione sulla vita è incerto il momento dell'evento morte: *eventus incertus quando*; nell'assicurazione danni è incerto sia il se del verificarsi del sinistro, sia il quando: *eventus incertus an e quando*.

³⁵ Donati, prendendo una posizione parzialmente difforme, ritiene che richiedendo il carattere dannoso dell'evento per le sole assicurazioni contro i danni, si incorrerebbe nell'errore di ammettere che il rischio "sia l'evento a priori sfavorevole, sia quello favorevole, sia quello indifferente, sì che il concetto di rischio si confonderebbe con quello più generico di alea: tesi che appare *ictu oculi* inaccettabile, ove si pensi che la c.d. assicurazione contro la possibilità di un evento indifferente non è un'assicurazione, ma una scommessa o un gioco e che l'assicurazione di un evento favorevole è inconcepibile poiché verrebbe sempre a priori a raggiungere uno scopo di lucro". In proposito si veda A DONATI, Trattato del diritto delle assicurazioni private, cit., 125.

dalla indicazione per ciascun ramo assicurativo dell'elemento a presupposto di ciascun settore: secondo gli articoli 1882 e 1904 c.c. nell'assicurazione contro i danni, è la pendenza del verificarsi del danno che cagiona il sinistro; secondo gli articoli 1882 e 1919 nell'assicurazione vita, è la pendenza di un evento attinente alla vita umana. Così procedendo si pone una netta distinzione fra quello che è genericamente il rischio e quello che è il rischio assicurativo assicurabile.

Con particolare riferimento allo specifico rischio che viene dedotto in polizza, cioè quello per cui ci si vuole assicurare, le parti hanno il potere di determinarne i relativi confini nell'ambito della loro autonomia contrattuale³⁶. I contraenti, quindi, sono liberi di circoscrivere l'estensione, ossia l'entità, del rischio, di determinarne l'oggetto ossia la natura, di fissarne i margini, con l'unico limite che le delimitazioni stabilite non determinino il venir meno della pendenza dell'evento, nel qual caso si incorrerebbe nella violazione dell'art. 1895 c.c.³⁷.

All'interno dei margini di autonomia lasciati alle parti, i contraenti possono altresì stabilire un termine di decorrenza del contratto che non dovrà necessariamente coincidere con il momento della stipulazione della polizza. Esso potrà sì essere antecedente, come successivo, alla conclusione del contratto; tuttavia, mantenendo il pieno rispetto dell'art. 1895 c.c., l'evento dannoso mai dovrà essersi verificato prima di quel termine fissato dalle parti per l'operatività della copertura assicurativa.

³⁶ Per doverosa precisione si fa presente che nel particolare caso della assicurazione obbligatoria avviene un inserimento automatico delle regole fissate dalla disciplina legale, pertanto i parametri del rischio vengono delimitati, a tutela del soggetto assicurato, direttamente dal legislatore.

³⁷ Per costante giurisprudenza la delimitazione del rischio non determina una delimitazione della responsabilità dell'assicurato nel qual caso vi sarebbe la necessità di una approvazione per iscritto della clausola ex art. 1341, 2° comma, ma unicamente una precisazione dell'oggetto dedotto in contratto in funzione del quale viene determinato il premio. Cosicché è vessatoria, e necessita una approvazione scritta, la clausola «che prevede una riduzione dell'indennizzo in caso di concorrenza di più coperture assicurative per il medesimo rischio [...] poiché da una parte limita la responsabilità dell'assicuratore creando una posizione di privilegio per il contraente più forte, e dall'altra restringe la libertà contrattuale del contraente più debole nei rapporti con i terzi costringendolo ad avere rapporti assicurativi solo con l'assicurazione privilegiata». Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno e resp.*, 2007, 5, 467, in *Fisco on line*, 2007, in *Impresa*, 2007, 4, 629. In proposito si veda ancora Cass., 15 gennaio 1997, n. 373, in *Foro it.* 1997, 1, 1173, in *Ass.*, 1997, II, 2. E' invece clausola che delimita meramente i confini del rischio quella che «riguarda il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, si limita a specificare il rischio garantito.», come precisa Cass., 4 febbraio 2002, n. 1430, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1896.

In proposito, come ritenuto in giurisprudenza, «il rischio è l'elemento necessario del contratto di assicurazione per sua natura aleatorio, per cui è necessario che l'alea investa e caratterizzi il negozio fin dalla formazione, in modo che sia incerto il vantaggio economico in relazione al rischio al quale le parti si espongono. Nulla vieta che le parti si accordino per far decorrere gli effetti del contratto ad una data antecedente la conclusione del contratto, sempre che non si addivenga alla copertura di un rischio relativo ad un evento dannoso già verificatosi al momento del perfezionamento del contratto»³⁸.

5. *Segue: Il rischio putativo*

Altro problema è quello se non possa essere ammessa dal codice civile la particolare categoria del “rischio putativo”.

Per esso si intende la convinzione soggettiva dell'esistenza di un rischio il quale può essersi già concretizzato con la causazione di un sinistro o essere ancora (oggettivamente) in potenza. È sempre necessaria, comunque, l'ignoranza delle parti in ordine al verificarsi dell'evento.

Di fronte ad un rischio putativo non si potrà più definire il rischio quale pendenza dell'evento in quanto a essere incerto o possibile non sarà il verificarsi del danno, ma la conoscenza dell'esistenza del sinistro.

In base ad una prima lettura dell'art. 1895 c.c., che impone la nullità del contratto in mancanza *ab initio* del rischio e, quindi, della possibilità dell'evento, si potrebbe affermare che nell'assicurazione contro i danni il rischio putativo è un rischio non assicurabile perché contrario allo schema negoziale plasmato dal legislatore^{39 40}.

³⁸ Corte di Appello di Milano, 14 aprile 1995, n. 1130, in www.leggiditalia.it.

³⁹ G. CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, Torino, 1970, 176; M. GRIGOLI, *In merito alla disciplina dell'assicurazione nel rischio putativo*, in *Ass.*, 1960, I, 620.

⁴⁰ Prima del codice civile del '42, l'assicurazione del “rischio putativo” era ammessa dal codice di Commercio del 1882 per tutti i rami assicurativi. Già allora si conoscevano le prime critiche mosse

Fanelli, infatti, definisce il rischio «un avvenimento possibile, [ma] non ancora verificatosi»⁴¹.

Il codice civile chiaramente richiede, come già è stato ampiamente specificato, che l'evento, rivelazione del rischio, dedotto in contratto debba essere “futuro e incerto e non verificato” e che per rischi “già verificati” si debbano intendere «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»⁴².

Dall'analisi condotta, l'art. 1895 c.c. sembra non considerare che il sinistro possa manifestarsi come soggettivamente inesistente perché, comunque, ponendosi in essere, avrà necessariamente perso ogni tipico requisito dell'incertezza e della posteriorità.

In molti sono concordi nel ritenere che, in deroga a questo principio, il rischio putativo possa godere di rilievo unicamente per le assicurazioni marittime e aeronautiche ove avviene una equiparazione della concezione oggettiva di esistenza del rischio a quella soggettiva, che le nuove tecnologie condurranno ad unità⁴³.

Nell'assicurazione marittima non conoscere l'esistenza del sinistro è sinonimo del perpetrarsi dell'esistenza del rischio. La soggettiva ignoranza delle parti in merito al verificarsi o meno del danno non distruggerebbe il carattere aleatorio del contratto

dalla dottrina. Si veda in proposito. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1928. Successivamente è venuta meno tale estensione con una precisa delimitazione del legislatore al solo ambito delle assicurazioni marittime.

Ancora oggi il codice della navigazione agli articoli 514 e 1021 specifica l'assicurabilità del rischio putativo ponendo dette specifiche norme quali eccezioni al codice civile, come chiaramente specificato nella relazione del Guardasigilli al codice civile: «Il nuovo codice [...] rinvia inoltre al codice della navigazione il regolamento particolare delle assicurazioni marittime ed aeronautiche (1885). Resta inteso che le norme comprese nel codice civile devono coordinarsi tanto con le leggi speciali, quanto con le norme del codice della navigazione. Esse si applicano solo ove nelle une e nell'altro manchino norme specifiche».

⁴¹ G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in Cicu-Messineo (a cura di) *Trattato di diritto commerciale*, 1973, 66.

⁴² Tribunale di Roma, 12 settembre 2007, n. 17197, inedita.

⁴³ A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, cit., 179; A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit., 115; A. GAMBINO, voce *Assicurazione* (Contratto di), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, M. ROSSETTI, *Inesistenza del rischio* in La Torre (a cura di), *Le Assicurazioni*, Milano, 2000, 89.

di assicurazione marittima⁴⁴. Al Titolo V del codice della navigazione, intitolato “Delle Assicurazioni” l’art 514 - rischio putativo- , infatti, specificatamente si legge: «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».

Tale disciplina speciale del codice della navigazione⁴⁵, ove il legislatore si è direttamente espresso ammettendo la copertura assicurativa anche per quei rischi già verificatisi, ma non conosciuti, e quindi creando una eccezione allo schema tradizionale, è una conferma del fatto che il legislatore non ha inteso riconoscere l’assicurabilità del rischio putativo in generale.

⁴⁴Gli artt. 514 e 1021 c. nav. dispongono la nullità del contratto soltanto se la notizia della inesistenza o della cessione del rischio o dell’avveramento del sinistro sia pervenuta nel luogo della stipulazione prima della conclusione del contratto (rischio putativo). In questo caso la convinzione soggettiva dell’esistenza del rischio viene equiparata alla sua esistenza obbiettiva.

⁴⁵ Sul punto si rimanda alla nota 38.

Lo stesso codice civile all’art. 1885 - Assicurazione contro i rischi della navigazione- richiama l’art. 514 cod. nav. come norma speciale non prevista dal medesimo codice civile e quindi regolata esclusivamente dal codice della navigazione.

6. *Segue. Rischio oggettivo, rischio soggettivo: il moral hazard; l'adverse selection.*

Il rischio, nella sua attualità e concretezza, si pone quale presupposto per la conclusione di un contratto di assicurazione. In sua assenza il contratto sarà nullo.

L'evento espressione del rischio, come sinora si è detto, deve essere sfavorevole, futuro, incerto, diretto a esporre a responsabilità patrimoniale l'assicurato, nel senso che il rischio pone il patrimonio dell'assicurato a una possibile diminuzione.

Su tale base, comunemente si parla di "rischio oggettivo" in quanto il rischio è parametrato su uno specifico livello di gravità, determinato su una serie di valutazioni oggettive «che caratterizzano il rischio nei riflessi della copertura assicurativa richiesta e lo differenziano rispetto alle tipologie medie previste dalla tariffa di riferimento»⁴⁶. E' pertanto definito oggettivo nel senso della sua completa indipendenza dal comportamento opportunistico che l'assicurato potrebbe tenere in seguito, una volta raggiunta la tranquillità di essere sempre e comunque garantito dal proprio assicuratore.

In conclusione, si può dire, quindi, che il "rischio assicurabile", o altrimenti definito "rischio oggettivo", è «la probabilità del verificarsi di un evento futuro e incerto, non dipendente dalla volontà del o dei soggetti interessati e di cui in astratto è possibile prevedere l'avveramento nell'ambito di una determinata comunità, ma non le persone o i beni che verranno in concreto colpite dal suo verificarsi, evento che è o può essere fonte del danno»⁴⁷.

A veder bene, è stato ormai accertato che, costantemente, fra la massa di soggetti che contraggono una medesima polizza a garanzia di uno stesso rischio, una parte di essi, certi della garanzia che il proprio assicuratore presterà loro, diminuiscono l'attenzione prestata nell'attività assicurata aumentando la

⁴⁶ C. CHIAVINI, *Il Ramo incendio*, in Candian- Paci (a cura di), *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002, 1039.

⁴⁷ L. BUTTARO, *Assicurazione: Caratteristiche e classificazioni*, in *Enc dir*, 1958, 448.

predisposizione a che un sinistro sia provocato. Il comportamento del singolo può, quindi, portare a delle alterazioni delle statistiche di riferimento elaborate dalle imprese conducendo a una distorsione del sistema.

Antagonista del rischio oggettivo si pone, infatti, il rischio soggettivo il quale si modella su di una serie di elementi riconducibili alla componente umana e specifica dell'individuo che si assicura, di regola analizzati e valutati dall'assicuratore per mezzo di appositi questionari⁴⁸

Il *moral hazard*, o rischio morale è uno dei volti con cui si manifesta il rischio soggettivo. Viene così definito in quanto si mostra come fenomeno tipico negativo del *market insurance* determinando un elemento destabilizzatore per l'impresa nel calcolo del premio che, si ricorda, viene determinato in funzione del rischio che si vuole assicurare⁴⁹.

⁴⁸Si riportano qui di seguito alcuni questionari che di norma fanno parte integrante della polizza e che descrivono lo stato del bene assicurato. Tale parte specifica della polizza deve, comunque, essere sempre compilata e/o firmata dall'assicurato, prima di sottoscrivere la polizza medesima *ex artt.* 1892, 1893, 1894. Polizza di assicurazione incendio: «Dichiarazioni del Contraente o dell'Assicurato: a) le cose assicurate od altri enti pertinenti a sue attività imprenditoriali non soffersero nell'ultimo decennio danni della medesima natura di quelli indennizzabili in base alla presente polizza; b) le cose descritte nella presente polizza non sono assicurate presso altre Società; c) non esistono depositi, con o senza scaffalature, aventi altezza d'impilamento superiore a 10 metri. Ogni modifica o integrazione alle dichiarazioni che precedono deve esplicitamente risultare dal testo della polizza». Polizza di assicurazione danni indiretti: «Dichiarazioni dell'Assicurato o del Contraente: a) per l'attività dichiarata non furono stipulate in passato e non sono in corso attualmente altre assicurazioni contro i danni indiretti (in caso diverso, dettagliare ...); b) le cose pertinenti all'attività dichiarata o ad altre sue attività imprenditoriali non soffersero negli ultimi dieci anni sinistri della stessa natura di quelli indennizzabili a termini della polizza di riferimento (in caso diverso, dettagliare ...).». Polizza di assicurazione furto: «Dichiarazioni del Contraente o dell'Assicurato: a) che agisce in qualità di e per conto; b) che nel quinquennio precedente la data della presente polizza, egli non soffersero danni di furto o tentativo di furto; c) che le cose descritte nella presente polizza non sono assicurate presso altre Società; d) che la descrizione delle cose assicurate, la loro ubicazione e le modalità di custodia sono conformi alle proprie dichiarazioni e determinano la precisa qualità e natura del rischio, coerentemente alle quali vennero convenute le condizioni di assicurazione ed il premio. Ogni modifica o integrazione alle dichiarazioni che precedono deve esplicitamente risultare dal testo della polizza». Polizza di assicurazione della responsabilità civile inquinamento: «Dichiarazioni dell'Assicurato, oltre a quelle contenute nel questionario, agli effetti degli artt. 1892 e 1893 del codice civile polizze in corso per gli stessi rischi; polizze annullate negli ultimi due anni motivo dell'annullamento; sinistri negli ultimi due anni». Polizza di assicurazione della responsabilità civile prodotti: «Dichiarazioni dell'Assicurato oltre a quelle contenute nel questionario, agli effetti degli artt. 1892 e 1893 del codice civile polizze in corso per gli stessi rischi; polizze annullate negli ultimi due anni motivo dell'annullamento; sinistri negli ultimi due anni».

⁴⁹ L. SELLERI, *Nuovi orientamenti nelle politiche di premio delle imprese di assicurazione*, in *Dir. ed ec. dell' Ass.*, 2001, 978.

Il *moral hazard*, infatti, consiste nell'indifferenza dell'assicurato alla verifica del sinistro. Avvertendo la protezione che l'assicuratore garantisce avverso le possibili conseguenze negative di un sinistro, diminuisce, se non addirittura annulla, l'impegno preventivo diretto ad evitare, o a ridurre, il rischio (riduzione della *accident proneness*), senza comunque sconfinare nell'illecito⁵⁰.

Conseguentemente cresce il livello del rischio che non potrà più corrispondere a quello specifico rischio in base al quale le parti avevano stipulato la polizza. Di riflesso, si determinerà un aumento dei costi dei sinistri.

Altro tipico fenomeno distorsivo del mercato assicurativo è la c.d. *adverse selection*, ovvero una informazione nascosta o reticente. Si verifica nell'ipotesi in cui, l'assicuratore ignora alcune caratteristiche dell'assicurato, preesistenti alla stipula del contratto e rilevanti per quest'ultimo.

L'assicuratore, tenuto a individuare con il massimo grado possibile l'entità e le caratteristiche proprie del rischio, qualora l'erroneità delle informazioni lo conducano in errore nella determinazione del «*average level of risk brought to the pool*»⁵¹, incorrerà nell'impossibilità di mantenere la stabilità della distribuzione del rischio tra gli assicurati della medesima categoria. La mancata conoscibilità da parte dell'assicuratore del corretto indice probabilistico necessario per calcolare il premio per gli incidenti futuri, non gli permetterà di distribuire l'entità dei maggiori costi di risarcimento attesi, in modo razionale tra gli assicurati; cosicché i soggetti maggiormente predisposti al rischio pagheranno in proporzione, attesa la loro predisposizione, un premio inferiore rispetto a tutti coloro che sono del tutto avversi

⁵⁰ A. FEDELI, *Le assicurazioni infortuni* in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, cit., 1256. L'autore, specificatamente, evidenzia l'esistenza di due diversi tipi di *moral hazard*, « il primo si ha quando il valore dell'indennizzo richiesto per il sinistro, può essere aumentato dal comportamento dell'assicurato; il secondo tipo si ha quando l'assicurato con il suo comportamento può influenzare le probabilità di accadimento del sinistro».

⁵¹ G.L. PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, in *96 Yale Law Journal*, 1987, III, 1521. L'autore si è dedicato allo studio della *insurance crisis* collegata alla *expansion of tort liability* ed al ricorso da parte delle aziende alla *third party insurance*, con particolare riferimento al fenomeno incorso negli USA, evento che ha messo in crisi gli assicuratori statunitensi prima ancora che la medesima situazione si verificasse in Italia.

al pericolo ed alla sinistrosità i quali si troveranno a corrispondere un premio eccessivamente elevato rispetto al loro livello di rischio.

Questo è un problema cosiddetto di *loss spreading out* che viene a incidere fra tutti quei soggetti, assicurati presso una medesima compagnia, e accomunati dalla volontà di cercare tutela a garanzia di un medesimo rischio.

Si è, infatti osservato che, qualora il livello di incidenti causati dagli appartenenti alla stessa “classe di rischio” rimane costante, la correttezza della previsione statistica dei sinistri, permette di ripartire il costo dell’esborso sostenuto dall’assicuratore senza determinarne aumenti. Quando, al contrario, in riferimento ad un medesimo tipo di rischio, uno o più degli assicurati causi un maggior numero di danni e con una più elevata entità rispetto a quanto previsto dalla *insurance industry*, la “classe di rischio” non può più dirsi omogenea, dando così origine ad una distorsione.

La variabilità del *risk pool*, diviene insopportabile per l’assicuratore con riferimento ai premi stabiliti in precedenza, che tenderanno inevitabilmente a salire, al fine di fronteggiare le più elevate spese di risarcimento a cui è tenuta l’assicurazione⁵².

E’ proprio nel contesto sopra descritto che si insinua la problematica dell’*adverse selection*. La mancata conoscibilità, da parte dell’assicuratore, di quale sia l’ “indice probabilistico” circa il numero e la gravità di incidenti futuri, non rende impossibile distribuire l’entità dei maggiori costi di risarcimento attesi in modo razionale tra gli assicurati.

L’impresa si troverà, quindi, costretta a fissare un eguale premio per tutti gli assicurati contro il medesimo rischio, benché sia evidente che tale premio sarà troppo elevato per quei soggetti meno o poco inclini al rischio. Saranno invece

⁵² A tale proposito si richiamano le parole di Priest :«*as the variance of a risk pool increases, the cost of insuring the pool increases, and the premium increases*» con le quali l’autore sottolinea che con l’aumento di incidenti, a cui si lega l’incremento del rischio assicurato, si determina un aumento anche nei costi tecnici, a carico dell’*insurer*, volti alla diversificazione del medesimo *risk insured* nei vari *pool*: «*The costs of diversification to an insurer (...) increase as the risks that must be diversified increase*».

immotivatamente “premiati” tutti quei soggetti maggiormente tendenti al rischio per i quali la polizza, risulterà “a buon mercato” .

È stato ancora osservato, e tale è un fenomeno di importante rilievo, che agli indiscriminati aumenti dei premi consegue, quale reazione a catena, all’interno del medesimo *risk pool*, un abbandono del mercato assicurativo da parte dei *risk members*, i quali certamente ricercheranno altri differenti strumenti di protezione (*cheaper than market insurance*). Conseguentemente la fuga dal mercato assicurativo degli assicurati meno rischiosi, ossia il *dropping out*, obbliga l’impresa assicuratrice ad assumere un portafoglio rischi, caratterizzato dalla sola presenza di *high - risk members*.

Si arriva così, all’effetto generale della *adverse selection*, secondo cui la *insurance industry*, non potrà che accumulare i rischi peggiori a cui, inevitabilmente, si accompagnerà una crescita esponenziale dei costi dei risarcimenti causati dagli assicurati con maggiore propensione all’externalità. Si tratta di un vortice negativo, che si autoalimenta, senza possibilità di miglioramento, in quanto, a fronte dell’incremento delle spese per gli indennizzi pagati dall’assicurazione, si assisterà all’ineluttabile ulteriore aumento dei premi delle coperture offerte, aggravando ancora di più la selezione avversa.

In conclusione, analizzati i fenomeni del *moral hazard* e dell’ *adverse selection*, si comprende come i medesimi appaiono quali fenomeni distorsivi che rendono per l’assicuratore malagevole specificare con precisione l’entità e le caratteristiche del rischio che si intende garantire. Determinano, pertanto delle asimmetrie informative che investono, la fase precontrattuale, per quanto riguarda l’*adverse selection*; e la fase post-contrattuale, per quanto concerne il *moral hazard*.

Entrambi sono legati alla funzione cardine svolta dall’assicuratore che, riprendendo le parole dell’economista Gorge L. Priest, consiste nel «*role of the insurer ... to identify risks that are independent (uncorrelated) and equally valuted, and to aggregate them in order to reduce the total risk of the set of the risk pool*»⁵³.

⁵³ G.L.PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, cit.

7. *L'ambito del rischio dedotto in contratto: la Responsabilità Civile*

Quando si parla di “ambito del rischio dedotto in contratto” si intende riferirsi alla responsabilità dedotta nella polizza, nonché al tempo dell'assicurazione.

Quanto sopra precisato in ordine al rischio nelle sue rispettive forme, oggettivo e soggettivo, è stato un primo indizio utile per comprendere e valutare ciò da cui l'assicurato cerca di tutelarsi, e ciò che l'assicuratore è disposto a garantire in cambio di una determinata somma di denaro.

In una visione globale si può precisare che l'ambito del rischio assicurato risulta in generale dalla precisa individuazione dell'attività esercitata dall'assicurato e in particolare dalla determinazione delle qualità di quest'ultimo.

L'inquadramento della natura delle azioni o delle omissioni che possono essere fonte di danno si inserisce quale ulteriore e differente parametro nella individuazione di quale sia l'ambito del rischio che può essere dedotto in polizza.

Parimenti, sono elementi di rilievo le categorie di terzi che possono venire risarciti distinguendoli da coloro che, invece, sono esclusi dalla garanzia, o ancora le categorie di danno che l'impresa intende assicurare.

I contratti possono essere più o meno dettagliati e, quindi, selettivi, limitando, oppure ampliando l'area del rischio assunto. Ciò avviene in modo precostituito, con la predisposizione di apposite clausole⁵⁴ che la giurisprudenza esige siano esplicitate in modo chiaro. Nell'evenienza opposta «il contratto [andrà] letto e interpretato nell'ottica del consumatore ed il richiamo all'art. 1370 c.c. è pienamente rispondente al caso»⁵⁵.

⁵⁴ Sul punto si rimanda alla nota 37.

⁵⁵ Cass., 13 giugno 2005, n. 12647 in *Impresa*, 2006, 12, 1867; Cass., 2 ottobre 1998, n. 9786, in *Giust. civ.*, 1999, I, 756, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 379; Cass., 26 giugno 1987, n. 5621, in *Mass. giur. it.*, 1987.

Si può, quindi, affermare che le parti, nella propria autonomia contrattuale, sono libere di delimitare, ampliare e, comunque, specificare ciò che si vuole e che si intende assicurare.

Certamente, e per merito della giurisprudenza che segue il solco tracciato già nella relazione al codice civile, ogni atto di autonomia delle parti verrà interpretato e valutato dai giudici sulla base della necessità di tutelare il soggetto più debole, ossia il contraente assicurato.

Come già anticipato nei paragrafi precedenti, infatti, vengono disciplinate diversamente le clausole che “precisano” il contenuto del contratto da quelle che “limitano” la responsabilità dell’assicurato.

Le prime hanno il semplice scopo di definire l’oggetto del rapporto negoziale insorto fra le parti, ovvero i limiti della garanzia, specificando il rischio garantito. Pertanto, non sono vincolate a precise regole di forma. Dovranno seguire unicamente quelle richieste in genere per il contratto assicurativo, ossia la forma scritta *ad probationem*.

Diversamente, le clausole che limitano la responsabilità come, ad esempio, le conseguenze della colpa o dell’inadempimento, o che escludono il rischio garantito, non attengono all’oggetto del contratto, né tanto meno al rischio garantito cosicché la giurisprudenza ha ritenuto doveroso inserirle nel novero delle clausole vessatorie o comunque fra quelle che necessitano la prova scritta *ad substantiam ex art. 1341*⁵⁶.

⁵⁶ La Cassazione, a tale proposito, ha precisato che «nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c. (con conseguente sottoposizione delle stesse alla necessaria e specifica approvazione preventiva per iscritto), quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito mentre attengono all'oggetto del contratto - e non sono, perciò, assoggettate al regime previsto dal secondo comma di detta norma - le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito». Nella specie, la S.C. aveva ritenuto corretta l'impugnata sentenza che aveva qualificato come vessatoria la clausola di un contratto di assicurazione con la quale era stata prevista l'intrasmissibilità del diritto all'indennizzo nell'eventualità in cui l'assicurato fosse deceduto, per cause diverse dall'infortunio, prima della concreta liquidazione dell'indennità stessa, in quanto essa non riguardava, in alcun modo, né l'oggetto del contratto, né il rischio garantito, introducendosi piuttosto con la stessa una "limitazione" della responsabilità dell'assicuratore. In proposito si veda Cass., 11 gennaio 2007, n. 395, in *Danno e resp.*, 2007, 5, 467. Conformemente si veda ancora Cass., 29 maggio 2006, n. 12804, in *Mass. giur. it.*, 2006, in *Impresa*, 2006, 12, 1867 secondo la quale «nel contratto di assicurazione sono da considerare clausole

Ciò nonostante, nel rispetto degli obblighi di forma, potranno essere parte integrante e vincolante del contratto.

Nell'opera di determinazione dello schema negoziale volto a specificare il rischio che si vuole assicurare, le parti, ed in particolar modo l'assicuratore, dovranno basare detto lavoro sulle norme che informano le regole comportamentali richieste per essere esenti da responsabilità.

La specifica disciplina della responsabilità civile degli esercenti le varie attività che si vogliono assicurare, si pone, pertanto, quale parametro utile se non addirittura l'unico per determinare l'ambito del rischio dedotto nel contratto di assicurazione.

Ciò sotto due differenti profili.

Sotto il primo profilo, l'assicuratore potrà determinare la gravità del rischio che ha intenzione di garantire in funzione del tipo di responsabilità in cui potrebbe incorrere il proprio assicurato. Sarà, infatti, molto più probabile per l'assicurato (e gravoso per l'assicuratore) rispondere di un sinistro a titolo di responsabilità contrattuale o ancora per una imputazione oggettiva della responsabilità, piuttosto che doversi difendere da una domanda risarcitoria fondata su di una responsabilità extracontrattuale.

Una modifica del titolo di imputazione della responsabilità ha, quindi, grande incidenza sull'aumento della frequenza di un rischio.

Sotto il secondo profilo, comunque strettamente correlato al primo, la precisa conoscenza delle norme che regolano la responsabilità nei differenti settori potrebbe indurre l'assicuratore a non garantire una specifica attività foriera di una determinata responsabilità, ovvero di esigere premi altissimi se non addirittura insostenibili per l'assicurato. Ciò con grave danno sia per colui che esercita quella specifica professione che, a seguito di un errore, o a causa della difficoltà di vincere gli oneri probatori su di lui gravanti, si esponga al pericolo di un fallimento; sia per il

limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito. Attengono, viceversa, all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto ed i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito».

(medesimo) mercato economico nazionale, ove si determinerebbe certamente un abbandono di tutte quelle attività non più idoneamente garantite.

CAPITOLO SECONDO

ASSICURAZIONE RISCHIO E RESPONSABILITÀ IN CAMPO SANITARIO

SOMMARIO: 1. La responsabilità civile con specifico riferimento al settore sanitario. – 2. *Segue*: Il rischio dell'assicuratore alla luce degli orientamenti giurisprudenziali in ordine alla responsabilità medica. - 3. *Segue*: svalutazione della colpa e spersonalizzazione della responsabilità ad opera della giurisprudenza. – 4. La prescrizione del diritto al risarcimento: risvolti assicurativi. – 5. La responsabilità medica nel contratto di assicurazione.

1. *La Responsabilità con specifico riferimento al settore sanitario.*

Settore che più di altri si pone come valido campione per l'analisi della crisi in cui è oggi incorso il “sodalizio” Responsabilità e Assicurazione, è quello sanitario.

L'indagine svolta in questo campo, (diversamente da altri, quale ad esempio la responsabilità per danno ambientale⁵⁷ pur di grande valenza, ma che non cattura gli interessi delle imprese, preoccupate della scarsa controllabilità della “magnitudo” dell'intero sinistro), è di notevole rilievo perché coinvolge gli interessi primari dei cittadini, in generale, e di ogni singolo componente della nostra società. Il diritto alla

⁵⁷ Lo specifico settore del danno ambientale è di rilievo nello studio della materia in quanto è stato uno dei primi ambiti in cui le imprese di assicurazione sono incorse in gravi problemi di copertura e di corresponsione della garanzia dovuta a causa dei sinistri c.d. tardivi che hanno impedito la corretta determinazione del premio e delle riserve necessarie, problematica che verrà affrontata nel proseguo della presente trattazione.

salute, pur noto come «diritto sociale finanziariamente condizionato»⁵⁸ per la natura degli interessi coinvolti ha spinto la giurisprudenza a riconsiderare i presupposti di responsabilità del medico assimilandoli sempre più spesso al modello della responsabilità oggettiva.

Si ritiene che una attenta e profonda analisi in ordine alle ragioni economiche e politico sociali che giustificano oggi il processo di oggettivizzazione della responsabilità medica possa fornire all'interprete un valido aiuto per meglio comprendere il presente lavoro e contestualmente possa permettere l'individuazione di criteri utili e facilmente estensibili ad ogni settore professionale.

Le numerose indagini svolte su questo terreno, condotte sia direttamente dalle imprese assicurative⁵⁹, sia dalle associazioni professionali mediche⁶⁰, e la giurisprudenza degli ultimi decenni, evidenziano che, proprio nel campo della responsabilità sanitaria, la crescita non solo delle denunce e delle richieste risarcitorie, ma anche delle condanne, è aumentata in misura esponenziale a prescindere dal fatto che si siano verificati o meno veri episodi di *malpractice*⁶¹.

La domanda del “come”, del “perché” di tale fenomeno sorge immediatamente spontanea. Meno naturale, invece, per chi non è un tecnico del mondo assicurativo, è porsi il quesito sia sulle conseguenze patrimoniali che indubbiamente emergeranno, sia sulle contromisure che l'assicuratore cercherà di escogitare per neutralizzare la portata, a volte punitiva, delle decisioni giurisdizionali.

⁵⁸ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e Servizi sanitari*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da F. Galgano, Padova, 2007, 10.

⁵⁹ M. FUSCIANI, *Rischio tecnologico e responsabilità legale in sanità*, relazione al Convegno organizzato dall'ANIA, Politecnico di Milano 20 settembre 2004.

⁶⁰ Relazione ASSOMEDICA per CENSIS materiali per il convegno su: “*Le politiche assicurative e la responsabilità civile nella sanità*” Roma – CNEL (villa Lubin) – 22 febbraio 2001 .

⁶¹ Si precisa che, il forte incremento delle denunce e richieste risarcitorie che è stato registrato non deve essere imputato alla sola negligenza professionale. Come nel corso della presente trattazione verrà meglio specificato, ciò è imputabile anche al meccanismo processuale “imposto” dalla giurisprudenza, che ponendo a carico del sanitario l'obbligo di fornire la piena prova della non responsabilità e/o della responsabilità altrui, la c.d. prova “diabolica”, ha ingenerato un “surrogato” della responsabilità oggettiva incentivando il cittadino a richiedere e/o tentare di ottenere un risarcimento, maggiormente sicuro della possibilità di ottenere un guadagno.

Certamente non possiamo affermare che i medici di oggi siano meno capaci dei medici di ieri. Anzi, la continua specializzazione è ricognitiva di un segno contrario. Tuttavia qualcosa è cambiato.

Negli anni l'arte medica si è decisamente evoluta. Si è verificato un grande ampliamento del servizio sanitario, ciò anche quale conseguenza sia dell' aumento delle domande di cura connesse al crescente invecchiamento della popolazione, sia della sempre più profonda specializzazione.

Ciò nonostante si è registrato che la presenza di un assicuratore - che si sostituisce al medico - con la prestazione della propria garanzia, ha inciso sulle scelte decisionali operate dai giudici sempre più propensi a concedere un risarcimento nella quasi certezza di ritrovarvi il soggetto solvente, tramite la provvista assicurativa.

Di riflesso, emerge come nel tempo sia mutata la valutazione degli "interessi" meritevoli di tutela. Cosicché l'incognita, ossia la mancanza di una prova in ordine alla colpa del medico, che un tempo avrebbe significato la sua "assoluzione", come del resto ancora avviene nel sistema penalistico, negli anni, con il "ribaltamento" degli oneri probatori, imponendo al debitore fornire la prova liberatoria volta a dimostrare che l'impossibilità della corretta esecuzione della prestazione non è a lui imputabile, è diventata un motivo di condanna⁶².

Le scelte di politica del diritto sono mutate. La grande offerta professionale e le più ampie conoscenze dei nostri giorni permettono di distaccare l'attenzione dal professionista, cultore delle *artes*, preferendo valorizzare maggiormente gli interessi del paziente, certi di caricare i relativi costi sulle imprese di assicurazione. Ciò, tuttavia, se non è del tutto scorretto, è certamente discutibile. Una tale scelta di *policy*, come oggi è ormai evidente, ha incrinato quegli equilibri fondamentali che reggevano il mercato professionale e assicurativo.

⁶² Cass., 14 febbraio 2008, n. 3520, inedita; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Giust.civ. mass.*, 2007; 10, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di A. di Majo, in *Danno e resp.*, 1999, 299, con nota di V. Carbone, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 661, con nota M. Forziati; in *Foro it.*, 1999, I, 3332, con nota di F. Di Ciommo.

Nelle aule dei Tribunali “il passaggio” non è, comunque, stato immediato. Il progresso della scienza medica, sempre più specialistica e diffusa, ha contestualmente comportato per il giudice maggiori difficoltà nell’individuare un adeguato strumento giuridico utile per valutare correttamente l’operato e, quindi, la “colpa” del medico. Tanto che oggi ci troviamo in quella che è stata definita «l’area di turbolenza tra il contratto ed il torto»⁶³.

I cambiamenti in materia apportati dal diritto vivente - come ormai è ampiamente discusso in dottrina - comportanti una evidente incertezza nell’inquadrare determinati disservizi sanitari all’interno degli schemi della responsabilità contrattuale, ovvero di quella extracontrattuale, hanno, di rimbalzo, ingenerato una evidente incertezza in ordine all’individuazione del rischio, all’identificazione di ciò che è assicurato (nell’ottica del soggetto assicurato) e di ciò che può essere assicurabile (nell’ottica dell’impresa di assicurazione).

Contestualmente, analizzando i bilanci delle imprese di assicurazione attraverso un confronto fra quelli degli ultimi decenni e quelli di periodi precedenti, si iniziano ad osservare i primi risultati negativi: oggi il ramo della Responsabilità Civile generale, all’interno del quale è ricompresa la Responsabilità Civile medica, presenta passività assimilabili a quelle del ramo dell’assicurazione obbligatoria autoveicoli.

E’ del resto notorio che le primarie imprese di assicurazione volontariamente rinunciano a partecipare alle gare per l’assicurazione della garanzia della R.C. di medici ed Enti in riferimento alle funzioni istituzionali delle Aziende Sanitarie Locali o ancora impongono in contratto franchigie di amplissimo valore⁶⁴.

⁶³ C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, 177.

⁶⁴ Si vedano i risultati esposti al Convegno organizzato da Cineas (Consorzio universitario per l’ingegneria nelle assicurazioni del Politecnico di Milano) *Risk management e Corporate governance per l’impresa etica*, Sala delle colonne, Milano, 25 marzo 2004 secondo la quale, «in Italia i premi ricavati dal settore sanitario si aggirano intorno ai 155 milioni di euro a fronte dei quali le Compagnie di assicurazione devono affrontare rimborsi, per circa 517 milioni di euro con un rapporto premi/sinistri di 1 a 3. E’ quanto è stato riferito nel Convegno "Le professioni sanitarie come rischio sociale". L’assicurazione sanitaria sta vivendo un momento di estrema criticità nelle Compagnie, alcune delle quali anno già iniziato a ritirarsi dal mercato. Eppure 517 milioni di euro l’anno

Tali dati sono indubbiamente preoccupanti, ma sono il risultato di quella “incertezza” che avvolge il settore della responsabilità medico-sanitaria.

Per una migliore visione del problema, si osservi che un medesimo caso, sottoposto alla decisione dell’attuale giurisprudenza, potrebbe anche trovare una soluzione diametralmente opposta rispetto a quella che avrebbero reso i giudici degli anni ’90.

A tale proposito si ricordano due casi verificatisi in epoche diverse, ma aventi ad oggetto la medesima situazione: il rinvenimento nel corpo del paziente di un frammento di materiale estraneo proveniente da un precedente intervento chirurgico. E’ interessante vedere come le due controversie siano state decise con due sentenze che pronunciate dal medesimo Tribunale di Genova, a distanza di dieci anni l’una dall’altra, ha visto i giudici degli anni ‘90⁶⁵, da una parte, e degli anni 2000⁶⁶ dall’altra, risolvere in modo contrario la medesima questione.

Nella decisione più risalente, benché fosse stato rinvenuto il frammento estraneo, il Giudice si era pronunciato rigettando la domanda risarcitoria proposta dall’attore in quanto la situazione del paziente successiva all’intervento chirurgico si era, comunque, risolta. Il Giudice, quindi, non aveva individuato la sussistenza di alcun danno.

Differentemente, nel secondo caso in esame, nel quale una donna, sottoposta in epoche largamente diverse ad interventi chirurgici all’addome presso distinti nosocomi, aveva convenuto in giudizio l’ente ospedaliero che per ultimo l’aveva operata, il Tribunale genovese, con la sentenza 26 gennaio 2006, aveva presunto l’esistenza del danno dalla mera presenza del frammento del tubo di drenaggio affermando che «se dunque può ritenersi come principio ormai consolidato che la responsabilità sia del medico che dell’ente ospedaliero per inesatto inadempimento

rappresentano solo lo 0,6% della spesa sanitaria nazionale: negli Stati Uniti la relativa incidenza del costo della cosiddetta *malpractice* è del 5,6%. Ciò nonostante già oggi i medici lamentano che i premi raddoppiano ogni tre anni e per molti non sono più sostenibili». G. OSTUNI, *Quali garanzie assicurative ? per un corretto rapporto con le compagnie*, in www.associazioneamami.it.

⁶⁵ Cfr. Tribunale di Genova, 1993, L./S. Martino, inedita.

⁶⁶ Cfr. Tribunale di Genova, 26 gennaio 2006, n. 223, inedita.

della prestazione ha natura contrattuale, ne consegue che trovano applicazione il regime proprio di tale tipo di responsabilità quanto alla ripartizione dell'onere della prova, ai termini di prescrizione ed ai principi delle obbligazioni di contratto d'opera intellettuale professionale relativamente alla diligenza ed al grado di colpa [...] non avendo i convenuti fornito prova contraria [...] esiste un elevato grado di probabilità che il tubo di drenaggio rinvenuto nell'addome sia residuo proprio del secondo intervento».

Quello sopra presentato è certamente un semplice esempio, ma non una situazione isolata.

La giurisprudenza è in continuo cambiamento, ponendo interventi di ponderale rilevanza tale da destabilizzare le regole che amministrano il settore assicurativo, con conseguenti difficoltà per le imprese.

L'esempio sopra riportato evidenzia come l'esercizio della medesima attività abbia comportato, per l'assicuratore, due rischi differenti e, pertanto valutabili diversamente: l'attività sanitaria svolta negli anni '90 presentava un rischio minore (e, quindi, un premio minore), rispetto alla medesima attività svolta nel 2006. Emerge, comunque, come l'attenzione del giudice al "rigore della regola processuale" tenda ad affievolirsi.

Autorevole dottrina ha messo in luce come nel contesto assicurativo l'interpretazione giurisprudenziale possa incidere e comportare un ampliamento dell'area della responsabilità civile e sanitaria e, di conseguenza, un aumento della frequenza del rischio⁶⁷. Infatti, il binomio responsabilità civile e assicurazione - ove il primo istituto consegue alla condotta del danneggiante, mentre il secondo è un

⁶⁷ A. D. Candian rileva che «Un'analisi incentrata sulla connessione tramite il rischio ha l'indubbio pregio di poter verificare se la tecnica impiegata nel contratto per descrivere il rischio assicurato tenda esclusivamente a delineare un'area di rischio oppure a costruire una figura di rischio assicurato che palesi connotati autonomi. E' del tutto ovvio che se, per ipotesi, i contratti presenti sul mercato fossero costruiti sul danno (e sulla specificità della professione) senza un riferimento specifico alle tipologie di responsabilità il gemello assicurativo finirebbe per seguire l'altro gemello senza una pregressa ed esaustiva conoscenza della situazione da cui originerà il debito da responsabilità da indennizzare. Orbene, pare intrinsecamente difficile ipotizzare una figura di rischio assicurato che muova dalle formule giurisprudenziali dianzi esposte senza trascurare il loro connotato oscillante». Si veda A.D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 2002, 553.

contratto - trova il proprio punto di connessione nel rischio che dall'accadimento di un certo fatto abbia origine la responsabilità.

Tuttavia tali separati rapporti, ossia quello fra "rischio" e responsabilità civile e "rischio" e assicurazione, sono collegati dal medesimo "rischio assicurativo" nel senso già indicato⁶⁸.

Le conseguenze patrimoniali diventano pertanto inquietanti.

Infatti, la rilevanza di detto rischio nei due suddetti rapporti produce rilevanti, ma differenti conseguenze risultando nell'assicurazione il requisito essenziale del contratto, nella responsabilità civile l'evento generatore di responsabilità.

Stante quanto sopra, deriva che la tendenza giurisprudenziale a configurare in chiave contrattuale la responsabilità del medico e della struttura si riflette sull'oggetto del contratto di assicurazione, ossia sul rischio che si assume l'impresa che viene necessariamente dilatato dalla produzione giurisprudenziale.

Medesime considerazioni possono svilupparsi anche in relazione agli orientamenti giurisprudenziali accreditati in ordine all'accertamento del rapporto di causalità rilevante anche nel rapporto assicurativo.

Infatti, l'operazione di svilimento del principio di causalità che la giurisprudenza impone nel momento dell'accertamento del fatto, non può non incidere sul contratto di assicurazione, portando una ridefinizione del rischio cui conseguono ricadute sulle garanzie assicurative, che neppure possono tenere conto del premio incassato.

Lo strumento assicurativo è in grado di svolgere pienamente la propria funzione soltanto in presenza di "ben determinate condizioni di incertezza"⁶⁹. L'ossimoro "certa incertezza", nel mondo assicurativo non comporta contraddizioni, ma assume il significato di valutazione e di calcolo dei rischi assicurati, fondamento dell'assicurazione.

L'incertezza assoluta, ossia non prevedibile, è, infatti, un grande ostacolo al corretto funzionamento del mercato assicurativo.

⁶⁸ Sul concetto di rischio si rimanda al cap. I della presente trattazione.

⁶⁹ K.S. ABRAHAM, *Enviremental Liability and Limits of insurance*, 88 *Colum. Law rev.*, 946.

2. *Segue: Il rischio dell'assicuratore alla luce degli orientamenti giurisprudenziali in ordine alla responsabilità medica*

Fra i fattori ai quali è ascrivibile quell' "incertezza" che ha portato l'assicuratore alla difficoltà di calcolare accuratamente la possibilità del verificarsi di danni da una parte, e di accantonare le c.d. riserve tecniche dall'altra, ricordiamo qui di seguito quelli che si ritengono fra i più decisivi.

Nell'attuale atteggiamento giurisprudenziale di deciso favore nei confronti dei c.d. clienti, parte della dottrina italiana ha voluto scorgere una crisi nell'applicazione delle tradizionali regole della responsabilità. Ha, quindi, parlato di affievolimento della distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e di contestuale avvicinamento del regime dei due tipi di responsabilità fino ad accreditare una identità concettuale tra le due nozioni⁷⁰. Una tale soluzione avrebbe la funzione di individuare un parametro unitario per la valutazione della condotta che cagiona il danno.⁷¹

Di visione opposta, ma di interessante rilievo, è il pensiero di altra parte della dottrina che nega l'esistenza di una tale crisi, affermando l'importanza della portata della tradizionale distinzione tra le due fattispecie di responsabilità⁷².

⁷⁰ F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539; M. BUSSANI, *La colpa soggettiva*, Padova, 1991; C. CASTRONOVO, *I due modi di sovrapposizione della responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale e la riqualificazione contrattuale della lesione di diritti assoluti all'interno del rapporto obbligatorio*, in *La nuova responsabilità civile*, cit., 566.

⁷¹ M. BUSSANI, A. VENCHIARUTTI, *Colpa oggettiva e colpa soggettiva*, in Cendon (a cura di) *La Responsabilità civile*, Milano, 1988.

⁷² G. Visintini, nella sua analisi sul ruolo della colpa come criterio di imputazione della responsabilità civile, rileva che «la nozione di colpa aquiliana è completamente autonoma rispetto a quella di colpa contrattuale. In sintesi la definizione della colpa aquiliana la si ritrova nell'art. 43 c.p. e il riferimento, sul terreno della responsabilità aquiliana, al parametro astratto del buon padre di famiglia, appare in netto contrasto non solo con l'itinerario che storicamente ha portato all'attuale disciplina dei fatti illeciti, ma anche con le reali linee di tendenza della giurisprudenza. Viceversa è corretto dire che nel sistema della responsabilità contrattuale il comportamento di un soggetto è definito come colposo se si discosta da un parametro prefissato». G. VISINTINI *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale postilla di aggiornamento, Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario del codice civile* diretto da P. Sclesinger, Milano, 2007; ID. *La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Delimitazione delle rispettive aree di applicazione*, in Visintini (a cura di) *Le nuove*

La disciplina normativa che informa questi due specifici ambiti detta, infatti, precise regole volte a fornire validi criteri per la risoluzione di problemi di *an* e di *quantum*, conducendo, tuttavia, ad opposte soluzioni.

Una delle differenze fra i due tipi di responsabilità di maggior peso riguarda il regime della prova.

La effettiva diversità che si manifesta in ordine a tale profilo, non consta tanto nella regola probatoria, ma nell'oggetto della prova liberatoria: «il debitore deve provare l'inadempimento, *alias* la colpa contrattuale e il danneggiato deve provare il fatto illecito in tutte le sue componenti compresa la colpa del danneggiante»⁷³.

Sul debitore grava dunque l'onere, *ex art.* 1218 c.c., di dimostrare che sussistono circostanze esterne alla sua cerchia di attività e inevitabili sotto ogni profilo economico e di ragionevole possibilità. Ciò comporta che nell'ipotesi in cui il debitore non sia in grado di provare le cause specifiche dell'impossibilità, e fra queste anche tutte le cause ignote che hanno cagionato il danno, quest'ultimo incorrerà, comunque, in responsabilità.

In campo aquiliano si verifica una simile situazione ogni qual volta si ricade in una delle fattispecie tipiche della responsabilità oggettiva.

Le previsioni legislative in materia, nel costituire ipotesi in cui si incorre in una responsabilità che va al di là della colpa, individuano una serie di fattispecie rigorose, ma differenti nel grado con cui si imputa al responsabile una determinata imperizia.

Vi sono, infatti, ipotesi di responsabilità in cui l'unica possibilità per non rispondere del danno è la specifica prova della derivazione del danno stesso dal caso fortuito; altre per cui si richiede l'aver adottato misure di sicurezza offerte dalla tecnica o ancora di avere fatto tutto il possibile per evitare il danno.⁷⁴

Sulla scia di tale similitudine parte della dottrina e della giurisprudenza ha ritenuto che il creditore che agisce per l'adempimento, o per la risoluzione, o per il

aree di applicazione della responsabilità civile, Milano, 2003, 1, ID. *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2005, 81.

⁷³ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit. 236.

⁷⁴ G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit. 782.

risarcimento del danno da inadempimento deve sempre provare soltanto il titolo, ovvero la fonte negoziale o legale del suo diritto di credito⁷⁵.

Sul punto rileva ancora Visintini che «per quanto riguarda la giurisprudenza si tratta in realtà di massime mal formulate che evidenziano *obiter dicta*, oppure si riferiscono a casi in cui l'attore chiede l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle obbligazioni e non già la risoluzione o il risarcimento del danno. E' infatti ovvio che ai fini dell'art. 2967 c.c. cioè della ripartizione dell'onere della prova, il discorso si pone diversamente a seconda che a fondamento della domanda si ponga il fatto costitutivo del diritto ad ottenere la prestazione, ossia il contratto oppure si ponga il fatto del mancato soddisfacimento del diritto, cioè l'inadempimento»^{76 77}.

⁷⁵ A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario al codice civile* diretto da Scialoja-Branca-Galgano, Bologna, 1990, 827.

⁷⁶ G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. 4.

⁷⁷ In giurisprudenza è di rilievo Cass., sez. un., 30 novembre 2001, n. 13533, in *Foro it.* 2002, I, 769 con nota di P. Laghezza, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1934, in *Corr. giur.*, 2001 con nota di V. Mariconda, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 707 con nota di G. Villa. Nell'articolata motivazione le Sezioni Unite prendono in esame due tesi da tempo poste in contrasto da dottrina e giurisprudenza. Secondo la tesi maggioritaria, nell'azione di adempimento il fatto costitutivo del diritto è il titolo sicché la prova che il creditore deve fornire ai sensi dell'art. 2697 deve avere ad oggetto soltanto la fonte del diritto di credito. Differentemente la seconda tesi, minoritaria, si fonda su argomenti di *policy* ovvero sull'esigenza di ricondurre ad unità il regime probatorio, oltretutto sul principio cd. della vicinanza della prova apparendo più razionale ripartire l'onere della prova tenendo conto delle possibilità per il creditore o per il debitore di provare più facilmente fatti e circostanze che cadano nelle rispettive sfere d'azione. A ciò si aggiunga che secondo la Corte è sufficiente che il creditore provi l'esistenza della fonte del credito anche quando agisce per la risoluzione o per il risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma, oltre che nell'ipotesi in cui egli scelga di chiedere invece il risarcimento in forma specifica. In ragione di queste argomentazioni la Corte a Sezioni Unite ha dichiarato di aderire all'indirizzo minoritario in quanto, secondo il suo pensiero, il principio di presunzione di persistenza del diritto, e la situazione di eguaglianza formale delle azioni di adempimento e di risoluzione sono poste dal codice civile sullo stesso piano.

G. Visintini, in *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto fra massime in Contratto ed imp.*, 2003, 903, in netto contrasto a tale orientamento, ritiene che «si ha la netta impressione che il contrasto di giurisprudenza in ordine al quale sono intervenute le Sezioni Unite sia un contrasto più apparente che reale, un contrasto dovuto a una non corretta massimazione delle sentenze in quanto, a ben vedere, tutte le massime appaiono caratterizzate dal difetto di esprimere la regola di decisione accolta dal giudice al di là del caso in cui l'istanza è rivolta, estendendola a tutti i rimedi a disposizione del creditore, anziché circoscriverla di volta in volta, alla risoluzione, all'adempimento, o al risarcimento per equivalente». Secondo l'Autore è evidente che ai fini della ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697, «il discorso si pone diversamente a seconda che a fondamento della domanda si ponga il fatto costitutivo del diritto a ottenere la prestazione, ovvero, il contratto, oppure si ponga il fatto del mancato soddisfacimento del diritto, cioè l'inadempimento. Quando ci si occupa di responsabilità del debitore si promuove un'azione volta al risarcimento del danno, per inadempimento, per adempimento inesatto, per ritardo: in questi casi tocca sempre al creditore dare la prova negativa

Proseguendo nel confronto fra i due istituti si rileva ancora, a proposito del danno risarcibile, che ciò che letteralmente viene riconosciuto dal dettato codicistico, è - o sarebbe più preciso dire, dovrebbe essere - ristretto alle ipotesi di danno emergente e di lucro cessante “direttamente” ed “immediatamente” derivanti dall’inadempimento⁷⁸, fra cui dovrebbero restare esclusi sia i danni previsti dalla disciplina dettata dall’art. 2059 c.c., sia quelli imprevedibili non causati con dolo⁷⁹.

Tuttavia, il diritto vivente ha ormai imposto regole differenti, estendendo l’operatività dell’articolo 2059 c.c. alla responsabilità contrattuale⁸⁰.

dell’inadempimento in forma definitiva o del ritardo, o quella positiva dell’inesattezza dell’inadempimento. Alla stessa maniera quando si fa valere il risarcimento del danno da fatto illecito si deve provare il fatto colposo o doloso da parte del danneggiante e, quindi, il fatto illecito nella sua qualificazione colposa e il danno ingiusto subito». G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. 6.

⁷⁸ A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1966; C. SALVI, (voce) *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, 1989, 1084; G. VISINTINI, *Risarcimento del danno*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino 1984.

⁷⁹ Nella definizione corrente, secondo l’ultimo orientamento della giurisprudenza, è danno non patrimoniale il c.d. danno morale soggettivo, quale la momentanea sofferenza o turbamento dell’animo transeunte, patito dal danneggiato nell’immediatezza del manifestarsi del grave pregiudizio in cui ricade, ma che, comunque, tende a scemare con il passare del tempo e con l’abituarsi alla nuova condizione di vita; il danno morale oggettivo, ovvero esistenziale, quale è il peggioramento della qualità della vita derivante; il danno biologico quale lesione dell’integrità psicofisica del soggetto in sé e per sé considerato nell’attendere alle normali abitudini della vita quotidiana. Sul significato che la Cassazione oggi ha conferito all’art. 2059 cfr. Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Foro it.* 2006, I, 1344, in *Danno e resp.* 2006, 6, 678, ID. 2006, 8-9, 852., ove la Corte, pur affermando che la responsabilità aquiliana sia la *sedes materiae* della risarcibilità del danno non patrimoniale, tuttavia non può escludersi una risarcibilità di tale danno, conseguente alla responsabilità contrattuale, per ontologica incompatibilità strutturale. Ciò si verifica quando tale ipotesi è espressamente prevista dalla legge, come nel caso di cui all’art. 2087; Sul punto si veda ancora Cass., 12 giugno 2006, n. 13546, in *Danno e resp.*, 2006, 8-9, 843 e 913 con note di G. Ponzanelli e F. Malzani.

⁸⁰ In passato si è sempre esclusa la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale in sede contrattuale in quanto l’art. 2059 c.c. riguarda, o potremmo dire, riguardava la responsabilità extracontrattuale. Tuttavia, recentemente, la giurisprudenza ha ipotizzato la risarcibilità, in sede contrattuale, del danno non patrimoniale quando l’inadempimento leda valori primari della persona umana. In proposito si veda Cass., 24 gennaio 2007, n. 1511, in *Arch. giur. circolaz.*, 2004, 447 ove la Corte ha ritenuto che, «quando ha dichiarato la risarcibilità del danno non patrimoniale come figura distinta dal danno morale soggettivo o *pecunia doloris* in caso di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, si è limitata ad affermare che quando una siffatta lesione si verifichi "il pregiudizio consequenziale integrante il danno morale soggettivo (patema d'animo) è risarcibile anche se il danno non sia configurabile come reato". E più di recente, con riguardo alla responsabilità da demansionamento e, quindi, di natura contrattuale, ha ritenuto risarcibile il danno non patrimoniale alla luce dell'art. 2087 c.c. che impone al datore di lavoro di rispettare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro come da Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572. Ritiene il Collegio che debba proseguirsi su questa linea interpretativa, sol che si consideri la particolare natura del

In altro modo, il combinato disposto degli articoli 2697⁸¹ e 2043 c.c. rende più impegnativo l'onere probatorio a carico del danneggiato richiedendo la prova dell'esistenza della colpa del danneggiante, del nesso di causalità fra il danno subito ed il fatto, e dell'illiceità del comportamento del danneggiato, ma non vi è alcuna esitazione nell'affermare che sono risarcibili tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali compresi quelli imprevedibili⁸².

Una tale distinzione resiste a livello dogmatico e generale, ma, calandosi in particolari settori professionali, emergono indirizzi giurisprudenziali volti a riconoscere un regime unitario applicabile.

Il diritto vivente, quale emerge dalla esperienza giurisprudenziale, ha portato ad incentrare la responsabilità del sanitario strutturato, ossia di un dipendente, quale ipotesi di responsabilità da inadempimento ingeneratasi per il c.d. ormai noto "contatto sociale"⁸³.

L'occasione si è presentata alla giurisprudenza allorquando, nel corso di un giudizio introdotto nei confronti del solo sanitario dipendente di una struttura pubblica, per danno cagionato ad un paziente da errata diagnosi, l'attore aveva proposto la domanda risarcitoria quando ormai era decorso il termine prescrizione

rapporto professionale che si instaura tra il medico ed il paziente che, a differenza degli altri rapporti con professionisti nei quali risalta in via esclusiva o di gran lunga prevalente l'aspetto economico, investe il paziente nella sua totalità psico-fisica. In altri termini, poiché l'intervento del medico riguarda non tanto o non solo la fisicità del soggetto, ma la persona nella sua integrità (si cura non la malattia ma il malato), è ragionevole ritenere che eventuali errori diagnostici compromettano, oltre alla salute fisica, l'equilibrio psichico della persona, specie se l'errore - come nel caso di specie - riguarda la diagnosi di malattie assai gravi e comunque in grado di pregiudicare grandemente la serenità del paziente per le sue prospettive infauste e quindi ansiogene».

Si veda ancora Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 819, nota di F.D. Busnelli; G. Ponzanelli, A. Procida Mirabelli Di Lauro, in *Guida al dir.*, 2003, 31, 36, in *Giur. it.*, 2004, 1129, nota di M. Bona, in *Gius.*, 2003, 22, 2573, in *Arch. civ.*, 2004, 162.

⁸¹ Vigono, infatti, gli oneri probatori indicati dall'art. 2697 c.c. in forza del quale «chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento».

⁸² P. CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*, in Busnelli - Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Milano 1985; M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano 1995; G. PONZANELLI, *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003.

⁸³ Sul punto si veda Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit.. In dottrina si veda S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile* cit., 443.

di cinque anni previsto per la responsabilità extracontrattuale ed ha così equiparato la posizione del sanitario a quella dell'Ente.

La Corte⁸⁴, richiamando “un sempre più consistente orientamento” della dottrina, ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configura pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione in quanto, poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale^{85 86}.

⁸⁴ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit..

⁸⁵ Individuato dalle Corti il fine garantistico verso il quale indirizzare le decisioni, successivamente le medesime si pongono alla ricerca di una giustificazione razionale che motivi la responsabilità contrattuale di medici e di enti. La Cassazione, non potendo trascurare che la responsabilità *ex contractu* ex art. 1321 c.c. antepone un necessario scambio di volontà, e che nel rapporto obbligatorio fra medico strutturato e paziente dalla medesima riconosciuto non esiste accordo, ha strumentalizzato le teorie volte allo studio della crisi del consensualismo sviluppatasi in Germania a partire degli anni '40, al fine di evidenziare l'irrelevanza del ruolo della volontà dei contraenti. Gli studi su tale evoluzione si sono, dunque, resi come una fortunosa occasione per porre le basi per una scientifica giustificazione in termini contrattualistici di quel vincolo che legherebbe il paziente al medico indipendentemente dalla esistenza di un precedente accordo.

Roppo, nel suo studio sulle teorie c.d. “della dichiarazione” di inizio secolo, e “preceativa”, coltivate in Italia verso la metà del '900, studio, si precisa, intrapreso ben prima che la Suprema Corte giungesse a pronunciare la sentenza *leading* n. 589/99 e senza volere estendere i propri ragionamenti alla responsabilità del medico, individuava una tendenza alla oggettivazione del contratto, comportante una spersonalizzazione dei rapporti contrattuali che porta a valutare con maggiore attenzione il “comportamento socialmente tipizzato” tenuto dalle parti a discapito della espressa dichiarazione di volontà. Si pensi ad esempio alla problematica del contratto di lavoro nullo risolta ex art. 2126 c.c. con l'inefficacia dell'invalidità per il periodo di tempo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, atteso l'effettivo compimento di una operazione economica. La soluzione della problematica ha condotto a focalizzare l'attenzione sui “rapporti contrattuali di fatto” che già nel mondo tedesco degli inizi del '900, individuano il possibile nascere di un “vincolo” in forza di una serie di rapporti tipici della vita che, privi di una volontà diretta a costituirli, assumono rilevanza sociale ed obbligatoria: «si determina tra gli interessati un tipico rapporto di vita sociale che si differenzia dalla neutrale coesistenza di semplici terzi e crea come un contatto tra parti di un rapporto, vale a dire un rapporto di reciproco affidamento» che non sembra trovare la base in un contratto in senso tecnico (appare ostico sostituire il contratto con un rapporto “sociale”), ma piuttosto in una “fattispecie autonoma”. Valutare “in modo socialmente tipico” rapporti, circostanze e comportamenti aventi ad oggetto “rapporti giuridici patrimoniali” implica la loro standardizzazione. In tal modo, pur mancando il formale scambio di proposta ed accettazione, può ipotizzarsi il sorgere di un vincolo negoziale, appunto per contatto sociale, anche se, sul punto numerose sono state le critiche.

Cfr. V. ROPPO, in *Il contratto*, Milano, 2001, 38.

Con riferimento alla dottrina tedesca in tema di “*faktische Vertragsverhältnisse*”, e si veda G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, II, Leipzig, 1934, 5; W. SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*,

Un tale inquadramento della responsabilità di fatto ha comportato una inversione degli oneri probatori, ma non solo.

Si pensi ancor più in particolare alla necessità di catalogare i differenti interventi routinari e non, ove nel caso di intervento routinario (che ad oggi annovera il 90% dei casi, se non di più) l'esito nefasto dello stesso genera una responsabilità *in re ipsa* per cui il medico, per andare esente da responsabilità, non potrà limitarsi a provare di avere svolto correttamente il proprio operato, ma dovrà individuare una causa terza, da sola capace di generare le conseguenze negative verificatesi.

A ciò si aggiunga ancora che, benché si continui a fare riferimento agli artt. 2236 c.c. e 1176 c.c., indicanti regole comportamentali che delineano e delimitano la colpa del professionista, i giudici hanno introdotto «regole di responsabilità diverse e differenziabili sulla base del presupposto assunto da [tali norme] come ragione del criterio di responsabilità. In tal modo si sono venute definendo regole giurisprudenziali che introducono presunzioni di colpa per gli interventi di facile esecuzione e regole che con riferimento al tipo di prestazione medica ne affermano

1936, 204. Per la dottrina italiana si veda V. FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984; L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano 1965, R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, 122. E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ove l'autore interpreta il pensiero di Haupt.

⁸⁶ La dottrina a cui la Suprema Corte ha fatto riferimento è quella capeggiata da Castronovo secondo il quale, riprendendo lo studio della dottrina tedesca sulla categoria dei *Schutzpflichten*, la responsabilità del medico dipendente è contrattuale e si fonderebbe su di una «*obbligazione senza prestazione ai confini fra contratto e torto*», fondata sul contatto sociale o rapporto contrattuale di fatto che intercorre tra il medico ed il paziente ricoverato all'interno della struttura ospedaliera.

C. CASTRONOVO *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; ID. *La nuova responsabilità civile*, cit. ID. *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997.

A tale proposito Paradiso, ritiene più appropriato trattare di obbligazioni *ex lege*. Rimanere vincolati alla categoria dei contratti di fatto comporterebbe, per l'autore, estendere al sanitario tutti quegli obblighi inseriti nel contratto di cura o di ospedalità e, pertanto sarebbe «inappropriato il riferimento al contratto di fatto proprio perché non vi è l'esigenza di ricondurre in capo al medico e al paziente una intera posizione contrattuale, una serie di diritti e di obblighi che sono ultronei rispetto al loro rapporto e che trovano invece la loro ragione d'essere in altro vincolo, quello tra paziente e ospedale». Per contro Paradiso ritiene che impostare la problematica all'interno delle obbligazioni nascenti dalla legge sembri meglio identificare il momento genetico dell'obbligo e meglio circoscrivere i confini del medesimo obbligo: «l'assunzione di cura da parte dell'ospedale e l'assegnazione del paziente a un certo medico o a una certa *équipe* sono i fatti che costituiscono per legge quello che abbiamo definito il rapporto di cura.

Cfr. M. PARADISO, *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. Dir.civ.*, 2001, 328.

l'esigibilità in termini di risultato tecnicamente prevedibile»⁸⁷. Ne consegue che da una norma diretta, *ab origine*, ad individuare una attenuazione della responsabilità del professionista in ragione della natura dell'attività praticata, si è pervenuti ad un ampliamento degli oneri di quest'ultimo. La giurisprudenza afferma, infatti, che «grava sul sanitario dimostrare che l'atto del medico era di difficile esecuzione»⁸⁸.

Diviene così sempre più difficoltoso considerare i vincoli dell'art. 2236 c.c., quale «usbergo di una responsabilità attenuata»⁸⁹ del professionista. Ciò ha portato ad un abbandono del ricorso all'art. 2236 c.c., ormai implicitamente abrogato dalla giurisprudenza sulla scia del nuovo orientamento che, di fatto, impone sostanzialmente al medico di dimostrare la propria non colpevolezza (al di là delle belle parole utilizzate dai Giudici sugli oneri probatori).

In ogni caso, tale limitazione di responsabilità, per orientamento costante della Suprema Corte, «attiene esclusivamente all'imperizia, non all'imprudenza e alla negligenza, con la conseguenza che risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica, provochi un danno per omissione di diligenza»⁹⁰.

La crescente tendenza della giurisprudenza a superare la concezione di inadempimento sulla colpa, ha portato all'idea che «l'inadempimento delle obbligazioni c.d. di pura condotta che si materializza nella difformità rispetto alla condotta dovuta è parso inevitabile ai nostri giudici decretare un ribaltamento del carico probatorio: per cui non sarà più il paziente che agisce per il danno subito a dover provare l'inesatta attuazione della prestazione professionale che fa capo alla struttura e con essa al medico, ma quest'ultimo a dover fornire la prova liberatoria

⁸⁷ R. DE MATTEIS, *Il doppio volto dell'art. 2236, La responsabilità medica*, cit., 124.

⁸⁸ Per tutte si veda Cass., 8 maggio 2001, n. 6386, in *Danno e resp.*, 2001, con nota di R. Breda; e in *Ragiusan*, 2001, f. 204-5.

⁸⁹ V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 3, 294.

⁹⁰ Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Mass. giur. it.*, 2006 Nella specie, relativa alla paraplegia conseguita in danno di un paziente sottoposto a intervento di lombosciatalgia - emilaminectomia, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva ricondotto alla ipotesi di negligenza un errore diagnostico, l'omesso ricorso ad indagini strumentali e la gestione dei tempi dell'emergenza medico-chirurgica.

volta a dimostrare che l'impossibilità della corretta esecuzione della prestazione non è a lui imputabile»⁹¹

A pari sorte è caduto il secondo strumento difensivo che in antico veniva concesso all'esercente la professione intellettuale.

Fermo il contenuto precettivo dell'art. 1176, comma 2° del codice civile - nell'adempimento della prestazione professionale medica la condotta che ci si deve attendere dall'obligato è quella del professionista qualificato, non quella dell'uomo medio - la codificazione delle regole tecniche e dei protocolli chirurgici e terapeutici, l'individuazione di obblighi di protezione⁹², lo studio delle prestazioni accessorie che devono necessariamente essere collegate a quella principale e la specificazione tra queste del dovere di informazione, che deve accompagnare ogni atto medico, hanno di fatto spostato l'attenzione dell'interprete alle tematiche probatorie disciplinate dall'art. 1218 c.c.⁹³.

Cosicché il danneggiato con il passare degli anni si è trovato da una prima fase in cui era gravato dall'onere di provare il nesso eziologico fra fatto lesivo e danno sofferto e la colpa del medico (l'*iniuria*), ad una successiva fase in cui il suo onere è limitato al fornire la sola prova del titolo^{94 95}.

⁹¹ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., 241.

In giurisprudenza si veda per tutte Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, 1, 2479, in *Gius.*, 2004, 3778, in *Resp. civ.*, 2005, 396.

⁹² La giurisprudenza, così come parte della dottrina, cercando di attribuire massimo valore agli obblighi di protezione all'interno del rapporto obbligatorio, ha allargato in assai ampia misura la responsabilità del sanitario e della struttura ospedaliera riuscendo ad estendere la responsabilità contrattuale anche in caso di violazione di alcuni obblighi accessori alla prestazione oggetto principale del contratto.

C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 123; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit, 126, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368., R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica per omessa diagnosi prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, in *Nuova giur. civ.*, 2003, 619.

⁹³ G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 315; R. BREDA, *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e resp.*, 2001, 1047; R. DE MATTEIS, *La responsabilità in campo sanitario*, cit., 333; G. COMANDÈ, G. TURCHETTI, *La responsabilità sanitaria*, cit., L. GREMIGNI FRANCINI, *Responsabilità sanitaria e tutela della persona*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1049; G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr.e impr.*, 2002.

⁹⁴ Cass., sez. un., 30 novembre 2001, n. 13533, cit.. Si veda ancora i commenti di V. MARICONDA, *Inadempimenti e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*,

In particolare, in ordine al nesso causale, la Suprema Corte, in una recente sentenza, ha di fatto accolto, con lampante quanto sconcertante chiarezza, la logica del “più probabile che non”, affermando che «in sede civile, esso è destinato inevitabilmente a risolversi entro i [più pragmatici] confini di una dimensione “storica” o, se si vuole, di politica del diritto che, come si è da più parti osservato, di volta in volta individuerà i termini della astratta riconducibilità delle conseguenze dannose delle proprie azioni in capo all’agente secondo un principio guida che potrebbe essere formulato all’incirca, in termini di rispondenza, da parte dell’autore del fatto illecito, delle conseguenze che “normalmente” discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (la cosiddetta teoria della regolarità causale e del *novus actus interveniens*) [...] la causalità civile, in definitiva, obbedisce alla logica del “più probabile che non”»⁹⁶.

Se a questa impostazione aggiungiamo il fatto che nelle vicende processuali mediche le problematiche concernenti la prova del nesso di causalità vengono in pratica direttamente risolte per mezzo della consulenza tecnica d’ufficio, nessuno potrà non rendersi conto di come l’onere probatorio a carico dell’attore- danneggiato è praticamente svuotato di ogni contenuto a sfavore del convenuto a carico del quale grava il difficile onere di fornire la prova liberatoria consistente «nel verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l’adeguata diligenza che lo stesso ha impedito di ottenere. E laddove tale prova non riesca a dare, secondo la regola generale *ex art. 1218 e 2697 c.c.*, il medesimo rimane soccombente»⁹⁷.

In ordine all’accertamento della colpevolezza del medico, si osserva che la presunzione di comportamento non diligente posta a carico del debitore finisce col

in *Gist. civ.*, 2001, 1565, in G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, 707.

⁹⁵ R. De Matteis, nella sua opera *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., 245, rileva che « l’obiettivo perseguito dai giudici con l’introduzione di un regime probatorio di rigore per le strutture sanitarie, deve essere interpretato e analizzato come espressione di una tendenza alla oggettivizzazione della responsabilità della struttura tesa a rivendicare autonomia – nel titolo dei criteri di imputazione – da quella del medico» .

⁹⁶ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

⁹⁷ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826 in *Resp. civ. prev.*, 2007, 9, 1824.

gravare in maniera incisiva sul prestatore d'opera o sull'azienda in cui esso è strutturato, imponendo loro di dimostrare non più la diligenza prestata nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie - e quindi l'inesistenza di errori -, ma la difficile prova che il danno è riconducibile ad altre circostanze.

3. *Segue: svalutazione della colpa e spersonalizzazione della responsabilità ad opera della giurisprudenza*

Nel tormentato, ma fermo, cammino garantistico intrapreso dalla giurisprudenza e fondato unicamente su principi di *policy* si è ulteriormente inserito l'orientamento che individua negli "obblighi di protezione" anche il fondamento della responsabilità del singolo medico dei quali in Italia si è reso portavoce Castronovo^{98 99}.

Tali obblighi si pongono a fianco della prestazione principale ampliandone i confini e generando un rapporto a struttura complessa che nel sistema italiano trova le sue fondamenta negli articoli 1175 e 1375 c.c. .

Simile orientamento può essere calzante quando ha ad oggetto la prestazione resa dall'ente il quale, essendo una struttura complessa, dovrà rispondere di una obbligazione altrettanto complessa.

Al contrario, gli obblighi di protezione rispetto al sanitario configurano una prestazione accessoria da sola non sufficiente a fondare la responsabilità di quest'ultimo. Diversamente dalla struttura medica la quale è tenuta non solo ad eseguire la precisa operazione richiesta, ma anche a fornire tutte quelle prestazioni accessorie alla principale, quale la sicurezza e l'igiene del paziente, ma non solo, il singolo operatore viene contattato per eseguire una specifica attività.

⁹⁸ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit.; ID. *La nuova responsabilità civile*; cit.; ID. *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit.

⁹⁹ La categoria degli obblighi di protezione nasce in Germania ove, degni di nota, sono i contributi di H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positive Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Praxis*, 136, 1932, 258.

Nell'unica indiscutibile ottica di agevolare ad ogni costo il paziente la giurisprudenza facendo leva sulla generica dizione "atto" o "fatto"¹⁰⁰ contenuta nell'articolo 1173 c.c., ha individuato, nel solco tracciato dalla dottrina tedesca¹⁰¹, a carico del singolo medico obblighi di prestazione di natura contrattuale da contatto sociale, atteso che il rapporto di cura si atteggia, per contenuto, come adempimento di una obbligazione nascente da un tipico contratto di opera professionale.

Negli effetti, dal sistema della centralità della colpa, che privilegiava il ricorso all'ambiguo precetto disciplinato dall'art. 2236 c.c., che pur nell'ambito del contratto conduceva a interpretazioni largamente opinabili si è passati alla centralità del contratto, individuato inizialmente in un vincolo negoziale di natura contrattuale: il c.d. contratto di ospedalità.

Nella giurisprudenza del settore si può, quindi, ritenere che il disegno giurisprudenziale nell'ambito della responsabilità dei medici e degli Enti pubblici si è concluso con la decisione n. 11488/2004¹⁰² della Suprema Corte, a tenore della quale, in adesione ai principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 13533/2001¹⁰³, è oggi a carico del medico dimostrare la propria "non colpevolezza", anche se le eleganti espressioni dei magistrati si limitano a trattare di oneri probatori, con risultati equivalenti, se non identici.

Naturale conseguenza di cotale principio è che tutti i danni e, soprattutto, quelli di incerta origine, ad esempio le infezioni nosocomiali, restano a carico dell'ospedale, essendo sufficiente, in concreto, la sola dimostrazione del danno e del collegamento causale secondo il modello del "più possibile che non" con la degenza ospedaliera¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Sul punto si rimanda alle c.d. *variae causarum figurae* di Gaio nel noto passo delle *Istitutiones*, II, § 91. In dottrina si veda E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni, Fonti e vicende delle obbligazioni*, III, Milano, 1954, 16.

¹⁰¹ C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003.

¹⁰² Cass., 21 giugno 2004, n. 11488 in *Danno e resp.*, 2005, 23, con nota di R. De Matteis.

¹⁰³ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113, in *Nuova giur. civ.*, 2002, 349 e in *Foro it.*, 2002, I, 769.

¹⁰⁴ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

Lo schema obbligatorio delineato ed applicato dalle Corti di legittimità e di merito, per quanto si sia radicato all'interno dell'intero sistema responsabilistico, non pare, tuttavia, del tutto convincente.

La prima evidente critica nasce *ab origine* dall'errore nella comparazione dei sistemi. La dottrina, così come la giurisprudenza, ha acriticamente accolto la teoria degli obblighi di protezione sviluppatasi nel sistema tedesco senza ravvedersi delle differenze che caratterizzano il nostro ordinamento da quello tedesco.

L'esperienza tedesca è stata ingenerata dalle "lacune" del BGB il quale, diversamente dal nostro, è caratterizzato dalla tipizzazione delle fattispecie appartenenti alla responsabilità aquiliana e contestualmente è privo di una adeguata elasticità necessaria per adattare il sistema allo sviluppo economico-sociale che di fatto regola il mercato e il "foro". Vige, infatti, il principio della tipicità degli illeciti e dei beni giuridici legislativamente protetti quali "vita, salute, proprietà, libertà o un altro diritto altrui".

All'operatore tedesco è, quindi, risultato necessario cercare altrove uno strumento idoneo a tutelare i complessi diritti dei consociati.

Diametralmente opposto si presenta, invece, lo schema italiano caratterizzato dalla atipicità dell'illecito descritto dall'art. 2043 c.c. attraverso la clausola generale dell' "ingiustizia del danno". Tale clausola, proprio per la sua atipicità si presenta come "contenitore" idoneo ad offrire protezione ad ogni posizione soggettiva giuridicamente rilevante¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 987 con nota di F. Bile, *La sentenza n. 500 del 1999 della Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; in *Contr. e impr.*, 2001, 21, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335 con nota di F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*; con nota di G. Visintini, *Danno ingiusto e lesione degli interessi legittimi*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1067, con nota di M. Protto, *E' crollato il muro dell'irrisarcibilità della lesione di interessi legittimi: una svolta epocale?*; in *Foro it.*, 1999, I, 3212, con nota di R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; in *Corr. giur.*, 1999, 1376 con nota di A. Di Majo, *Il risarcimento degli interessi non più solo legittimi*; in *Danno e resp.*, 1999, 949, con note di M. Navarreta, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità* e di G. Monateri, *Il torto da illegittimo esercizio della funzione pubblica*. Si vedano ancora i commenti di G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1,1; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212.

Interessante osservare il pensiero di R. De Matteis con il quale l'Autore ritiene necessario «abbandonare l'impostazione fino ad oggi accreditata che guarda all'attività sanitaria, erogata in strutture sanitarie, come somma di singole prestazioni (medico/professionali) alla quale applicare la disciplina codicistica prevista per il contratto d'opera intellettuale – per privilegiare una differente chiave di lettura che evidenzi il ruolo svolto dalle strutture in termini di organizzazione dell'attività di assistenza sanitaria e in questa prospettiva conferire rilievo a modelli di disciplina delle attività organizzative oltre alle strettoie imposte dall'alternativa tra attività professionale e attività di impresa »¹⁰⁶. Il passo riportato segna un primo passaggio diretto a confermare il pensiero per cui debba configurarsi «una doppia responsabilità facente rispettivamente capo alla struttura e al medico, come responsabilità disgiunte che originano da due fatti distinti ogniqualvolta l'agire organizzato si confronta con l'agire individuale e quest'ultimo acquista autonomo rilievo come fatto illecito del singolo»¹⁰⁷.

La teoria presentata dal pensiero di R. De Matteis, è, dunque, incentrata nella ricerca di nuovi modelli di responsabilità della struttura sanitaria, teorizzando una responsabilità di natura contrattuale per l'Ente ospedaliero, non più basata sul rapporto organico, ma autonoma dall'agire individuale dei singoli in quanto responsabilità che origina dalla inesatta attuazione del servizio. Diversamente, invece, con riferimento al singolo sanitario (strutturato), ritiene sia configurabile unicamente una responsabilità extracontrattuale fondata sull'accertamento di un danno ingiusto imputabile al medico stesso.

L'imperfezione del sistema del contatto sociale era già stato posto in luce e in parte chiarito da una pronuncia resa dalla Corte di Appello di Venezia¹⁰⁸ che, come una voce solitaria – si spera ancora per breve tempo -, ha dichiarato che il chirurgo

¹⁰⁶ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e Servizi sanitari*, cit, 65.

¹⁰⁷ R. DE MATTEIS, *Responsabilità e Servizi sanitari*, cit. 2001.

¹⁰⁸ Corte di Appello di Venezia, sez. IV, 16 giugno 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 3, 293, con nota di G. Guerra.

che ha effettuato la prestazione medica offerta dalla struttura sanitaria di cui è dipendente non risponde in via contrattuale.

Il caso esaminato dalla Corte veneta affrontava una domanda formulata nei confronti sia della struttura pubblica, sia del medico che aveva eseguito l'intervento, per i danni che un paziente aveva conseguito a seguito di una grave infezione settica manifestatasi due giorni dopo l'intervento chirurgico a cui era stato sottoposto.

Di tutta evidenza la conseguente condanna. Ma la Corte ha ritenuto fondamentale distinguere le due posizioni: del sanitario operatore, da una parte e della struttura in cui il paziente era ricoverato, dall'altra, ravvisando una fondamentale distinzione in ordine alle norme applicabili.

In primo luogo, la Corte di Appello di Venezia ha riconosciuto, in riferimento al c.d. "contatto" che lo stesso «si verifica nel momento in cui l'utente del servizio si rivolge alla struttura sanitaria per riceverne il servizio offerto e dispensato, e a tale fase il sanitario dipendente della struttura [...] rimane sicuramente estraneo, di talché nel momento in cui si rivolge alla struttura l'utente fida nella professionalità non già del medico che in concreto opererà, ma della struttura;

«in secondo luogo perché svolgendo la propria attività alle dipendenze della struttura sanitaria, il medico dipendente compie isolati atti della complessa ed articolata attività costituente la prestazione dovuta nell'ambito dell'esercizio della medesima che perciò è riferibile alla struttura sanitaria e non certo al medico da questa dipendente;

«in terzo luogo perché in relazione alla frammentarietà e parzialità dell'intervento del sanitario dipendente rispetto alla complessiva attività svolta dalla struttura, vengono meno, nei confronti dello stesso, le ragioni che giustificano la regolazione del regime dell'onere della prova nell'ambito del rapporto contrattuale, giacché sulle attività che esulano da quella da lui svolta personalmente e eseguite da altri, il sanitario dipendente non ha alcun controllo, venendosi a trovare in posizione ben diversa dalla "vicinanza con la prova" che giustifica e legittima l'accollo, al

contraente inadempiente, dell'onere della prova della non imputabilità a lui dell'inadempimento».

A chi scrive pare pienamente condivisibile il ragionamento svolto dalla Corte veneta. Per quale ragione, infatti, il singolo sanitario deve rendersi responsabile delle inadempienze altrui – quale, come nel caso in esame, la sterilizzazione della sala operatoria - di competenza di altri soggetti sempre incardinati all'interno della struttura ospedaliera? Probabilmente, con fare provocatorio, si potrebbe rispondere perché normalmente dietro ad un medico vi è un assicuratore. Un tale schema, tuttavia, darebbe adito alla generazione di una “nuova” figura di responsabilità per fatto altrui che comunemente rileva quale ipotesi di responsabilità oggettiva.

Come è stato evidenziato in dottrina «è più che dubbio che queste raffinate costruzioni costituiscano il fondamento delle regole di decisione attuate dalla giurisprudenza o non integrino piuttosto mere argomentazioni grazie alle quali si perviene a decisioni più prefigurate da altri motivi e ciò indipendentemente dal fatto che questi ultimi paiano, sovente, ispirati a genuini interessi di tutela»¹⁰⁹.

Del resto, la tutela del bene salute è una esigenza primaria, avente dignità costituzionale e ordinare il risarcimento di quanto è stato leso è, di conseguenza, lo scopo evidente della giurisprudenza, sia pure realizzato con qualche forzatura interpretativa, soprattutto iniziale.

La linearità e la valenza dei nuovi principi non possono certo oggi essere messi in discussione. E ciò non senza considerare che l'esigenza di risarcire comunque il soggetto leso da prestazioni sanitarie è viva e diffusa in tutti gli ordinamenti comunitari¹¹⁰ con sistemi attuativi equivalenti all'inversione dell'onere probatorio seguito - *rectius* imposto - dalla giurisprudenza in Italia.

Tuttavia, di fatto, i modelli decisionali proposti dalla giurisprudenza influiscono e modificano l'ambito del rischio dedotto in contratto da una parte,

¹⁰⁹ A.D. CANDIAN, *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, cit., 546.

¹¹⁰ R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1995, 489; G. PONZANELLI, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 36.

mentre dall'altra conducono ad un deciso aumento dei risarcimenti e di rimbalzo dei costi assicurativi.

Sta di fatto che la responsabilità sanitaria, una responsabilità che da sempre si è considerata incentrata sulla colpa del professionista, sta intraprendendo un cammino verso la responsabilità oggettiva.

Tale spersonalizzazione ricorre allorquando le Corti di legittimità e di merito non hanno ritenuto più sufficiente inquadrare l'indagine in ordine alla responsabilità del professionista, e nello specifico del medico, sulla ricerca di un comportamento prudente, diligente e comunque perito. Al contrario, è sempre più usuale pervenire a pronunce di condanna allorquando il medico non è in grado di individuare una causa estranea da sola sufficiente a provocare il danno lamentato.

Nell'ottica della giurisprudenza «provati dal paziente la sussistenza e il contenuto del contratto, se la prestazione dell'attività non consegue il risultato normalmente ottenibile in relazione alle circostanze del caso incombe invero al medico (*a fortiori* ove trattasi di intervento semplice e routinario) dare la prova del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l'adeguata diligenza che lo stesso ha impedito di ottenere. E laddove tale prova non riesca a dare, la regola generale *ex* articoli 1218 e 2697 c.c. il medesimo rimane soccombente»¹¹¹.

Simile direttiva richiama immediatamente l'attenzione sulle formule impiegate dal legislatore per disciplinare quella serie tipica di fattispecie che presenta il comune connotato di una responsabilità basata su criteri di tipo oggettivo¹¹². Il debitore inadempiente è tenuto a risarcire il danno anche se l'inadempimento non nasce da sua colpa: la prova di non aver potuto evitare il danno, ovvero l'inadempimento, pur impiegando l'ordinaria diligenza, non è sufficiente a liberarlo dalla responsabilità.

Appare, così, naturale ravvedere un collegamento con tutte quelle ipotesi di responsabilità che, benché appartengano all'area aquiliana, presentano il comune

¹¹¹ Cass., 13 aprile 2007, n. 8826 cit.

¹¹² C. BIANCA, *Diritto civile, La Responsabilità*, Milano, 685; M. COMPORI, *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, Milano, 2002, 140; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile* diretto da Scialoja-Branca-Galgano, Bologna-Roma, 1993, 346; M. SELLA, *La Responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2007.

connotato di una imputazione “che va al di là della colpa”. Tali fattispecie, che ormai la giurisprudenza tende ad unificare ed appiattare sotto il denominatore comune della responsabilità oggettiva, trovano la loro giustificazione a seconda dei casi nella relazione fra il soggetto responsabile e una cosa o una persona o un animale, o ancora sulla connessione del danno con una attività lecita, ma considerata pericolosa.

Volendo proporre un confronto, la giurisprudenza richiede al medico la prova “del verificarsi di un evento imprevedibile e non superabile con l’adeguata diligenza che lo stesso ha impedito di ottenere”.

Similmente, l’articolo 2048 c.c. esige dall’agente la prova “di non aver potuto impedire il fatto”.

Analogamente, gli articoli 2050, e 2054 c.c. richiedono la prova “di non aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”.

Gli articoli 2051, 2052 e 2053 c.c. prevedono addirittura la prova liberatoria del caso fortuito.

Si potrebbe, quindi, affermare che la relazione che intercorre fra danno lamentato e l’ esercizio della professione medica è divenuto il parametro “oggettivo” di imputazione della responsabilità.

La scelta di optare in certi settori per il criterio della responsabilità oggettiva, la quale tendenzialmente accolla il rischio di un danno al soggetto agente, è costruita sull’idea che chi esercita l’attività normalmente organizzata economicamente e professionalmente, è nella migliore posizione di calcolare il costo di un possibile danno e polverizzare la relativa spesa sul prezzo con cui viene offerta la prestazione. Tale è la logica della teoria del “rischio di impresa” in cui l’imprenditore, destinatario dei profitti, ha i mezzi per assorbire facilmente il costo del risarcimento dei danni, sia attraverso la stipulazione di un contratto di assicurazione, sia attraverso la prevenzione degli stessi essendo colui il quale sa come e dove intervenire per minimizzare i danni connessi all’attività economica di cui è titolare.

E’, perciò, evidente che la ragione ultima che giustifica le ipotesi di responsabilità oggettiva nel mondo delle imprese e la condivisione della teoria

economica dei costi e dei ricavi, è da ricollegare alla esigenza di offrire una piena tutela al danneggiato le cui istanze risarcitorie comunque prevalgono a prescindere dalle ragioni che hanno condotto al verificarsi del danno. Il maggior rigore della disciplina è comunque giustificato dal dovere di diligenza professionale che si richiede al professionista il quale dovrà rispondere, salva la prova liberatoria delle cause espressamente menzionate dalla legge¹¹³. Pare quindi che la giurisprudenza tenti di strumentalizzare la diligenza professionale per giustificare un aggravamento della responsabilità attraverso una forzatura del sistema per cui si richiede per la determinata attività pratica una maggiore competenza implicante il ricorso a tutti gli accorgimenti tecnici che non si richiedono ad un debitore occasionale, convertendo il concetto di «diligenza con quello di rischio professionale».¹¹⁴

La prevalente esigenza di tutelare il danneggiato, come nella tipica *ratio* della responsabilità oggettiva, si manifesta identica anche nella responsabilità dell'esercente la professione sanitaria. L'intento di *policy* pare, quindi, canalizzare la responsabilità medica verso quella tipica del rischio, appunto, di impresa.

E' doveroso a questo punto formulare alcune considerazioni distinguendo la responsabilità del medico strutturato da quella della azienda sanitaria.

Appare lampante il processo di "aziendalizzazione"¹¹⁵ della struttura sanitaria in cui, a prescindere dal perseguimento dello scopo di profitto, vi è una gestione ispirata a criteri di tipo imprenditoriale. La struttura sanitaria, oggi vera e propria azienda

¹¹³ W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 95; G. VISINTINI, *Trattato breve cit.*, 41.

¹¹⁴ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 223.

¹¹⁵ Se si volge l'attenzione al processo di aziendalizzazione della struttura occorrerebbe andare oltre insistendo sull'idea per cui tale trend legislativo finisce per consegnare (a fronte del problema) una vera e propria impresa e ciò indipendentemente dalla sua natura *profit* o non *profit*. Ciò permette di osservare come tale processo di aziendalizzazione ci consegna un rischio dai tratti affini al rischio di ripresa il che indurrebbe ad ipotizzare precise scelte di *policy* in tema di prevenzione e gestione del rischio (monitoraggio e implementazione degli assetti informativi; introduzione degli uffici per i reclami, ecc.) In tal senso si veda ancora G. IUDICA, *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp.civ. prev.*, 2001, 3.

Per alcune indicazioni circa la necessità di assumere, nell'attività sanitaria metodologie di *Risk Management* si veda A. TOWSE -P. DANZON, *Medical Negligence and the NHS: an Economic Analysis*, Health Economics, 1999; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, 54; F. DENOZZA, *Prevenzione e assicurazione*, in *Ass.*, 1978, I, 434; C. SANCHEZ, *Prevenzione e assicurazione*, in *Ass.*, 1978, I, 429.

dotata di autonomia gestionale e imprenditoriale, ha i mezzi e le possibilità di adottare scelte volte a prevenire i danni e a calcolarne i costi.

Stante quanto sopra, l'estensione della teoria del rischio di impresa alla struttura sanitaria appare convincente e, accogliendo questa impostazione, sul piano assicurativo si avrà che la copertura assicurativa della attività svolta dall'azienda dovrà essere strutturata sul modello dei contratti di assicurazione improntati sui rischi legati all'attività d'impresa.

E' inammissibile che tali conclusioni siano adottate anche in relazione alla responsabilità del singolo sanitario che certo non può definirsi una "azienda" e di conseguenza le condizioni assicurative dovranno essere differenti rispetto ai modelli adottati per la responsabilità della struttura sanitaria.

L'evoluzione giurisprudenziale sottovaluta le enormi differenze fra i due soggetti responsabili applicando i medesimi criteri di responsabilità. L'errore della giurisprudenza si riflette sul piano assicurativo disorientando l'operatore nella sua attività di valutazione e di calcolo del rischio.

4. *La prescrizione del diritto al risarcimento: risvolti assicurativi*

La contrattualizzazione dei rapporti ha inevitabilmente inciso anche in riferimento al decorso della prescrizione, con interferendo sulle consequenziali obbligazioni dell'assicuratore: consequenziali perché la responsabilità civile "tiene oggi il campo" ritrovando nel credito assicurativo la provvista per fronteggiare l'estensione dell'area e dei danni risarcibili.

Infatti, il passaggio dal sistema del torto -tipico della *common law*- al sistema del contratto -tipico del mondo romanistico- ha implicitamente provocato il trasferimento del regime della prescrizione dall'alveo dell'art. 2947 c.c., relativo ai fatti illeciti, a quello dell'art. 2946 c.c. che disciplina il decorso ordinario, tipicamente contrattuale.

Senonché, mentre notoriamente il termine di prescrizione da fatto illecito è

quinquennale, salva l'ipotesi di danni derivanti dalla circolazione di veicoli a motore di ogni specie che è biennale, anche nell'ipotesi costituente in astratto reato, come statuiscono le Sezioni Unite n. 5121/2002¹¹⁶, decorrenti dalla scadenza del termine utile per proporre querela, il credito risarcitorio di derivazione contrattuale è divenuto decennale.

L'assicuratore si è trovato fortemente vincolato in numerose fattispecie in cui è assai facile che a seguito di un danno sia sempre imputabile una responsabilità. La responsabilità di natura contrattuale anche da contatto sociale è stata estesa a numerosi soggetti quali ad esempio gli enti scolastici; e si tende ad estenderla, anche alla P.A. sia pur con una resistenza da parte del Giudice Amministrativo anche per intuitive ragioni economiche¹¹⁷. Del resto nessuno ha ancora ipotizzato l'assicurazione della Responsabilità Civile per danni provocati dalla lesione di interessi legittimi.

Le imprese di assicurazione si sono trovate, quale situazione usuale, a dover far fronte al costo di sinistri provocati anche dieci anni addietro, che sommati alla durata di un giudizio conducono ad un termine certamente superiore, comportando per l'assicuratore notevoli difficoltà sia nella gestione, sia nell'istruzione, sia nel reperimento dei fondi i quali sono stati inevitabilmente destinati ad altri investimenti da parte delle imprese.

Tale situazione, già allarmante, diviene ancora più inquietante se si collegano gli artt. 2946 e 2947 c.c. con l'art. 2935 c.c. che disciplina l'inizio del decorso della

¹¹⁶ Le Sezioni Unite, con la decisione 10 aprile 2002, 5121, in *Dir. e giust.*, 2002, 19, nota di M. ROSSETTI in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1363, nota di M. Feola hanno stabilito che «in tema di danni derivanti dalla circolazione dei veicoli, ove il fatto illecito integri gli estremi di un reato perseguibile a querela e quest'ultima non sia stata proposta, trova applicazione, ancorché per il reato sia stabilita una prescrizione più lunga di quella civile, la prescrizione biennale di cui al secondo comma dell'art. 2947 c.c., decorrente dalla scadenza del termine utile per la presentazione della querela medesima».

¹¹⁷ In giurisprudenza, con riferimento alla responsabilità da contatto sociale dell'insegnante si veda Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346 in *Foro it.*, 2002, I 2635, con nota F. Di Ciommo e in *Resp. civ.*, 2002, nota di G. Facci, che estende all'insegnante la responsabilità contrattuale della struttura scolastica per violazione dell'obbligo di sicurezza per danni cagionati dall'alunno a se stesso. Con riferimento alla responsabilità della Pubblica amministrazione quando essa abbia adottato provvedimenti illegittimi, una responsabilità di tipo contrattuale verso il cittadino danneggiato si veda Cons. Stato, 20 gennaio 2003, n. 204 in *Giur. it.*, 2003, 794; ID., 6 agosto 2001, n. 4329 in *Danno e resp.*, 2002, 183 con nota di V. Carbone.

prescrizione “dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”, valutati con combinato disposto.

E' nota, infatti, la tendenza di larga parte della dottrina e della giurisprudenza, sempre in ossequio al *favor* verso il danneggiato, a spostare il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione dal momento del verificarsi del fatto lesivo e, quindi, dell'insorgenza del diritto, a quella della manifestazione esteriore della lesione e, di conseguenza, della piena cognizione dell'esistenza del diritto e della possibilità del suo esercizio.

In ordine a tale tendenza, la Suprema Corte,¹¹⁸ sembra aver dato una corretta definizione, vincolando la prescrizione del danno contrattuale al termine decennale di cui all'art. 2946 c.c., che per il suo tenore letterale non consente di procrastinare tale *dies a quo* se non nelle ipotesi di impedimento legale, salvo che l'ignoranza del credito da parte del danneggiato derivi da dolo del debitore *ex art. 2941, n. 8 c.c.*

Infatti, secondo l'enunciato della Suprema Corte le cause di sospensione del decorso della prescrizione sono tassative e non ammettono interpretazioni estensive.

Per contro, nell'ipotesi di cui all'art. 2947, comma 1°, c.c. il diritto al risarcimento del danno da fatti illeciti si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato. Peraltro, lo specifico richiamo testuale, non al diritto, ma al risarcimento del danno induce a ritenere che ai fini del decorso del termine, il concetto di danno conseguito dall' illecito deve essere considerato non solo nel suo integrale verificarsi di causa ed effetto, ma anche comprensivo del momento in cui il danneggiato ha conoscenza del danno.

E ciò può intuitivamente procrastinare il *dies a quo* di decorrenza del termine.

Peraltro, è noto che le ipotesi risarcitorie più significative in tema di responsabilità medica sono identificate da lesioni personali che, per orientamento giurisprudenziale, ormai risalente e consolidato, consentono azioni cumulative impostate sia in via contrattuale, sia in via extracontrattuale.

Tali azioni risarcitorie sono sperimentabili sia nel termine decennale di

¹¹⁸ Cass., 28 gennaio 2004, n. 1547 in *Danno e resp.* 2004, 389, con nota di P.G. Monateri.

prescrizione contrattuale; sia nel termine quinquennale , ma decorrente dalla effettiva (e mai certa) piena conoscenza dalla data “del danno”.

Si assiste, quindi, quotidianamente al proliferare di richieste di risarcimento cumulativo e per prestazioni mediche risalenti a dieci, venti anni or sono; le epatopatie post trasfusionali, il rinvenimento di frammenti di garza o di tubicini di drenaggio, infezioni varie, sono le ipotesi più ricorrenti di situazioni anche molto risalenti nel tempo che approdano nei tribunali utilizzando i principi sopra ricordati.

E sempre in materia di prescrizione è stata anche recentemente rafforzata la distinzione tra gli “illeciti istantanei” e gli “atti illeciti permanenti” che si affiancano, senza comunque confondersi, agli “atti illecito istantanei ad effetti permanenti”¹¹⁹.

Come la Suprema Corte ha sottolineato, la distinzione tra l’atto illecito istantaneo e l’atto illecito permanente deve essere valutata in riferimento al collegamento causale tra il danno e la condotta del soggetto operante, circostanziata da colpa o dolo.

Mentre un comportamento illecito istantaneo si esaurisce al verificarsi del danno. Si pesi ad esempio all’azione od omissione che provochi una ferita, nell’illecito permanente la condotta illecita produce danni ininterrottamente; ogni giorno alimenta il danno stesso o consente che il medesimo possa sempre verificarsi. Seguendo un altro esempio, quale la realizzazione di una strada sopralzata rispetto ad alcune abitazioni ove si verifichi l’allagamento di una abitazione in soggiacenza idraulica rispetto alla strada stessa ad ogni temporale, situazione affrontata nel caso deciso dalla Corte di Cassazione 13 marzo 2007, n. 5831, negli effetti, finché perdura la condotta, ossia il mantenimento della strada in quella specifica condizione, perdura anche l’ipotesi di un danno, benché dal periodo in cui è stata fatta costruire la strada da parte della Pubblica Amministrazione al giorno in cui è stata formulata la domanda di risarcimento siano passati più di dieci anni.

Tutte le citate soluzioni giuridiche sopra descritte possono con maggiore o minore incisività ricadere sui costi assicurativi, conducendo l’assicurato e, quindi,

¹¹⁹ Cass.,13 marzo 2007, n. 5831, in *Resp civ. e prev*, 2007, 9, 1869.

l'impresa di assicurazione a risarcire anche situazioni che, in passato, avrebbero potuto non essere valutate con attenzione nell'assunzione del rischio in garanzia dalla medesima impresa assicuratrice.

5. La responsabilità medica nel contratto di assicurazione

I problemi relativi all' "incertezza" sopra evidenziati quali l'inquadrare disservizi sanitari all'interno degli schemi della responsabilità contrattuale, ovvero di quella extracontrattuale, da un lato; individuare il rischio ed identificare ciò che è assicurato, dall'altra hanno portato a conseguenze ben più ampie rispetto a quelle preventivate, riverberandosi, di rimbalzo, sul soggetto assicurato.

Un primo ambito in cui detta "incertezza" si è manifestata di difficile soluzione per il soggetto assicurato riguarda l' identificazione di ciò che è e ciò che non è assicurato.

Il miglioramento, o come si preferisce, il raffinamento delle tecniche, così come l'ampliamento delle conoscenze e dell'impiego di nuove attrezzature, mentre da un lato hanno contribuito a salvare numerose vite umane, dall'altro hanno concorso a creare nuove e diverse situazioni dannose.

Si pensi allo scorretto impiego della strumentazione, che ha portato ad una errata diagnosi, o ancora al mancato impiego della strumentazione perché assente (magari perché eccessivamente costosa per quel particolare centro sanitario situazione che, forse, impegnerebbe lo Stato sociale e non il singolo presidio ospedaliero) o perché impiegata da altri sanitari. Una tale situazione comporta, nell'ottica della giurisprudenza, sempre e comunque una responsabilità della struttura medesima.

Così, anche l'attività praticata e assicurata nel passato non viene sempre a coincidere con la "stessa" attività oggi esercitata dal sanitario. Si potrebbero verificare situazioni in cui il medico, pur continuando ad aggiornarsi, accrescendo le

proprie tecniche e conoscenze, dimentichi di “aggiornare” il proprio contratto di assicurazione con il pericolo di incorrere in scoperture assicurative; nel mentre l’assicuratore tenta di fuggire dagli oneri economici.

La ricerca dell’assicurato di prevedere, con alto grado di certezza, la probabilità di verificazione di un sinistro è un fattore costante e determinante in questa analisi e le imprese di assicurazione, infatti, da sempre si sono adoperate nella ricerca di tecniche che permettessero loro di essere in grado di determinare il rischio assicurato. Con ciò non ci si vuole riferire all’impiego della scienza attuariale con la quale l’impresa è in grado di determinare il costo del premio prendendo quali parametri di riferimento una massa di rischi omogenei ed il numero dei soggetti assicurati per quel rischio¹²⁰.

Si vuole, al contrario, richiamare l’attenzione a quegli strumenti che da sempre hanno coadiuvato l’assicuratore affinché questi superasse i problemi di *moral hazard* o di *adverse selection*¹²¹ e di *risk allocation*..

Negli ultimi anni si è osservato che una politica aziendale di *risk management* improntata sulla ricerca, sul monitoraggio e sulla misurazione del rischio, si è resa vantaggiosa al fine di sviluppare strategie per governare e per prevenire il ripetersi delle stesse condizioni di rischio o altrimenti per limitare il danno quando questo si è ormai verificato.

Nell’ottica delle imprese di assicurazione l’impiego dei programmi di *risk management* appaiono di rilievo sotto due profili: permettono sia di controllare l’attività sanitaria attraverso la gestione del rischio clinico, sia di condurre un

¹²⁰ Il premio è uno degli elementi fondamentali del contratto di assicurazione costituendone una condizione di efficacia, così come disciplinato all’art. 1901 c.c.. Infatti, se il contraente non paga il corrispettivo dovuto, l’assicurazione resta sospesa. In ciò è insita la natura prettamente onerosa del contratto di assicurazione. In merito si veda S. CHERUBINI – G. EMINENTE, *Marketing delle assicurazioni*, Torino, 1988, 136; D. DE STROBEL, *L’assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, 291; A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1995, 97; M. ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, in Alpa (a cura di) *Le Assicurazioni private*, Torino 2006, I, 781.

¹²¹ Sui problemi c.d. di asimmetria informativa nella gestione del rischio assicurato derivanti dai fenomeni di *moral hazard* e di *advers selection* si rimanda al cap. I, par.6 della presente trattazione

controllo interno alla stessa impresa assicuratrice così da effettuare una propria valutazione del rischio e di solvibilità¹²².

Un tale approccio combinato da una parte permetterebbe ai medici e alle strutture sanitarie di avere una migliore coscienza dei rischi della propria attività, dall'altra permetterebbe all'assicuratore di proporsi in maniera efficace quale *partnership* creando vere sinergie all'interno del rapporto azienda - assicurazione: lavorare assieme per studiare soluzioni che vanno bene ad entrambi.

Gli altri strumenti che da sempre hanno permesso all'assicuratore di contenere i pericoli di una cattiva gestione "interna" del rischio assicurato sono di più ampio impiego da parte delle imprese di assicurazione e sono normalmente inseriti in tutti, o quasi, i contratti di assicurazione. Si pensi, infatti all'impiego di franchigie; di scoperti; di esclusioni contrattuali o, ancora, di non assicurabilità di alcuni rischi (ad esempio l'asbestosi da amianto).

Tali strumenti da sempre hanno permesso alle compagnie di assicurazione di continuare ad operare sul mercato mantenendosi competitive.

Questi mezzi hanno avuto un ulteriore ruolo di prevenzione costringendo il soggetto assicurato a portare maggiore attenzione nello svolgimento della propria attività.

Sono sempre state numerose le critiche rivolte contro lo strumento assicurativo ritenendolo vanificatore della funzione preventiva della responsabilità civile.

Si è spesso ritenuto, infatti, che la possibilità concessa all'imprenditore di traslare i rischi della produzione sull'assicuratore, porterebbe sia ad una minore

¹²² Le tecniche di *risk management* per la gestione del rischio in ambito sanitario comportano in particolar modo il monitoraggio dei c.d. eventi avversi, ossia di quegli eventi che cagionano lesioni non volontarie o complicanze che comportano un peggioramento delle condizioni cliniche del paziente o addirittura il decesso, al fine di renderli prevedibili e prevenibili attraverso l'impiego di adeguate misure. Detto studio vien condotto analizzando la "complesso" sistema organizzativo sanitario ed in particolar modo l'ambiente di lavoro; i fattori legati al *team* di lavoro; i fattori legati all'individualità del personale; i fattori legati al compito; le caratteristiche del paziente.

Si veda in particolare CH. PERROW, *Normal accidents: living with high risk technologies*, Princeton University Press, Princeton, 1999, 10; G. TURCHETTI – B. LABELLA, *Il risk management*, in Comandè - Turchetti (a cura di) *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, 223; GB. MAZZUCHELLI, *La sanità "nel libro nero" delle compagnie di assicurazione*, in *Il giornale della previdenza*, 2005, 10.

attenzione alla sicurezza, sia ad incentrare tutte le ricchezza nella sola produttività non curandosi delle possibili conseguenze dannose dell'attività.

Un tale ragionamento non è, tuttavia, preciso perché non tiene conto dei metodi di *risk- allocation* diretti al recupero degli incentivi alla prevenzione, messi in opera dall'assicuratore.

CAPITOLO TERZO

I NUOVI RISCHI

SOMMARIO: 1. Il rischio tipico. – 2. I nuovi rischi. - 3. Assicurazione obbligatoria e responsabilità del gestore di impianti sportivi sciistici. – 4. L'assicurazione del danno ambientale: la problematica dei danni da inquinamento a rilascio graduale e dei *long-tail liabilities*. – 5. La responsabilità da prodotti e il problema “delle cause ignote”.

1. *Il rischio tipico*

E' oramai pacifico che in una società c.d. a “capitalismo maturo”, lo stretto legame che collega la responsabilità civile al settore economico-imprenditoriale ha comportato una attenta riflessione su quelle che sono le ripercussioni dello sviluppo economico sulla società. Con ciò si intende parlare di “costi sociali” e cioè sia di quei pregiudizi che l'attività imprenditoriale causa alla collettività, sia di quei danni che l'esercizio di impresa può cagionare ai singoli. Tale situazione, è del resto, comune a chiunque svolga una qualsiasi attività.

Si ritiene, tuttavia, che a fronte di un valido profitto, l'impresa sia strutturata in modo tale da determinare correttamente l'utilità sociale dell'attività rischiosa e il reale andamento dei costi di produzione, raggiungendo traguardi di efficienza allocativa. Essa, infatti, non solo è in grado di affrontare economicamente i costi dei danni causati a terzi, le c.d. esternalità negative direttamente collegate all'esercizio d'impresa, modificando e aggiornando i prezzi; ma è altresì in grado di prevedere e calcolare il rischio tipico per la specifica attività esercitata, in modo tale da prevenire

il suo possibile verificarsi grazie ad un controllo direttamente esercitato sull'attività medesima.

Attraverso la rilevazione degli errori professionali, l'imprenditore ha, dunque, l'opportunità di accertare la frequenza dei danni, la loro fonte generatrice, nonché la gravità del pregiudizio derivato.

In considerazione di tale facoltà attribuita all'imprenditore, si è sempre parlato di rischio di impresa come di quel principio avente la funzione di far addossare direttamente sull'imprenditore il costo dei danni provocati dall'attività imprenditoriale. Avendo, l'imprenditore, il controllo delle condizioni generali del rischio, «il rischio di impresa» dovrà essere a lui imputato.

Secondo lo schema su delineato, ossia quello di distribuire le spese fra imprenditore e collettività, lo strumento della responsabilità oggettiva è sempre stato considerato come una soluzione idonea ed efficace per attribuire una data responsabilità all'imprenditore a prescindere dal comportamento soggettivo tenuto da quest'ultimo, sia esso negligente o addirittura doloso.

Il regime della responsabilità oggettiva, infatti, assicura risultati più efficienti nell'allocazione delle risorse rispetto ad un sistema incentrato sulla colpa: in esso è insita quella funzione preventiva che si richiede all'esercente l'attività di impresa¹²³, ossia a colui che ha «il controllo delle condizioni generali del rischio»¹²⁴. In tal modo si costringe l'impresa a internalizzare realmente tutti i suoi costi.

La funzione preventiva e allocativa tipica della responsabilità oggettiva indubbiamente comporta il trasferimento del rischio e del suo costo sull'imprenditore dando vita a uno schema simile a quello che ritroviamo nel sistema assicurativo.

Ripercorrendo il pensiero di Alberto Monti «la responsabilità oggettiva si pone come una sorta di assicurazione in favore dei danneggiati, consentendo un più

¹²³ B. POZZO, *Il criterio di imputazione della responsabilità per danno ambientale nelle recenti leggi ecologiche*, in Trimarchi (a cura di) *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1996, 8. L'autore, a tale proposito ha rilevato che «qualora si adotti un regime di responsabilità per colpa il possibile danneggiante tenderà a scegliere un livello di attività più elevato di quello che il medesimo adotterebbe qualora tutti i costi esterni venissero internalizzati, portando quindi a risultati inefficienti».

¹²⁴ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 36.

efficace risarcimento del danno, senza con questo pregiudicare i diritti del danneggiante, dato che sarà comunque necessaria una più attenta verifica del nesso di causalità»¹²⁵.

In questo contesto lo strumento assicurativo si presenta come una ulteriore soluzione di allocazione dei costi, anche se una simile definizione non è, comunque, corretta come di seguito si spiegherà.

Ricorrendo a tale strumento negoziale, l'imprenditore può operare il trasferimento del rischio insito nella propria attività caricandolo su di un altro imprenditore quale è l'assicuratore.

L'assicuratore a sua volta, operando su larga scala, pone in atto un frazionamento e una dispersione del costo corrispondente alla valutazione, in termini economici, di un determinato rischio. Parimenti, attraverso lo studio delle attività e delle categorie di soggetti assicurati, imponendo premi differenziati svolge una funzione di allocazione del rischio.

Questa operazione è fattibile solamente quando il rischio che si intende assicurare è un "rischio tipico" ossia un evento imprevedibile e negativo che, comunque, ricorre per una determinata attività con una incidenza ben nota all'assicuratore. La conoscenza di parametri controllabili da parte dell'assicuratore, unitamente alla raccolta di informazioni relative alle differenti attività assicurate, permettono alle imprese di assicurazione non solo di costruire idonee polizze, ma in particolar modo, di prepararsi adeguatamente alla sopportazione del rischio garantito in contratto. Infatti, la puntuale conoscenza del rischio non incide soltanto sulla delimitazione dell'oggetto del contratto, ma altrimenti «riconoscere rilevanza causale alla natura del rischio assicurato significa riconoscere rilevanza ad un contratto di assicurazione in cui l'applicazione dei meccanismi di regolazione contrattuale usuali

¹²⁵ A. MONTI, *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 1997, 53.

non è idonea a soddisfare gli interessi perseguiti, dal momento che porterebbe a vanificarne la garanzia»¹²⁶.

Il sistema, invece, come già più volte ribadito nella presente trattazione, entra in crisi in relazione a tutti quei rischi sconosciuti, nel senso di non adeguatamente calcolati dall'impresa. In tale evenienza ci troviamo innanzi ai cosiddetti nuovi rischi.

2. *I nuovi rischi*

«La tecnologia è prodiga di promesse. Alla democrazia offre strumenti per combattere l'efficienza declinante e arriva a proporre addirittura una rigenerazione»¹²⁷.

E' insito nella natura dell'uomo evolversi, arricchirsi, tentare di superare i propri limiti. Ricorrere a nuove sperimentazioni sta di fatto divenendo una pratica sempre più usuale.

Il progresso scientifico e tecnologico ha portato sicuramente validi aiuti unitamente a grandi conquiste. Non si può comunque tralasciare che ogni mutamento tecnologico, quando non è ancora definito l'insieme delle sue conseguenze, o ancora non sono pienamente chiare le modalità dell'impiego delle diverse tecnologie e le alternative possibili, comporti inevitabilmente un elevato indice di rischio.

Questo rischio, che possiamo definire "tecnologico" o, meglio ancora, "da sviluppo" presenta connotati peculiari che ci impongono di distinguerlo dal generico concetto di rischio fino ad ora evidenziato¹²⁸.

¹²⁶ M. GAGLIARDI, *Atipicità dell'assicurazione per prassi assicurativa e copertura dei nuovi rischi*, in Comandé (a cura di) *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006.

¹²⁷ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004, 1.

¹²⁸ AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002.

Come sottolineato al capitolo I della presente trattazione, il rischio è la possibilità di un evento dannoso. Analizzando il “rischio” in rapporto al contratto di assicurazione, potremmo completare la definizione data, descrivendo come “tipica” la medesima possibilità del verificarsi dell’evento negativo. Ciò perché, a fianco della specifica funzione garantista ricoperta dall’assicuratore, l’impresa si adopera nella descrizione e nella classificazione della “sinistrosità” di un evento, espressione di un rischio, al fine di determinare a priori, sulla base di specifici calcoli della matematica attuariale¹²⁹, la percentuale di rischi omogenei che si verificheranno in un determinato periodo di tempo. Sulla base di tale valutazione viene poi determinato il costo del premio necessario affinché l’impresa accumuli le sufficienti risorse economiche¹³⁰.

Perché, comunque, sia possibile eseguire siffatta previsione con un indice di errore approssimativo allo zero, occorre che l’impresa assicurativa raccolga una vasta selezione di contratti omogenei, poiché più numerosi sono i rischi raccolti, più agevole risulta il calcolo statistico dell’incidenza degli eventi. L’operazione è significativa allorquando sia possibile conoscere sia le tipologie di eventi negativi che una determinata attività può cagionare, sia il periodo di tempo in cui tali eventi negativi possono manifestarsi. studio

Queste considerazioni hanno portato, talvolta, a negare l’assicurabilità di certi rischi, alcuni, per loro natura ancora ignoti alla scienza perché in considerazione della novità della tecnologia praticata non si è in grado di conoscere se e quale danno si potrà sviluppare; altri perché, in considerazione della loro natura, rendono conoscibile il verificarsi del danno in un’epoca non determinabile. Ma prima di procedere ad approfondire le argomentazioni che giustificano tali conclusioni, è bene

¹²⁹ Con riferimento allo studio svolto dalla matematica attuariale si rimanda alla nota 11 della presente trattazione.

¹³⁰ L’assicuratore, attraverso la propria organizzazione, si adopera al fine di raccogliere le risorse finanziarie che, maturando in futuro, saranno sufficienti per adempiere alle proprie obbligazioni. Il legislatore, infatti, ha imposto a chi esercita tale attività l’obbligo di costituire delle riserve tecniche secondo specifiche modalità. Per maggiori approfondimenti si veda il cap. I della presente trattazione, in particolare la nota 13.

porre una breve premessa necessaria ad evitare di cadere nell'errore di sovrapporre il problema dell' "assicurabilità" dei nuovi rischi, intesa come esistenza di schemi contrattuali idonei a far fronte alle nuove esigenze che nascono a seguito delle innovazioni tecnologiche, e "assicurabilità" intesa come convenienza economica per l'assicuratore a garantire i medesimi nuovi rischi.

Il tema della responsabilità civile dei nuovi rischi non presenta, in verità, caratteristiche specifiche in rapporto al *trend* più generale europeo e del mondo giuridico occidentale. In effetti il mercato italiano delle assicurazioni è aperto a recepire ogni nuova soluzione adottata da tutti gli assicuratori della comunità.

C'è, dunque, una vera osmosi tra le soluzioni nazionali e quelle europee. Bisogna anche osservare, in un'ottica differente, che il diritto italiano delle assicurazioni è un diritto relativamente non vincolante nel senso che permette sempre la deroga delle leggi in favore dell'assicurato.

Conseguentemente, le polizze di assicurazioni e le nuove coperture pensate dagli assicuratori non trovano ostacoli grazie al principio di libertà contrattuale e in applicazione della possibilità di deroga in favore dell'assicurato.

Infatti, non vi sono impedimenti normativi che limitino l'assicurazione dei nuovi rischi se non gli stessi impedimenti che sono sempre presenti nelle assicurazioni di responsabilità.

Bisogna a questo proposito ricordare che nel sistema italiano l'assicurazione di responsabilità civile è considerata, a differenza degli altri generi di assicurazione, e in particolare delle polizze "danni", a copertura dei rischi del patrimonio che sono la conseguenza di una azione contro l'assicurato per danni causati alle persone, ai beni, sia a titolo di colpa, sia a titolo di responsabilità oggettiva.

L'oggetto di questi tipi di copertura è, dunque, il rischio di responsabilità, cioè l'obbligo di rimborsare il danneggiato nei limiti indicati dal contratto.

Si osserva ancora che le norme che, comunque, si dovranno applicare saranno sempre le medesime indicate dal codice civile riguardanti i limiti generali dell' R.C.. Si ricorda, ad esempio, l'impossibilità di assicurare il dolo dell'assicurato come

precisato dall'art. 1917 c.c.; o ancora la tendenza degli assicuratori italiani a limitare la copertura ai soli avvenimenti accidentali.

Pertanto, stante queste considerazioni, chiarito che in astratto i c.d. nuovi rischi sono assicurabili, nel concreto le compagnie assicuratrici potrebbe manifestare alcune resistenze ad assicurarli date le peculiarità degli stessi.

E' ben noto, infatti, che l'impresa di assicurazione, ogni qual volta proceda alla conclusione di un contratto, come prima attività svolge una serie di accertamenti diretti a "censire" il rischio non essendo possibile gestire ciò che non si può misurare.

Perseguendo una politica di *risk management*¹³¹, diretta all'analisi dei costi-benefici, l'assicuratore procede a una anamnesi dell'impresa o del soggetto da assicurare così da elaborare, attraverso la raccolta e lo studio dei dati indicatori del rischio, delle statistiche utili a determinare il premio assicurativo ed a prevedere le richieste risarcitorie al fine di effettuare una corretta gestione dei fondi a disposizione della stessa impresa assicuratrice.

Quando invece viene richiesta una copertura assicurativa per nuove attività, come ad esempio nuove forme di lavoro, nuove sperimentazioni tecnologiche o ancora per la produzione di nuovi prodotti da immettere sul mercato, e così via, l'assicuratore non è – ancora – in grado di conoscere quali siano le conseguenze che possano derivare da tali attività e, pertanto, quale possa essere il "rischio" che si verifichi un evento dannoso e con quale gravità.

Nel caso dei c.d. nuovi rischi¹³² si nota, infatti, una estrema difficoltà ad enucleare dati sufficienti su cui costruire statistiche di riferimento¹³³.

¹³¹ G. COMANDÈ- G. TURCHETTI, *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004, 239; M. DEL VECCHIO- L. COSMI, *Il risk management nelle aziende sanitarie*, Milano, 2003; AA.VV., *La gestione del rischio aziendale, ERM – Enterprise Risk Management: modello di riferimento e alcune tecniche applicative*, Milano, 2006.

¹³² Il regolamento CE, n. 358/2003 della Commissione 27 febbraio 2003, relativo all'applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni, pubblicato in *G.U.CE*, n. L 53 del 28 febbraio 2003, all'art.2, n.7, fornisce, per la prima volta, la definizione di "nuovo rischio" di grande importanza nel quadro della disciplina regolamentare concernente la copertura in comune dei rischi. Alla stregua di tale definizione, per "nuovo rischio" deve intendersi quel rischio che non esisteva in precedenza e per la cui garanzia è necessario elaborare un prodotto assicurativo completamente nuovo e che non si limiti, pertanto, alla mera estensione, miglioramento o sostituzione di un prodotto assicurativo già esistente sul mercato.

Il verificarsi dei danni si sviluppa in modo imprevedibile e assolutamente irregolare. Si pensi ad esempio ai danni alla salute che risultino dall'esercizio di una attività professionale tecnologica i quali sfuggono, in gran parte, alle statistiche perché non appaiono come malattie professionali contabilizzate¹³⁴.

In tale ottica si parla di "atipicità del rischio" e di "atipicità del danno". Ed è proprio questa atipicità che impedisce ai danni di diventare *a calculable cost of doing business*. Ciò rende maggiormente difficoltosa la loro assicurabilità.

Di non minore importanza è l'obiezione spesso sollevata in ambito assicurativo relativa al fatto che i danni derivanti da tali nuove attività foriere di rischi ancora non chiaramente conosciuti si possono manifestare anche a notevole distanza temporale rispetto al momento in cui si è svolta l'attività dannosa.

La crisi temporale crea rilevanti problemi. Principalmente si veda quello relativo alla determinazione del soggetto tenuto al risarcimento del danno in quanto con il passare del tempo è sempre più difficile individuare l'evento dannoso e di conseguenza il soggetto che lo ha commesso. A ciò si aggiunga che, sviluppandosi il danno dopo così tanto tempo, la realtà economica potrebbe aver subito alcune modificazioni quali, ad esempio, la cessazione da parte di colui che ha cagionato il danno della medesima attività da cui questo è promanato o, comunque, la cessazione della copertura assicurativa¹³⁵.

Detta nozione è tuttavia chiaramente riduttiva in quanto dimentica tutti quei rischi per i quali difettino dati statistico-attuariali necessari per il calcolo dei relativi premi puri. La nozione legale è pertanto astratta ed eccessivamente rigorosa. Come rileva l'ANIA «essa sembra ignorare che il mercato assicurativo dell'offerta è dato da coperture concrete ed effettive dei rischi, per cui in assicurazione è da ritenere nuovo non solo il rischio mai verificatosi prima dal punto di vista fenomenologico, ma anche quello per l'innanzi mai garantito. E ciò per via della mancanza, appunto, dei necessari elementi di conoscenza statistico-attuariali ed economici» *Regolamento CE, n. 358/2003*, Documento elaborato dal servizio legale dell'ANIA, in *Dir. ed Ec. Ass.*, 2004, 165.

¹³³ G. COMANDÉ, *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit.

¹³⁴ G. TURCHETTI – B. LABELLA, *L'innovazione delle tecnologie biomediche tra rischio, incertezza, precauzione e gestione*, in Comandé (a cura di) *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit. .

¹³⁵ Per ridimensionare il problema in esame, è doveroso fin d'ora mettere in luce che una copertura assicurativa strutturata sul modello del *claims made* (per la cui analisi si rimanda al cap. V), potrebbe facilitare l'individuazione dell'impresa tenuta a garantire il danno. Questa affermazione acquisirà maggiore chiarezza alla luce delle considerazioni che si svilupperanno in ordine al contratto di *claims made* nel prosieguo di questa trattazione.

Benché, quindi, siano evidenti le difficoltà di assicurare i danni di questo tipo, contestualmente non si possono trascurare le ragioni che rendono necessaria la previsione di una copertura assicurativa dei danni derivanti dai “nuovi rischi”. Infatti, in tutti i casi si tratta di attività da cui possono derivare rilevanti danni, diffusi in categorie molto ampie di utenti. Si veda ad esempio il danno da prodotto farmaceutico che può colpire tutti i consumatori del farmaco o il danno ambientale che può svilupparsi in aree molto ampie, in astratto anche senza limiti. Contestualmente, non è certamente pensabile di perseguire la via dell’astensione da tali attività data l’estrema utilità sociale connessa alle stesse.

Senza cadere in eccessive generalizzazioni si coglie qui lo spunto per invitare a riflettere circa la possibilità di instaurare un regime di assicurazione obbligatoria, ovviamente non riferito a tutte le attività che possono rientrare nella categoria dei nuovi rischi, ma solo in riferimento a quell’attività la cui estrema diffusione possa giustificare l’esigenza di ricorrere ad una simile misura. Il benefico vantaggio che deriverebbe da un regime assicurativo di questo genere è quello che l’impresa assicurativa sarebbe agevolata dal poter ripartire il rischio su un numero maggiore di soggetti assicurati con conseguente abbassamento dei premi a seguito di un elevato numero di polizze stipulate. Parimenti, colui che richiede la copertura assicurativa non incorrerebbe nel pericolo di ottenere un rifiuto alla garanzia da parte dell’assicuratore.

3. *Assicurazione obbligatoria e responsabilità del gestore di impianti sportivi sciistici.*

Analizzando le ipotesi in cui il legislatore ha stabilito che un soggetto deve essere obbligatoriamente assicurato, si rileva che sovente si ricade in ipotesi genericamente qualificabili come “attività pericolose”.

Senza alcuna presunzione di completezza, si osservi, infatti, la Legge 24 dicembre 1969, n. 990 che prevede l'assicurazione obbligatoria per la circolazione di veicoli a motore e dei natanti; la Legge 31 dicembre 1962, n. 1860 che prevede l'assicurazione obbligatoria per l'impiego di energia nucleare e per il rischio atomico; la Convenzione di Bruxelles 19 novembre 1969, la Legge 6 aprile 1977, n. 185; il D.P.R. 27 maggio 1978, n. 504 per i danni provocati da fuoriuscita di idrocarburi trasportati via mare; la Legge 2 febbraio 1973, n. 7 che prevede l'assicurazione obbligatoria per le imprese distributrici di gas, petrolio, liquefatti in bombole, per conto proprio e per conto di utenti; la Legge 11 febbraio 1992, n. 157 che prevede l'assicurazione obbligatoria per la caccia. A queste ipotesi, chiaramente connotate dall'elevato rischio connaturale, si aggiunge il D.Lgs., 6 settembre 2005, n. 206, che prevede l'assicurazione obbligatoria per tutti i danni alla persona e non, derivati al consumatore dall'inadempimento o dall'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto di pacchetti turistici. Tale fattispecie, ricade comunque all'interno della responsabilità del produttore, oggi ricondotta nell'ambito della responsabilità senza colpa.

Benché non siano numerose le ipotesi di assicurazione obbligatoria, l'intervento del legislatore ha iniziato a sentirsi.

A tale proposito si ricorda la Legge 24 dicembre 2003, n. 363, "norme in materia di sicurezza nella pratica degli sport invernali da discesa e da fondo", ove all'art. 4, si fa obbligo al gestore dell'impianto sciistico di stipulare una polizza assicurativa « ai fini della responsabilità civile per danni derivabili agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore in relazione all'uso di dette aree» quale condizione per il conseguimento dell'autorizzazione da parte della Pubblica Amministrazione all'apertura dell'impianto¹³⁶.

¹³⁶ Legge 24 dicembre 2003, n. 363, art. 4: «I gestori delle aree sciabili attrezzate, con esclusione delle aree dedicate allo sci di fondo, sono civilmente responsabili della regolarità e della sicurezza dell'esercizio delle piste e non possono consentirne l'apertura al pubblico senza avere previamente stipulato apposito contratto di assicurazione ai fini della responsabilità civile per danni derivabili agli utenti e ai terzi per fatti derivanti da responsabilità del gestore in relazione all'uso di dette aree

Tale esigenza è certamente sorta dall' aumentare sempre più ingravescente del numero di sinistri che avvengono sulle piste da sci connessa al fatto per cui il rischio insito nell'attività sciistica si presenta a causa delle modalità di svolgimento dell'attività stessa nonché dell'impegno assai diffuso dello sport medesimo.

Ma ciò che ha sempre colpito è stata proprio la carenza normativa in materia che ha reso assai difficoltoso imputare l'evento dannoso relativo agli incidenti sciistici. A tale problematica giurisprudenza e dottrina¹³⁷, in passato, hanno cercato di dare rimedio individuando l'attività sciistica quale ipotesi di responsabilità oggettiva¹³⁸. Oggi è, invece, intervenuto il legislatore con la su citata legge 363/2003, il quale, non distaccandosi dall'idea di inserire tale fattispecie all'interno di quelle tipiche della responsabilità senza colpa, ha modellato una responsabilità per gli utilizzatori delle piste sulla falsa riga dell'art. 2054 c.c.. Si veda ad esempio l'art. 8 che impone l'obbligo ai soggetti di età inferiore ai quattordici anni di indossare un casco protettivo conforme alle caratteristiche stabilite dal Ministero della Salute. O ancora l'art. 9¹³⁹ che richiede un adeguamento della velocità alle condizioni climatiche e della pista che richiama gli artt. 141 e 142 del codice della strada. Ed ancora l'art. 19 il quale, come disciplinato all' art. 2054 comma 2, stabilisce che «nel

Al gestore che non abbia ottemperato all'obbligo di cui al comma 1 si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da 20.000 euro a 200.000 euro.

Il rilascio delle autorizzazioni per la gestione di nuovi impianti è subordinato alla stipula del contratto di assicurazione di cui al comma 1. Le autorizzazioni già rilasciate sono sospese fino alla stipula del contratto di assicurazione, qualora il gestore non vi provveda entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge».

W. FLICK, *Responsabilità e piste da sci, responsabilità contrattuale o aquiliana?*, in www.bormioforumneve.eu.

¹³⁷ M. ANTINOZZI *La responsabilità dello sciatore* in *Dir e prat. nell' ass.* 1987,863.

¹³⁸ La giurisprudenza in passato era solita ricorrere all'impiego degli art 2050, 2051 e 2054 c.c. i quali permettevano, invertendo gli oneri probatori, di imporre al danneggiante il dovere di provare di aver adottato tutte le misure o di aver fatto il possibile per evitare il danno, al fine di non rispondere del danno. Tali soluzioni sono state parzialmente sostituite dalle regole poste dalla legge 363/2003 con la quale sono state statuite norme disciplinate sulla falsa riga dell'art. 2054 c.c..

¹³⁹ L'art. 9 stabilisce che « gli sciatori devono tenere una condotta che, in relazione alle caratteristiche della pista e alla situazione ambientale, non costituisca pericolo per l'incolumità altrui. La velocità deve essere particolarmente moderata nei tratti a visuale non libera, in prossimità di fabbricati od ostacoli, negli incroci, nelle biforcazioni, in caso di nebbia, di foschia, di scarsa visibilità o di affollamento, nelle strettoie e in presenza di principianti».

caso di scontro tra sciatori, si presume, fino a prova contraria, che ciascuno di essi abbia concorso ugualmente a produrre gli eventuali danni».

Con specifico riferimento alla responsabilità del gestore dell'impianto sciistico, sul quale grava appunto l'obbligo alla assicurazione obbligatoria, la l. 363/2003, all'art. 4, unitamente agli articoli 3, 5, 6 e 7 in ordine all'individuazione degli obblighi relativi alla messa in sicurezza degli impianti, risolvendo ogni dubbio in proposito¹⁴⁰, hanno stabilito che i gestori delle aree sciabili attrezzate, e con ciò si intende sia gli impianti¹⁴¹ per la salita, sia quelli per la discesa, con esclusione delle aree dedicate allo sci di fondo, sono civilmente responsabili della regolarità e della sicurezza dell'esercizio delle piste.

La norma è certamente di ampia interpretazione lasciando un margine al giudice nel valutare il limite della messa in sicurezza delle strutture, parametro per valutare la responsabilità del gestore. Grava infatti sui gestori un diffuso e generalizzato obbligo di protezione nei confronti degli utenti. Si richiama, in particolare, l'art. 3 ove viene precisato che deve essere assicurato «agli utenti la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza provvedendo alla messa in sicurezza delle piste secondo quanto stabilito dalle Regioni», e che «i gestori hanno l'obbligo di proteggere gli utenti da ostacoli presenti lungo le piste

¹⁴⁰ La giurisprudenza, cercando di ovviare al vuoto normativo in materia, aveva elaborato alcune teorie volte a riconoscere una responsabilità del gestore dell'impianto sciistico ponendo una distinzione fra responsabilità per i sinistri avvenuti durante la fase di salita, da un a parte, e per sinistri avvenuti durante la fase di discesa, dall'altra. Con riferimento ai primi, si era osservato un prevalente orientamento di dottrina e giurisprudenza con l'elaborazione del cosiddetto "contratto di *skipass*" o "contratto bianco" quale contratto di trasporto regolato dalla normativa prevista dal Codice Civile agli art. 1678 e ss. Secondo tale orientamento, in caso di incidente, il gestore dell'impianto si libera della responsabilità solo provando di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. Si veda Cass., 10 febbraio 2005, n. 2706, in *Danno e resp.*, 2005, 8-9, 837, con nota di M. Calabrese *La doppia natura della responsabilità del gestore di una pista da sci*. Cass., 15 febbraio 2001, n. 2216 in *Danno e resp.* 2001, 4, 372, con nota di V. Carbone.

Con riferimento, invece ai sinistri avvenuti durante la fase di discesa si sosteneva in prevalenza che la responsabilità civile del gestore della pista trovasse fondamento nella violazione del precetto stabilito dall'art. 2043 c.c. del *neminem laedere*. Raramente questa responsabilità ha trovato fondamento in altre norme. Solo raramente, infatti, la giurisprudenza ha riconosciuto una responsabilità *ex art. 2050 c.c.*, qualificando l'attività del gestore pericolosa; ovvero *ex art. 2051 c.c.* per cose in custodia.

¹⁴¹ La Legge 24 dicembre 2003, n. 363, all'art. 2 comprende all'interno dell'area sciabile attrezzata "piste, impianti di risalita e di innevamento".

mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli stessi e segnalazioni della situazione di pericolo».

I parametri indicati sono all'evidenza assai generici. Da una parte non indicano specifiche regole di condotta, ma si limitano a richiamare le normative regionali così da non permettere l'applicazione su tutto il territorio nazionale di una disciplina organica e unitaria.

Dall'altra l'impiego di indefiniti parametri quali: "adeguate protezioni", "adeguate segnalazioni" estendono al Giudice un ampio potere di valutazione.

Certamente l'orientamento giurisprudenziale diretto a riconoscere una intrinseca pericolosità nell'attività sciistica ha contribuito notevolmente ad imporre un obbligo assicurativo. Tuttavia, la normativa, così come delineata dal legislatore, induce a ritenere che il rischio assicurativo possa acquistare incidenza differente a seconda del territorio in cui potrebbe verificarsi il danno.

L'impresa nella sua attività di gestione del rischio, resta quindi vincolata alle discipline locali e agli orientamenti delle differenti Corti di merito.

E' quindi possibile chiedersi se sia verificabile l'evenienza per cui le imprese di assicurazione adottino polizze differenti a seconda della zona di riferimento?

4. *L'assicurazione del danno ambientale: la problematica dei danni da inquinamento a rilascio graduale e dei long-tail liabilities*

Il danno ambientale, benché per esso si usi un'unica locuzione, è costituito da fattispecie giuridicamente differenti comportando conseguenze economiche di notevole rilievo¹⁴².

¹⁴² Lo specifico settore del danno ambientale è di rilievo nello studio della materia in quanto è stato uno dei primi ambiti in cui le imprese di assicurazione sono incorse in gravi problemi di copertura e di corresponsione della garanzia dovuta a causa dei sinistri c.d. tardivi che hanno impedito la corretta determinazione del premio e delle riserve necessarie, problematica che verrà affrontata nel prosieguo della presente trattazione.

Nonostante la pericolosità della natura del danno ambientale, si premette all'analisi della fattispecie, l'interessante ma sconcertante rilievo per cui, allo stato, non esista ancora alcun obbligo assicurativo imposto per gli operatori del settore, malgrado da anni siano vi siano dibattiti in proposito¹⁴³.

A livello normativo vi sono solo "esortamenti", ma non "obblighi", con cui in ambito europeo si invitino gli Stati membri a favorire lo sviluppo di strumenti assicurativi diretti alla copertura dei danni all'ambiente.

Il nostro Paese, pur mostrandosi sempre più incline a favorire una responsabilità di tipo oggettivo e, quindi, di maggior garanzia nei confronti dei soggetti danneggiati, non ha ritenuto cogliere tale invito forse a causa della complessità della materia come ora si viene a spiegare.

La prima questione che si incorre con riferimento al danno ambientale è la sua determinazione. Per esso si intende sia il danno causato direttamente alle risorse naturali, sia i danni di tipo individuale che l'inquinamento cagiona indirettamente ai terzi.

Caratteristica di tale tipo di danno è la sua estensione in quanto incide contestualmente su di un vasto numero di soggetti. Di esso si dice, infatti, essere un danno diffuso, ma polverizzato nel senso che le conseguenze per tutti coloro che risultano danneggiati sono spesso "modeste" anche se ingenti nel complesso¹⁴⁴. Non è, infatti, possibile trascurare come il danno più grave sia quello alle risorse naturali,

B. POZZO, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996; ID. *Il danno ambientale* in Cendon (a cura di) *Il diritto privato oggi*, Milano, 1998; S. SALMI, *Diritto dell'ambiente. Principi fondamentali di diritto ambientale*; Milano, 1994; F. SPANTIGATI, *La valutazione giuridica dell'ambiente*, Padova, 2002; M. BALLETTA - B. PILLON, *Il danno ambientale*, Napoli, 2002.

¹⁴³ Si veda il *Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, punto n. 4, adottato dalla Commissione europea (Bruxelles, 9.febbraio .2000) e mirato ad individuare come sia possibile applicare nel modo migliore il principio "chi inquina paga", uno dei principi fondamentali del trattato CE in materia di ambiente, per servire gli obiettivi di politica comunitaria per l'ambiente.

¹⁴⁴ A. MONTI, *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, cit., 44.

ossia un danno di tipo collettivo e pertanto di difficoltosa determinazione nella sua valutazione¹⁴⁵.

La disciplina del danno ambientale negli ultimi anni ha interessato sempre più l'attenzione del legislatore il quale, traendo origine dalla Legge 15 dicembre 2004 (Delega ambientale e condono edilizio su abusi in zone a vincolo paesaggistico) e recependo la Direttiva 2004/35/Ce del 21 aprile 2004¹⁴⁶, ha dato corpo alla promulgazione del Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, c.d. Testo Unico ambientale, interamente dedicato alla responsabilità per danno all'ambiente, alla prevenzione ed al risarcimento del danno¹⁴⁷.

Per quanto attiene al regime della responsabilità, il D.Lgs. 152/2006 mostra una netta dicotomia con la direttiva comunitaria improntando un sistema fondato sulla colpa. Infatti, benché la normativa nazionale non sia del tutto chiara, sembrando volere introdurre con l'art. 305 un regime di responsabilità oggettiva con la diretta imposizione di un obbligo ad adottare misure di ripristino a seguito del verificarsi di

¹⁴⁵ G.VOLPE PUTZOLU, *Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione*, in *Il danno ambientale: regolamentazione, prevenzione, sicurezza*. Atti del convegno ANIA, 30 novembre 1987.

¹⁴⁶ M. ALBERTON, *L'assicurazione del danno ambientale nella direttiva 2004/35/CE*, in *Danno e resp.* 2007, 2, 135; F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente: Recepimento della direttiva 2004/35/CE e sopravvivenza del danno presunto e punitivo*, Milano 2006.; B. POZZO, *La responsabilità ambientale*, Milano, 2005.

¹⁴⁷ D.lgs., 3 aprile 2006, n. 152, "Norme in materia ambientale, pubblicato" in G.U. 14 aprile 2006, n. 88. Nello specifico la normativa prevede, oltre alla individuazione di criteri di imputazione della responsabilità, l'introduzione di meccanismi di richiesta di intervento statale da parte di soggetti (ivi comprese le organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente) a diverso titolo interessati all'adozione delle misure di prevenzione, di ripristino o di riparazione; la definizione di una disciplina analitica del risarcimento del danno ambientale mediante la definizione di un modello che, in via alternativa alla costituzione di parte civile nel processo penale da parte del Ministro dell'Ambiente, prevede, a seguito di specifica istruttoria, l'emanazione di un'ordinanza-ingiunzione per il risarcimento del danno; l'applicazione ai crediti vantati dallo Stato in materia di risarcimento del danno ambientale della disciplina della riscossione mediante ruoli e, soprattutto, previsione di un fondo di rotazione in cui confluiscono le somme riscosse al fine di finanziare interventi di messa in sicurezza, disinquinamento, bonifica e ripristino ambientale. La normativa è stata di recente integrata e corretta dal Decreto Legislativo 16 gennaio 2008, n. 4.

In materia si veda A. DI MARTINO, *Il "nuovo" danno ambientale. Note minime*, in www.ambientediritto.it; M. FAY,- M. BATTAGLIA - F. ARALDO, *Gli effetti sulla gestione aziendale della direttiva CE sul danno ambientale e i possibili riflessi sul piano assicurativo*, in Comandé (a cura di) *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, cit., 439; L.PRATI, *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del Codice dell'Ambiente*, in *Danno e resp.*, 11, 2006, 1049.

un danno ambientale¹⁴⁸, l'art. 311, intitolato "azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale" introduce un regime soggettivo di responsabilità¹⁴⁹.

Specificatamente, modellando l'illecito sulla base dell'art. 2043 c.c., la norma, richiede, affinché vi possa essere una condanna al ripristino «della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato» un comportamento attivo o omissivo in «violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, [oppure commesso] con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche».

E' interessante notare, con riferimento all'imputazione del danno ambientale secondo la normativa nazionale, come da un lato, rispetto alla precedente disciplina—ossia all'art. 18 della Legge 349/86—vi sia stato una estensione alla colpa generica¹⁵⁰; mentre dall'altro, rispetto alla direttiva comunitaria, vi sia stato un deciso

¹⁴⁸ L'art. 305 del D.Lgs 152/2007 prevede che «quando si è verificato un danno ambientale, l'operatore deve comunicare senza indugio tutti gli aspetti pertinenti della situazione alle autorità» competenti, e qualora non vi adempia o «se esso non può essere individuato o se non è tenuto a sostenere i costi a norma della parte sesta del presente decreto, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio ha facoltà di adottare egli stesso tali misure, approvando la nota delle spese, con diritto di rivalsa esercitabile verso chi abbia causato o comunque concorso a causare le spese stesse, se venga individuato entro il termine di cinque anni dall'effettuato pagamento». Letto l'articolo autonomamente, l'obbligo al ripristino dello stato dei luoghi ogni qual volta sorga un danno ambientale, senza l'indicazione di un necessario comportamento colposo o doloso, pare introdurre un sistema di responsabilità presunta fondata sul solo nesso di causalità fra l'azione o l'omissione e l'evento.

¹⁴⁹ L'art. 311 del D.Lgs. 152/2007, prevede che «chiunque realizzando un fatto illecito, omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato».

¹⁵⁰ La legge 8 luglio 1986, n. 349, all'art. 18, oggi abrogato esplicitamente dall'art. 318 del D.Lgs.152/2006, prevedeva che «qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato». La colpa richiesta rilevante per la causazione del danno da inquinamento era, dunque, limitata alla sola colpa specifica per violazione di norme o di provvedimenti espressamente posti a protezione dell'ambiente. La nuova normativa in materia, come rileva L. Prati, «viene definitivamente modellato sull'art. 2043 del codice civile, scompare pertanto l'affermata "tipicità" del danno ambientale regolato dalla legge n. 349/86 in contrapposizione alla riconosciuta "atipicità" dell'illecito aquiliano, ed anche il danno ambientale diventa illecito "atipico", realizzabile quindi con qualsiasi condotta dolosa o colposa» si veda L. PRATI, *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del Codice dell'Ambiente*, in *Danno e resp.*, cit., 1052.

ridimensionamento della responsabilità rifiutando di istituire un regime di responsabilità oggettiva.

La Direttiva comunitaria, infatti, aveva ritenuto corretto costruire una responsabilità per danno ambientale fondato su di un doppio ordine di imputazione in considerazione al tipo di attività praticata. Gli esercenti attività pericolose, infatti, - indicate nell'allegato III della medesima Direttiva - rispondono a titolo oggettivo; diversamente, in via residuale, coloro che non esercitano tali attività elencate, sono soggetti alle regole della responsabilità per colpa.

Dal punto di vista dell'assicurabilità del danno ambientale sono problematiche di grande rilievo quelle della "tardività del manifestarsi degli effetti dannosi", da un lato, e quelle della valutazione del danno ambientale, dall'altra, rilevando in modo incidente sotto il profilo della prova del nesso di causalità, nonché della quantificazione del danno.

Gli effetti lesivi all'ambiente sovente vengono alla luce dopo un rilevante lasso di tempo dalla commissione del fatto lesivo e con modalità tali da non permettere facilmente di ricondurre con certezza il danno che si è manifestato all'effettivo fattore causale scatenante rendendo difficoltosa la dimostrazione di una correlazione causa-effetto. A tale proposito si è soliti parlare di *long-tail liabilities*, ossia di sinistri c.d. tardivi perché implicano una responsabilità sorta in passato con la commissione dell'illecito, ma divengono rilevabili soltanto in un secondo momento posteriore¹⁵¹.

Ciò può dipendere dalla stessa natura della sostanza inquinante che produce effetti solo sul lungo periodo; oppure perché il danno è collegabile a più azioni o a più omissioni poste in essere anche da differenti soggetti - le c.d. immissioni cumulate - senza che sia immediatamente e/o facilmente determinabile l'intervento

¹⁵¹ Lo strumento assicurativo, come più volte ripetuto, è in grado di svolgere pienamente la propria funzione di garanzia soltanto innanzi a ben determinate condizioni di incertezza. Qualora sia impossibile determinare l'incidenza ed o il manifestarsi di un evento lesivo espressione del rischio, allora il contratto di assicurazione altro non sarebbe che una pura e semplice scommessa. Senza voler ricadere nella situazione opposta, per cui il rischio innanzi ad una assoluta prevedibilità degli eventi, sarebbe azzerato, l'assicurazione della responsabilità civile si colloca in una posizione intermedia fra questi due estremi. Resta comunque ferma l'opinione per cui una incertezza assai ampia e generalizzata costituisce un primo grande ostacolo al corretto funzionamento del mercato assicurativo.

specifico di ciascun inquinatore; o ancora può dipendere dalle modalità con cui si produce l'inquinamento: per cause accidentali, come ad esempio i guasti improvvisi, per cause non accidentali perché conseguenti al rilascio graduale e lento nel tempo della sostanza inquinante e nociva. In quest'ultima evenienza tecnicamente si parla di *gradual pollutions*.

Sotto il profilo assicurativo, sono proprio i danni per inquinamento a rilascio graduale e tardivi, a creare i maggiori problemi proprio a seguito del loro manifestarsi nel lungo periodo di tempo.

L'esperienza, infatti, insegna che spesso è molto difficile determinare il momento in cui ha avuto inizio l'azione inquinante e quanto essa sia durata; così come specificare l'intensità di inquinamento nei diversi periodi di tempo; e decidere, nel caso di inquinamento sinergico, chi effettivamente sia responsabile ed in che misura.

Con riferimento ai *gradual pollutions* si osserva che il fenomeno dell'inquinamento graduale ha messo in discussione il concetto di accidentalità, tradizionalmente legato all'immagine di un evento improvviso e di breve durata, insito nel concetto di sinistro assicurabile, sollevando alcuni dubbi sulla possibile loro assicurabilità.

A tale proposito si ricorda che la dottrina aveva sostenuto che l'evento, per essere accidentale, deve avere carattere anormale e repentino rispetto al normale svolgimento dell'attività considerata o, secondo una miglior specificazione, deve assumere i caratteri dell'incertezza e dell'imprevedibilità¹⁵².

La giurisprudenza, che in passato aveva seguito una linea interpretativa volta a negare un significato proprio al requisito dell'accidentalità, ha invece mutato prospettiva, affermando che «un evento può qualificarsi accidentale quando, pur sussistendo la generica possibilità del suo accadimento, intervengono circostanze estranee all'attività dell'agente che concretino l'astratta potenzialità dannosa di tale

¹⁵² E. PEYRON, *L'accidentalità nella assicurazione di responsabilità civile*, in *Dir. prat. ass.*, 1962, 162; A. DURANTE, *L'assicurazione della responsabilità imprenditoriale*, Milano, 1967, 135.

attività in uno specifico danno a carico di un determinato bene appartenente ad un terzo. L'accidentalità va invece esclusa quando l'evento dannoso si verifichi naturalmente in dipendenza della sola attività dell'agente e delle stesse modalità con cui essa è stata predisposta ed eseguita»¹⁵³.

Secondo Alberto Monti, studioso del problema dell'assicurabilità del danno ambientale, «questa interpretazione configura dunque l'accidentalità come incertezza dell'evento nella sua specificità, più che come mera imprevedibilità. Il livello dell'analisi è spostato, dunque, sul piano del nesso causale ed è richiesto l'intervento di una causa esterna all'azione del danneggiante che abbia contribuito alla produzione dell'evento dannoso. Dietro ognuna di queste interpretazioni si cela la preoccupazione, di per sé legittima, di evitare che le imprese trasferiscano all'assicuratore parte dei costi strutturali di produzione. E' ragionevole desumere infatti che fosse questa la finalità della clausola in questione. Quelli che non convincono, sono i risultati interpretativi che tentano di dare una caratterizzazione obiettiva dell'evento dannoso anziché valutare soggettivamente la condotta dell'agente»¹⁵⁴.

Pur non esistendo ancora chiarezza sul preciso significato del concetto di accidentalità, la problematica sollevata è rimasta su di un piano teorico, essendo stato risolto, nella concretezza delle cose, in modo adeguato, dalle imprese di assicurazione le quali non hanno mai rifiutato di prestare la copertura assicurativa sia per i sinistri derivanti da inquinamento accidentale, sia per i sinistri per inquinamento graduale¹⁵⁵.

¹⁵³ Cass., 4 febbraio 1992, n. 1214 in *I Contratti*, 1993, 37, con nota di A.D. Candian; in *Resp. civ. e prev.*, 1993, 590, con nota di R. Dies.

¹⁵⁴ A. MONTI, *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, cit. 48.

¹⁵⁵ Rileva sul punto A. Monti che nella realtà si tratta di un falso problema in quanto «bisogna ricordare che il requisito dell'accidentalità rientra esclusivamente nell'ambito della regolamentazione pattizia e che quindi l'ambiguità potrà essere eliminata, in prospettiva, attraverso un più chiaro accordo tra le parti sul rischio e sulle caratteristiche della condotta che si intende assicurare; inoltre, accanto all'esclusione - prevista dall'art. 1917 c.c. - della trasferibilità della responsabilità per danni derivanti da comportamento doloso, abbiamo anche la disciplina legale di molte altre condotte, strutturata proprio al fine di evitare il trasferimento dei costi primi: si pensi agli obblighi di buona fede, ai doveri di salvataggio, a quelli di informazione», in *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale*

Proseguendo nell'analisi, con riferimento alla seconda problematica relativa alla quantificazione del danno, l'inesistenza di metodi di valutazione universalmente riconosciuti come affidabili ha oltremodo aggravato il già arduo compito insito nella natura stessa del bene "ambiente". La natura immateriale del bene ambiente non permette una facile valutazione di mercato, rendono difficoltoso il compito di individuare criteri che possano permetterne una quantificazione monetaria, benché sia evidente che si tratti sempre di un danno di ingenti proporzioni.

La natura del danno ambientale dà origine, dunque, ad un particolare danno per il quale sono del tutto incerti gli elementi relativi alla sua entità e alla sua rilevabilità in termini spazio-temporali. Si tratta, quindi, di un danno di difficile assicurabilità.

Gli assicuratori italiani hanno infatti adottato un approccio piuttosto prudente nei confronti dei nuovi rischi della RC-ambiente.

In passato si era pensato di escludere questo tipo di copertura dalla polizza generale RC con l'intenzione di dedicare coperture specifiche per i rischi legati a problemi ambientali. Successivamente, invece, è stato creato un "pool inquinamento", nato nel 1979 e creato in seno all'ANIA, il quale fornisce la copertura assicurativa per la generalità dei sinistri da inquinamento. Infatti, prima della creazione del *pool* solo i danni relativi a fatti accidentali erano coperti dalla polizza RC generale.

Lo scopo della formazione di un *pool* è diretta a generare la quotazione e la riassicurazione di questi tipi di rischi, con maggiore forza economica.

In effetti la natura strettamente tecnica del rischio ambientale, ivi incluse le catastrofi naturali, obbliga i sottoscrittori del *pool* ad una estrema prudenza. Esplicando un ruolo che potremmo definire analogo alla co-riassicurazione.

La nascita di un *pool* ha la sua ragione d'essere nel bisogno di avere una copertura specifica e autonoma per garantire questo tipo di rischio e offrire una

nell'esperienza americana, cit., 48. Rileva ancora l'Autore nei suoi studi che sia errato parlare con riferimento ai *gradual pollutions* di accidentalità perché per le sue caratteristiche oggettive «non è sempre conseguenza necessaria e strutturale dell'attività dell'assicurato», e per quelle soggettive « si può ben prospettare come un accadimento incerto ed inatteso e a volte addirittura ignoto per un certo lasso di tempo nel suo verificarsi».

assicurazione sia per i danni all'ambiente che si presentano come accidentali e repentini, sia per i danni gradualmente.

La polizza standard attualmente predisposta dal *pool* copre solamente alcune delle conseguenze del danno in termini di responsabilità a carico delle imprese in rapporto ai fenomeni di danno all'ambiente.

Tuttavia, sul mercato vi sono anche altre coperture che si pongono in concorrenza con quelle del *pool*. La partecipazione al *pool* in effetti non è obbligatoria benché gestisca la porzione più importante del mercato italiano¹⁵⁶.

Le soluzioni che le imprese di assicurazione hanno adottato, oltre alla decisione di affidarsi ad un *pool* che si assume l'effettivo onore della copertura del rischio, sono state indirizzate verso la ricerca di "prodotti" assicurativi diretti ad arginare, nel modo più soddisfacente possibile, i problemi di determinabilità del rischio. Al fine di poter valutare con un margine di anticipo adeguato alle necessità tecniche ed economiche delle imprese il rischio da cui promana l'evento di danno ambientale, da anni è stato adottato un contratto di assicurazione, definito *claims made*, che pone come momento rilevante su cui fondare l'efficacia della polizza, la data della richiesta da parte del terzo danneggiato.¹⁵⁷

Il contratto *claims*, nello specifico settore ambientale, ha il pregio di arginare il problema derivante dai *long-tail liabilities* i quali potrebbero anche manifestarsi a distanza di oltre 20 anni dalla commissione dell'illecito. Tale polizza, se "integrale", ossia senza che siano applicate limitazioni di garanzia, prescindendo dalla data di origine del fenomeno dannoso, comporta una estensione della copertura assicurativa a tutte le attività passate dell'assicurato purché la richiesta risarcitoria sia posta nel periodo di efficacia del contratto¹⁵⁸. In tal modo per l'assicuratore diventa possibile

¹⁵⁶ Si precisa che lo Stato ha previsto regimi particolari di responsabilità favorendo la stipulazione di polizze a copertura di questi rischi. Esistono infatti fondi di compensazione specifici a livello nazionale.

¹⁵⁷ Relativamente all'analisi del contratto di assicurazione *claim made* si rimanda al capitolo V.

¹⁵⁸ Fino all'inizio del 1988 le polizze prevedevano il sorgere del danno nel momento in cui veniva appurato il fatto generatore o nel momento in cui si verificava il danno. Tale sistema creava non pochi problemi agli assicuratori, fondamentalmente derivanti dal fatto che si trovavano costretti a tenere immobilizzate inutilmente per parecchio tempo le provviste accantonate per fronteggiare gli eventuali

sia effettuare un bilanciamento del rischio, sia determinare le riserve necessarie da accantonare per far fronte al pagamento dei sinistri denunciati nell'esercizio e disporre di un'attendibile base per effettuare previsioni future sull'andamento del rischio¹⁵⁹.

5. *La responsabilità da prodotti e il problema “delle cause ignote”*

La problematica inerente la difficile valutazione del rischio acquista grande rilievo anche con riferimento ad un altro ambito della responsabilità civile quale è quello della responsabilità da prodotti.

Anche questo specifico settore – unitamente a quello ambientale e assicurativo – è stato di recente oggetto di attenzione da parte del legislatore il quale è intervenuto con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del Consumo¹⁶⁰.

sinistri (riserve catastrofali). Ne conseguiva che una polizza formalmente scaduta, non poteva essere considerata fuori rischio e la relativa provvista non poteva essere smontata, in quanto c'era sempre il pericolo che dopo un certo numero di anni si verificassero dei sinistri c.d. tardivi che dovevano naturalmente essere pagati. Su tali osservazioni si veda P. BAVARESCO, *Danno ambientale e assicurazione: assicurabilità e non assicurabilità del danno ambientale*, in *Dir ed ec. dell'ass.*, 1999, 763.

¹⁵⁹A. BERNARDI, *Il mercato assicurativo italiano di fronte ai rischi da inquinamento*, in *Dir. e prat. ass.* 1987, 478.

¹⁶⁰ Si veda in proposito l'art.120 del codice del consumo, che sostituendosi al precedente art. 8 del D.P.R. 24 maggio, 1988 n. 224, stabilisce che « Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno. Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'articolo 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'articolo 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione. Se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore».

Il tema dei danni da prodotti difettosi aveva trovato una prima valida disciplina nel D.P.R. 24 maggio, 1988 n. 224 il cui testo era stato in parte già modificato dal D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 25. Il codice del consumo ha il pregio di aver posto una fine all'ipertrofia e frammentazione legislativa che aveva sinora caratterizzato il diritto dei consumatori, disciplinata, fino ad allora, da troppo differenti normative. Di fatto, il codice non ha apportato una vera e propria riforma della materia essendo nato, in gran parte, dalla semplice trasposizione delle norme preesistenti.

In letteratura si veda L. CABELLA PISU, *La responsabilità del produttore*, in Perlingeri –Caterini (a cura di) *Diritto dei consumi*, III, Napoli, 2007, 473; G. STELLA *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1603; L.

Relativamente alle questioni sulla sicurezza e qualità, temi di grande rilievo con riferimento all'oggetto della presente analisi, il codice del consumo non ha apportato alcuna modifica sostanziale, restando di fatto invariate le norme sulla sicurezza dei prodotti e sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso.

Rimane, quindi ancora immutata la precedente normativa per cui «il danneggiato deve provare il danno, il difetto, e la connessione causale tra difetto e danno».¹⁶¹

Con riferimento ai criteri di imputazione della responsabilità da prodotto difettoso, il silenzio della norma in ordine alla colpevolezza o meno del produttore, ha portato a classificare la fattispecie quale ipotesi di responsabilità oggettiva.

In merito agli oneri probatori relativi ai restanti elementi costitutivi della responsabilità da prodotto, l'orientamento della giurisprudenza è sempre apparso contrassegnato da una volontà diretta a tutelare il danneggiato¹⁶².

Con riferimento al difetto insito nel prodotto e foriero del danno, la formulazione letterale della norma parrebbe porlo a carico del danneggiato, benché la dottrina abbia sempre rivendicato la evidente difficoltà del medesimo a fornire tale prova attesa la "lontananza" del consumatore dalle conoscenze tecnico-produttive.

E' stato, infatti, spesso rilevato che l'art. 8 del D.P.R. 224/1988 debba essere interpretato alla luce di quanto disposto nel D.P.R., all'art. 5, oggi art. 117 del D.Lgs. 206/2005, norma che, a guisa di clausola generale, definisce difettoso quel prodotto che non offre quella sicurezza che ci si deve attendere dal suo utilizzo, tenuto conto delle modalità con cui il prodotto è stato messo in circolazione, della sua presentazione, delle sue caratteristiche, delle istruzioni d'uso comunicate al consumatore, dell'impiego del prodotto, e così via¹⁶³.

VILLANI, *Danno da prodotto tra la direttiva CEE n. 374/85, il d.p.r. n. 224/88 ed il codice del consumo*, in *Riv. civ.*, 2007, 1243.

¹⁶¹ Si veda in proposito l'art. 8, comma 1, D.P.R. 224/1988.

¹⁶² M. GORGONI, *Responsabilità per prodotto difettoso alla ricerca (della prova) della causa del danno*, in *Riv. civ e prev.*, 2007, 1592. In giurisprudenza, con specifico riferimento al codice del consumo, si veda Tr. Napoli 21 marzo 2006, in *Giur. merito*, 2006, 2667.

¹⁶³ Il D.P.R. 224/1988, all'art. 5 è stato abrogato dall'art. 146, D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206. e sostituito dagli articoli da 114 a 127 dello stesso decreto. Con riferimento alla nozione di prodotto

Secondo tale prospettiva il danneggiato non deve fornire la prova dello specifico vizio insito nel prodotto, ma semplicemente che il pregiudizio si è verificato a causa della messa in circolazione del prodotto medesimo, creandosi una evidente differenziazione fra “difettoso funzionamento” e “prodotto difettoso”¹⁶⁴.

Il produttore, per restare estraneo a ogni responsabilità, dovrà pertanto dimostrare che il prodotto non è difettoso. In tal modo restano a suo carico i rischi derivanti da cause ignote.

Spostando l'attenzione sui risvolti assicurativi, la problematica posta in evidenza acquista notevole rilevanza. Infatti si riflette sull'assicuratore il peso del rischio del verificarsi di eventi dannosi scaturenti da cause ignote e come tali di difficile, se non impossibile, valutazione.

Prima di procedere alla conclusione di ogni contratto, le imprese di assicurazione, come ampiamente ripetuto, attuano un'analisi del rischio conducendo uno studio sulla qualità dei prodotti sul pubblico dei consumatori cui il bene è destinato fino a costruire un'anamnesi dell'impresa di produzione che si intende assicurare. La finalità, come è intuitivo, è quella di creare indici statistici di riferimento su cui basare da un lato la determinazione del premio e, dall'altro, la gestione dei fondi a disposizione della stessa impresa assicuratrice, compatibilmente alle richieste risarcitorie che si possono prevedere.

La natura stessa del rischio da cause ignote non permette la raccolta di alcun dato su cui fondare le statistiche di riferimento rendendo impossibile per l'assicuratore eseguire una effettiva valutazione dell'attività produttiva che si chiede

difettoso l'art. 117 riferisce che «Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui: a) il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite; b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere; c) il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione. Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio. Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie».

¹⁶⁴ In giurisprudenza si veda la recente sentenza da Cass., 8 ottobre 2007, n. 20985, in *Danno e resp.*, 2008, 3, 299, con nota di A. Querci.

di assicurare con evidente incidenza sui costi di polizza che saranno necessariamente elevati¹⁶⁵.

A soluzioni diametralmente opposte si giunge invece, in Italia, con riferimento ai c.d. danni da sviluppo.

Il tema del rischio di sviluppo ha da sempre costituito un punto di verifica nella scelta del regime di responsabilità applicabile al produttore in quanto esso traccia il confine tra il difetto che “poteva o meno essere previsto” dal produttore.

A livello europeo si è sempre lasciata agli Stati membri la facoltà di scelta su quale dovesse essere il soggetto su cui fare ricadere tale rischio e in Italia si è optato per escludere la responsabilità del produttore anche quando «lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso», come disciplinato dall'art. 118 del D.Lgs. 229/2005.

L'esperienza ha evidenziato che la valutazione del grado di sicurezza di un certo prodotto, nel lungo periodo in alcuni casi può rilevarsi inattendibile. Il progresso tecnologico ed il modificarsi dello stato dell'arte e della tecnica, infatti, fanno sì che «conoscenze scientifico-tecniche non disponibili all'epoca della messa in circolazione del prodotto introducano diversi criteri di valutazione della sicurezza attesa. In fase di prima approssimazione, si può quindi affermare che al momento

¹⁶⁵ E. PAVELEK ZAMORA *Il futuro della responsabilità civile nella prospettiva dell'assicurazione in Spagna*, in *Dir e prat. ass.*, 2001, 1078, a tale proposito si pone il quesito «Ma come far fronte all'ignoto? E' possibile assicurare le conseguenze ignote di eventi futuri che non trovano un riscontro storico? Questo profilo fu già affrontato dalla dottrina nei dibattiti sulla responsabilità civile da prodotti negli Stati Uniti e in Europa, quando è stata emanata la direttiva 85/374 sulla responsabilità del produttore per prodotti difettosi così come modificata successivamente per l'inclusione dei prodotti agricoli e di allevamento. Allo stesso modo, il citato Libro Verde prosegue nel dibattito, ancora aperto, sui «rischi di sviluppo [...] Ma, come si può maggiorare il premio versato per la copertura di un rischio che non può essere valutato con i principi che presiedono alla tecnica assicurativa? Non solo è difficile assicurare ciò che è sconosciuto, ma anche trovare il meccanismo tecnico adatto a quantificare la maggiorazione del prezzo. In buona sostanza, è evidente che l'assicuratore non può assumere rischi di cui non conosce la portata, e può operare solo nella misura in cui la responsabilità civile si muova in un campo che, sebbene mutevole, rimane entro i margini del prevedibile, ragione per cui queste rapide e frequenti evoluzioni hanno pregiudicato lo sviluppo di questo ramo di attività assicurativa. E' questo dunque lo scenario entro cui si muoverà l'assicurazione: nuove necessità, nuove coperture, ma anche nuovi strumenti di compensazione in linea con la pleora dei sistemi contributivi».

della messa in circolazione del prodotto, lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche non consentiva di individuare l'esistenza di un difetto»¹⁶⁶.

Eseguendo una valutazione in termini di *policy* il legislatore italiano, in un quadro diametralmente opposto a quello di favore nei confronti del danneggiato offerto dalla giurisprudenza, ha preferito far grave tale incognita sul consumatore.

Ciò ha portato alle imprese di assicurazione italiane, vantaggi in considerazione dell' evidente impossibilità, o meglio difficoltà, ad assicurare il rischio da sviluppo.

E' alquanto problematico, infatti, eseguire una valutazione in termini probabilistici del tipo, dell' entità, nonché del "tempo" in cui potrebbe manifestarsi il danno, situazione che potrebbe avvenire anche a distanza di molto tempo da quando il prodotto è stato commercializzato. Si creerebbero così problemi relativi sia alla determinazione dell'impresa tenuta a risarcire il danno, sia alla sopportazione effettiva dell'onere risarcitorio, in quanto l'impresa che ha commercializzato il prodotto potrebbe aver cessato l'attività o comunque non essere più coperta da assicurazione.

¹⁶⁶ I. ALVAREZ VEG, *La responsabilità del produttore nel diritto spagnolo I problemi di assicurabilità dei rischi di sviluppo.*, in *Dir e prat. Ass.*, 1997, 561.

CAPITOLO QUARTO

IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

SOMMARIO: 1. Profili generali: l'accordo e gli obblighi di correttezza durante le trattative. - 2. L'oggetto del contratto di assicurazione. La garanzia e gli obblighi di informazione. - 3. *Segue*: la violazione degli obblighi di informazione. Profili di responsabilità. - 4. La forma e la trasparenza. - 5. La causa. - 6. Caratteri essenziali del contratto di assicurazione: patrimonialità, aleatorietà, sinallagmaticità.

1. Profili generali. L'accordo e gli obblighi di correttezza durante le trattative

Nella sistematica dei contratti, quello di assicurazione si presenta come un contratto tipico, bilaterale, sinallagmatico, aleatorio, di durata, oneroso.

Secondo la definizione dettata dal codice civile all'articolo 1882 c.c., l'assicurazione è quel «contratto con il quale l'assicuratore, a fronte del pagamento di un corrispettivo, detto premio, si obbliga a rivalere l'assicurato entro i limiti convenuti, del danno prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana».

In tale definizione il codice civile prevede due fattispecie contrattuali oggetto poi di analitica regolamentazione: da una parte, l'assicurazione contro i danni nell'ambito della quale rientra anche l'assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, dall'altra l'assicurazione sulla vita.

La definizione legislativa e le norme successive presentano gravi lacune e conseguenti incertezze interpretative che si sono venute ad espandere per i profondi

cambiamenti che caratterizzano la nostra società, molto diversa rispetto a quella che segna la nascita del nostro codice.

La giurisprudenza è, quindi, intervenuta più volte a colmare le lacune e a supplire ai vuoti normativi¹⁶⁷.

Le incertezze interpretative continuano ad esistere anche oggi nonostante la recente introduzione del nuovo codice delle assicurazioni il quale ha lasciato aperti numerosi problemi applicativi delle norme del codice civile¹⁶⁸.

Ciò nonostante, la lettura dell'articolo 1882 c.c., a prescindere dal tipo di assicurazione, danni o vita, indica quali debbano essere gli elementi indefettibili del contratto, quali il "premio"; l'accadimento di un "sinistro" per l'assicurazione danni, o, più genericamente, di un "evento" per l'assicurazione vita; l'obbligo dell'assicuratore al pagamento di un indennizzo, o di una rendita o di un capitale¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Secondo la disciplina di cui agli artt. 10 e 11 del D.P.R. n. 1124 del 1965, applicabile per il periodo antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, - che all'art. 13 ha inserito il danno biologico all'interno della copertura assicurativa pubblica - l'indennizzo previsto in caso di infortunio sul lavoro si riferisce solo alla riduzione della capacità lavorativa. In proposito la Corte Costituzionale ha ritenuto che il danno biologico non comprende una quota volta a risarcire il danno biologico. Si vedano in proposito le decisioni Corte cost. 15 febbraio 1991, n. 87 in *Foro it.*, 1991, I, 1664, in *Giur. cost.*, 1991, 582, in *Riv. giur. lav.*, 1991, III, 143, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, 245, nota di M. NAVARRETTA; Corte cost., 18 luglio 1991, n. 356 in *Foro it.*, 1991, I, 2967, in *Riv. giur. lav.*, 1991, III, 143.

Tale è ormai l'orientamento consolidato in giurisprudenza. Una per tutte si veda Cass., 10 marzo 2004, n. 4920, in *Gius.*, 2004, 3009 con la quale la Suprema Corte aveva ritenuto che il giudice di merito non avesse fatto corretta applicazione di questo principio, ritenendo indennizzabile dalla compagnia di assicurazione la richiesta di manleva del datore di lavoro assicurato anche in relazione alle voci del danno biologico e morale conseguenti ad un infortunio sul lavoro a fronte di una polizza assicurativa modellata sul sistema dell'assicurazione obbligatoria, ex artt. 10 e 11 del T.U., argomentando nel senso che il contratto dovesse essere interpretato tenendo conto dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di danno biologico, laddove questa interpretazione avrebbe comportato l'assunzione da parte dell'assicuratore di un'alea maggiore rispetto a quella contrattualmente pattuita e non correlata all'ammontare del premio.

¹⁶⁸ In questi termini si esprimono M. BIN, *Commentario al codice delle assicurazioni*, Padova, 2006, M. D'ANTINO, *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Roma, 2006.

¹⁶⁹ Come già anticipato nel primo capitolo della presente trattazione il premio è la somma di denaro che l'assicurato deve corrispondere al proprio assicuratore al fine di ottenere la relativa garanzia. In tal senso si può dire che «costituisce l'oggetto della principale – ma non dell'unica- obbligazione dell'assicurato». Così M. ROSSETTI, *Caratteri generali del contratto di assicurazione*, in Alpa (a cura di) *Le Assicurazioni private*, Torino 2006, I, 781. Si consideri ancora che il premio è strettamente legato all'efficacia del contratto nel senso che «il pagamento di esso costituisce condizione per la produzione degli effetti contrattuali, mentre il mancato pagamento di esso li sospende».

In pratica, a fronte del pagamento del premio da parte del contraente, l'assicuratore si impegna a una prestazione in favore dell'assicurato - il quale nell'assicurazione di persone può essere anche un terzo, detto beneficiario, ad esempio nella polizza infortuni con capitale morte – così strutturando quel rapporto che si sostanzia nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

Benché si dica genericamente che gli elementi sopra delineati siano posti a fondamento del contratto di assicurazione, si preferisce comunque precisare che, questi sostanziano in parte i canonici requisiti del contratto.

Quello di assicurazione, infatti, è un contratto tipico, alla cui conclusione si addiuvano per il classico incontro di proposta e accettazione.

Nello schema delineato dal codice civile è l'assicurato che formula la proposta, mentre l'assicuratore assume la funzione di oblatore.

Tale schema stride con l'immagine comune che si ha quando ci si rivolge ad un assicuratore per la conclusione di un contratto di assicurazione.

Solo apparentemente, infatti, la stipulazione di una polizza è il frutto di autonomia privata in quanto di regola, la medesima è preconstituita su modelli predisposti dall'impresa che a sua volta spesso utilizza modelli elaborati dall'ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese di Assicurazione).

Certamente, la libera contrattazione non è completamente esclusa, ma non può tacersi la soggezione degli agenti autorizzati a concludere i contratti a non discostarsi dalla contrattualistica dell'impresa e, quindi, dagli accordi ANIA.

A ciò si aggiunga la rigidità dei modelli e la tendenza a raggruppare il mercato in pochissimi gruppi creando oligopoli, così da comportare una difficile capacità di adeguare la risposta assicurativa all'esigenze dell'assicurato.

Il nuovo codice delle assicurazioni sembra tener conto dell'incongruenza del sistema e ha invertito i ruoli delle parti. L'assicuratore deve, infatti, formulare la propria proposta con specifiche modalità come disciplinato oggi all'art. 183 del D.Lgs. 209 del 2005 il quale richiede che sia l'intermediario, sia l'impresa di assicurazione debbano tenere un comportamento diligente, corretto e trasparente

durante l'esecuzione del contratto; acquisire le informazioni indispensabili per valutare le esigenze dell'assicurato e, quindi, - sebbene la conclusione sia implicita - proporre la polizza assicurativa che meglio rispecchi le esigenze del cliente¹⁷⁰.

Secondo il dettato della normativa vigente, il legislatore, probabilmente consapevole della asimmetrica posizione, con specifico richiamo agli obblighi cui sono soggette le parti quali la correttezza e la buona fede nello svolgimento delle trattative, si è rivolto espressamente all'impresa, o più specificamente agli intermediari che per essa operano, imponendo all'assicuratore che offre ed esegue i contratti «di comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati» nella redazione sia della nota informativa, sia del regolamento contrattuale, sia di ogni altro documento che accompagni la stipulazione del contratto.

Accogliendo il principio ormai comune alle discipline sull'intermediazione finanziaria¹⁷¹ e sulla tutela del consumatore¹⁷², gli obblighi di trasparenza e di

¹⁷⁰ L'art. 183 del D. Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 c.d. codice delle assicurazione, rubricato "*Regole di comportamento*" stabilisce che «1. Nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza nei confronti dei contraenti e degli assicurati; b) acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; c) organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse ove ciò sia ragionevolmente possibile e, in situazioni di conflitto, agire in modo da consentire agli assicurati la necessaria trasparenza sui possibili effetti sfavorevoli e comunque gestire i conflitti di interesse in modo da escludere che rechino loro pregiudizio; d) realizzare una gestione finanziaria indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei contraenti e degli assicurati.

«2. L'ISVAP adotta, con regolamento, specifiche disposizioni relative alla determinazione delle regole di comportamento da osservare nei rapporti con i contraenti, in modo che l'attività si svolga con correttezza e con adeguatezza rispetto alle specifiche esigenze dei singoli.

«3. L'ISVAP tiene conto, nel regolamento, delle differenti esigenze di protezione dei contraenti e degli assicurati, nonché della natura dei rischi e delle obbligazioni assunte dall'impresa, individua le categorie di soggetti che non necessitano in tutto o in parte della protezione riservata alla clientela non qualificata e determina modalità, limiti e condizioni di applicazione delle medesime disposizioni nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti di assicurazione dei rami danni, tenendo in considerazione le particolari caratteristiche delle varie tipologie di rischio». Tale norma corrisponde alla mera "codificazione" delle disposizioni ISVAP adottate con la circolare 551/2005. gli artt. 21 e 28 della circolare, facendo proprio un elemento caratterizzante la disciplina sull'intermediazione finanziaria, impongono, infatti, all'impresa assicurativa di acquisire informazioni sull'assicurato in modo tale da conoscerne le specifiche esigenze e proporre un contratto conforme.

Si veda C. CAVALIERE, *Obblighi di informazione*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, cit., 206, 590.

informazione perduranti sia nella fase delle trattative, sia nella successiva fase dell'adempimento, paiono andare incontro a quelle esigenze finalizzate a riportare una sorta di equilibrio degli interessi in gioco, essendo innegabile il fatto che l'interesse dell'impresa alla diffusione del proprio prodotto e alla massimizzazione del proprio profitto raramente coincide con l'interesse dell'assicurando a sottoscrivere la migliore e più garantistica polizza.

Nasce, quindi, anche nel campo del diritto delle assicurazioni l'obbligo alla acquisizione di un "consenso informato", la cui violazione anche in questo specifico settore potrebbe divenire causa di inadempimento e, quindi, di responsabilità.

Del resto, il codice civile aveva già imposto all'assicurando il rispetto degli obblighi di informazione, ma in un'ottica del tutto differente. La violazione del dovere ad una corretta informativa da parte del contraente non comporta responsabilità, ma viene sanzionata con l'annullabilità della polizza, come disposto dall'art. 1892 1° comma, e/o con il rifiuto della prestazione come previsto dal medesimo art. 1892, comma 3°, c.c..¹⁷³

¹⁷¹ G. ALPA – F. CAPRIGLIONE, *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria*, Padova, 1998; G. CAMPOBASSO, *Commentario al testo unico della Finanza*, Torino, 2002; G. FERRARINI - P. GIUDICI, *Financial Scandal and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, *Law Working Paper* N. 40/2005, May 2005, in <http://ssrn.com/abstract=7304003>; G. FERRARINI *La riforma dei mercati finanziari e il Testo Unico*, in Ferrarini – Marchetti (a cura di), *La riforma dei mercati finanziari*, Roma 1998; F. GALGANO - G. VISINTINI, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006.

¹⁷² G. ALPA, *I contratti del consumatore*, in Bessone (a cura di) *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997, 599; C.M. BIANCA – F.D. BUSNELLI, *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1998; L. CABELLA PISU, *Responsabilità civile e tutela dei consumatori*, in Visintini (a cura di) *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Milano, 2003, 227; S. FERRERI, *L'intervento dell'Unione Europea a tutela dei consumatori e le possibili relazioni di substrato negli Stati membri*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 633; G. DE NOVA, *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto di beni di consumo. D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Milano, 2002; G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.

¹⁷³ G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 39 ss., 119. L'Autore, nella sua analisi in merito ai tentativi dottrinali di ricostruzione della regola contenuta negli articoli 1892 e 1893 del codice civile, tenendo in considerazione le tre teorie predominanti quali quella che riconduce la disciplina contenuta negli artt. 1892 e 1893 c.c. all'inadempimento di un onere di comunicazione imposto all'assicurato, oppure di un obbligo pacifico avente lo stesso contenuto; quella che continua a inquadrare nella categoria dei vizi di consenso le reticenze e le dichiarazioni inesatte dell'assicurato; e infine quella che propone la revisione della teoria dei vizi del consenso e il riconoscimento accanto a quelle già ammesse di una quarta categoria comprensiva delle reticenze regolate negli artt. citt., analoga alla *Misrepresentation* elaborata nei sistemi di *Common Law*, con

Nella fase delle trattative, infatti, l'aspirante assicurato, è tenuto a fornire all'assicuratore in modo corretto e completo tutte le circostanze che possono incidere sul rischio assicurato, così da permettere all'impresa assicuratrice di individuare esattamente il rischio e, quindi, di valutare la convenienza alla stipula del contratto e delle relative clausole che lo compongono.

L'eventuale errore nella valutazione delle stesse rimarrà a carico dell'assicuratore qualora sia riconducibile solo a quest'ultimo.

Diversamente accadrà allorché l'analisi non corretta del rischio sia conseguenza dell'inadempimento agli obblighi di cooperazione e di informazione dell'assicurato.

Il codice civile sanziona, infatti, l'inesattezza delle dichiarazioni o la reticenza attribuendo all'assicuratore la facoltà di chiedere l'annullamento del contratto qualora le medesime dichiarazioni siano state rese con dolo o con colpa grave e/o di rifiutare la prestazione se la realtà della cosa viene conosciuta soltanto dopo la produzione del sinistro.

specifico riferimento all'art. 1892 c.c ritiene corretto individuare ancora una convergenza fra lo schema dei vizi del consenso e la speciale disciplina sulla valenza delle dichiarazioni inesatte o reticenti dell'assicurato, non ritenendo possibile dubitare della correttezza di tale collegamento, ma con riguardo soltanto alla natura dolosa del comportamento dell'assicurato. «Ciò è dovuto al fatto che il comportamento dell'assicurato preso in esame dall'art. 1892 c.c. integra al tempo stesso una figura di vizio del consenso e cioè del dolo omissivo che dà luogo all'annullamento e anche all'illecito civile (una sorta di truffa civile) che il legislatore ha ritenuto di dover in qualche modo punire».

Per quanto riguarda invece il *funditum iuris* dell'art. 1893 c.c., l'Autore ritiene di dover apprezzare «l'indagine condotta dalla dottrina in termini di inadempimento di obblighi precontrattuali. L'evoluzione che ha portato ad una progressiva estensione delle sanzioni originariamente previste per l'inganno teso dall'assicurato all'assicuratore anche ad ipotesi di erronee dichiarazioni e omissioni in buona fede è dovuta alla presa di coscienza dell'esistenza di certe regole di correttezza cui i contratti devono uniformarsi nelle trattative. E nel contratto di assicurazione più volte definito dagli studiosi come contratto *uberrimae fidei*, l'esigenza che fossero osservati certi comportamenti è stata avvertita prima che altrove».

In giurisprudenza si veda Cass., 21 luglio 2006, n. 16769, in *Contratti*, 2006, 7, 702; in *Impresa*, 2006, 4, 695; in *Guida al dir.*, 2006, 6, 46 secondo la quale «in tema di contratto di assicurazione, la reticenza dell'assicurato è causa di annullamento allorché si verificano simultaneamente tre condizioni: a) che la dichiarazione sia inesatta o reticente; b) che la dichiarazione sia stata resa con dolo o colpa grave; c) che la reticenza sia stata determinante nella formazione del consenso dell'assicuratore. L'onere probatorio in ordine alla sussistenza di tali condizioni, che costituiscono il presupposto di fatto e di diritto dell'inoperatività della garanzia assicurativa, è a carico dell'assicuratore» conformemente si veda ancora Cass., 29 marzo 2006, n. 7245, in *Contratti*, 2006, 12, 1114.

La facoltà di avvalersi del potere di impugnativa è però soggetto al rigoroso termine di decadenza di tre mesi dalla conoscenza dell'inesattezza¹⁷⁴.

Qualora invece non ricorrano ipotesi di dolo o colpa grave, le inesatte o reticenti informazioni non sono causa di annullamento del contratto, ma attribuiscono all'assicuratore il diritto di recedere dal medesimo o di ridurre l'indennità dovuta¹⁷⁵.

Benché il dettato normativo possa sembrare chiaro, nella pratica emergono dubbi inerenti al concetto di inesattezza e di reticenza, nonché all'area delle circostanze che devono essere comunicate dall'aspirante contraente.

Per inesattezza si intende la non corrispondenza al vero e per reticenza l'omissione di una circostanza rilevante.

L'obbligo di comunicazione concerne le circostanze note al contraente e rilevanti nella determinazione del rischio¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Si richiama l'art. 1892, comma 2° e 3° c.c., il quale stabilisce che «l'assicuratore decade dal diritto d'impugnare il contratto se, entro tre mesi dal giorno in cui ha conosciuto l'inesattezza della dichiarazione o la reticenza, non dichiara al contraente di volere esercitare l'impugnazione. «L'assicuratore ha diritto ai premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l'annullamento e, in ogni caso, al premio convenuto per il primo anno. Se il sinistro si verifica prima che sia decorso il termine indicato dal comma precedente, egli non è tenuto a pagare la somma assicurata».

In giurisprudenza si veda Cass., 13 marzo 2007, n. 5849, in *Foro it.*, 2007, II, 3136 2001; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27728, in *Resp. civ. prev.*, 2005, 5, 937.

¹⁷⁵ L. BUTTARO, *In tema di dolo e di colpa grave nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato*, in *Riv. dir e proc. civ.*, 1962, 731; M. FACCIOLI, *Dichiarazioni inesatte e reticenti dell'assicurato e tutela dell'assicuratore*, in *La resp. civ.*, 2005, 3, 247; M. MANDÒ, *Dichiarazioni inesatte e reticenze nella fase precontrattuale del contratto di assicurazione*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 1996, 791; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 72.

¹⁷⁶ Si veda una per tutte Cass., 27 luglio 2001, n. 10292 in *Mass. giur. it.* secondo la quale «le dichiarazioni inesatte o reticenti di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c. sono le dichiarazioni rese al momento del contratto di assicurazione che impediscono all'assicuratore di valutare le circostanze influenti sul verificarsi dell'evento dannoso assicurato, aumentandone o riducendone l'alea, con conseguente riflesso sul consenso dell'assicuratore o sulle condizioni contrattuali: in quanto tali, esse non incidono sull'oggetto del rischio assicurato, che rimane tale anche in presenza di dichiarazioni inesatte o reticenti, ma toccano il quadro circostanziale nel quale l'assicuratore ha assunto a suo carico il rischio stesso. Ne consegue che, allorché si controverta se l'infortunio professionale (nella specie, verificatosi nel corso di lavori manuali) sia o meno indennizzabile in relazione al tipo di attività (dirigente di azienda agricola) che l'assicurato, al momento della stipulazione del contratto, aveva dichiarato di svolgere, si è fuori dall'ambito di applicabilità degli artt. 1892 e 1893 c.c., discutendosi non di un vizio nella formazione del consenso dell'assicuratore determinato da dichiarazioni inesatte o reticenti, ma dell'individuazione del rischio assicurato (ossia, nella specie, se l'attività, assicurata contro gli infortuni, comprenda o meno anche i lavori manuali), problema, quest'ultimo, da risolversi attraverso l'interpretazione delle clausole di polizza, secondo i criteri ermeneutici posti dagli artt. 1362 c.c. e seguenti.»

Trattandosi di un contratto destinato a durare nel tempo è ovvio che il rischio può modificarsi facendo sorgere circostanze rilevanti che necessitano di immediata comunicazione. Il rischio, nel tempo, potrebbe cessare, diminuire o aggravarsi.

Nel primo caso, ai sensi del 1986 c.c. il contratto si scioglie per sopravvenuto difetto della causa. Il primo comma pone a carico dell'assicurato un onere di informazione in quanto quest'ultimo è tenuto a corrispondere il premio all'assicuratore fino al momento della comunicazione. E' da notare che lo scioglimento opera di diritto, restando esclusa ogni possibilità di mantenimento in vita del contratto di assicurazione senza il rischio¹⁷⁷.

In caso di diminuzione del rischio in ragione di mutamenti che, se conosciuti al momento della conclusione del contratto, avrebbero portato alla corresponsione di un premio minore, è interesse del contraente darne immediata comunicazione all'assicuratore al fine di ottenere la diminuzione della propria controprestazione, ossia del pagamento del premio.

Si tratta, però, di una semplice proposta che non vincola l'assicuratore il quale può accettare un premio ridotto o recedere dal contratto.

In caso di aggravamento si determina nuovamente una alterazione del sinallagma contrattuale ed il contraente deve darne immediata comunicazione all'assicuratore. Infatti, il contratto di assicurazione, pur essendo un contratto aleatorio, resta sempre caratterizzato dalla reciproca interdipendenza delle prestazioni delle parti¹⁷⁸.

E' chiaro che non qualsiasi mutamento obbliga l'assicurato a dare notizia all'assicuratore, ma soltanto quel cambiamento che sia in grado di incidere sulla

¹⁷⁷ Si veda in proposito Cass., 22 dicembre 2006, n. 27458 in *Mass. giur. it.*, 2006 secondo la quale «la causa del contratto di assicurazione privata consiste nel trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore e, pertanto è indubbio che il rischio stesso debba preesistere alla stipula del contratto, pena la sua nullità. Quello che, invece, deve essere successivo alla conclusione di siffatto contratto, e sempre al fine di evitare la configurabilità della sua nullità per essersi l'eventualità di un fatto sfavorevole (nel quale consiste, appunto, il rischio) già verificata, è l'evento».

¹⁷⁸ Si è anche ritenuto che l'assicurazione non sia un vero e proprio contratto aleatorio almeno con riferimento alla posizione dell'assicurato, in quanto egli deve comunque pagare un premio certo e determinato, mentre nel caso in cui si verifichi l'evento dannoso verrà reintegrato, ricevendo l'equivalente della perdita subita, del bene uscito dal suo patrimonio.

gravità e sull'intensità del rischio assicurativo e che, quindi, vada al di là della normale alea contrattuale e che comunque non si risolva in un episodio meramente transitorio e che non fosse previsto o prevedibile al momento della stipulazione del contratto¹⁷⁹.

L'articolo 1898 c.c., dettando una disciplina a favore dell'assicuratore, gli attribuisce la facoltà di recedere dal contratto nel termine di un mese decorrente dal giorno in cui ha avuto notizia del mutamento del rischio. Il recesso ha effetto immediato qualora l'assicuratore non avrebbe dato il proprio consenso alla stipulazione se il rischio fosse stato tale al momento della conclusione del contratto.

L'effetto del recesso è differito di quindici giorni qualora l'aggravamento del rischio, se si fosse manifestato al momento della conclusione del contratto, avrebbe comportato un semplice aumento del premio.

¹⁷⁹ Invero, nel bilanciamento delle posizioni disciplinate dalla norma va rimarcato che, in tema di aggravamento del rischio, premesso che l'art. 1898 c.c. «non esige una rigida ed assoluta immutabilità della situazione di fatto esistente al tempo della conclusione del contratto di assicurazione, non qualsiasi mutamento sopravvenuto nello stato delle cose obbliga l'assicurato a darne immediato avviso all'assicuratore, ma quello soltanto che sia caratterizzato: a) da una incidenza sulla gravità e sulla intensità del rischio assicurato, tale da alterare l'equilibrio fra il rischio stesso e il premio oltre il limite della normale alea contrattuale; b) dalla novità della situazione venutasi a creare, nel senso che essa non sia stata prevista o non fosse, quanto meno, prevedibile dalle parti contraenti all'atto della conclusione del contratto; c) dalla permanenza o, quanto meno, da una certa relativa stabilità e durevolezza della situazione sopravvenuta, restando, invece, privo di rilevanza un mutamento che sia meramente episodico e transitorio». Cass., 4 maggio 1977, n. 1678, in *Ass.*, 1977, 216 e in *Dir. e prat. ass.* 1978, II, 281, con nota di M. Antinozzi, *Rischio anormale ed aggravato nell'assicurazione r.c.*. In senso conforme Cass., 23 maggio 1978, n. 2566, in *Mass. Foro it.*, 1978, secondo la quale «ricorre ipotesi di aggravamento del rischio si veda nel contratto di assicurazione, ai sensi ed agli effetti di cui all'art. 1898 c.c., qualora una nuova situazione, non prevista e non prevedibile, incida in via stabile e durevole sulla gravità ed intensità del rischio assunto dall'assicuratore, sì da alterare l'equilibrio fra questo ed il premio pattuito, oltre il limite della normale alea contrattuale».

2. *L'oggetto del contratto di assicurazione. La garanzia e gli obblighi di informazione*

L'oggetto del contratto, in generale, viene fatto coincidere con il contenuto del contratto e quindi definito come l'insieme delle prestazioni contrattuali¹⁸⁰.

Ne consegue che, nel contratto di assicurazione l'oggetto dovrebbe identificarsi da una parte, nell'obbligo dell'assicuratore di tutelare l'interesse dell'assicurato al risarcimento del danno nel caso si verifichi l'evento fonte del danno, dall'altra, nell'obbligo al pagamento del premio.

Senza volersi soffermare sulle differenti teorie che hanno affrontato la ricerca di uno specifico "bene" quale oggetto del contratto di assicurazione, avendo la questione, una mera rilevanza teorica, si ricorda frammentariamente il pensiero di coloro che hanno negato la possibilità di configurare l'oggetto del contratto di assicurazione «come un autonomo requisito del contratto sostenendo che l'art. 1325 c.c. quando parla di oggetto intende in realtà riferirsi allo stesso contenuto del contratto, e cioè alla o alle obbligazioni da questo derivanti»^{181 182}. In tale senso si deve necessariamente scindere il contenuto del contratto di assicurazione individuandone, all'interno, due obbligazioni principali: quella dell'assicurato di pagare il premio e quella dell'assicuratore di tutelare l'interesse dell'assicurato.

Secondo un altro pensiero la rilevanza della correlazione tra il rischio e l'interesse a questo connaturato, conduce a spostare l'attenzione sull'interesse a ottenere una garanzia dal rischio quale vero e proprio contenuto del contratto¹⁸³.

¹⁸⁰ C. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000; A. CANNATA, *Oggetto del contratto*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, 1979, G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due termini meritevoli di riflessione*, in *Quad.* 1989; E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, Torino, 1999, G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Justitia*, 1953; L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 335.

¹⁸¹ L. BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)* in *Enc. Dir.*, III, Milano 1958, 470.

¹⁸² Tale teoria pare negli anni aver raccolto maggiori consensi rispetto alla più antica, ma rilevante opinione che individuava nel "rischio" l'oggetto del contratto di assicurazione. Così C. VIVANTE, *Del contratto di assicurazione*, in *Codice di Commercio commentato*, Torino, 1936, 74; A. SALANDRA, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1939, I, I.

¹⁸³ A. DE GREGORIO- G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, cit., 78.

Sono da ricordare ancora le note teorie che, individuando uno stretto legame fra “rischio”, “interesse” e “cosa” che «costituisce l’elemento materiale cui interesse e rischio si appuntano, addivengono ad una più complessa idea che definisce l’oggetto del contratto di assicurazione come l’insieme inscindibile dei tre elementi ricordati»¹⁸⁴.

Il pregio di ogni teoria sopra ricordata ha certamente permesso, negli anni, di mettere in luce gli aspetti principali del contenuto del contratto di assicurazione.

Tuttavia, secondo il pensiero di De Strobel, l’incisività e l’evidenza della definizione di rischio quale oggetto del contratto non deve essere abbandonata. Per l’Autore, infatti, «quello che è veramente essenziale nel rapporto assicurativo è l’assunzione del rischio da parte dell’assicuratore, assunzione che evidentemente avviene non nella sua obiettività, ma nella sua specifica contrattazione. L’interesse e la cosa sono due presupposti, l’uno soggettivo e l’altro oggettivo, perché il rischio possa sussistere in concreto e dar luogo ad una specifica contrattazione»¹⁸⁵.

Il contratto di assicurazione si è sempre detto essere fonte di due obbligazioni principali. Per l’assicuratore, come già ampiamente osservato, è [im]posto l’obbligo al pagamento della somma assicurata al verificarsi dell’evento o, più genericamente, ad un contegno di complessiva tutela dell’assicurato. Per l’assicurato, esiste invece l’obbligo al pagamento del premio.

Un tale ragionamento fa propria l’idea di coloro che identificano la nozione di “oggetto” del contratto con quella di “contenuto”. Dalla lettura di alcune norme del codice quali ad esempio l’art. 1322 c.c. (le parti possono liberamente determinare la volontà del contratto) o ancora l’art. 1419 c.c. (la nullità parziale di un contratto o di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che le parti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità), tendono a negare che l’oggetto sia un autonomo requisito del contratto e che l’art. 1325 c.c., parlando di oggetto, intenda riferirsi al contenuto del contratto.

Simil pensiero non è pienamente condiviso da quella parte di dottrina che preferisce distinguere le due nozioni. In proposito si veda E. GABRIELLI, *Il contenuto e l’oggetto*, in *I contratti in generale*, cit., Torino, 1999, 633; V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 339, secondo il quale «come l’oggetto specifico (la prestazione contrattuale) dice qualcosa di più sul senso del contratto di quanto dica il suo oggetto in senso generico (il nudo bene implicato in esso) così il contenuto del contratto ne rivela il senso più di quanto faccia la prestazione contrattuale che ne forma l’oggetto. Il fattore dell’illuminazione aggiuntivo è la “causa”: il contenuto del contratto è l’oggetto del contratto qualificato dalla causa, è la prestazione contrattuale illuminata dalla ragione che la giustifica ».

¹⁸⁴ A. DONATI, *Manuale di diritto delle Assicurazioni*, cit., 165.

¹⁸⁵ D. DE STROBEL, *Assicurazione R.C.*, Milano, 1974.

Si rileva, tuttavia, che alla luce degli sviluppi dettati dalla regolamentazione del codice delle assicurazioni, a carico dell'assicuratore parrebbe nascere un ulteriore obbligo all'informazione che si verrebbe ad aggiungere al primo con decisa autonomia.

Le norme sulla "trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato", di cui al Titolo XIII del D.L.gs. 209/2005, recependo la disciplina comunitaria, pongono a carico delle imprese di assicurazione specifiche norme volte a regolamentare tanto la pubblicizzazione dei prodotti assicurativi, quanto specifici obblighi di informazione. Cosicché oggi ci si potrebbe interrogare se quelle che potevano, un tempo sembrare mere prestazioni accessorie, potrebbero acquisire una tale autonomia da ingenerare una specifica e nuova obbligazione principale¹⁸⁶.

Non sono certamente sconosciute precedenti normative volte a "imbrigliare" la disciplina "pubblicitaria" delle imprese di assicurazione al fine di offrire una migliore garanzia all'assicurando.

Tuttavia, gli strumenti in passato adottati hanno quasi sempre rivestito il carattere della circolare. Numerose sono state le circolari adottate dall'ISVAP¹⁸⁷, le quali, tuttavia rivestono unicamente una valenza interna¹⁸⁸.

L'art. 182, D.L.gs., 209/2005, introduce un nuovo criterio applicabile indistintamente ad ogni prodotto assicurativo, in funzione del quale i messaggi pubblicitari utilizzati dalle imprese di assicurazione devono rispettare i principi della

¹⁸⁶ Senza onere di completezza si ricordano le direttive 2002/65/CEE sulla commercializzazione a distanza; Direttiva/2002/CEE sull'intermediazione assicurativa; Direttiva 96/92/CEE c.d. "terza direttiva sull'assicurazione vita.

¹⁸⁷ Dal 1° gennaio 2008, con la nuova legge finanziaria 2008 e' stato soppresso l'ISVAP. Le relative competenze ed i poteri di vigilanza sono stati attribuiti alla Banca d'Italia e alla Consob a cui e' stato trasferito anche il personale dell'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni. Il presidente dell'ISVAP ha così assunto le funzioni di commissario liquidatore dell'Ente. Le competenze in materia di assicurazione, attualmente attribuite al ministero dello Sviluppo economico, sono trasferite al ministero dell'Economia. La norma, volta a favorire il processo di integrazione dei mercati finanziari, e' contenuta in un emendamento del governo alla finanziaria presentato in Commissione alla Camera.

¹⁸⁸ Si fa specificatamente riferimento alla circolare ISVAP n. 551/2005 ed alla circolare ISVAP n. 533/2004 dedicate alla disciplina degli obblighi informativi precontrattuale e contrattuali imposti alle imprese di assicurazione, nonché alla specificazione dei doveri degli assicuratori di adeguare l'offerta assicurativa alle esigenze di ogni singolo assicurando.

“correttezza dell’informazione” ed essere in «conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono»¹⁸⁹.

Qualora l’assicuratore incorra nella violazione di tali obblighi, il codice determina l’applicazione di sanzioni amministrative di carattere pecuniario.

L’art. 185, D.Lgs., 209/2005 dispone che le imprese sono onerate a consegnare all’assicurando, unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa che dovrà contenere l’indicazione dell’impresa, le informazioni sulle garanzie prestate e sulle obbligazioni assunte dall’assicuratore, le nullità, le decadenze e le esclusioni e/o limitazioni delle garanzie, nonché le rivalse e gli scoperti¹⁹⁰.

¹⁸⁹ L’art. 182 del D. Lgs., 7 settembre 2005, n. 209, stabilisce che «la pubblicità utilizzata per i prodotti delle imprese di assicurazione è effettuata avendo riguardo alla correttezza dell’informazione ed alla conformità rispetto al contenuto della nota informativa e delle condizioni di contratto cui i prodotti stessi si riferiscono. I medesimi principi sono rispettati anche quando la pubblicità sia autonomamente effettuata dagli intermediari.

«L’ISVAP può richiedere, in via non sistematica, la trasmissione del materiale pubblicitario, nelle sue diverse forme, che è utilizzato dalle imprese e dagli intermediari.

«L’ISVAP sospende in via cautelare, per un periodo non superiore a novanta giorni, la diffusione della pubblicità in caso di fondato sospetto di violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza.

«L’ISVAP vieta la diffusione della pubblicità in caso di accertata violazione delle disposizioni in materia di trasparenza e correttezza. L’ISVAP vieta la commercializzazione dei prodotti in caso di mancata ottemperanza ai provvedimenti di cui ai commi 4 e 5 secondo quanto previsto all’articolo 184, comma 2.

«L’ISVAP, con regolamento, stabilisce i criteri di riconoscibilità della pubblicità e di chiarezza e correttezza dell’informazione».

¹⁹⁰ L’art. 185 del D. Lgs., 7 settembre 2005, n. 209, stabilisce che «le imprese di assicurazione italiane e quelle estere operanti nel territorio della Repubblica, sia in regime di stabilimento che in regime di libertà di prestazione di servizi, consegnano al contraente, prima della conclusione del contratto ed unitamente alle condizioni di assicurazione, una nota informativa predisposta nel rispetto delle disposizioni del presente articolo. La nota informativa contiene le informazioni, diverse da quelle pubblicitarie, che sono necessarie, a seconda delle caratteristiche dei prodotti e dell’impresa di assicurazione, affinché il contraente e l’assicurato possano pervenire a un fondato giudizio sui diritti e gli obblighi contrattuali e, ove opportuno, sulla situazione patrimoniale dell’impresa. L’ISVAP disciplina, con regolamento, il contenuto e lo schema della nota informativa in modo tale che siano previste, oltre alle indicazioni relative all’impresa, le informazioni sul contratto con particolare riguardo alle garanzie e alle obbligazioni assunte dall’impresa, alle nullità, alle decadenze, alle esclusioni e alle limitazioni della garanzia e alle rivalse, ai diritti e agli obblighi in corso di contratto e in caso di sinistro, alla legge applicabile ed ai termini di prescrizione dei diritti, alla procedura da seguire in caso di reclamo e all’organismo o all’autorità eventualmente competente. Nelle assicurazioni di cui ai rami I, II, III, IV e V dell’articolo 2, comma 1, l’ISVAP determina, con regolamento, le informazioni supplementari che sono necessarie alla piena comprensione delle caratteristiche essenziali del contratto con particolare riguardo ai costi ed ai rischi del contratto ed alle operazioni in conflitto di interesse. Al contraente di un’assicurazione sulla vita sono altresì comunicate, per tutto il periodo di durata del contratto, le informazioni indicate nel regolamento adottato dall’ISVAP con

L'informazione da darsi dovrà, quindi, essere completa, adeguata e idonea ad assicurare la piena conoscibilità per l'assicurando delle clausole del contratto, degli svantaggi e dei vantaggi che queste comporteranno.

Gli obblighi oggetto della prestazione paiono, quindi, incardinati in precise regole comportamentali vincolanti per le imprese, ma anche per gli intermediari assicurativi fra cui si annoverano i mediatori, i *brokers*, i consulenti assicurativi neutrali, nonché il servizio esterno delle compagnie d'assicurazione¹⁹¹.

particolare riguardo alle spese, alla composizione ed ai risultati della gestione delle attività nelle quali è investito il premio o il capitale assicurato».

¹⁹¹ Ai sensi dell'art. 40 della LSA, con la definizione di intermediari assicurativi si intendono tutte le persone che offrono o stipulano contratti assicurativi. Di questa categoria fanno parte i mediatori, i *broker*, i consulenti assicurativi neutrali, nonché il servizio esterno delle compagnie d'assicurazione. Esclusivamente gli intermediari di indirizzi e gli *inhouse-broker* delle ditte non vanno considerati come intermediari assicurativi ai sensi della legge.

Gli obblighi di informazione e di individuazione del prodotto assicurativo che meglio rispetti le esigenze dell'assicurando sono vincolanti, come del resto è logica, anche per gli intermediari assicurativi come disciplinato dal D.Lgs. 209/2005, capo III del titolo IX, nella parte riservata alla codificazione di specifiche "regole di comportamento", fra le quali quelle di informazione e di trasparenza, a cui l'intermediario è vincolato anche al fine di evitare conflitti di interesse. Di rilievo è l'art. 120 il quale prevede che «[...] In relazione al contratto proposto, gli intermediari assicurativi dichiarano al contraente: a) se forniscono consulenze fondate su una analisi imparziale, dovendo in tal caso le proprie valutazioni fondarsi su un numero sufficientemente ampio di contratti disponibili sul mercato, al fine di consigliare il prodotto idoneo a soddisfare le richieste del contraente; b) se propongono determinati prodotti in virtù di un obbligo contrattuale con una o più imprese di assicurazione, dovendo in tal caso comunicare la denominazione di tali imprese; c) se propongono determinati prodotti in assenza di obblighi contrattuali con imprese di assicurazione, nel qual caso essi comunicano, su richiesta del cliente, la denominazione delle imprese di assicurazione con le quali hanno o potrebbero avere rapporti d'affari, fermo restando l'obbligo di avvisare il contraente del diritto di richiedere tali informazioni. In ogni caso, prima della conclusione del contratto, l'intermediario assicurativo di cui al comma 1, anche in base alle informazioni fornite al contraente, propone o consiglia un prodotto adeguato alle sue esigenze, previamente illustrando le caratteristiche essenziali del contratto e le prestazioni alle quali è obbligata l'impresa di assicurazione. L'ISVAP, tenendo conto delle differenti esigenze di protezione degli assicurati, della diversa tipologia dei rischi, delle cognizioni e della capacità professionale degli addetti all'attività di intermediazione, disciplina con regolamento: a) le regole di presentazione e di comportamento nei confronti del contraente, con riferimento agli obblighi di informazione relativi all'intermediario medesimo e ai suoi rapporti, anche di natura societaria, con l'impresa di assicurazione, alle caratteristiche del contratto proposto in relazione all'eventuale prestazione di un servizio di consulenza fondata su una analisi imparziale o all'esistenza di obblighi assunti per la promozione e l'intermediazione con una o più imprese di assicurazione; b) le modalità con le quali è fornita l'informazione al contraente, prevedendo i casi nei quali può essere effettuata su richiesta, fermo restando che le esigenze di protezione richiedono, di regola, l'uso della lingua italiana e la comunicazione su un supporto accessibile e durevole, al più tardi subito dopo la conclusione del contratto; c) le modalità di tenuta della documentazione concernente l'attività svolta; d) le violazioni alle quali si applicano le sanzioni disciplinari previste dall'articolo 329 [...] ».

La correttezza diviene il parametro indicato quale regola oggettiva e criterio di giudizio implicante un'indagine finalizzata ad incentrarsi sull'attuazione e sulla disciplina del rapporto.

In tale ottica il contratto di assicurazione potrebbe anche sembrar rivestire le vesti di un contratto a doppia prestazione, avente le caratteristiche di obbligazione complessa: l'obbligo a garantire e indennizzare l'assicurato; l'obbligo a rendere l'idonea informativa.

E', dunque, implicito il collegamento agli articoli 1175 e 1337 c.c. con i quali vengono imposti doveri di correttezza e di buona fede nell'adempimento dell'obbligazione i quali, nel caso di specie, consisteranno, fra l'altro, nell'esatto adempimento degli obblighi informativi prescritti dal codice dell'assicurazione.

Si osserva ancora, con riferimento agli obblighi gravanti sull'assicuratore, che gli articoli 183 e 120 D.Lgs. 209/05, ribadendo il dovere di tenere un comportamento trasparente e diligente, prevedono l'ulteriore obbligo - che si fonde con il primo - di valutare le caratteristiche e le esigenze specifiche di chi intende assicurarsi in modo tale da proporre una polizza, ovvero di adeguare un contratto già in essere, in modo appropriato alle esigenze dell'assicurato.

A tale proposito, riportando, anche se parzialmente, il dettato dell'art. 183, lett. a) e b) si legge che l'impresa e l'intermediario devono « comportarsi con trasparenza [...] e] acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative [...] e operare in modo che siano sempre informati».

Acquisire informazioni al fine di valutare l'esigenza di un singolo e, quindi, rendere, anche durante il periodo di validità del contratto, una idonea informazione, comporta la necessità di adeguare l'informativa che si deve rendere alle specifiche esigenze del singolo che richiede la garanzia assicurativa, quindi, plasmando le modalità dell'informazione e della contrattazione in modo da soddisfare le particolari esigenze che emergono nel singolo rapporto assicurativo.

Sul punto si veda C. CAVALIERE, *Intermediari di assicurazione e di riassicurazione*, in *Commentario al codice dell'assicurazione*, cit., 219, 312.

La volontà del legislatore di rendere l'informativa ed il prodotto assicurativo adeguati al profilo dell'assicurato che viene delineato attraverso una preventiva conoscenza dell'esigenza del privato pare richiamare il principio del *know your customer*, normalmente noto al settore bancario¹⁹².

Stante quanto sopra, non può non cogliersi la similitudine fra gli obblighi informativi gravanti sull'operatore bancario e quelli che oggi vincolano la compagnia assicurativa la quale, come la banca, potrebbe essere esposta ad una responsabilità simile alla così detta responsabilità da prospetto informativo falso o inesatto.

Infatti, una informazione carente o lacunosa potrebbe indurre l'assicurato a sottoscrivere una polizza a lui non favorevole, oppure inadeguata al tipo di rischio o al tipo di attività per la quale intende garantirsi.

Quindi, si potrebbe verificare l'evenienza in cui il privato "beneficia" di una assicurazione inutile o non soddisfacente e resta esposto al rischio di dover rispondere, con tutto il patrimonio, alle conseguenze dannose derivanti dalla propria attività e rimaste escluse dalla copertura assicurativa.

Allo stesso modo è ben noto che nel diverso settore bancario la carenza informativa da parte dell'operatore potrebbe creare gravi conseguenze dannose per l'investitore.

Pertanto, così come con riferimento alla banca, dottrina e giurisprudenza si sono e si stanno interrogando in ordine alla configurabilità di una responsabilità della medesima in caso di mancato rispetto degli obblighi informativi, anche nel settore delle assicurazioni ci si potrebbe chiedere se la violazione degli obblighi informativi previsti dal codice delle assicurazioni possa dar luogo ad una qualche forma di responsabilità a carico della compagnia assicuratrice.

¹⁹² Tale regola, di origine anglosassone, tradotta come "obbligo di informazione passiva," definisce in modo piuttosto scarno l'acquisizione da parte di un istituto di finanziamento delle informazioni necessarie, al fine di individuare l'operazione finanziaria più appropriata al tipo di cliente. Più dettagliatamente il principio del *know your customer* è stato esplicito nel Regolamento n. 11522/98 della Consob con il quale si è data attuazione al D.Lgs., 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria". In giurisprudenza si veda Tribunale di Palermo 16 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, 1, 2939; Tribunale di Bologna, 31 maggio 2005, in *www.ilcaso.it*, 2005.

L'art. 183 c. ass., infatti, come sopra anticipato, sembra riecheggiare il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. La norma richiama i medesimi criteri comportamentali dettati dall'art. art. 21 del T.U.F., nonché dalle norme del titolo VI del Teso Unico, ove si prevede la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali da coordinarsi al principio del *know your customer*¹⁹³.

3 *Segue: la violazione degli obblighi di informazione. Profili di responsabilità*

In una visione sinottica della problematica in esame, eseguire un'analisi della regolamentazione della trasparenza bancaria ed assicurativa certamente evidenzierà la determinazione del legislatore italiano, laddove unifica la disciplina della trasparenza nei diversi settori dei mercati finanziari e assicurativi, al raggiungimento di una uniformità al dettato comunitario finalizzato al raggiungimento di una migliore tutela del consumatore.

Il fine è, quindi, di indubbia evidenza. Tuttavia, non esistendo ancora precedenti in materia in considerazione della novità della normativa, non è ancora possibile individuare, con assoluto rigore, quali potrebbero essere i profili di

¹⁹³D.Lgs., 24 febbraio 1998, n. 58, "Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52", modificando la precedente L. 2 gennaio 1991, n. 1, prevede all'art. 21 che nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento; disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi; svolgere una gestione indipendente, sana e prudente e adottare misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur.it.*, 1992, 409; F.D.BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539; M.V. DE GIORGI – A. THIENE, *Il danno derivante da false informazioni*, in Cian-Trabucchi (a cura di) *Commentario*, Padova 2004, sub art. 2043, 1986; G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1996; G. VISINITINI, *La responsabilità della banca per false informazioni nel quadro dei servizi ai clienti in Mercato finanziario e tutela del risparmio*, cit..

responsabilità in cui potrebbe incorre l'impresa assicurativa o l'intermediario assicurativo nel caso in cui incorrano nella violazione degli obblighi di informazione imposti.

Con riferimento alla violazione degli obblighi di informazione a carico degli intermediari finanziari sono state formulate teorie contrastanti in merito all'interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto, teorie che potrebbero trovare applicazione anche nel differente settore assicurativo, sebbene ponendo le dovute differenziazioni.

Pare, quindi utile, ripercorrere il ragionamento seguito dalla giurisprudenza per meglio coglierne il pensiero al fine di comprendere se sussistano o meno effettive similitudini.

Di fronte all'operatore giuridico si apre uno scenario interpretativo complesso che rende particolarmente macchinosa la risposta ad un simile quesito. Tuttavia, la Corte di Cassazione, riunita a Sezioni Unite¹⁹⁴, si è da poco pronunciata sul contrasto giurisprudenziale insorto in materia di intermediazione bancaria ed in particolare circa l'incidenza degli obblighi informativi sul contenuto del contratto e circa la tipologia di responsabilità derivante dalla violazione degli stessi, fornendo certamente un chiaro aiuto nello svolgimento di tale analisi.

L'interrogativo di fondo che giurisprudenza e dottrina si era posta con riferimento alla violazione degli obblighi informativi della banca è sempre consistito nel domandarsi se detta violazione conducesse direttamente alla nullità del contratto, ovvero potesse dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo al risarcimento del danno, o ancora potesse dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto.

Già la Suprema Corte nel 2005¹⁹⁵ aveva affermato che la violazione degli obblighi informativi non può mai portare alla nullità virtuale¹⁹⁶ dei contratti e ciò

¹⁹⁴ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 6752, inedita.

¹⁹⁵ Cass., 29 settembre 2005 n. 19024 in *Danno e resp.* 2006, 25 con nota di V. Roppo – G. Afferni; in *Resp. civ. e prev.* 2006, 6 1080, con nota di F. Greco; in *Foro it.* 2006, 4, 1105; con nota di E. Scoditti; in *Giur. comm.* 2006, 4 626, con nota di E. Salodini; in *Giust. civ.* 2006, 7-8 1526; in

perché l'art. 1418 c.c. si riferirebbe alle sole violazioni relative «ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura e al contenuto del contratto»¹⁹⁷.

Le Sezioni Unite, proseguendo il medesimo ragionamento condotto dalla prima Sezione, hanno rilevato che in nessun caso la violazione dei doveri gravanti sull'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente può determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti¹⁹⁸, rilevando, in proposito,

Giur. it. 2006, 8-9 1599 con nota di G. Sicchiero; in *Fallimento* 2006, 8-9 1599 con nota di G. Sicchiero; in *I Contratti*, 2006, 5, con nota di F. Poliani.

¹⁹⁶ Con la sentenza 29 settembre 2005, n. 19024 «è stato escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 della legge 2 gennaio 2001, n. 1, possa cagionare la nullità del negozio, poiché quegli obblighi informativi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione e la loro violazione non dà luogo a mancanza del consenso e perché la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula una violazione attinente ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e non invece all'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative ovvero in fase di esecuzione, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a dette ipotesi».

¹⁹⁷ La prima sezione della Corte di Cassazione, con l'ordinanza 16 febbraio 2007, n. 3684, ha manifestato il dubbio che il ragionamento svolto con la sentenza 19024/2005, in ordine alla nullità del negozio sia in contrasto con i presupposti da cui muovono molteplici altre decisioni della Suprema Corte «la quale ha ravvisato ipotesi di nullità virtuale del contratto in caso di mancanza di autorizzazione a contrarre o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti, in caso di contratti concepiti in modo da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo ovvero ad aggirare i divieti a contrarre, situazioni in cui viene in evidenza la violazione di norme imperative concernenti la fase precontrattuale o le modalità esecutive del rapporto contrattuale».

¹⁹⁸ La Cassazione già in passato si era espressa nel medesimo senso affermando che il precetto contemplato all'art. 1337 c.c. è dettato a tutela degli interessi meramente privatistici e la menzionata norma alla quale sono riconducibili tutte le disposizioni che prevedono obblighi specifici di informazione a carico di uno dei contraenti è «norma precettiva e non imperativa ex art. 1418 comma 1, c.c. In proposito, per tutte si veda Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610 in *Mass. giur. it.*, 1980 secondo la quale «la disposizione dell'art. 1337 c.c. che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ... è norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela e a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le "norme imperative", aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata».

In merito alla teoria che considera nullo il contratto di intermediazione si veda l'orientamento di coloro che pongono in discussione il principio di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità e che ammettono che il comportamento della parte possa rilevare ai fini della nullità del negozio. «Non sembra esservi ragione perché, in presenza di comportamenti contrattuali che violino precetti che si ritengono imperativi, anche se assistiti dalla esplicitazione di nullità, non possa trovare applicazione la disposizione dell'art. 1418 c.c., che configura un'ipotesi di nullità virtuale rivolta a prevedere e disciplinare proprio questi casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagni una esplicita sanzione di nullità».

che, se l'intenzione del legislatore fosse stata quella di sanzionare tale violazione con la pena della nullità, «certamente lo avrebbe potuto fare» anche apportando, successivamente, modifiche alla normativa vigente; ma di ciò «il legislatore non ha mai sentito l'esigenza».

Viene osservato che «gli obblighi di comportamento cui alludono le citate disposizioni dell'art. 6 della legge n. 1 del 1991, non diversamente, del resto, da quelli previsti dall'art. 21 del più recente D.Lgs. n. 58 del 1998, tutti in qualche modo finalizzati al rispetto della clausola generale consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano, in parte, nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria e, in altra parte, nella fase esecutiva di esso»¹⁹⁹. Tali obblighi, ancorché rivestano secondo la dottrina maggioritaria carattere imperativo, «sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»²⁰⁰.

Premesso ciò, la Corte a Sezioni Unite ha risposto in senso negativo al quesito per cui se, nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria, sia eventualmente riscontrabile un principio tale da derogare al criterio di distinzione tra norme di

¹⁹⁹ Specificatamente, attiene alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo menzionato nella lettera b) della citata disposizione dell'art. 6, ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, come prescritto dalla successiva lett. d), così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività. Ma doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni (art. cit., lett. e), e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, come condizione per poter eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata (lett. g). Né può seriamente dubitarsi che anche l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente, in quanto funzionale al dovere di curarne diligentemente e professionalmente gli interessi, permanga attuale durante l'intera fase esecutiva del rapporto e si rinnovi ogni qual volta la natura o l'entità della singola operazione lo richieda, per l'ovvia considerazione che la situazione del cliente non è statica bensì suscettibile di evolversi nel tempo. Attengono poi del pari al momento esecutivo del contratto i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente (lett. f).

²⁰⁰ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 6752, cit.

comportamento e norme di validità²⁰¹ degli atti negoziali, precisando, in particolare, che «pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista».

²⁰¹ Il cardine intorno al quale ruota l'orientamento giurisprudenziale, ripercorrendo il ragionamento condotto dalle Sezioni Unite, «è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità. [...] è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione, e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. Il dovere di buona fede, e i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite. L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile. È possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del primo) comma del citato art. 1418. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per se si pongono come speciali.

E' comunque indubitabile, secondo il pensiero delle Sezioni Unite, che la violazione degli obblighi che precedono ed accompagnano la conclusione del contratto «è destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale da cui discende l'obbligo di risarcire gli eventuali danni: [...] La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto».

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono ulteriormente mostrate favorevoli a riconoscere una responsabilità da inadempimento o da non esatto adempimento nascente dalla violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti una fase successiva alla stipulazione del contratto. Tali doveri, riferisce la Corte, «pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati a integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso».

Chiarito quanto sopra, è interessante valutare attraverso un confronto fra l'orientamento giurisprudenziale delineatosi in merito al settore finanziario e la disciplina in tema di informazione nel settore assicurativo – soprattutto alla luce delle nuove norme che in questi anni hanno regolamentato la “trasparenza” nei rispettivi settori - se sia possibile operare una valida estensione dello schema logico e giuridico sopra delineato alla diversa fattispecie assicurativa.

Orbene, come già più volte ricordato, l'art. 183 del codice delle assicurazioni dispone che nell'offerta e nell'esecuzione dei contratti le imprese e gli intermediari devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza; devono acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali ed operare in modo che siano sempre adeguatamente informati; devono organizzarsi in modo tale da identificare ed evitare conflitti di interesse.

Analogamente, l'art. 21 del D.Lgs. 58/98, stabilisce che e nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza; acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse.

La piana lettura delle due norme indica come i due articoli siano facilmente sovrapponibili, imponendo il rispetto delle medesime regole comportamentali le quali devono operare sia nella fase precedente la stipulazione del contratto, sia nel corso della sua esecuzione.

Parimenti il principio di adeguatezza informativa previsto per il settore bancario riecheggia in eguale forma quello assicurativo richiedendo all'assicuratore una appropriata valutazione dell'assicurato e delle sue specifiche esigenze in modo tale da proporre una polizza ovvero di adeguare la medesima in modo appropriato alle esigenze dell'assicurato.

Ed ancora, sia per le banche sia per le assicurazione è ugualmente posto il dovere ad evitare possibili conflitti di interesse che spesso emergono.

Nell'ambito della stipulazione di polizze assicurative per la responsabilità civile professionale, l'obbligo informativo a carico dell'assicuratore consiste nel descrivere in modo chiaro ed intelligibile tutte le caratteristiche del prodotto assicurativo offerto così da permettere al destinatario di fare liberamente la scelta che ritiene più adeguata alle proprie esigenze. Altresì a carico dell'intermediario vi sarà un più ampio obbligo di illustrare i prodotti assicurativi delle differenti compagnie

presenti sul mercato al fine di permettere all'assicurando una libera scelta anche dell'impresa dalla quale intende essere garantita.

In astratto, quindi, non può escludersi che, a fronte di polizze non chiare o note informative lacunose o difficilmente comprensibili da parte di un privato sfornito di conoscenze tecniche, si configuri una responsabilità precontrattuale dell'operatore assicurativo²⁰².

Dal mero profilo normativo le similitudini paiono indubitabili. Tuttavia, non si può non osservare come le differenti prestazioni oggetto delle rispettive specifiche obbligazioni impongano di ridimensionare, in parte, gli obblighi a carico dell'impresa assicurativa.

Gli obblighi informativi implicanti il dovere di fornire ed acquisire informazioni concrete e adeguate per l'investitore costituisce il presupposto inscindibile per l'applicazione della fondamentale regola della *suitability rule*²⁰³ in forza della quale il promotore finanziario deve sempre adoperarsi per creare un profilo che determini la propensione al rischio dell'investitore al fine di individuare l'adeguatezza dell'operazione proposta.

²⁰² E' evidente che il contenuto dell'obbligo informativo varia in ragione del tipo di prodotto assicurativo. Oggi assistiamo ad una crescente sofisticazione dei contratti di assicurazione sulla vita rispetto ai quali sono molto forti i presidi informativi relativi alla fase precontrattuale. La circolare ISVAP n. 551/05 ha predisposto schemi di note informative dalle quali emerge una adeguata rappresentazione delle caratteristiche dei prodotti assicurativi «ed ha previsto per tutte le tipologie contrattuali una esplicitazione in forma tabellare di tutti i costi a carico del contraente. Per le polizze con partecipazione agli utili è stata prevista la consegna obbligatoria di un progetto personalizzato, sviluppato sui parametri effettivi del contraente, al fine di rendere maggiormente comprensibile lo sviluppo dei premi, delle prestazioni assicurate, e dei valori di riscatto della polizza. In oltre è prevista la redazione e la consegna al cliente di una scheda sintetica realizzata in base ad uno schema tipo che avrà la funzione di illustrare le caratteristiche principali del contratto assicurativo descrivendone i costi ed i rischi finanziari a carico dell'assicurato ed indicando esattamente le prestazioni e l'ampiezza della copertura offerta. I prototipi di scheda predisposti dall'ISVAP sono stati differenziati a seconda delle caratteristiche dei diversi prodotti (polizze di assicurazione sulla vita e di capitalizzazione con partecipazione agli utili, polizze *unit* e *index linked*)». C. CAVALIERE, *Intermediari di assicurazione e di riassicurazione*, in *Commentario al codice dell'assicurazione*, cit., 305.

²⁰³ La *Suitability rule* è stata introdotta per la prima volta a livello europeo nell'ordinamento inglese contestualmente all'inizio del dibattito che avrebbe poi portato all'emanazione del *Financial Services Act*, e già nota da anni nell'ordinamento giuridico statunitense. In merito, l'art. 29, comma 1 del Regolamento n. 11522/98 prevede che gli intermediari autorizzati sono gravati dall'obbligo di astenersi dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

La medesima regola, applicata al settore assicurativo, non pare trovare alcuna collocazione in quanto, nell'assicurazione, il meccanismo posto a fondamento dell'istituto è inverso: la creazione di un profilo dell'assicurato da parte dell'impresa è tecnica da sempre in uso fra gli assicuratori in quanto utile all'individuazione della "sinistrosità" del medesimo assicurato. Tale opportunità giova principalmente all'impresa assicurativa la quale ha certamente interesse a far emergere la maggiore propensione al rischio dell'assicurato. Infatti, qualora l'assicurato sia classificabile come soggetto maggiormente a rischio l'assicuratore imporrà un premio più elevato, ovvero rifiuterà di stipulare la polizza.

Ciò sembra avere rilievo con specifico riferimento all'indagine sulla colpevolezza dell'impresa nel fornire una lacunosa o falsa informazione elemento che, unitamente al nesso di causalità ed al danno che l'assicurato ritiene aver subito, dovranno sempre essere da quest'ultimo debitamente provati.

4 *La forma e la trasparenza*

E' a tutti noto che le imprese di assicurazione, anche in considerazione della elevata quantità di rapporti con gli assicurandi, predispongano i contratti standardizzando l'attività contrattuale e, come inizialmente anticipato, basandosi, di regola, su modelli elaborati dall'ANIA.

Più specificatamente si parla di contratti per adesione in quanto, di fatto, la formazione del contratto è anticipata dalla predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale a cui controparte è chiamata unicamente ad aderire²⁰⁴.

In quest'ottica, colui che sino ad ora abbiamo chiamato assicurando, potrebbe anche essere identificato quale "consumatore", ciò al fine di sottolineare la sua natura di contraente "debole" rispetto all'impresa assicurativa.

²⁰⁴ C. RUSSO, *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione*, Padova, 2001.

E' infatti evidente come il legislatore abbia riposto una particolare attenzione alla effettiva tutela del soggetto debole nel rapporto assicurativo e, in questo, il codice delle assicurazioni ha il pregio di avere apportato un deciso rinnovamento all'impianto normativo in materia.

Quale sia la forma del contratto di assicurazione non è mai stato oggetto di dubbi interpretativi. Si tratta di un contratto consensuale per il quale non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, ma solo *ad probationem*. Normalmente si è soliti distinguere la struttura in due parti: una in cui vengono inserite le condizioni generali di polizza, con le quali l'assicuratore disciplina in modo uniforme per tutti i contratti i rischi dello stesso tipo; l'altra dedicata alla indicazione delle condizioni speciali di polizza, composte da una serie di clausole dirette a disciplinare, sempre in maniera uniforme, particolari tipi di rischi quali ad esempio specifiche categorie professionali. Tali condizioni, generali e speciali, sono soggette alla disciplina comune dettata dagli articoli 1341 c.c. in tema di condizioni generali del contratto; e 1342 c.c. in tema di contratti conclusi mediante moduli o formulari

Non si può, tuttavia, evitare di considerare gli sviluppi normativi che, in proposito, ha introdotto il codice delle assicurazioni.

L'art 166, rubricato criteri di redazione, richiede che il contratto e ogni altro documento consegnato dall'impresa al contraente vada «redatto in modo chiaro ed esauriente», come riferito testualmente dalla norma medesima.

Ci si può chiedere, allora, se la norma richiamata al 2° comma, quando allude a clausole che prevedono la sanzione della nullità, sottintenda riferirsi a nullità sostanziali.

Per rispondere al quesito è necessario individuare lo scopo della norma.

Probabilmente il fine perseguito dal legislatore è quello di offrire una maggiore tutela all'assicurato conferendogli la possibilità di "tenere fra le mani" un documento scritto in cui vengono interamente raccolti gli accordi contrattuali e la cui consultazione permette di valutare la convenienza della polizza prima della sua sottoscrizione.

Tale considerazione potrebbe indurre a rispondere in senso affermativo al quesito che ci si è posti dal momento che, da una parte, il fine dell'art. 166 è lo stesso che il legislatore ha perseguito con il primo comma dell'art. 117 del T.U.F.²⁰⁵ ove, ugualmente, si prescrive la redazione scritta del contratto bancario; dall'altra, non vi è alcun dubbio che la forma scritta sia richiesta a pena di nullità.

Tale operazione interpretativa non può essere condivisibile in quanto rispetto ai contratti bancari, ove la nullità è testualmente prevista dal terzo comma dell'art. 117, l'art. 166 del codice delle assicurazioni nulla prevede in ordine alla sanzione da applicarsi al contratto di assicurazione non stipulato per iscritto.

Del resto la persistente vigenza dell'art. 1888 c.c. con il quale si richiede la forma scritta *ad probationem* è confermata dall'art. 165 del codice delle assicurazioni in cui viene fatto un esplicito richiamo alla disciplina codicistica, qualora il D.Lgs 209/2005 non preveda una norma *ad hoc*.

La regola posta dall'art. 166 c.. ass, quindi, non par proprio avere carattere tassativo, pur rimanendo diretta a tutelare l'assicurando richiedendo una "forma scritta" nel senso di una forma chiara ed esauriente. Certamente, non essendo prevista, alcuna ipotesi di nullità del contratto, la normativa su delineata non impone l'obbligo della forma scritta.

²⁰⁵ D.Lgs 1° settembre 1993, n. 385 all'art. 117 prescrive che «1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. 2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma. 3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. 4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. La possibilità di variare in senso sfavorevole al cliente il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione deve essere espressamente indicata nel contratto con clausola approvata specificamente dal cliente. 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati nel corso della durata del rapporto per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto. 8. La Banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti o titoli, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia.

Le norma, infatti, ricalca il principio più volte evidenziato, della chiara e trasparente informativa rivolta al conseguimento di una migliore tutela del contraente, benché, ciò, non sia sufficiente a riequilibrare le posizioni dei contraenti, ma tutt'al più impone all'assicuratore di "giocare a volto scoperto".

Il legislatore richieda, quindi, la forma scritta sempre e comunque e solo in tal modo si può affermare che vi sia stata informativa. Questo significa che nel caso in cui vi sia una omissione da parte dell'assicuratore dell'impiego della forma scritta, l'informazione si ritiene come non data.

Ne consegue che, qualora il "contratto" non venga redatto nella forma scritta come richiesto dall'art. 166, si determinerà una violazione dell'obbligo di informazione imposto all'assicuratore, determinante un inadempimento. Tale ragionamento non contraddice la regola che richiede per il contratto di assicurazione la forma scritta *ad probationem tantum*. Il mancato rispetto degli obblighi di forma, quindi, pur non implicando la nullità del contratto, non rimane, tuttavia, privo conseguenza alcuna, potendosi, infatti, ipotizzare una responsabilità per inadempimento.

Il codice dell'assicurazione, plasmandosi sul codice civile, e in particolare sull'art. 1341 c.c., con riferimento alle clausole riconducibili all'ambito della vessatorietà, stabilisce, sempre all'art. 166, che queste devono essere "riportate" - pertanto nuovamente scritte - mediante caratteri di particolare evidenza, quando indichino decadenze, nullità, limitazioni delle garanzie, ovvero oneri a carico del contraente o dell'assicurato.

Anche con specifico riferimento a siffatte clausole il D.Lgs. 209/2005 non prevede alcuna determinata sanzione, stabilendo uno "stile" di redazione quale l'impiego di particolari caratteri che pongano in immediato risalto, fra le clausole che quelle più gravose fra quelle che compongono il contratto.

Il codice delle assicurazioni, pare quindi, non aver portato effettive innovazioni, rimandando sempre e comunque alle antiche norme del codice civile, e in particolare agli artt. 1341 e 1342, alle quali si aggiungono gli artt. 1469 *bis* - 1469

sexies, dedicati alla tutela dei soli consumatori e, pertanto, inapplicabili quando ad assicurarsi sono imprese o professionisti che agiscono per la propria attività professionale²⁰⁶.

5. *La causa*

Ripercorrendo nuovamente l'analisi dei requisiti che connaturano il contratto di assicurazione, la causa²⁰⁷, ossia l'elemento che spiega razionalmente il contratto²⁰⁸, è quella di garantire all'assicurato il risarcimento dell'eventuale danno e di provvedere allo stesso se e quando il sinistro si verificherà²⁰⁹. In tal senso la causa del contratto

²⁰⁶ A tale proposito si richiamano gli articoli 1341 e 1469 *quater* del codice civile le quali richiedono la forma scritta per ogni clausola che limiti la responsabilità dei contraenti.

²⁰⁷ Anticipando quando verrà meglio osservato al capitolo V, per una migliore precisione, si ricorda che la funzione attribuita alla causa, in un periodo storico fascista, come si legge nella Relazione al Codice Civile (teoria della funzione economico-sociale) veniva individuato nel ruolo di controllo assunto dall'ordinamento nazionale nel valutare, secondo una visione prettamente oggettiva, se le finalità perseguite dai singoli contraenti con un determinato contratto fossero in linea con i principi generali imposti dallo Stato. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955.

Come ricorda G.B. FERRI, in *La causa nella teoria del contratto*, in Ferri- Angelici (a cura di) *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 98, «la causa ... nel sistema del codice del 1942 [non aveva la funzione di esprimere] il punto di vista del contraente, ma quella dell'ordinamento giuridico». Caduto l'ordinamento corporativo, tale orientamento è stato completamente superato dalla teoria, molto più valorizzante, secondo la quale la causa rappresenta la funzione economica individuale del contratto, ossia quella manifestazione degli interessi giustificativi dell'operazione contrattuale che i contraenti intendono raggiungere. Cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, Torino, 1999, 542; C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006, 90; U. BRECCIA, *Il contratto in generale, Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, III, Torino, 1999, 3.

²⁰⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955, 172; U. BRECCIA, *Il contratto in generale, Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, III, Torino, 1999, 3; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 223

²⁰⁹ In realtà, la questione – anche volendo accogliere quest'ultima tesi – è più articolata. «Ci sono, infatti, tipologie contrattuali intermedie, di difficile classificazione, per le quali la dottrina e la giurisprudenza nel corso del tempo si sono sforzate di individuare quali siano le norme effettivamente applicabili andando a vedere il Codice Civile sia nella parte generale dedicata alle assicurazioni, dove ci sono le disposizioni che riguardano trasversalmente tutti i tipi di contratto di assicurazione, sia nelle norme specifiche, dettate rispettivamente per i rami danni e per i rami vita. Questo problema si è posto soprattutto per l'assicurazione infortuni, che ha connotati particolari e per la quale alcune norme sono mutate dalla disciplina dell'assicurazione contro i danni e altre dalla disciplina dell'assicurazione sulla vita (si vada da ultimo, la sentenza della Corte di Cassazione n. 5119 del 10 aprile 2002).

di assicurazione implica il perfezionarsi del trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore. Il concetto per cui con il contratto di assicurazione si trasferisce sull'assicuratore la probabilità del verificarsi di un evento futuro con possibile danno nei confronti dell'assicurato, incentrata il ruolo del negozio sulla prestazione della garanzia assicurativa in maniera tale da poter ravvedere il medesimo fine dell'assicurazione sia nei contratti di assicurazione sulla vita, sia nei contratti di assicurazione danni.

In dottrina si sono distinte diverse correnti di pensiero che rispettivamente identificano in maniera parzialmente distinta la causa del contratto di assicurazione.

Secondo la teoria "unitaria" la causa del contratto corrisponderebbe alla funzione indennitaria dell'assicuratore. Questa teoria, volta ad identificare la causa del contratto con la sua funzione è la più risalente essendo stata formulata alla fine del secolo scorso.

In senso opposto, si incontra la teoria "pluralistica", la quale non concepisce un unico fenotipo contrattuale di assicurazione, ma unicamente due genotipi, dovendosi configurare il contratto di assicurazione, a livello di struttura e di caratteristiche essenziali, in maniera diversa a seconda che si parli di rami danni o di rami vita.

In tale ottica si è rilevato che nel contratto di assicurazione contro i danni la possibilità del verificarsi di un evento futuro dannoso che l'assicuratore intende indennizzare costituisce la motivazione tipica che lo spinge a contrarre. Nel differente ramo vita (benché la presente trattazione sia prevalentemente diretta all'analisi dell'assicurazione danni), l'assicurato è spinto a contrarre per la

Rispetto alle suddette tesi "storiche" sembra che prevalga sul piano della dottrina, negli ultimi tempi, un nuovo concetto unitario del contratto di assicurazione che è dato dal trasferimento del rischio. In altre parole il contratto di assicurazione, a prescindere che sia dei rami danni oppure dei rami vita, sarebbe comunque caratterizzato dal fatto di trasferire sull'assicuratore la probabilità del verificarsi di un evento futuro con possibile danno nei confronti dell'assicurato. Questa nozione, che è incentrata sulla prestazione della garanzia assicurativa, in qualche modo si potrebbe adattare anche ai contratti di assicurazione sulla vita e, quindi, in qualche modo potrebbe ricondurre ad unità l'attività assicurativa» E. GILI, *Principi generali del contratto di assicurazione*, Seminario Corpi Marittimi ANIA – Milano, 26 maggio 2003. Si veda. ancora C. SCALFI, *Assicurazione, (contratto di)* in *Digesto*, I, Torino 1987, 356, M. ROSSETTI, *I caratteri generali del contratto di assicurazione*, cit., 783; F.SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantenario dell'I.N.A.*, Roma, 1963, 207.

preoccupazione di costituire una risorsa finanziaria da utilizzare in futuro ed in misura non conosciuta.

Pur nella diversità della funzione la possibilità che si verifichi un evento futuro, incerto economicamente gravante sull'assicuratore è elemento comune ad entrambe le due fattispecie. E', quindi, evidente la stretta connessione fra la causa del contratto ed il concetto di rischio che viene assunto nell'ambito dell'operazione assicurativa.

Ciò trova conferma nelle norme codicistiche che regolano le conseguenze sul contratto formato o da formarsi, determinate proprio dalle caratteristiche del rischio.

Il rischio risulta in ogni situazione l'elemento fondamentale del contratto di assicurazione e la sua mancanza produce la nullità *ex art. 1895 c.c.* «configurandosi quale elemento causale» di tutti i contratti di assicurazione²¹⁰. Sulla scia di tale ragionamento non si deve tralasciare il fatto che il contratto di assicurazione è un contratto aleatorio per sua natura come ricorda il codice civile. Pertanto, anche in questo specifico ambito, il rischio insito nel contratto è in assoluta relazione con l'essenza stessa dell'operazione negoziale qualificandola specificatamente sotto il profilo della causa.

6. *Caratteri essenziali del contratto di assicurazione: patrimonialità, aleatorietà, sinallagmaticità.*

Nella sistematica dei contratti quello di assicurazione è caratterizzato dalla sua natura di contratto tipico, patrimoniale, aleatorio, sinallagmatico, di durata.

Con riferimento alla patrimonialità, più volte si è accennato all'obbligo dell'assicurato al pagamento del premio, mentre il corrispettivo sacrificio patrimoniale dell'assicuratore consiste nella promessa di pagamento dell'indennità.

Si parla di obbligo al pagamento in quanto, benché la legge non dica nulla di specifico, tuttavia, dalla lettura dell'art. 1901 c.c., che dispone la sospensione della

²¹⁰ L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2001, 98.

garanzia nell'ipotesi del mancato pagamento da parte dell' assicurato, si evince che il contratto di assicurazione deve ritenersi necessariamente oneroso, essendo il premio un elemento essenziale ed indefettibile del contratto di assicurazione²¹¹.

La reciproca onerosità del contratto che contraddistingue l' assicurazione ha, di ribalzo, creato problematiche interpretative dalle quali sono scaturite differenti tesi in ordine alla natura del contratto. Se cioè, il medesimo, si potesse effettivamente definire aleatorio.

A tale proposito Scalfi considerava che se il contratto di assicurazione fosse oneroso, allora sarebbe contraddistinto dalla circostanza per cui «l'attribuzione patrimoniale che ciascuna parte effettuava deve costituire l'equivalente di un vantaggio che la parte stessa intende procurarsi; e per equivalente si dovrebbe intendere, in senso, oggettivo, un rapporto proporzionale o di adeguatezza o di eguaglianza fra due sacrifici²¹². Conseguentemente nei contratti aleatori si deve individuare un rapporto di equivalenza tra le attribuzioni patrimoniali». Tuttavia, nell'idea dell'autore, tale equivalenza di posizioni non si verifica nel contratto di assicurazione in quanto non sarebbe possibile porre sullo stesso piano le posizioni dei due contraenti del tutto dissimili fra loro: la garanzia, da una parte; il pagamento del premio, dall'altra. Si consideri, infatti che nel contratto di assicurazione non si riscontra una reciproca assunzione del rischi da parte dei contraenti, né si delinea alcuna proporzione tra la possibilità di subire uno svantaggio per una parte ed il sacrificio effettivo per l'altra parte. A fronte di una prestazione certa e determinata sin dall'inizio a carico dell'assicurato, il quale è obbligato al pagamento di uno specifico premio, l'impresa di assicurazione, garantendo un rischio, nel caso in cui non si verificherà il sinistro, si arricchirà senza sopportare alcuna spesa; diversamente, nell'opposta situazione, pur percependo il premio, l'assicuratore sarà

²¹¹ Sul punto si rimanda, al cap. I, e specificamente alla nota 13.

²¹² G. SCALFI, *Corrispettività e alea nei contratti*, Milao-Varese, 1960, 165-173.

esposto al pagamento di una superiore somma, non quantificabile a priori. E' per ciò che Scalfi rifiuta l'idea della bilateralità dell'alea²¹³.

A tale tesi si contrappone quella di chi nega del tutto il carattere aleatorio del contratto di assicurazione. Si considera, in proposito, che il meccanismo di valutazione del rischio in uno con quello di quantificazione del premio, rende il medesimo contratto non aleatorio. L'assicuratore, infatti, grazie alla sua organizzazione d'impresa può ripartire il rischio tra la massa degli assicurati²¹⁴ così da eliminarlo: nella valenza dei "grandi numeri" si può statisticamente conoscere quanti sinistri normalmente accadono in un periodo di tempo²¹⁵.

Oggi tali teorie sono ormai abbandonate.

Secondo una concezione più moderna di aleatorietà, il contratto aleatorio è caratterizzato dalla non conoscibilità *ex ante* da parte del contraente del rapporto fra prestazione eseguita e beneficio atteso.

Sia l'assicuratore, sia l'assicurato, infatti, non sono in grado di conoscere se il rischio si verificherà o meno. Conseguentemente non saranno in grado di conoscere se il pagamento, ovvero la riscossione del premio frutterà un vantaggio benché in maniera antitetica.

Per sfuggire alle antiche critiche prima evidenziate, che negavano il carattere di aleatorietà dell'assicurazione, si è precisato che la natura aleatoria deve essere verificata «con riferimento al singolo contratto e non con riferimento all'alea dell'impresa esercitata» e cioè a tutti i rischi assicurati²¹⁶.

²¹³ Diversamente Buttaro, valutando l'aleatorietà nel contratto di assicurazione, raffronta il debito d'indennità al debito dei premi, rilevando che «una parte rischia di pagare più indennità di quanto non riceva in premi, e l'altra più premi di quanto non riceva per indennità», Cfr. L. BUTTARO, *Assicurazione*, cit., 456.

²¹⁴ Per una migliore comprensione si veda cap. I, pag.15 in merito a rischio putativo.

²¹⁵ Per una rielaborazione contemporanea della tesi ottocentesca che attribuiva natura commutativa e non aleatoria al contratto di assicurazione si veda S. IPPOLITO, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* in *RDCo*, 1983, I, 483.

²¹⁶ M. ROSSETTI, *I caratteri generali del contratto di assicurazione*, cit., 801.

Conformemente si veda A. LA TORRE, *Le assicurazioni*, cit., 8; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, cit. 41, A. DE GREGORIO, G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, riveduto integrato aggiornato, da A. LA TORRE, cit., 344.

Del tutto ancora attuale appare, quindi, la definizione che Betti diede di alea, secondo il quale «l'alea [...] inerisce alla valutazione comparativa degli interessi in relazione con lo scorrere del tempo», in relazione ad eventi che esorbitano dalla sfera di controllo delle parti²¹⁷.

Con riferimento all'ultimo elemento che contraddistingue il contratto di assicurazione, la sinallagmaticità in giurisprudenza non ha mai creato incertezza di sorta, ritenendo che tale natura sia insita all'interno dello stesso codice civile e in particolare nella definizione di contratto di assicurazione resa dall'art. 1882 c.c.²¹⁸, nonché dalle successive norme che impongono «l'obbligo a carico dell'assicurato della corresponsione del premio relativo al periodo assicurativo in corso, periodo che coincide con il lasso di tempo al quale le parti hanno rapportato e commisurato il premio»²¹⁹.

²¹⁷ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, 76.

²¹⁸ In proposito si veda Cass., 15 dicembre 2005, n. 27669, in *Mass., giur.it*, 2005, secondo la quale «dalla natura retributiva dei contributi per previdenza integrativa, affermata ai fini dell'assoggettamento alla contribuzione previdenziale obbligatoria, non è dato inferire che essi debbano essere restituiti quando l'interessato non abbia conseguito il diritto alla prestazione. La natura aleatoria del rapporto assicurativo comporta che il sinallagma tra contribuzione e prestazione è verificabile solo ex ante nel rapporto tra il monte delle contribuzioni e le prevedibili prestazioni, secondo criteri statistici ed attuariali, ma non nel caso singolo, ove in relazione ad un certo monte di contribuzioni a secondo della durata della sopravvivenza dell'assicurato, ovvero del verificarsi del rischio assicurato (ad es. invalidità) si hanno prestazioni diversissime, ovvero queste possono del tutto mancare. Rientra, pertanto, nell'aleatorietà del rapporto assicurativo, se non diversamente previsto dalla regolamentazione dell'assicurazione, anche che l'assicuratore non consegua alcuna prestazione, senza che possa ritenersi che i premi versati costituiscano un ingiustificato arricchimento dell'assicuratore, rientrando la previsione di questo evento tra quelli che concorrono a determinare il rapporto tra contributi e prestazioni». Ancora si veda Cass., 12 dicembre 1990, n. 11810, in *Mass., giur. it.*, 1991, in forza della quale «il contratto, con il quale si assuma l'impegno di ricercare e procacciare clienti in favore di una compagnia d'assicurazione, nonché di stipulare le relative polizze, dietro una provvigione dovuta all'atto della sottoscrizione di ciascuna polizza e commisurata al premio ad essa inerente, integra un rapporto sinallagmatico ad esecuzione continuata o periodica. Pertanto, indipendentemente dalla riconducibilità di detto contratto nella figura (atipica) del cosiddetto "brokeraggio" assicurativo, si deve ritenere che lo scioglimento del contratto stesso, a seguito di recesso, od anche risoluzione per inadempimento, non tocca i diritti attinenti a polizze in precedenza stipulate, trattandosi di prestazioni "già eseguite"».

²¹⁹ Una per tutte si veda Cass., 21 maggio 1998, n. 5081, in *Mass., giur.it.*, 1998, secondo la quale «per il disposto dell'art. 1896 cod. civ. la cessazione del rischio comporta "ipso iure" lo scioglimento del contratto di assicurazione senza necessità di una manifestazione di volontà in tale senso, fermo restando, in deroga al principio della sinallagmaticità, il limitato obbligo a carico dell'assicurato della corresponsione del premio relativo al periodo assicurativo in corso, periodo che coincide con il lasso di tempo al quale le parti hanno rapportato e commisurato il premio».

In dottrina, tuttavia, non sono mancate voci parzialmente discordi nel valutare per quale *ratio* il contratto di assicurazione sia a prestazioni corrispettive.

Partendo dal presupposto che il contratto sinallagmatico si caratterizza per il fatto che «ciascuna delle parti affronta un sacrificio e si procura un vantaggio e, inoltre, vantaggi e sacrifici sono interdipendenti»²²⁰, la dottrina, interrogandosi su quale fosse l'oggetto delle reciproche prestazioni, legate da nesso di sinallagmaticità, ha seguito strade differenti.

Si distinguono in particolare due teorie. Per alcuni a fronte della corresponsione del premio, l'impresa è tenuta alla sopportazione del rischio.

Per altri, invece, l'assicuratore sarebbe tenuto alla promessa del pagamento dell'indennizzo. In proposito, è stata posta la critica per la quale ragionando in termini di "promessa di indennizzo" il contratto di assicurazione si viene ad identificare in tal modo con una obbligazione sottostante a condizione sospensiva, e pertanto incerta. Si è, dunque obiettato che non vi può essere corrispettività fra una prestazione certa ed una incerta.

Sotto un profilo prettamente pratico le conseguenze sono di grande rilievo in quanto riconoscere la natura sinallagmatica al rapporto assicurativo permette la possibilità di applicare al contratto le norme codicistiche sui c.d. rimedi sinallagmatici quali la risoluzione per inadempimento, la diffida ad adempiere, l'eccezione di inadempimento, la sospensione dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali per il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti.

Coloro che ritengono condizionata la prestazione dell'assicuratore, negano che l'assicurato possa esperire l'azione risolutiva prima dell'avverarsi del sinistro, in quanto prima di tale momento non sarebbe configurabile un inadempimento dell'assicuratore²²¹.

²²⁰ V. ROPPO, *Istituzioni di diritto Privato*, Bologna, 2005, 336.

In proposito si veda la relazione del Guardasigilli al codice civile all'art. 1453 c.c. in cui chiaramente viene affermato che sono a prestazioni corrispettive tutti quei contratti che abbiano per oggetto attribuzioni patrimoniali reciproche in situazione di sinallagma.

²²¹ G. SCALONE, *La risoluzione del contratto: inadempimento dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1955, II, 218. In giurisprudenza si veda, C. App. Cagliari 28 settembre 1962, in *Riv. giur. sarda*, 1963, 310.

Al contrario quelli che ritengono che la prestazione dell'assicuratore consista nella sopportazione del rischio, ammettono che l'azione risolutiva sia esperibile anche prima del verificarsi del sinistro²²².

Tale corrente di pensiero pare aver raccolto il consenso della giurisprudenza la quale si è mostrata incline a riconoscere nel contratto di assicurazione una natura sinallagmatica e, conseguentemente, ad applicare anche al contratto di assicurazione i rimedi sinallagmatici previsti dal codice²²³.

²²² C. SCALFI, *Assicurazione*, cit., 343.

²²³ Cass., 2 febbraio 1993, n. 1256, in *Foro it.* 1993, I, 2201; Cass., 10 dicembre 1988, n. 12431, in *Ass.*, 1999, II, 277.

CAPITOLO QUINTO

L'ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE IL CLAIMS MADE

SOMMARIO: 1. Il contratto di assicurazione della responsabilità civile secondo il codice civile. Il modello *loss occurrence*. – 2. Verso un nuovo modello contrattuale: il *claims made*. – 3. Le problematiche sottese al *claims made*: un contratto vantaggioso (?) – 4. *Segue*: limiti di operatività della polizza con formula *claims*. – 5. L'atipicità del contratto "*claims*". - 6. Problemi di causa e di autonomia negoziale. – 7. *Segue*: La meritevolezza dello scambio nel contratto con formula *claims* - 8. Le ulteriori problematiche sollevate dalla giurisprudenza fra nullità e vessatorietà della clausola. Conclusioni.

1. Il contratto di assicurazione della responsabilità civile secondo il codice civile. Il modello loss occurrence.

La disciplina dell'assicurazione della responsabilità civile è stata recepita in modo dettagliato ed innovativo dal codice civile italiano del '42. Con ciò non si vuol dire che la materia fosse sconosciuta essendo già nota nel mondo greco e successivamente nel medioevo²²⁴. Tuttavia, il codice del commercio conteneva nozioni generiche solo su alcuni tipi di assicurazioni, senza dettare una disciplina organica. Cosicché quando il codice civile è stato emanato l'assicurazione della responsabilità civile non aveva ancora una vita apprezzabile nella prassi contrattuale.

²²⁴ A. DONATI, *L'evoluzione storica internazionale del diritto delle assicurazioni private*, in *Trattato delle assicurazioni private*, cit., 55.

Si ritiene che il tardo sviluppo dell'istituto sia conseguenza dell'applicazione dei principi posti alla base del codice del commercio secondo i quali "non vi è responsabilità senza colpa", e ancora, "l'assicurato è liberato dal suo obbligo solo se il sinistro è provocato da colpa o dolo"²²⁵. Lo scarso ricorso a quella che oggi viene genericamente definita responsabilità oggettiva, unitamente al limitato utilizzo delle presunzioni, aveva permesso di circoscrivere le ipotesi di responsabilità²²⁶.

Lo "stravolgimento" degli schemi giuridici evidenziato ai capitoli II e III della presente trattazione, a poco a poco ha dissolto il rigore nell'applicazione della sola responsabilità soggettiva, sovvertendo le regole economiche che permettevano al sistema assicurativo di mantenere un valido equilibrio economico e funzionale.

Orami è di fatto indubitabile che la certezza di una copertura assicurativa abbia spinto la giurisprudenza ad individuare criteri di imputazione della responsabilità dai quali discende sempre e comunque un risarcimento per il soggetto leso anche nelle più comuni ipotesi in cui non sia provata, o non sussista addirittura, una colpa dell'assicurato.

Né è insolito leggere nelle memorie di coloro che agiscono in giudizio per ottenere un risarcimento, quale premessa alle proprie difese, che il responsabile del sinistro è assicurato. Ciò viene ricordato al giudice anche nelle ipotesi in cui le compagnie di assicurazione non siano legittimate in proprio al giudizio con l'evidente intento di far propendere, nel dubbio, la scelta in favore del soggetto danneggiato. E questa è all'evidenza la manifestazione del cambiamento di posizione che la giurisprudenza di oggi ha imposto al nostro sistema della responsabilità.

Nel differente panorama che si è manifestato nel 1942, il legislatore, con l'art. 1917 c.c., ha voluto indicare quelli che ha ritenuto essere i principi fondamentali da porre alla base della normativa dell'assicurazione della responsabilità civile, dando corpo ad una norma che oggi pare non più adattarsi alle esigenze delle imprese di assicurazione²²⁷. Tali principi possono essere individuati fra i seguenti:

²²⁵ Si rimanda in proposito all' art. 434 del codice del commercio del 1882.

²²⁶ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 1.

²²⁷ D. DE STROBEL, *Le vicende del «claims made»*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 2006, 531.

« il rischio assicurato è la possibilità del fatto lesivo dal quale sorge la responsabilità dell'assicurato, sì che il sinistro si ha nel momento in cui si verifica il fatto del terzo;

« l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato, cioè a fornirgli i mezzi per soddisfare il terzo e non già soltanto a rimborsare l'assicurato;

« non è assicurabile la responsabilità per dolo dell'assicurato;

« l'assicurazione di responsabilità civile è un contratto a favore dell'assicurato e non del terzo danneggiato»²²⁸.

Sui parametri sopra delineati è stata così plasmato l'art. 1917 c.c. che definisce il contratto di assicurazione della responsabilità civile stabilendo che l'assicuratore si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare a un terzo per effetto di una responsabilità dedotta in contratto e derivante per un fatto accaduto durante la vita del rapporto assicurativo.

Questo schema, delineato all'art. 1917 c.c., corrisponde a quello che comunemente viene chiamato nella pratica "contratto *loss occurrence*" che di regola viene modellato dalle condizioni di polizza come segue:

«A. la società si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese) di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, lesioni corporali e per danneggiamenti a cose, in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione ai rischi per i quali è stipulata l'assicurazione. L'assicurazione vale anche per la responsabilità civile che possa derivare all'assicurato da fatto doloso di persone delle quali debba rispondere.

«B. l'assicurazione vale per i danni derivati da comportamento colposo in essere durante il periodo di efficacia del contratto. Salvo il disposto dell'art. 2947 c.c., la garanzia non sarà tuttavia operante per le denunce di sinistro pervenute alla società dopo dieci anni dalla cessazione del contratto».

²²⁸ Così A. DONATI, *Il contratto di assicurazione*, cit., 190.

Lo schema negoziale sopra richiamato per anni ha ottenuto il favore di assicuratori ed assicurati senza destare problemi di validità.

Le clausole impiegate e che sviluppano il negozio individuano l'oggetto del contratto nella responsabilità civile che potrebbe conseguire dall'attività esercitata e la causa nel trasferimento del rischio di poter cagionare un danno in futuro.

Per una completa analisi dell'istituto dell'assicurazione della responsabilità civile l'art. 1917 c.c. è sempre stato studiato unitamente all'art. 2952 c.c. sulla "prescrizione in materia di assicurazione"²²⁹. Leggendo combinatamente le due normative emergono due momenti essenziali, ma distinti, nello sviluppo del rapporto assicurativo. In particolare è possibile differenziare una prima fase in cui viene posto in essere il sinistro, ossia il fatto dannoso dal quale origina l'obbligazione al risarcimento, ed una seconda fase in cui sorge l'obbligo a pagare l'indennità.

L'art. 1917²³⁰ c.c. puntualizza, infatti, che «il momento in cui si verifica il fatto dannoso è determinante ai fini dell'efficacia della garanzia»²³¹; mentre l'obbligo al pagamento dell'indennità gravante sull'assicuratore sorge posteriormente a seguito di una richiesta giudiziale o stragiudiziale, come specificato all'art. 2952, comma 3°, c.c..

Le norme, pur completandosi, hanno evidentemente un «diverso oggetto ed una diversa *ratio*²³²» e non pare plausibile, come una parte minoritaria della dottrina ha ritenuto²³³, arrivare a confondere le due nozioni, attribuendo loro uguale significato.

²²⁹ L'art. 2952 c.c., al 3° comma, stabilisce che «nell'assicurazione della responsabilità civile il termine [del diritto ad ottenere il pagamento dell'indennità] decorre dal giorno in cui il terzo ha richiesto il risarcimento all'assicurato o ha promosso contro di questo azione».

²³⁰ Specificatamente si ricorda che l'art. 1917 c.c. dispone che «nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi».

²³¹ A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit. 163.

²³² Così Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1071

In dottrina si veda A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, cit., D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004; M. FRANZONI, (voce) *Responsabilità (assicurazione della)* in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1996, 40.

²³³ A. DE GREGORIO - G. FANELLI - A. LA TORRE, *Il contratto di assicurazione*, cit., 162; R. SIMONE *Assicurazione Claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1079.

Le medesime hanno diversa valenza e, pertanto, non si deve cadere nella contraddizione di confondere il momento in cui si verifica il “fatto” dannoso ingenerante la responsabilità civile professionale, ossia il sinistro, con il momento in cui sorge l’obbligo alla corresponsione dell’indennizzo assicurativo.

Recentemente vi è stato un modesto tentativo, fino ad oggi non avallato dalla giurisprudenza, di dedurre una differente nozione di sinistro, non più ricollegata al momento in cui viene commesso l’illecito, ma al momento in cui si manifesta l’evento dannoso. Tale volontà è sorta dalla necessità di risolvere la problematica dei c.d. sinistri tardivi.

La questione dei *long-tail liabilities*²³⁴, determinata anche dall’attuale giurisprudenza che fa decorrere il termine di prescrizione del diritto al risarcimento dal giorno in cui il soggetto leso ha piena conoscenza che il danno subito è imputabile ad una specifica attività²³⁵, ha ingenerato la situazione per cui si viene spostare temporalmente il momento dal quale far decorrere l’obbligo al risarcimento, non più coincidente con il momento in cui è stata posta l’azione di danno, ma con il momento in cui gli effetti negativi della medesima azione si rendono manifesti. Cosicché si è cercato di sostenere che la richiesta di risarcimento del danno - e non più la commissione dell’attività ritenuta illecita - coincide con il termine “sinistro” che obbliga l’assicuratore a prestare la garanzia.

Si rileva, tuttavia, che il sinistro in senso assicurativo, come precisa Scalfi, «è il fatto produttivo del danno»²³⁶ e, quindi, costituisce un concetto difforme dalla richiesta di risarcimento del danno medesimo pervenuta all’assicuratore. Quest’ultima segna il momento a partire dal quale può essere esercitato il diritto all’indennità, mentre il verificarsi del sinistro è il presupposto di fatto del diritto

²³⁴ Per sinistri tardivi si intende quella serie di sinistri che manifestano le proprie conseguenze dannose in un periodo assai successivo rispetto al momento in cui è stata posta in essere l’attività che li ha generati (*acte commited*). In proposito si rimanda al cap. III, pag. 77 della presente trattazione.

²³⁵ Si veda una per tutte Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, cit.

²³⁶ G. SCALFI, *I contratti di assicurazione l’assicurazione danni*, cit., 220.

stesso. In pratica, il diritto sorge a seguito del “fatto” produttivo del danno, ma può essere esercitato solo a seguito della richiesta di risarcimento²³⁷.

Specificatamente si può, quindi, considerare che mentre la richiesta di risarcimento, che attua la lesione del patrimonio, porta al sorgere del diritto all'indennità, diversamente il sinistro integra il presupposto da cui sorge il diritto stesso all'indennità il quale prende vita dal sinistro, ma resta condizionato alla richiesta del risarcimento.

La pratica quotidiana ha avvertito che il sinistro, quale fatto dannoso, può articolarsi in più fasi. Non solo tra il momento dell'espletamento materiale dell'attività ed il manifestarsi del danno può trascorrere un lasso di tempo anche rilevante, ma anche da una medesima attività possono comparire una serie di danni che potrebbero colpire in epoche diverse. Onde la necessità di determinare con certezza il momento del sinistro.

Lo strumento fornito dal codice civile, nel recente contesto che la giurisprudenza ha oggi imposto, non pare più soddisfacente per l'impresa di assicurazione la quale si è spinta alla ricerca di nuovi schemi negoziali trovando una eccessiva difficoltà nella creazione di riserve tecniche adeguate a fronteggiare i sinistri tardivi.

2. *Verso un nuovo modello contrattuale: il claims made*

Nella parte introduttiva della presente trattazione si è cercato di porre in evidenza l'importanza del condizionamento reciproco in essere fra danno - e riconoscimento di una responsabilità - e assicurazione traendone la convinzione che

²³⁷ In proposito si vedano gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di danni lungolattenti. Una per tutte si veda Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Danno e resp.*, 2003, 8-9, 845; in *Guida al dir.*, 2003, 16, 52; in *Ragiusan*, 2003, 284. Con ragionamento uguale si veda, in materia di prescrizione dell'azione di riduzione, Cass., sez. un., 25 ottobre 2004, n. 20644, in *Giur. it.*, 2005, 1605, con nota di A. Bucelli, *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Guida al dir.*, 2004, 44, 14, in *Foro it.*, 2005, 1, 1782.

il mondo assicurativo costituisca una chiave di volta per una oculata vita economica moderna. La ricchezza rappresentata dalle risorse delle imprese di assicurazione è certamente stata il vero motore della produzione della responsabilità civile attuale e si è ripetutamente argomentato come l'intensa attività giurisprudenziale abbia in breve tempo spazzato via l' "armamentario tradizionale" di quell'equilibrio che il codice civile aveva permesso di raggiungere²³⁸.

Riassumendo in breve, il decorso del tempo ha sempre influenzato la disciplina dei rapporti obbligatori ricevendo grande attenzione da parte della giurisprudenza la quale, con incisivi arresti, ha posto dei punti fermi su situazioni che sono state per tanti anni di incerta lettura.

L'attività creatrice della giurisprudenza, non sempre ha portato "serenità" nel mondo assicurativo il quale, nel generale bilanciamento delle situazioni, ha confidato anche nell'inerzia protratta del titolare di un diritto ad un risarcimento, inerzia che può condurre alla prescrizione del credito.

Si è già avuta occasione di riferire che l'inquadramento della responsabilità nell'ambito contrattuale alleggerisce gli oneri probatori in favore del danneggiato, aggravando, per contro, la posizione dell'asserito obbligato, come già traspare dalla lettura dell'art. 1218 c.c..

Soffermandosi sull'analisi della concreta applicazione della "regola" giurisprudenziale tendenzialmente finalizzata ad addossare il carico risarcitorio sul soggetto danneggiante, che diviene così il soggetto obbligato²³⁹; si deve concordare il

²³⁸ Si rimanda in proposito al capitolo II della presente trattazione, 36, ss.

²³⁹ Si veda Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *www.leggid'italia.it*, ove viene ribadito l'orientamento in forza del quale la prova dell'insussistenza di responsabilità grava sul debitore. Specificatamente la Corte, affrontando un caso di responsabilità medica, ha colto l'occasione per ribadire che «in tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (nella specie la .S.C. ha cassato la sentenza di merito che - in relazione ad una domanda risarcitoria avanzata da un paziente nei confronti di una casa di cura privata per aver contratto l'epatite C asseritamente a causa di trasfusioni con sangue infetto praticate a seguito di un intervento chirurgico - aveva posto a carico del paziente l'onere di provare che al momento del ricovero egli non fosse già affetto da epatite».

concetto di rischio con la direttiva in forza della quale per chi richiede il risarcimento è sufficiente dimostrare il titolo, mentre l'altra per è onere provare la propria non responsabilità²⁴⁰ sulla base del il principio della vicinanza della prova nel rapporto contrattuale²⁴¹; e con l'orientamento sempre più costante di pervenire ad una oggettivazione della responsabilità. Si determina, così, un quadro esauriente della volontà dei giudici di privilegiare la posizione di chi è stato vittima di un danno²⁴².

A questo punto pare doveroso precisare che, con queste parole, non si ha l'intenzione criticare la volontà del legislatore il quale è mosso dall'intento di "attualizzare" la responsabilità civile ad un mondo che freneticamente subisce continue metamorfosi derivanti sia dall'impiego di nuove tecnologie sempre più evolute - che, pertanto, modificano, semplificano e sveltiscono l'operare del professionista -, sia dalla diffusione dei traffici e delle relazioni social-economiche. A tale proposito piace ricordare le parole di Rodotà in merito al ruolo del giudice la cui funzione è «quella di dare attuazione piena a diritti riconosciuti, di offrire legittimazione e, quindi, tutela a interessi nuovi nel quadro di valori fondamentali già definiti, anche se a loro volta destinati ad un processo continuo di ridefinizione e di adeguamento alle dinamiche sociali»²⁴³.

Ciò non toglie che il disegno giurisprudenziale ormai compiuto è stato indirizzato a offrire una estesa garanzia al danneggiato in uno spazio temporale forse troppo breve portando inevitabilmente a una rottura degli equilibri di questo specifico "mercato".

In conseguenza di tutto ciò, il mondo assicurativo non è potuto restare disarmato di fronte all'eccessivo peso e costo del contenzioso che, in questi ultimi anni si è aggravato sia per una dilatazione delle voci di danno e delle poste risarcitorie, sia perché promosso anche molti anni dopo la valutazione relativa del

²⁴⁰ M.G. DE PENTIMA, *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, 2007; M. TUOZZO, Inadempimento e onere della prova, in *Contr e imp.*, 2002, 547; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto fra massime*, *ivi*, 2002, 93.

²⁴¹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, cit.

²⁴² R. DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi sanitari*, cit., 232; M. FRANZONI, *L'illecito*, cit. 124;

²⁴³ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, 177.

premio, sulla base di una realtà economica del tutto diversa rispetto a quella che aveva portato l'assicuratore a contrarre.

Le imprese, al fine di affrontare con adeguate riserve tecniche i sinistri tardivi²⁴⁴, si sono adoperate per ricercare, *rectius* creare, un differente prodotto assicurativo che permettesse loro di determinare con miglior precisione il momento dal quale far decorrere la garanzia assicurativa, introducendo anche in Italia uno strumento assicurativo di origine anglosassone²⁴⁵ che, discostandosi dallo schema imposto dall'art. 1917 c.c., è caratterizzato da una "contrazione"²⁴⁶ della copertura assicurativa rispetto allo schema codicistico.

La caratteristica "contrazione" della copertura avviene assicurando non più il periodo storico in cui è stata svolta l'attività che ha causato il danno e, quindi, il momento in cui è stato cagionato il sinistro, ma prestando la garanzia unicamente per quelle attività dannose in riferimento alle quali le richieste di risarcimento pervengano all'assicurato per la prima volta nel corso del periodo di operatività dell'assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere, in genere, non oltre due – tre anni prima della data di effetto della polizza.

Si parla, a tale proposito, di sistema *claims made* traducibile con la formula "a richiesta fatta".

²⁴⁴Si pensi ad esempio ai danni derivanti da trasfusione di sangue infetto ove il paziente viene a conoscenza dell'infezione contratta anni dopo l'avvenuta trasfusione. Fra essi si annoverano anche tutti quei sinistri che pur mostrandosi immediatamente al danneggiato non diventano immediatamente oggetto di richiesta risarcitoria. Il termine decennale di prescrizione del diritto al risarcimento del danno del paziente che si ritiene leso da una attività sanitaria, ha permesso di mantenere una situazione di incertezza. Nel caso in cui il medico o la struttura non conoscano di aver cagionato un sinistro e, quindi, non provvedano a denunciare l'accaduto al proprio assicuratore non è possibile per l'impresa nell'immediato creare una adeguata riserva tecnica, nel futuro calcolare correttamente il rischio. Per l'effetto, a fronte di un premio percepito, ad esempio, nell'anno 1990, l'impresa può venire obbligata anche ben oltre l'anno 2005 (sommando il termine di prescrizione con quello del giudizio).

²⁴⁵Le polizze *claims* sono sorte quale meccanismo studiati nel mondo anglosassone allo scopo di rispondere ad esigenze delle imprese di produzione di beni le quali avevano la necessità di «certezza della copertura assicurativa anche per tutti i sinistri relativi a prodotti fabbricati e distribuiti precedentemente alla stipula della polizza.

²⁴⁶D. DE STROBEL, *Le vicende del «claims made»*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, cit., 531.

Scorrendo i vari modelli *claims* predisposti dalle imprese di assicurazione, si riporta uno degli schemi negoziali che comunemente si incontra:

«l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere non oltre due anni prima della data di effetto della polizza. L'Assicurato dichiara, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 1892 e 1893 c.c., di non aver ricevuto alcuna richiesta di risarcimento e di non essere a conoscenza di alcun elemento che possa far supporre il sorgere di un obbligo di risarcimento per un danno a lui imputabile»²⁴⁷.

La clausola è di immediato impatto e colpisce perché modifica radicalmente la struttura del contratto di assicurazione di cui all'art. 1917 c.c. mettendo in garanzia non il fatto accaduto, produttivo del danno, ossia il sinistro, ma la richiesta di risarcimento che viene “presentata per la prima volta” durante il periodo di validità dell'assicurazione in corso.

Come da subito è stato fatto notare dalla dottrina, il contratto *claims made* ha il pregio di permettere al professionista di stipulare una polizza assicurativa anche successivamente al compimento dell'attività della quale è scaturito un danno purché, come è intuibile, l'assicurato non abbia conoscenza di tale situazione dannosa. In tal

²⁴⁷ La clausola su riportata è stata tratta da un dei modelli utilizzati da una delle principali Compagnie nazionali. Ma formulazioni analoghe si rinvengono in tutte le altre polizze presenti sul mercato. Si veda ancora ad esempio la polizza RC professionale di un'altra impresa secondo la quale «l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'Assicurato nel corso del periodo di validità dell'assicurazione a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere non oltre tre anni prima della data di effetto dell'assicurazione. L'Assicurato dichiara – e tale dichiarazione si considera essenziale per l'efficacia del contratto – di non aver ricevuto alcuna richiesta di risarcimento e di non essere a conoscenza di circostanze o situazioni che possono determinare richieste di risarcimento indennizzabili con la presente polizza. «E' tuttavia facoltà dell'Assicurato – o dei suoi eredi – richiedere alla Compagnia, nei soli casi di scioglimento del rapporto assicurativo dovuto a cessazione dell'attività assicurativa (escluso il caso di radiazione o sospensione dall'albo professionale) la prosecuzione della copertura alle richieste di risarcimento a loro presentate entro 5 o 10 anni successivi alla cessazione della garanzia, purché conseguenti a comportamenti colposi posti in essere durante il periodo di validità della polizza. Il massimale indicato in polizza per sinistro rappresenta la massima esposizione della Compagnia per una o più richieste di risarcimento presentate all'Assicurato nei suddetti periodi di proroga della garanzia. La garanzia di cui al presente punto b) si intende valida a condizione che venga emesso apposito documento di polizza con incasso del relativo premio».

senso, ad un'attenta lettura del contratto, il *claims*, nonostante la delimitazione del periodo di decorrenza della garanzia assicurativa, offre una efficacia estensiva della copertura permettendo una retroattività della garanzia assicurativa a fatti e danni antecedenti la data di stipulazione della polizza.

Vi è anche chi ritiene, sempre nell'intento di concedere alla clausola caratteristiche positive e di sicurezza delle situazioni giuridiche che si vengono a configurare ponendo in essere l'azione di danno, che il *claims* risponda meglio alle esigenze di quegli assicurati esposti ad una sinistrosità tardiva. Innanzi ad un *long-tail liability* la difficoltà di individuare il momento storico preciso nel quale è stata posta in essere la specifica azione da cui, in seguito, è scaturito il danno, porta alla ulteriore complessità di determinare con certezza l'efficacia della garanzia e, quindi, di individuare – materialmente - il contratto di assicurazione relativo al corretto periodo storico. In una tale situazione il *claims made* appare come una clausola inserita all'interno del canonico contratto di assicurazione «al fine di determinare con certezza il momento del sorgere del sinistro [...] modificando il concetto di “fatto accaduto durante l'assicurazione” previsto, ai fini dell'efficacia della garanzia, dall'art. 1917 c.c.»²⁴⁸.

Tuttavia, in ordine alla effettiva natura del *claims made* sorgono differenti valutazioni sia in ordine alla sua validità, sia in ordine alla sua natura.

E' curioso osservare la spaccatura che si è creata sul punto fra la dottrina e la giurisprudenza.

In generale il *claims* è stato accolto con favore dalla dottrina²⁴⁹. Diversamente la giurisprudenza, sebbene siano poche le pronunce offerte in considerazione della novità della materia, ha costantemente negato la validità dello schema negoziale. Ma il contrasto intrinseco che si è determinato ha acquisito rilievo imponendo di mettere

²⁴⁸ E.F. CARBONETTI, *La formazione de il perfezionamento del contratto*, in Cavallo Borgia (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007, 83.

²⁴⁹ E.F. CARBONETTI, *La formazione de il perfezionamento del contratto*, cit. 82; D. DE STROBEL, *Le vicende del «claims made»*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, cit., 531.

in luce interessanti questioni in ordine ai pregi e ai difetti applicativi dello schema *claims*.

3. *Le problematiche sottese al claims made: un contratto vantaggioso (?)*.

Con pensiero pressoché unanime, la dottrina, fin dagli esordi della comparsa del *claims made*, ha riconosciuto, nella sua formulazione, un valido strumento garantista a tutela degli interessi sia dell'assicurato sia dell'assicuratore²⁵⁰.

Infatti, come sopra è già stato argomentato, chi non ha mai ritenuto di assicurarsi trova nel *claims* un meccanismo per ottenere la garanzia assicurativa per tutti quei sinistri, o più correttamente per una parte di essi, verificatisi nel passato e per i quali non è ancora intervenuta alcuna prescrizione.

Con questa tecnica, «si sposta l'effetto della garanzia in epoca più recente, facendo beneficiare l'assicurato della polizza più aggiornata anche riguardo all'altezza dei massimali»²⁵¹. In tal modo perde completa rilevanza – a livello di accertamento della garanzia assicurativa - l'effettiva causa che ha originato il danno – *acte commited* - che può essersi verificata molto prima ed «estrinsecata in un errore di formula o di miscelazione»²⁵².

Il vantaggio pare evidente quando vi sia l'impegno dell'assicuratore a coprire i rischi derivanti da un'attività passata dell'assicurato. L'assicuratore, in altri termini, si impegnerebbe²⁵³ a prestare la propria garanzia all'assicurato per il periodo di

²⁵⁰ D. CERINI, *Responsabilità del produttore e rischio di sviluppo: oltre la lettera della dir. 85/374/CEE*, in *Dir ed ec. dell'ass.*, 1996, 29; D. DE STROBEL, *Le vicende del «claims made»*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, cit., 531; L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2005, 12, 1030; R. SIMONE *Assicurazione Claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, cit., 1079.

²⁵¹ D. DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Manuale di Tecnica delle assicurazioni*, cit., 306.

²⁵² D. DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile*, cit., 306.

²⁵³ Il condizionale è doveroso in quanto di regola all'interno delle differenti polizze vengono poste clausole che limitano la garanzia a fatti dannosi verificatisi entro un determinato periodo di tempo che normalmente va da uno a tre anni. Pertanto non è veritiero riferire che è garantito tutto "il progresso", ma solo una minima parte di questo.

attività professionale pregressa in cui è stato cagionato un danno, purché sia denunciato entro il termine, “di regola annuale”, di validità della polizza. A ciò consegue per l’assicurato una discreta semplificazione nel fornire la prova della copertura assicurativa derivante dalla certezza della validità temporale della polizza, il quale, in tal modo non sarà più tenuto a conoscere e a provare la data in cui è incorso nell’inadempimento contestatogli dal danneggiato come sarebbe invece necessario per invocare l’operatività della polizza *loss*.

Per contro l’impresa di assicurazione si trova agevolata dal fatto di poter circoscrivere temporalmente l’ambito della propria garanzia. La semplice cessazione del contratto, che avverrà allo scadere della polizza ovvero per recesso, determina istantaneamente l’interruzione del rapporto anche per tutti quei sinistri cagionati in un periodo storico in cui il vincolo assicurativo era in vita. In tal modo non troveranno alcuna copertura quei sinistri che si sono verificati durante il periodo di validità della polizza, ma che non sono stati denunciati nel medesimo tempo.

Le imprese di assicurazione prevedono, tuttavia, pagando un premio aggiuntivo, la possibilità di inserire in contratto, per mezzo della la c.d. *sunset clause* - clausola del tramonto - una estensione della garanzia per eventi accaduti durante il periodo di validità della polizza purché questi vengano denunciati entro un certo numero di anni, stabilito dalla compagnia, decorrenti dalla cessazione del rapporto contrattuale, ma aventi copertura per un solo massimale.

Agendo in tale modo, gli operatori assicurativi non incorrono in alcuna difficoltà nell’attività di calcolo del premio²⁵⁴, così come di programmazione delle riserve tecniche da “creare” a seguito della denuncia del sinistro con evidenti vantaggi economici.

Sempre nell’ottica della solvibilità delle compagnie, vi sarebbe l’ulteriore facilitazione di porre in liquidazione i sinistri nel medesimo periodo in cui è stato percepito il premio evitando il pericolo di rimanere insolventi.

²⁵⁴ Si ricorda che il vero problema è dato dall’ampiezza della garanzia prestata che a seguito delle interpretazioni giurisprudenziali in materia di danni non riesce ad avere decisi confini. Si rimanda sul punto al cap. I, nota 13

Il meccanismo sopra delineato nel suo lineare sviluppo ad un primo sguardo non parrebbe portare a gravi questioni. Nella realtà il *claims* ha generato problematiche che pongono il sistema in potenziale conflitto con il codice civile.

Lo schema negoziale creato non appare perfettamente adattarsi al nostro sistema normativo e ciò è ulteriormente dovuto non solo per la difficoltà di interazione della clausola "limitativa della garanzia nel tempo" con l'art. 1917 c.c, ma anche per le modalità con cui le compagnie hanno imposto lo schema *claims*, e per le ulteriori restrizioni che in contratto vengono apportate dalle imprese alla, già ridotta, garanzia assicurativa.

Si anticipa che le nuove difficoltà che si presentano all'assicurato, e che qui di seguito si cercherà di evidenziare, pur consistendo in problematiche "della pratica", interagiscono con i principi fondamentali del contratto e in particolare con il principio dell' autonomia contrattuale. Partendo da tale presupposto, pare opportuno procedere individuando *in primis* gli effettivi "pericoli" che la clausola *claims made* può nascondere. Una oggettiva e completa valutazione della clausola "limitativa della garanzia nel tempo" può essere operata unicamente avendo chiara l'intera struttura negoziale, nonché gli scopi perseguiti da entrambe le parti e non dal solo assicuratore.

4. I limiti di operatività della polizza con formula claims

Preliminarmente si osservi che il modello *claims* è ormai adottato da tutte le imprese assicurative. Queste, - e ciò è un dato di indiscutibile importanza- hanno unilateralmente modificato la vecchia struttura contrattuale imponendo il *claims* su tutto il mercato della responsabilità civile. In materia di R.C. professionale non è infatti più possibile reperire sul un contratto *loss*, né si troverà alcuna compagnia che accetti la proposta di un professionista o di un'impresa di produzione, o costruzione, o di servizi, ecc., di rinnovare la propria polizza *loss*.

Il fenomeno è stato reso ancor più gravoso dalla circostanza per cui le imprese hanno diffuso in modo silente il nuovo schema negoziale, agevolate in ciò dalla difficoltà a leggere le polizze da parte dell'assicurato. L'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni, con l'introduzione degli obblighi ad un' ampia e trasparente informazione in ordine al tipo di contratto che l'assicurato sta per concludere, non ha portato a un effettivo positivo vantaggio per l'assicurato al quale, nella realtà di tutti i giorni, viene semplicemente consegnato un modulo per la firma in cui è riportato che il contraente dichiara di essere stato adeguatamente informato.

Dette considerazioni sono un primo indizio di come l'autonomia privata, in materia, sia quasi sempre priva di sostanziale contenuto.

Nel medesimo contesto gran peso è stato rivestito da un iniziale disinteresse degli studiosi della materia i quali raramente hanno avvertito la necessità di approfondire le problematiche sottese al nuovo modello contrattuale, nuovo per il ramo R.C., ma da decenni applicato in altri differenti settori²⁵⁵.

La questione, del resto, era stata oggetto di attenzione da parte dello stesso Guardasigilli, il quale nella Relazione al codice esprime la ferma volontà di porre «una rigorosa tutela alla posizione dell'assicurato, spesso costretto ad accettare senza poter discutere le condizioni generali di polizza predisposte dall'assicuratore a difesa esclusiva del proprio interesse»²⁵⁶.

Con il contratto *claims*, invero, non consegue una effettiva funzione retroattiva della garanzia come apparirebbe da una superficiale lettura della formula contrattuale che circoscrive temporalmente la copertura assicurativa al periodo di denuncia del sinistro da parte del danneggiato. Le differenti imprese hanno apportato alcuni correttivi che delimitano ulteriormente l'operatività della polizza richiedendo che

²⁵⁵ Si tenga presente che anche le grandi imprese o gli enti di rilevante dimensione ricorrono solitamente ai *brokers* per le conclusioni di polizze r.c., ma non è sempre vero che si trovino in posizione equilibrata perché le compagnie non accettano nemmeno di stipulare con contratti *losses occurring*, neppure quando a promuoverli siano gli stessi *brokers*.

Si veda in proposito, con riferimento alla responsabilità del produttore, D. DESTROBEL, *La R.C. del produttore* in *Manuale tecnica delle assicurazioni*, cit., 345; ID., *La R.C. per danni da inquinamento*, in *Manuale tecnica delle assicurazioni*, cit., 353.

²⁵⁶ Relazione al codice del Guardasigilli, par. 748.

l'azione o l'omissione da cui consegue il danno debbano essere commesse in un preciso e delimitato spazio temporale raramente superiore a tre - cinque anni, anche se ciò non è escluso. In questo modo, nonostante ogni anno si contragga per “riottenere il sempre nuovo” contratto di assicurazione, si verifica la situazione per cui, potendo recuperare nel passato un periodo “x” di anni, per ciascuna annualità, con il nuovo contratto si perde costantemente un anno di garanzia del pregresso. Più chiaramente, contraendo nel 2008, si può ottenere, ad esempio, una copertura per tutti quei sinistri cagionati negli anni 2007, 2006 e 2005. Contraendo nuovamente nel 2009, la copertura sarà invece a garanzia dei soli anni 2008, 2007 e 2006. Non sarà, quindi, più garantito quanto commesso nel 2005; nel 2010 quanto compiuto nel 2006 e nel 2005, e così via.

A fronte di tale pericolo le imprese di assicurazione permettono di introdurre in contratto una clausola con la quale viene concesso all'assicurato, rinnovando la polizza prima del suo scadere, di mantenere in vita quello specifico contratto così da ottenere la garanzia assicurativa a partire dal primo giorno in cui si ha stipulato. Così, riprendendo l'esempio sopra proposto, la copertura assicurativa sarebbe per gli anni a partire dal 2005.

In tal modo il soggetto assicurato ottiene certamente una più ampia copertura, ma a costo di un ulteriore sacrificio; la necessità di mantenere in vita il “primordiale” contratto di assicurazione, costringe l'assicurato a contrarre costantemente con la medesima compagnia di assicurazione con cui ha iniziato il rapporto.

Il collegamento della garanzia offerta dalla polizza alla ricezione della richiesta risarcitoria da parte del terzo dà adito all'ulteriore necessità, per l'assicurato, di conservare costantemente l'operatività del rapporto assicurativo anche una volta cessata l'attività professionale. Il pericolo di avere commesso un solo errore alla fine della propria carriera costringerebbe il professionista ad assicurarsi fino alla maturazione del periodo di prescrizione dell'azione risarcitoria e, quindi, anche per altri ulteriori dieci anni. La medesima necessità si ribalterebbe ancora sugli eredi di questi che, accettando l'eredità, subentrerebbero anche nelle passività del *de cuius*.

Non può ritenersi soddisfacente neppure la *sunset clause*, troppo onerosa e troppo poco garantista per consentire un valido bilanciamento delle posizioni delle parti.

Precisamente, coma sopra anticipato, la clausola permette di estendere la copertura assicurativa alle richieste di risarcimento pervenute per la prima volta all'assicurato entro un limitato numero di anni dalla cessazione del contratto, semprechè il fatto che ha originato la richiesta si sia verificato durante il periodo di validità della polizza stessa.

Cosicché colui che si apprestasse finalmente alla pensione – “al tramonto”- dopo aver pagato per una intera vita premi assicurativi, desiderando ottenere una ultrattività della garanzia, sarebbe tenuto a corrispondere un alto ed ulteriore premio che potrebbe anche ammontare al 100%, ovvero al 150% dell'ultimo corrisposto. Nell' "antico" sistema *loss* la medesima copertura sarebbe stata insita nella natura stessa del contratto stipulato nel corso degli anni di attività, essendo tipico al contratto che la garanzia, stipulata a copertura di un fatto dannoso, avvenuto durante il tempo dell'assicurazione, permanesse, *naturaliter*, anche se l'assicurato ha cessato l'attività²⁵⁷.

Non si deve ancora tralasciare che nonostante la lontananza della formula *claims* allo schema delineato con l'art. 1917 c.c., questo nuovo modello contrattuale deve essere necessariamente coordinato con i principi codicistici in materia ed in particolare con gli obblighi imposti dagli art. 1892, 1893 e 1894 c.c. in merito alle dichiarazioni di rischio che l'assicurato deve rendere all'assicuratore.

Se, infatti, il contraente è a conoscenza di circostanze tali da incidere sull'accettazione del rischio, ad esempio l'avvocato già sapeva di essere incorso in una decadenza processuale, ha l'onere di comunicarlo. Non farlo può dare luogo a tutte le conseguenze indicate in precedenza in proposito e pienamente attuali anche

²⁵⁷ Si osservi ancora che nel contratto con schema *loss* l'assicurato beneficerebbe di tutti i massimali relativi ad ogni anno assicurativo e non di un solo massimale per tutti gli anni “del tramonto” assicurati, come accade con il *claims*.

per quanto riguarda il rischio assunto e la sua limitazione²⁵⁸. Così facendo si incorre nel fondato pericolo di non ricevere accettazione alla stipula da parte dell'impresa di assicurazione.

Ma il pericolo di maggior rilievo che l'assicurato può incontrare è dato dalla possibilità concessa all'assicuratore dalla regolamentazione contrattuale di recedere unilateralmente dal contratto. I contratti presenti sul mercato, così come era già stabilito per le polizze *loss*, permettono alle imprese di recedere dal vincolo a seguito di una prima denuncia di sinistro. Da ciò conseguire che tutti gli ulteriori sinistri cagionati durante il periodo originario di validità della polizza non trovano alcuna copertura perchè la loro denuncia è, comunque, successiva al recesso e, quindi, denunciati al di fuori del periodo di validità della polizza²⁵⁹. Diversamente, nel contratto *loss* il recesso dell'assicuratore non ha mai esposto l'assicurato al rischio di inoperatività della polizza per tutti quei sinistri verificatisi in pendenza del contratto²⁶⁰.

Il problema è grave; agire con il rischio di essere privati della garanzia assicurativa certamente non potrà non avere conseguenze negative sui costi e sulla produttività di professionisti i quali potrebbero rifiutare di rendere tutte quelle prestazioni che più di altre possono portare ad inadempimenti, ovvero a responsabilità anche presunte. Certamente i professionisti, così come le imprese assicurate, sarebbero costretti a incrementare in maniera esponenziale i costi delle prestazioni al fine di creare personalmente un proprio patrimonio da destinare, nell'evenienza, ad affrontare il costo di un sinistro non più garantito: una sorta di "riserva tecnica" privata.

²⁵⁸ A tale proposito si rimanda a quanto osservato nel cap. IV della presente, pag. 91.

²⁵⁹ Il - non più - assicurato dovrà pertanto ricorrere ad un'altra compagnia. Tuttavia, in forza del "nuovo" contratto di assicurazione che andrà a stipulare sarà obbligato contrattualmente a comunicare alla nuova impresa assicuratrice il recesso della precedente compagnia e sottostare alla richiesta di un elevatissimo premio per il recupero delle (3 o 5) annualità precedenti alla stipula.

²⁶⁰ Con riferimento al contratto *claims* si deve fare attenzione a non incorrere nell'errore di confondere la denuncia di sinistro, che provoca l'occasione del recesso, che riguarda un caso "presente", e che certamente beneficia dell'art. 2952, 4° comma, c.c. con tutto quanto è avvenuto nei 10 anni antecedenti il recesso, che può essere produttivo di cause risarcitorie per il professionista, che non è più in copertura assicurativa salvo riuscire, in ipotesi, ad ottenere il recupero di tutto il progresso con un rilevante aumento dei costi.

Anche negli altri paesi europei il problema è sempre stato sentito. In particolare si deve ricordare l'intervento del legislatore francese il quale è intervenuto al fine di regolare direttamente i rischi connaturati al *claims* ed in particolare il gravoso pericolo del recesso unilaterale delle imprese di assicurazione.

Si ricorda in particolare la legge²⁶¹ francese 1° agosto 2003, in tema di sicurezza finanziaria, che ha identificato, fra le tante questioni, il regime del funzionamento dei contratti di assicurazione della R.C. “nel tempo” mettendo fine alla medesima *querelle*²⁶² giuridica che solo ora è comparsa in Italia.²⁶³

²⁶¹ *Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003* detta “*de sécurité financière*” che legalizza, anche se con alcune limitazioni, le clausole di limitazione della garanzia nel tempo. - J.O. 2 août 2003 p. 13220 - *nouvel article L. 124-5 du Code des assurances*- . La riforma francese sul punto è stata introdotta dal deputato H. Hunault, attraverso la promulgazione dell’art. 80 della legge sulla sicurezza francese, è entrata in vigore a partire dal 2 novembre 2003. In Francia, come in Italia, è possibile trovare clausole “aperte” che si riferiscono a differenti criteri di collegamento fra cui si ricorda “la data di verifica del danno” – polizza F.D. (*fait damageable*)-, o ancora le richieste formulate durante il periodo di validità del contratto per attività effettuate durante lo stesso periodo dalle quali è scaturito, sempre nel medesimo tempo, il danno (es. « *sont seules garanties les réclamations formulées pendant la période de validité du présent contrat se rattachant à des missions effectuées pendant la même période et ayant donné lieu à la survenance de dommages durant la même période* »). Quando la garanzia è attivata per F.D. non importa la data della richiesta: l’assicuratore deve coprire l’assicurato fino a che questi si trovi esposto all’azione del danneggiato. Ciò vuol dire che la protezione dell’assicurato è perenne, come vuole la giurisprudenza della Cassazione che condanna le clausole a “*base réclamation – claims-*”).

²⁶² Anche in Francia il favore della giurisprudenza nei confronti dell’assicurato ha portato ad una condanna del *claims*. In proposito si veda *Cour de Cassation* 19 dicembre. 1990, Balises, n. 12; *Cour de Cassation*, 9 giugno 1999, *Conseil d’Etat* 29 dicembre 2000, Balises, 12.

²⁶³ *Art. L .124-5 du Code des assurances* – « *La garantie est, selon le choix des parties, déclenchée soit par le fait damageable, soit par la réclamation. Toutefois, lorsqu'elle couvre la responsabilité des personnes physiques en dehors de leur activité professionnelle, la garantie est déclenchée par le fait damageable. Un décret en Conseil d'Etat peut également imposer l'un de ces modes de déclenchement pour d'autres garanties. Le contrat doit, selon les cas, reproduire le texte du troisième ou du quatrième alinéa du présent article. La garantie déclenchée par le fait damageable couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait damageable survient entre la prise d'effet initiale de la garantie et sa date de résiliation ou d'expiration, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs du sinistre. La garantie déclenchée par la réclamation couvre l'assuré contre les conséquences pécuniaires des sinistres, dès lors que le fait damageable est antérieur à la date de résiliation ou d'expiration de la garantie, et que la première réclamation est adressée à l'assuré ou à son assureur entre la prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration mentionné par le contrat, quelle que soit la date des autres éléments constitutifs des sinistres.*

«*Toutefois, la garantie ne couvre les sinistres dont le fait damageable a été connu de l'assuré postérieurement à la date de résiliation ou d'expiration que si, au moment où l'assuré a eu connaissance de ce fait damageable, cette garantie n'a pas été re-souscrite ou l'a été sur la base du déclenchement par le fait damageable. L'assureur ne couvre pas l'assuré contre les conséquences*

Un articolo di Jean Roussel, integralmente consacrato a questa legge, ci propone una sintesi sulla questione.

Con riferimento al “campo di applicazione” della legge, contrariamente alla definizione di sinistro, le regole di funzionamento della garanzia nel tempo non si applicano “alle garanzie per le quali la legge dispone altre condizioni di applicazione”.

Dall’entrata in vigore della *Loi*, vale a dire il 3 novembre 2003, il funzionamento delle garanzie “*dans le temps*” non può essere stabilito contrattualmente se non con due modalità: la prima basata sulla data del fatto dannoso, la seconda sulla data della richiesta.

Bisogna ancora precisare che questa opzione lasciata ai contraenti non è applicabile per le persone fisiche al di fuori della loro attività professionale. Pertanto il cittadino che intenda stipulare una polizza a propria privata garanzia, potrà usufruire della sola polizza *loss* – in Francia chiamate *garantie en base fait dommageable* (F.D.) – più vincolante per l’assicuratore e più garantistica per il cittadino.

E’ stato, quindi, permesso nell’ambito professionale che il contratto di assicurazione su base “*reclamation*” potesse essere azionato dalla data della prima richiesta fatta pervenire all’assicurazione o all’assicurato. In questo caso il “*claims made*” è valido perché così dispone la legge.

Tuttavia, e ciò è di indubbio rilievo e di grande pregio, la legge pone due importantissime precisazioni: Solo la data di richiesta può condizionare la garanzia, senza che abbia rilievo la data del fatto dannoso o quella del verificarsi del danno.

Il codice delle assicurazioni francese, quindi, dispone che vi sia una garanzia di “ripresa del passato” illimitata a condizione che l’assicurato non sia a conoscenza

pécuniaires des sinistres s'il établit que l'assuré avait connaissance du fait dommageable à la date de la souscription de la garantie.

«Le délai subséquent des garanties déclenchées par la réclamation ne peut être inférieur à cinq ans. Le plafond de la garantie déclenchée pendant le délai subséquent ne peut être inférieur à celui de la garantie déclenchée pendant l'année précédant la date de la résiliation du contrat. Un délai plus long et un niveau plus élevé de garantie subséquente peuvent être fixés dans les conditions définies par décret ».

del fatto dannoso al momento della sottoscrizione del contratto.

Un'ulteriore garanzia è obbligatoriamente prevista per le richieste posteriori alla rescissione del contratto, riguardanti fatti dannosi anteriori al recesso. Ciò significa che anche di fronte al recesso dell'assicuratore, l'impresa sarà comunque tenuta a coprire tutti i sinistri verificatisi prima della ricezione da parte dell'assicurato del recesso, se denunciati durante il periodo di validità della polizza. Tale divieto copre un periodo di durata minima di 5 anni, ma vi sono numerosi progetti diretti ad estendere la copertura fino a 10 anni per alcune categorie professionali ed in caso di pensionamento.

Queste garanzie, tuttavia, verranno meno qualora il professionista stipuli un nuovo contratto, basato ugualmente sulla clausola *claims*, che verrà a sostituirsi a quello rescisso. L'intento è quello evidente di evitare un azionamento contestuale delle due garanzie.

In Italia, invece, l'intervento del legislatore è ancora del tutto assente.

E' stato, comunque, proposto in parlamento un primo progetto di legge assegnato il 9 gennaio 2008 in sede referente, diretto alla promulgazione di una normativa che renda obbligatoria l'assicurazione della responsabilità civile del professionista ²⁶⁴.

²⁶⁴ P. di L. assegnato il 9 gennaio scorso in sede referente, alle Commissioni riunite Giustizia e Attività produttive di Montecitorio recante "Disposizioni in materia di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile per coloro che esercitano libere professioni". Il provvedimento ha lo scopo di regolamentare in modo organico la responsabilità civile dei liberi professionisti iscritti ad albi od ordini professionali. Si riportano qui di seguito gli articoli principali su cui è fondato il P. di L. Art. 1. Chiunque esercita un'attività in regime libero-professionale è soggetto all'obbligo dell'assicurazione privata per la responsabilità civile derivante dall'esercizio di tale attività. Art. 2. 1. L'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile di cui all'articolo 1 è stipulata con una compagnia assicuratrice autorizzata all'esercizio di tale attività. 2. Le compagnie assicuratrici autorizzate alla stipula di contratti di assicurazione per la responsabilità civile hanno l'obbligo di contrarre, pena la revoca dell'autorizzazione ad esercitare l'attività. Art. 3. 1. La polizza di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile è stipulata per somme non inferiori a quelle stabilite con apposito decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro dello sviluppo economico

2. Il decreto di cui al comma 1 è adottato entro due mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge e l'importo delle somme ivi stabilito è aggiornato con la medesima procedura prevista dal citato comma 1, ove se ne avvisi la necessità. Art. 4. 1. Le condizioni generali della polizza di assicurazione per la responsabilità civile sono approvate e modificate con decreto del Ministro dello sviluppo economico. 2. Per i contratti assicurativi vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge, le

Si richiama in particolar modo l'art. 1 con il quale si chiede che «chiunque esercita un'attività in regime libero-professionale è soggetto all'obbligo dell'assicurazione privata per la responsabilità civile derivante dall'esercizio di tale attività».

Il bilanciamento degli interessi è evidente: alla possibilità di recedere dell'assicurato si contrapporrebbe il diritto del professionista, stabilito per legge, di ottenere sempre e comunque una garanzia assicurativa .

nuove norme contrattuali si applicano alla prima scadenza contrattuale successiva alla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 1. Art. 5. 1. La polizza di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile copre tutti i sinistri manifestatisi durante il periodo di validità della stessa polizza. 2. La polizza di cui al comma 1 non copre i sinistri accaduti durante il periodo di validità della stessa polizza per i quali le richieste di risarcimento danni sono state avanzate allo scadere di tale periodo. Art. 6. 1. Il soggetto danneggiato a seguito di prestazioni o di servizi ricevuti da liberi professionisti sottoposti, ai sensi della presente legge, all'obbligo di contrarre una polizza assicurativa per la responsabilità civile ha facoltà di agire direttamente nei confronti dell'assicuratore ai fini del risarcimento, entro i limiti delle somme previste dalla medesima polizza. 2. La richiesta di risarcimento danni deve essere inviata tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento alla compagnia assicuratrice e al libero professionista responsabile. 3. La richiesta di risarcimento danni deve, altresì, recare l'indicazione della somma richiesta ed essere corredata da idonea documentazione, pena la sua inammissibilità e improcedibilità. 4. Il soggetto danneggiato è tenuto a collaborare ai fini della valutazione del danno, sottoponendosi agli accertamenti, ai controlli e alle verifiche richiesti da parte degli organi competenti. 5. La compagnia assicuratrice, entro tre mesi dalla data di ricevimento della richiesta di risarcimento danni, deve comunicare al soggetto danneggiato la somma offerta ovvero motivare il mancato accoglimento della richiesta. 6. Entro un mese dalla data della proposta transattiva comunicata ai sensi del comma 5 e accettata dal soggetto danneggiato, la compagnia assicuratrice è tenuta a versare le somme pattuite. 7. Il soggetto beneficiario ai sensi del comma 6 può trattenere le somme in acconto e agire per l'eventuale maggiore richiesta di risarcimento danni. 8. In caso di danni non immediatamente quantificabili, la compagnia assicurativa è tenuta a formulare un'offerta parziale di risarcimento e, se tale offerta è accettata, a provvedere a versare le somme pattuite nel più breve tempo possibile. 9. Gli estremi delle polizze di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile sono disponibili ai terzi, senza alcuna formalità, presso le sedi provinciali degli albi o degli ordini ai quali sono iscritti i liberi professionisti. Art. 7. 1. Le compagnie assicuratrici tenute al risarcimento danni ai sensi della presente legge non hanno diritto all'azione di regresso per colpa lieve o colpa grave dell'assicurato e dei suoi collaboratori. Art. 8. Il Ministero dello sviluppo economico provvede alla regolamentazione e alla gestione, con separata contribuzione obbligatoria a carico di tutti i liberi professionisti iscritti ai relativi albi e ordini professionali, di un fondo di garanzia per il ristoro dei danni derivanti da reati dolosi commessi dai medesimi liberi professionisti e dai loro collaboratori nell'esercizio della rispettiva attività.

5. *L'atipicità del contratto "claims"*

Unitamente agli evidenti problemi di restrizione della garanzia, la clausola limitativa dell'operatività della polizza nel tempo ha dato luogo a ulteriori dubbi in ordine alla sua natura.

Come già anticipato, il *claims* è stato considerato dalla dottrina come una clausola inserita all'interno del canonico contratto di assicurazione al fine di determinare con certezza il momento del sorgere del sinistro modificando il concetto di "fatto accaduto durante l'assicurazione" previsto, ai fini dell'efficacia della garanzia, dall'art. 1917 c.c..

Mettendo a confronto le due fattispecie, osserviamo che secondo l'art. 1917 c.c., nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato del rischio derivante dall'esercizio dell'attività, ossia è obbligato a tenere indenne il fatto dannoso "accaduto" durante tutto il tempo di validità dell'assicurazione.

Nella formula *claims*, diversamente, l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato dal rischio di ricevere una pretesa risarcitoria in un dato periodo di tempo ossia a tenere indenne il fatto dannoso "denunciato" durante il periodo di validità della polizza, purché accaduto in una specifica epoca.

In realtà non è possibile trascurare che, da sempre, si è riconosciuto al contratto di assicurazione una ben delimitata e determinata struttura costituita dal sostanziale trasferimento del rischio derivante dall'esercizio di una attività dal soggetto agente all'assicuratore. Detto rischio, del resto, deve essere trasferito nella sua interezza.

In altri termini, se il contratto di assicurazione della responsabilità civile non trasferisce dall'assicurato all'assicuratore il rischio derivante dall'attività dedotta, non è un contratto di assicurazione. Sarebbe altrimenti sovvertito il principio generale dell'assicurazione della responsabilità civile.

Inserendo una clausola *claims* in un contratto di assicurazione, come si potrà osservare, non si viene a completare l'intero *iter* diretto al trasferimento integrale del rischio .

Nelle polizze "*claims made*", infatti, non si trasferisce più il rischio derivante dall'esercizio dell'attività ma, come anticipato, il solo rischio di ricevere un diffida risarcitoria, la quale non è considerabile quale rischio nel suo significato tecnico-assicurativo: una diffida, infatti, è solo una "condizione" priva della necessaria aleatorietà tipica del contratto di assicurazione.

Pare, quindi, poter ritenere che lo schema contrattuale predisposto con il *claims* è così differente da entrare nella struttura contrattuale andandola a caratterizzare a tal punto da conferirgli una decisa autonomia rispetto allo schema delineato all'art. 1917 c.c.²⁶⁵

Proseguendo su tale logica non sembra possibile considerare il *claims* come una semplice clausola del contratto di assicurazione della responsabilità civile. Al contrario, la sua struttura e i suoi contenuti sono tali da originare un nuovo differente contratto atipico.

Ciò è stato ipotizzato anche dalla Suprema Corte²⁶⁶ la quale ha ritenuto che «il contratto di assicurazione per responsabilità professionale con la clausola *claims*

²⁶⁵ Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.; C. LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1084.

²⁶⁶ Si veda Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit. ove la corte ulteriormente ha ribadito la pericolosità della clausola rilevando che « in realtà tutta da dimostrare (caso per caso) l'affermazione che l'assicurazione *claims made* copre (in misura maggiore o minore) i fatti dannosi antecedenti alla stipulazione del contratto; va rilevato che detta affermazione potrebbe comunque avere solo un rilievo essenzialmente statistico e probabilistico; e che appare in ogni caso ben difficilmente ipotizzabile l'ipotesi che vengano coperti effettivamente tutti i fatti antecedenti (purché la richiesta di risarcimento sia stata fatta nel periodo di efficacia del contratto), tra l'altro in quanto ciò implicherebbe che nella specie è da escludere con certezza che l'assicurato, al momento della stipulazione del contratto, fosse effettivamente a conoscenza di qualche possibile suo comportamento produttivo di danno risarcibile. Con riferimento alla parte finale del rapporto assicurativo, va poi rilevato che più ci si avvicina al termine di questo, più aumenta la possibilità che fatti che l'assicurato vorrebbe coperti dall'assicurazione si trovino invece ad essere scoperti in quanto in relazione ad essi il danneggiato presenta la richiesta di risarcimento dopo il termine medesimo. E' appena il caso di accennare infine al fatto che ogni considerazione e previsione in materia è complicata dalla concreta possibilità che danneggiato e danneggiante trovino una concordanza di interessi e quindi un accordo in ordine al momento in cui il primo deve procedere a detta richiesta allo scopo di farla rientrare nel periodo assicurato».

made non rientra nella tipica fattispecie astratta prevista dal legislatore, ma costituisce un contratto atipico e, quindi, suscettibile di variare notevolmente da caso a caso, e ogni questione al riguardo va affrontata caso per caso in relazione al concreto contenuto del singolo contratto in questione (e, tra l'altro, al particolare tipo di responsabilità professionale oggetto di assicurazione)».

Se dunque il *claims* è atipico, il contratto sarà autorizzato soltanto nel caso in cui si realizzi quell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico come richiesto dall'art. 1322 c.c.. Inoltre, il nuovo modello negoziale dovrà rispettare i requisiti di cui all'art. 1343 c.c. e, quindi, disporre di una causa non contraria all'ordine pubblico, al buon costume e a norme imperative²⁶⁷.

La Corte di Cassazione, secondo il proprio pensiero, ha considerato il contratto meritevole di tutela risolvendo la problematica della limitazione della garanzia in termini di vessatorietà della clausola, ma tale soluzione non pare soddisfacente a chi scrive non ritenendo che sia stata compiuta una valutazione giuridica completa, non essendo stata adeguatamente approfondita l'analisi in ordine alla corrispondenza fra i principi della "meritevolezza" e l'intera clausola studiata anche in combinazione al potere di recesso dal contratto.

Nell'analisi del singolo contratto in genere, la continua volontà di individuare come vessatorie le clausole all'interno dello schema negoziale appare come una agevole scorciatoia per risolvere ogni problema di conflitto di interessi, determinando un abbandono dello studio dell'incidenza della causa²⁶⁸. La

²⁶⁷M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e imp.* 1987, 422; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teorie del contratto*, Milano, 1970; ID., *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81.

²⁶⁸Ormai è ben noto l'abbandono dello studio della causa anche in considerazione degli sviluppi del c.d. diritto privato europeo dei contratti ove i principi di diritto europeo elaborati dall'*Unidroit* a dai *Principles of European Contract Law*, sono improntati dall'irrelevanza dell'elemento causale non più considerato, così come la *consideration* del *common law*, requisito costitutivo del contratto per il quale è bastevole la "volontà di vincolarsi giuridicamente" e "il raggiungimento di un accordo sufficiente". Il problema del controllo degli interessi delle parti ha, comunque, trovato soluzione spostando l'attenzione, come nella disciplina delle clausole vessatorie al «terreno del contenuto» concedendo agli "utenti" diritti e doveri accessori quali ad esempio il diritto di recesso ed il diritto ad una completa informativa. In proposito si veda C.CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*. Prefazione a *I Principi di diritto europeo dei contratti*, ed it., Milano, 2001, XXV. Si veda ancora S.

giurisprudenza, in particolare, limitandosi a focalizzare l'attenzione sulle singole clausole che costituiscono lo schema negoziale perde di vista il complessivo assetto del contratto e di pari tempo frustra l'attenzione al problema della causa, dimenticando la differenza delle tecniche di controllo che disciplinano le due fattispecie. Si abbandona l'indagine sulla liceità e sulla rilevanza sociale dell'atto di autonomia privata per porre rilievo a regole di comportamento a tutela degli utenti²⁶⁹.

Gli attenti studiosi della materia²⁷⁰, tuttavia, evidenziano che il controllo esercitabile attraverso la disciplina della vessatorietà «non esclude certo l'autonoma rilevanza di un'indagine intesa a verificare la natura, lo scopo e le finalità del contratto, nella prospettiva di quella misura di adeguatezza e di funzionalità con gli scopi che i contraenti si ripromettevano di raggiungere attraverso la regola contrattuale»²⁷¹.

6. *Problemi di causa e di autonomia negoziale*

L'art. 1322 c.c. pone in risalto la contrapposizione tra il principio di autonomia contrattuale, per cui i contraenti sono liberi di determinare il contenuto del contratto, da un lato, e il potere di concludere contratti atipici purché diretti a realizzare interesse meritevoli di tutela, dall'altro.

Le continue riletture del problema della causa hanno portato a riflettere sulla connessione insita fra le questioni derivanti “dalla logica del mercato” e la tutela di un contraente (forte) nei riguardi dell'altro (debole), intesa non solo nel senso di

MAZZAMUTO, *I principi di diritto europeo dei contratti nel canone di Carlo Castronovo*, in , *Eur. dir. priv.*, 2002, 861.

²⁶⁹ G. VETTORI, *Materiali e commenti nel nuovo diritto dei contratti, Prefazione*, Padova, 1999, XVII; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 26.

²⁷⁰ M. NAVARRETA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv.dir. comm.*, I, 2003, 985; C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 106, 147; U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: tutela*, in Mazzamuto (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 258

²⁷¹ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 106.

«tutela degli scopi od obiettivi che ciascun contraente si pone quando entra in rapporto con altri», ma anche di tutela dell'autonomia delle parti che si manifesta con la determinazione di forme negoziali più consone allo scopo economico che si intende raggiungere, in rapporto ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico²⁷²; e in tale prospettiva è insita «la tendenza ad assegnare alla causa una funzione di controllo sulla libertà delle parti»²⁷³.

Non vi è dubbio che quando un contratto viene ricondotto ad un tipo legale il problema della meritevolezza ha minor rilievo in quanto il legislatore ha ritenuto preferibile disciplinare il contratto per risolvere la questione a monte, in uniformità al sistema giuridico. Tuttavia, la dottrina ha sempre ritenuto riduttivo considerare la causa quale semplice elemento negoziale assorbito dal tipo contrattuale²⁷⁴, precisando essere più corretto definirla quale requisito del singolo contratto da valutare in concreto²⁷⁵.

²⁷² M. NAVARRETA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 981. L'Autore acutamente individua nella causa un punto di incontro fra «volontà e norma [...] riferito all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto».

In proposito si veda ancora A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992.

²⁷³ A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit. par. 1.3

²⁷⁴ Sull'evoluzione storica della teoria della causa si rimanda al cap. IV, pag. 115, in particolare alla nota 207.

G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, ove l'Autore, anticipando quello che è oggi il pensiero della giurisprudenza in ordine alla funzione della causa, ha sempre sottolineato l'importanza nel ricercare la effettiva funzione pratica del contratto che conduce alla ricerca dell'interesse concretamente perseguito dalle parti.

²⁷⁵ Perde quindi di ogni rilievo l'antica definizione di causa quale ragione economica sociale del contratto, acquistando maggiore rilevanza, al fine di valutare l'effettiva esistenza e liceità della causa, «guardare alla funzione economica individuale del contratto, fissando il significato pratico dell'operazione in base a tutte le finalità che espressamente o tacitamente sono state volute. E ciò vale tanto per i contratti atipici, quanto per i contratti tipici», così F. LAPERTOSA, *La tipicità*, in Cendon (a cura di) *I contratti in generale*, Torino, 2001, 15; G. GORLA., *Il contratto*, I, Milano, 1955, 326; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1978, 52;

In giurisprudenza una per tutte si veda Cass., 8 maggio 2006, 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 12, 1718 con nota di F. Rolfi, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?»; in *Studium iuris*, 2006, 12, 1457, con nota di P. Bonfante. Secondo la Cassazione «la causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. (Nel formulare il suindicato principio la S.C. ha considerato privo di causa, e conseguentemente viziato di nullità, un contratto concernente un'attività di consulenza avente ad oggetto la valutazione di progetti industriali e di acquisizione di azienda intercorso tra una*

Ormai completamente superata la nozione di causa nell'accezione di funzione economico-sociale oggettiva del contratto, è sempre più sentita la critica «relativa alle conseguenze della sovrapposizione tra il piano della causa e quello del tipo contrattuale, che discendeva dalla definizione della causa come funzione economico-sociale tipica e che conduceva alla necessità di distinguere uno schema causale astratto, rappresentato dal tipo, dalla causa concreta del concreto negozio»²⁷⁶. Tale rimprovero muove dalla considerazione per cui una figura contrattuale astratta e tipica può rappresentare soltanto un modello e giammai «una concreta regolamentazione di interessi» e pertanto «la causa astratta non esiste, esistendo soltanto la causa del concreto negozio»²⁷⁷. E certamente, è di evidenza che in tale senso la causa acquisisce una reale e valida funzione sia quale strumento di controllo dell'autonomia delle parti, sia quale rimedio per «per porre riparo al difetto di funzionalità del contratto rispetto agli interessi perseguiti dalle parti e valutandone l'eventuale illiceità»²⁷⁸. Pertanto, il requisito della causa deve essere analizzato in relazione al negozio contratto non esaurendosi semplicemente nel sussumere il singolo contratto in uno dei tipi previsti dal codice.

In una prospettiva in cui la causa rappresenta la funzione economica individuale del negozio con evidente funzione di controllo degli interessi perseguiti dalle parti, si dovrà proseguire, anche a mezzo dell'interpretazione giurisprudenziale, in una doppia indagine e valutare se il contratto ha una causa e se la causa è lecita al fine di non incorrere nelle sanzioni della nullità.

Se la causa manca, la nullità deriverà dalla combinazione degli articoli 1418 e 1325. Se la causa è illecita, la nullità deriverà dalla combinazione tra gli articoli 1345

società di consulenza, che ne aveva contrattualmente assunto l'incarico, e un soggetto che la stessa attività «già simmetricamente e specularmente» svolgeva in adempimento delle proprie incombenze di amministratore della medesima società conferente».

²⁷⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 91.

²⁷⁷ G.B. FERRI, in *La causa nella teoria del contratto*, cit., 101.

²⁷⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 92.

e 1418. Pertanto, l'indagine in ordine alla causa deve essere condotta con riferimento sia alla sua esistenza, sia alla sua validità²⁷⁹.

Ricorrendo l'impossibilità di qualificare un singolo contratto come appartenente ad un tipo legale, si apre al giurista la possibilità di mantenere in vita un rapporto giuridico valutando gli interessi perseguiti dai contraenti meritevoli di tutela²⁸⁰.

Peraltro, la formula impiegata dal codice della "meritevolezza di tutela degli interessi", poco adoperata dalla giurisprudenza, non può essere intesa nel senso che il contratto atipico produrrà effetto solo se questo sia socialmente utile, ma nel senso che esso produrrà effetti se suscettibile di tipizzazione e cioè che gli interessi perseguiti non siano interessi meramente capricciosi, ovvero che siano interessi suscettibili di una reiterata regolamentazione da parte dei privati. Nel caso dell'art. 1322, 2° comma, l'interesse in rilievo è quello perseguito dai contraenti e, dunque, un interesse astratto, suscettibile di essere reiterato. Certamente, la contemperazione del diritto a regolamentare liberamente la propria volontà negoziale con il diritto al rispetto di ogni altra libertà fondamentale, conduce lo studioso a valutare con somma cautela la meritevolezza di tutela, per evitare di procedere alla stregua del quanto più oggettivo possibile.

Le considerazioni in ordine alla meritevolezza dell'interesse elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza hanno certamente modificato in parte la loro connotazione nel corso degli anni e non di rado hanno raggiunto opposte valutazioni e ciò ha portato ad una evidente «difficoltà ad indicare norme applicative puntuali»²⁸¹

²⁷⁹ G. PASSAGNOLI, *Regolamento, Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, 437; F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, in *Quaderni Rass. dir. civ.*, Napoli, 2004.

²⁸⁰ G. PALERMO, *Funzione illecita e autonoma privata*, Milano, 1970, 136; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in www.judicium.it.

²⁸¹ U. BRECCIA., *Il contratto in generale, Causa*, cit., 91.

Si fa riferimento a differenti parametri quale l'utilità sociale del negozio²⁸², la non irrazionalità dell'operazione economica in termini di funzionalità del contratto con riguardo allo specifico settore di riferimento²⁸³, l'apprezzabilità sociale del fenomeno contrattuale²⁸⁴, la non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, ma ci si continua ad interrogare se anche la "giustizia" degli scambi possa assurgere a ruolo di interpretazione della causa. Se, infatti, nel concetto di causa è insita la necessità che l'ordinamento verifichi l'effettiva razionalità dell'affare, è dunque, lecito sollevare tale interrogativo.

Le considerazioni offerte in materia hanno evidenziato che spesso l'evoluzione normativa ha inciso sul tema in modo tale da evidenziare una certa indifferenza dell'ordinamento in ordine al rapporto di scambio fra le prestazioni. Un primo indizio in tal senso può essere rinvenuto nel contenuto delle "nuove" norme in tema di tutela del consumatore ove, definendo come vessatorie quelle clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto²⁸⁵, e apportando una specifica sanzione in merito, sembrerebbe essere risolto autonomamente il problema dell'equità.

Impostando l'analisi anche con riferimento al diritto privato europeo, si osserva che il tema della "giustizia" acquista una inaspettata rilevanza²⁸⁶, essendo

²⁸² A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 799; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

²⁸³ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 204.

²⁸⁴ U. BRECCIA., *Il contratto in generale, Causa*, cit., 93.

²⁸⁵ Cfr., codice del consumo, art. 33, (*Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*) il quale così recita: «Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Il codice del consumo, agli artt., 33 e 34, unitamente alle regole del codice civile, artt. 1469-*bis* e 1469-*ter* sono, infatti, disciplinati così da porre attenzione non solo mero aspetto dell'equilibrio normativo, ma anche sulla congruità dello scambio.

V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 43.

²⁸⁶ All'interno delle regole in materia di contratti commerciali internazionali è sempre apparso come predominante l'orientamento per cui «gli equilibri del mercato si formino spontaneamente e nel contesto del libero gioco della domanda e dell'offerta». C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 151.

oggetto di attenzione da parte degli *Unidroit*²⁸⁷ e dei *Principles of European Contract Law*. La ricerca, in ambito europeo, a far sì che sia garantito un equilibrio nello scambio è estesa non solo con riferimento all'abuso della posizione dominante sotto un profilo di sfruttamento dello stato di bisogno economico altrui, ma anche alla volontà di tutelare chi «avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare»²⁸⁸.

A livello nazionale non si può in ogni caso tralasciare che, comunque, il sistema positivo vigente nel nostro ordinamento esige, con il mantenimento inalterato all'interno della struttura del codice civile degli artt. 1322-1343, che sia condotta sempre un'indagine sulla congruità delle prestazioni. In tale operazione assume indiscutibile rilievo il ruolo del giudice il quale, certamente non potrà "riscrivere" il contratto concluso dalle parti, ma potrà riequilibrare «lo scambio, provvedendo a riparametrarlo avuto riguardo, ove in effetti sussistente, al residuo valore della

²⁸⁷ Principi *Unidroit*, art., 3.10 (*Eccessivo squilibrio*): «Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e la natura e lo scopo del contratto. (2) Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. (3) Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento».

²⁸⁸ *Principles of European Contract Art. 4:109: (Ingiusto profitto o vantaggio iniquo)*: «Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto (2) Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. (3) Il giudice può parimente modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione».

prestazione». In tali termini, l'intervento giudiziale si configura come «finalizzato al ripristino dell'economia del contratto, nei termini in cui la stessa [ossia la causa del contratto] era stata originariamente prefigurata dai medesimi contraenti»²⁸⁹.

Tuttavia non si può non valutare che nei contratti a prestazioni corrispettive, il sacrificio reciproco cui sottostanno i contraenti ponendosi reciproche controprestazioni, non può non considerarsi un valido parametro, utile al fine di valutare la meritevolezza del contratto atipico. Fin quando vi è un effettivo vicendevole sacrificio è difficile immaginare che nell'area del consentito ci possano essere interessi non meritevoli di tutela. Il problema sorge, invece, allorché si instauri una concreta asimmetria fra i sacrifici delle parti.

Ragionando in tali termini si arriva alla conclusione che il requisito della causa completa l'accordo, nel senso che nel nostro sistema un accordo non è produttivo di effetti se non vi è una giustificazione in relazione al sacrificio che ciascun contraente è tenuto a fare.

Cosicché il tema della causa si sdoppia individuando da un lato i problemi tra le parti, dall'altra le problematiche derivanti dai rapporti tra le parti stesse e l'ordinamento. La funzione della causa è, quindi, duplice: quella di giustificazione causale del contratto diretta a tutelare ciascuno dei contraenti contro impegni privi di ragione; quella di controllo delle posizioni delle parti di fronte ad un eccessivo potere contrattuale di una parte a discapito dell'altra che priverebbe di alcun significato il primo comma dell'art. 1322 c.c. .

L'art. 1322 c.c. attribuisce, infatti, alle parti una facoltà di determinare liberamente il contenuto del contratto e contestualmente di stipulare contratti non previsti fra i tipi legali e ciò implica il nascere di un diritto di scelta che limita in una certa misura l'autonomia contrattuale²⁹⁰. «Le parti possono sì scegliere il tipo contrattuale modulandone liberamente il contenuto, sì foggiate schemi nuovi; ma

²⁸⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, cit., 158.

²⁹⁰ G. B. FERRI, *Negozi giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 61; P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, 153; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, 517.

nell'esercizio di queste libertà si muovono all'interno di una fattispecie - il contratto – disegnata dall'ordinamento giuridico, che si riserva la competenza di identificarne l'essenza²⁹¹» ossia il raggiungimento di un veritiero accordo, il rispetto della struttura come disposto all' art. 1325 c.c. .²⁹²

Nel confronto fra le posizioni delle categorie forti e delle categorie deboli, la condizione di inferiorità delle seconde può trovare specifica protezione in particolari discipline e in mancanza di queste, come ricorda Vincenzo Roppo, si può fare riferimento generale all'art. 3 della Costituzione²⁹³ . L'Autore, affrontando l'analisi della clausola generale dell'ordine pubblico, individua una distinzione fra ordine pubblico “economico”, comprendente i principi che presiedono alla produzione e alla circolazione, e ordine pubblico di “di protezione”: «esso [ossia l'ordine pubblico] implica il confronto fra la posizione e gli interessi di categorie economico-sociali contrapposte sul mercato; muove dal riconoscimento che delle due categorie l'una si trova rispetto all'altra in condizione di debolezza, così che i suoi interessi meritevoli di tutela rischiano di essere sacrificati per la forza prevalente della categoria contrapposta; e suggerisce politiche di protezione della categoria “debole”, per contrastare lo squilibrio e il sacrificio che la realtà mette suo carico»²⁹⁴ .

7. Segue: La meritevolezza dello scambio nel contratto con formula claims

Alla luce delle considerazioni sopra svolte è normale rimanere turbati dalla incoerenza intrinseca al concetto di causa. All'impalpabilità del suo contenuto si contrappone l'importanza ad essa connaturata, guardiana dell'equilibrio delle reciproche prestazioni delle parti.

²⁹¹ A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata e procedimentale*, Torino, 2002, 3

²⁹² G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, I, 1999; G.B. FERRI, *La causa e il tipo*, cit.; G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv.tri.dir.proc.civ.*, 1967, 1499.

²⁹³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 403.

²⁹⁴ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 405

Sforzandosi di mantenere una visione d'insieme sul mondo in cui assicuratori e assicurati operano, usufruendo degli strumenti definitivi messi in luce dalla dottrina, è compito dell'interprete valutare se nel contratto assicurativo con formula *claims* sia stato realizzato un obiettivo equilibrio nello scambio contrattuale finalizzato al raggiungimento del fine insito nell'assicurazione, ossia il trasferimento del rischio all'assicuratore.

Un prima considerazione deve partire, proprio per mantenere una visione unitaria della problematica, dalle modalità di distribuzione dei contratti di assicurazione. Prendendo atto che il controllo del mercato è in mano a poche imprese tutte unite nell'applicare il regime *claims made*; all'assicurato resta solo la possibilità di scelta fra aderire al contratto "proposto" dalle imprese di assicurazione accettandolo a scatola chiusa, ovvero non assicurarsi. La situazione che emerge è, dunque, quella di un evidente squilibrio contrattuale incidente sul potere di libertà ed autonomia del contraente debole. In tale panorama le regole sulle condizioni generali del contratto prestate dall'art. 1341 c.c. non paiono soddisfacenti. Infatti, all'assicurato è soltanto concessa l'alternativa di conoscere "coscientemente" e "diligentemente" la clausola *claims made*, accettandola, magari preparandosi economicamente ad affrontare il rischio di una scopertura assicurativa, o rinunciare ad assicurarsi. In un simile contesto, né si può parlare di scelta, né tanto meno, di scelta libera.

Tale dato non avrebbe un effettivo rilievo se non si inserisse all'interno delle ulteriori problematiche connesse al *claims* e cioè da un lato quelle derivanti dal nuovo assetto di regole giurisprudenziali che rendono sempre più usuale una condanna del professionista ponendo a carico del medesimo le cause ignote che hanno portato al verificarsi di un danno, in uno con quelle relative alla questione dei *long-tail liabilities*, dall'altro quelle derivanti dall'evidente limitazione della garanzia rispetto al "tipo" contrattuale delineato all'art. 1917 c.c., operata unitamente ad un più che sentito aumento del costo delle polizze.

Analizzando i regolamenti contrattuali delle imprese di assicurazione²⁹⁵ formati dalle condizioni generali e speciali, si reputa, in prima battuta, riduttiva la definizione di semplice clausola attribuita al *claims*. La nozione, sebbene tecnicamente corretta, appare fuorviante perché sposta l'attenzione su un profilo più accessorio del contratto di assicurazione che per definizione è quello modellato sul dettato dell'art. 1917. c.c., mentre, come già precisato, lo schema contrattuale predisposto con il *claims* è così differente da rivestire una decisa autonomia rispetto allo schema codicistico, quasi a dire che non siamo più di fronte ad un contratto di assicurazione, ma ad un altro contratto atipico.

Questo nuovo contratto atipico è costituito da un'insieme di clausole che in una visione sinottica si possono nomenclare come a) oggetto della garanzia: la richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato indipendentemente dal momento in cui si è verificato il fatto²⁹⁶; b) limitazione della garanzia: l'estensione della copertura assicurativa solo a quei sinistri posti in essere entro un periodo di tempo "x" dalla stipulazione della polizza; d) recesso: diritto unilaterale dell'assicuratore a sciogliere il contratto a seguito della prima denuncia di sinistro; e) validità: il contratto ha durata di un anno .

Ogni clausola sopra evidenziata deve essere sottoposta a due differenti analisi, la prima riservata ad una valutazione di merito da condursi con riferimento alla medesima sola singola clausola e diretta a determinare se è stata operata una delimitazione della responsabilità dell'assicurato, eseguendo una operazione relativa alla vessatorietà. La seconda diretta ad una valutazione di insieme del contratto, ossia su quale sia il significato che ogni clausola assume in rapporto alle altre.

Volendo introdurre un primo esempio, la semplice clausola che prevede la garanzia assicurativa per tutte le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia dell'assicurazione stessa incide

²⁹⁵ L'analisi sopra riportata è condotta a livello generale, ma ciò è possibile per l'uniformità dei contenuti dei contratti di assicurazione della responsabilità civile professionale presenti sul mercato.

²⁹⁶ Nel contratto di assicurazione di cui all'art. 1917 c.c. l'oggetto della garanzia è rappresentato dal fatto colposo dell'assicurato produttivo di un danno.

sulla determinazione dell'oggetto del rapporto negoziale insorto fra le parti, ovvero sul limite della garanzia, specificando il rischio garantito. La clausola così determinata mantiene un generale equilibrio, anche in raffronto alla differente clausola *loss*, garantendo tutti i sinistri denunciati durante il periodo di validità della polizza, ma verificatisi in qualsiasi altro momento storico. Si osservi infatti che, seppure con una opposta formulazione, la clausola *loss* assicura il medesimo bilanciamento degli interessi, garantendo i sinistri cagionati durante il periodo di validità della polizza, ma denunciati in qualsiasi altro momento storico.

Diversamente, sempre all'interno del contratto *claims*, sia la clausola che limita la garanzia assicurativa ai fatti accaduti ad esempio entro tre anni dalla denuncia del sinistro, sia la clausola con la quale le compagnie di assicurazione si arrogano il diritto di recedere dal contratto dopo la prima denuncia di sinistro, determinano uno squilibrio del contratto ed in particolare escludono un rischio che altrimenti sarebbe garantito dando luogo a un giudizio di vessatorietà.

Volendo invece valutare il contratto con formula *claims* in tutta la sua essenza si osserverà che non si determina solo una esclusiva limitazione della responsabilità dell'assicuratore, ma un limite di meritevolezza e di autodeterminazione dell'assicurato in violazione del ben più pregnante art. 1322 c.c..

L'operatività di una polizza ai soli sinistri denunciati durante il periodo di validità della stessa, posti in essere entro "x" anni dalla conclusione della polizza, di durata annuale e sottoposta al vincolo del recesso dell'assicuratore, con impossibilità di una copertura per tutti quei sinistri denunciati entro l'anno, ma dopo il recesso, comporta «la quasi certezza di non vedere soddisfare le pretese di coloro che possono subire danni per l'effetto dell'attività professionale se non in casi eccezionali e sporadici. In sostanza, viene a mancare proprio quella che è la causa del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore»²⁹⁷.

Considerando, ancora, il meccanismo delle garanzie circoscritto al momento della richiesta risarcitoria, si verifica il diabolico meccanismo per cui l'assicurato,

²⁹⁷ Tribunale di Genova, 8 aprile 2008, n. 1478, inedita

qualora desideri mantenere, in caso di sostituzione del contratto, la copertura anche per il passato, è vincolato a mantenere in piedi una polizza contratta sempre con la medesima impresa²⁹⁸.

La scelta di un'altra impresa di assicurazione con cui contrarre esporrebbe il professionista alla certezza di non poter assicurare l'attività pregressa.

Durante il periodo di validità del contratto, qualora l'assicurato si rendesse conto di aver commesso un errore sarà comunque obbligato ad attendere, per ottenere la garanzia assicurativa, la richiesta del danneggiato. Da ciò conseguirebbe che al momento del rinnovo della polizza l'assicurato sarebbe onerato a segnalare il proprio inadempimento, perché ciò è disposto dall'art. 1892 c.c.. Il rispetto degli obblighi a rendere dichiarazioni veritiere in ordine alla propria sinistrosità, lo esporrebbe ad un rifiuto da parte della propria compagnia assicurativa ad ottenere il rinnovo della polizza. Simile situazione si potrebbe verificare quando, cercando di tenere un comportamento conforme agli articoli 1913 c.c. – avviso all'assicuratore in caso di sinistro- e 1914 c.c. – obbligo di salvataggio- l'assicurato si viene ad esporre al rischio del recesso dell'assicuratore.

È evidente che con tale operazione contrattuale l'impresa tende a ritrasferire sull'assicurato tutti i problemi derivanti dal lungo periodo di latenza del manifestarsi dei danni ed in particolare quelli conseguenti all'ampiezza del periodo di prescrizione, imponendo un contratto che sostanzialmente modifica la disciplina legale. Infatti, si verificherebbe l'incongruenza all'interno dell'ordinamento per cui il terzo danneggiato potrà giovare del termine ordinario di prescrizione, mentre l'assicurato potrà esercitare il diritto verso l'assicuratore solo dal giorno della richiesta e fino allo scioglimento del contratto di assicurazione. La clausola, infatti, pare contrastare anche con i principi cardine della prescrizione di cui agli art. 2935, 2936 c.c. che vietano la predisposizione di ogni e qualsiasi accordo diretto a

²⁹⁸ In proposito si rimanda a quanto già argomentato alle pagg. 137 e 138 della presente trattazione.

modificare il regime della prescrizione, e di ogni patto con cui si stabiliscono termini che rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto²⁹⁹.

Il diritto dell'assicurato derivante dal contratto di assicurazione, infatti, rimane sempre condizionato all'arbitraria decisione del terzo di agire.

L'intera struttura contrattuale *claims* non rispetta, quindi, quegli interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento, in quanto si pone in contrapposizione con i principi della libertà di iniziativa contrattuale, e in particolar modo della tutela del contraente debole, della garanzia dell'ordine pubblico economico, dei principi stabiliti dagli articoli 1882, 1913, 1914, 1917 c.c., nonché delle regole poste dall'ordinamento per finalità di ordine pubblico che vietano qualunque patto diretto a modificare il decorso della prescrizione.

8. *Le ulteriori problematiche sollevate dalla giurisprudenza fra nullità e vessatorietà della clausola. Conclusioni*

Il contratto con clausola *claims made*, per quanto la dottrina abbia cercato di darne una indubbia collocazione insistendo sulla sua utilità e sulla sua validità, non pare aver raccolto il consenso della giurisprudenza.

In materia non si conoscono molte decisioni, benché si presume che queste aumenteranno nel corso dei prossimi anni in considerazione dei numerosi dubbi che la formulazione della polizza solleva. Tuttavia, sulla base dei pochi dati a disposizione sembra possibile affermare che il pensiero della giurisprudenza sia incline a riconoscere una certa "pericolosità" insita nella clausola *claims*, sebbene sulla base di differenti ragionamenti .

In senso favorevole alla validità della clausola si conosce solo la sentenza resa dal Tribunale di Crotone, 8 novembre 2004, la quale ha affermato che «la clausola *claims made* riferisce la copertura assicurativa agli eventi non solo verificati, ma

²⁹⁹ Tribunale di Genova, 8 aprile 2008, n. 1478, cit.

denunciati all'impresa assicurativa nel periodo di assicurazione, riguardando i reclami avanzati nei confronti dell'assicurato e notificati all'assicuratore per la prima volta durante il periodo di validità della copertura. La clausola comporta, quindi, una deroga del tutto legittima all'art. 1917, comma 1° c.c., non figurando tale disposizione tra quelle dichiarate non derogabili dall'art. 1932 c.c.»³⁰⁰

Con decisioni diametralmente opposta si pongono invece le altre sentenze rese dalla giurisprudenza di merito.

Il Tribunale di Casale Monferrato, 25 febbraio 1997, per primo aveva considerato la clausola *claims* nulla poiché «l'obbligo dell'assicuratore a tenere indenne l'assicurato di quanto questi in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione deve pagare a un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto, e l'obbligo dell'assicuratore di farsi carico dell'ammontare delle spese sostenute dall'assicurato per evitare o diminuire il danno, trovano il loro fondamento, rispettivamente, negli art. 1917 e 1914 c.c. Trattandosi di norme primarie ed imperative, di immediata applicazione, devono essere inserite di diritto nel contratto concluso tra le parti se non previste, ovvero in sostituzione delle clausole difformi ai sensi dell'art. 1339 c.c.».

Procedendo con la stessa *ratio*, è nota la successiva sentenza resa dal Tribunale di Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318. La decisione è altrettanto interessante in quanto manifesta in maniera inequivocabile un rifiuto della giurisprudenza a riconoscere validità del *claims made*. Decisa nel dichiarare la nullità della clausola, il Tribunale bolognese ha rilevato che la pretesa non copertura assicurativa, ai sensi delle condizioni generali di polizza, non poteva trovare accoglimento poiché, riconoscendo nell'art. 1917 c.c. natura primaria, imperativa, e di immediata applicazione, la clausola *claims made* non vi risultava in alcun modo conforme. Secondo il magistrato bolognese la clausola *claims*, prevedendo la validità dell'assicurazione solo per “le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia” della polizza, escluderebbe la copertura assicurativa a

³⁰⁰ Tribunale di Crotone 8 novembre 2004, in *Ass.*, 2004, II, 260.

tutti quei fatti commessi durante il periodo in cui era stata stipulata la polizza, ma in merito ai quali è stata formulata una richiesta risarcitoria solo dopo la scadenza del contratto. In questo modo verrebbe meno la stessa causa del contratto di assicurazione, in quanto la finalità dell'assicurazione per la responsabilità civile è quella di tutelare il patrimonio complessivamente considerato dell'assicurato dal rischio di alterazione negativa a seguito di responsabilità per eventuali comportamenti colposi anche gravi.

La Corte di Appello di Napoli 28 febbraio 2001, n. 503, proponendo un secondo orientamento ha ritenuto la clausola vessatoria e, pertanto, invalida se non sottoscritta due volte. In particolare la Corte napoletana ha ritenuto che «il dato testuale usato per definire l'oggetto della garanzia assicurativa non consente dubbi circa l'identificazione degli eventi rientranti nella copertura assicurativa, che vanno individuati non certo nelle denunce degli eventi stessi e con riferimento all'ambito temporale di dette denunce, ma ai fatti colposi verificati nella vigenza del contratto di assicurazione. Opinando diversamente e nel senso prospettato dall'assicuratore si perverrebbe a conclusioni che mal si conciliano con la natura di contratto aleatorio del contratto di assicurazione, affidandosi alla disponibilità o al calcolo delle parti il far rientrare un dato evento nella copertura assicurativa, che vi sarebbe o sarebbe esclusa in dipendenza della scelta operata da un soggetto e del tutto sganciata dal fatto colposo e dal periodo in cui lo stesso ebbe a verificarsi. Appare, pertanto, inaccettabile l'interpretazione che dell'art. 2 della citata polizza intende dare l'Ente Assicuratore, che, peraltro, qualora dovesse avere un avallo nella infelice ed insolita formulazione letterale usata - non potrebbe sfuggire alla sanzione di inefficacia che l'art. 1341 c.c. prevede per le clausole vessatorie, comportando essa, con la definizione e precisazione di una copertura per rischi normalmente fuori da un contratto di assicurazione ed escludendo i rischi per i quali di solito ci si assicura per eventi collegati alla colpa professionale, una evidente limitazione di responsabilità, che avrebbe dovuto quanto meno essere approvata specificamente per iscritto al fine di rendere edotto l'assicurato dello spostamento del rischio assicurato rispetto a

quello che solitamente viene munito di copertura assicurativa in caso di colpa professionale».

La sentenza è stato oggetto del riesame della Corte di Cassazione, la quale si è pronunciata con la sentenza 5624/2005³⁰¹ abbracciando una tesi intermedia secondo la quale le clausole *claims* non sono del tutto nulle potendo risultare vessatorie secondo un apprezzamento devoluto al giudice di merito³⁰².

Le argomentazioni svolte dalla Corte, possono essere così sintetizzate :in primo luogo rileva che la clausola *claims made*, non rientra nell'enunciato dell'art. 1917, il quale, coerentemente con gli articoli 1913, 1914 c.c., fa riferimento al fatto di cui l'assicurato deve rispondere. Di conseguenza, il contratto di assicurazione della responsabilità civile con la clausola *claims made* non rientra nella fattispecie astratta tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce un contratto atipico da ritenersi in linea generale lecito ex art. 1322 c.c. . Secondariamente, è potere-dovere del giudice di merito valutare il grado di chiarezza della clausola contrattuale al fine di stabilire se la comune intenzione delle parti risulta in modo certo ed immediato dalla dizione letterale del contratto. Nella fattispecie, la Corte di merito ha ritenuto insussistente la chiarezza e l'univocità della clausola *claims made* nell'equilibrio globale del contratto: il complesso dei dati testuali induceva a ritenere che rientrava in garanzia il fatto evento, non la richiesta di risarcimento presentata per la prima volta. Infine, pur essendo irrilevante, ai fini del ricorso, la clausola del *claims made* nell'ottica della Cassazione, è comunque illegittima, nella fattispecie, perché comporta una limitazione di responsabilità e non è stata specificatamente approvata nelle forme di cui all'art. 1341 c.c.

Di interesse, si ricorda ancora la sentenza del Tribunale di Roma, 12 settembre 2007³⁰³. Il Tribunale, analizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nato dalla valutazione della clausola *claims* ha ritenuto di doversi discostare dall'orientamento proposto dalla Corte di Cassazione, non ritenendo del tutto soddisfacentemente

³⁰¹ Cass., 15 marzo 2005, n. 5624, cit.

³⁰² Si rimanda a pag. 146 della presente trattazione.

³⁰³ Tribunale di Roma, 12 settembre 2007, n. 17197, cit.

garantistica la soluzione prospettata, condividendo, invece, l'orientamento proposto dai Tribunali di Casale Monferrato e di Bologna.

Secondo il Tribunale di Roma nel contratto di assicurazione contro i danni l'elemento essenziale è il rischio: la mancanza di esso comporta infatti la nullità del contratto, la sua cessazione e cioè lo scioglimento del vincolo. «In quanto elemento essenziale del contratto di assicurazione, il rischio deve preesistere alla stipula del contratto e perdurare dopo tale momento. Tanto si desume dall'art. 1895 c.c. il quale in tema di nullità del contratto di assicurazione per inesistenza del rischio prevede due ipotesi; la prima ipotesi di nullità prevista dall'art. 1895 c.c. è che il rischio non sia mai esistito, e ciò può accadere quando la *res* oggetto dell'interesse protetto non esiste, ovvero non è mai stata esposta al pericolo di pregiudizio. la seconda ipotesi di nullità prevista dall'art. 1895 c.c. è che il rischio abbia cessato di esistere prima della stipula del contratto. Questa norma conferma indirettamente che il rischio dedotto nel contratto deve essere un evento futuro e incerto. L'ipotesi della cessazione del rischio anteriore alla stipula può ricorrere ad esempio quando l'evento temuto si è già verificato. Da quanto esposto discende che la legge non consente né l'assicurazione retroattiva, quella cioè i cui effetti si producono da una data anteriore a quella della stipula del contratto, né l'assicurazione di rischi già verificatisi ancorché le parti ne ignorino l'esistenza, il c.d. rischio putativo³⁰⁴.

La conferma di tale conclusione si rinviene nel fatto che là dove il legislatore ha inteso consentire l'assicurazione dei rischi putativi, lo ha fatto espressamente.³⁰⁵

Per rischi già verificatisi tuttavia debbono 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. In questo caso nulla rileva che l'evento si sia concretamente verificato dopo la stipulazione del contratto, quando l'avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti prima di tale momento. Così sarebbe nullo il contratto di assicurazione del creditore se il fallimento del debitore dell'assicurato, dichiarato

³⁰⁴ In proposito si rimanda al cap. I della presente trattazione, par.5

³⁰⁵ Così l'art. 514 del codice della navigazione.

dopo la conclusione del contratto, sia stato reso inevitabile dal compimento di atti pregiudizievoli in epoca anteriore alla stipula; così come sarebbe del pari nullo il contratto di assicurazione contro il rischio di crollo di immobile se al momento della stipula si era già verificato il cedimento del terreno su cui poggiava l'edificio e che ha prodotto quale conseguenza inevitabile il crollo della costruzione.

Orbene, nell'assicurazione della responsabilità civile il rischio dedotto in contratto è l'impovertimento dell'assicurato conseguente ad esborsi risarcitori a loro volta derivanti da fatti illeciti commessi dall'assicurato medesimo. Pertanto, sebbene l'assicurato patisca materialmente il pregiudizio quando il terzo danneggiato esiga il risarcimento, non vi è dubbio che il rischio dedotto nel contratto è rappresentato non dalla richiesta di risarcimento proveniente dal terzo, ma dalla commissione di illeciti colposi da parte dell'assicurato.

Ne consegue che la clausola *claims made*, consentendo l'indennizzabilità di rischi già verificatisi al momento della stipula del contratto, è nulla *ex art. 1895 c.c.* in quanto rappresenta l'assicurazione del rischio putativo».

Si ricorda ancora la sentenza pronunciata dal Tribunale di Genova, 8 aprile 2008³⁰⁶, che sempre motivata a negare la liceità del *claims*, ritiene la polizza invalidata sotto tre differenti profili. Da un lato valuta il *claims* nullo perché diretto ad alterare la causa del contratto di assicurazione impedendo l'effettivo trasferimento del rischio. Dall'altra che il *claims* sia contrario a norma imperativa ritenendo che il primo comma dell'art. 1917 c.c. sia norma inderogabile per la natura stessa del suo contenuto e della sua funzione, senza pertanto necessitare di essere dichiarata tale. Richiamando il pensiero del Tribunale di Bologna, specificando che le compagnie di assicurazione non possono stipulare contratti non assicurativi e che la causa del contratto di assicurazione è stata individuata dall'art. 1917, 1° comma, c.c., ha «segnalato l'importanza e la sempre maggiore imposizione in vari campi dell'obbligo di assicurazione, segno della particolare rilevanza che l'ordinamento riserva alla funzione assicurativa, [ritenendo che] la norma di cui all'art. 1917 c.c., 1°

³⁰⁶ Tribunale di Genova, 8 aprile 2008, n. 1478, inedita

comma, costituisce norma imperativa: dunque un contratto che ha causa illecita in quanto contrario a norma imperativa è nullo».

Infine ritiene percorribile anche la strada tracciata dal Tribunale di Roma valutando priva della necessaria aleatorietà la clausola *claims* perché volta a garantire un rischio putativo.

Ripercorrendo l'analisi condotta dalla giurisprudenza e dalla dottrina sull'efficacia della clausola *claims made* si può osservare come sul punto il dibattito sia ancora aperto. Né è, comunque, possibile negare la fondatezza delle idee poste alla base di ciascun orientamento delineato.

Non è, infatti, possibile tralasciare il pensiero di quella parte di dottrina che, sostenendo l'utilità e la fondatezza della clausola, pone l'attenzione su tutte quelle problematiche che affiggono l'impresa a seguito della difficoltà di affrontare – economicamente - le richieste di risarcimento di quei danni conseguenti ai sinistri c.d. tardivi. Né, tantomeno, è possibile dimenticare, come implicitamente ha rilevato la giurisprudenza, la pericolosità della clausola derivante non solo dalla limitazione della garanzia, ma anche dalla arbitraria possibilità, in mano alle imprese di assicurazione, di recedere dal contratto.

Per quanto con motivazioni difformi, lo sforzo giurisprudenziale è stato diretto nell'intento di far rivivere in tutti i contratti della responsabilità civile presenti sul mercato, il dettato di cui all'art. 1917, 1° comma, con tutto il suo splendore e con tutta la sua intensità, eliminando dallo schema negoziale ogni clausola che alteri ai danni dell'assicurato il meccanismo con il quale si viene a perfezionare il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

Ogni soluzione comunque prestata, sebbene per mezzo di differenti strade, conduce nei fini alla medesima direzione, ossia quella di preservare il diritto alla garanzia spettante all'assicurato.

Considerando, in conclusione che, differentemente dalla logica dei contratti di consumo in genere dove al contraente “pentito” viene data la possibilità di porre fine al vincolo negoziale, l'interesse dell'assicurato è quello di mantenere il più possibile

attiva l'operatività della polizza, non si deve giungere alla soluzione che l'intero contratto con clausola *claims* sia un contratto nullo. E' infatti indiscutibile, anche interpretando il contratto alla luce della volontà delle parti secondo i parametri interpretativi di cui all'art. 1362 c.c., che entrambe, ossia il professionista, per preservare il proprio patrimonio dai rischi conseguenti all'attività professionale, e la compagnia assicurativa, per dovere istituzionale, non potendo porre in essere contratti non assicurativi, hanno la comune intenzione di stipulare un contratto assicurativo.

E' dunque importante andare a sanzionare quella specifica parte del contratto volta a minare l'equilibrio del contratto, così da riconsegnare al negozio il requisito della meritevolezza secondo l'idea che il nostro ordinamento ha imposto in ordine alla funzione del contratto di assicurazione.

Quello del recesso, infatti, anche in combinazione con la clausola che limita il retroagire della garanzia a un numero determinato di anni, pare, infatti, il vero problema che induce a ritenere il *claims* come socialmente pericoloso, e certamente non sembra che la soluzione proposta dalla Cassazione, ritenendolo una clausola vessatoria, possa riportare equilibrio fra gli interessi delle categorie economico-sociali contrapposte sul mercato.

E', comunque curioso o piuttosto poco previdente l'atteggiamento della giurisprudenza che, spinta dal desiderio di aiutare sempre e comunque il "povero" danneggiato, sia arrivata a spezzare quell'equilibrio insito nel rapporto Assicurazione e Responsabilità civile che ha sempre permesso un tranquillo sviluppo della vita economica moderna. Forzando gli schemi della responsabilità civile, si è arrivati ad una inevitabile forzatura degli speculari schemi dell'assicurazione. Sarà quindi interessante osservare se la medesima giurisprudenza si adopererà per ricercare una soluzione capace di contemperare gli interessi di tutte le parti coinvolte, o se sarà necessario l'intervento del legislatore come avvenuto nella vicina Francia.

BIBLIOGRAFIA

A

- AA.VV., *La gestione del rischio aziendale, ERM – Enterprise Risk Management: modello di riferimento e alcune tecniche applicative*, Milano, 2006
- ABRAHAM, K.S. *Enviremental Liability and Limits of insurance*, 88 *Colum. Law rev.*
- ALBERTON M., *L'assicurazione del danno ambientale nella direttiva 2004/35/CE*, in *Danno e resp.* 2007, 2, 135
- ALPA G., *La responsabilità civile*, Milano 1999
- ALPA G., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982
- ALPA G., *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999
- ALPA G., *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria*, Padova, 1998
- ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contatti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, I, 1999
- ALPA G., *I contratti del consumatore*, in *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1997
- ALPA G., *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur.it.*, 1992, 409
- ALVAREZ VEG I., *La responsabilità del produttore nel diritto spagnolo I problemi di assicurabilità dei rischi di sviluppo.*, in *Dir e prat. Ass.*, 1997, 561
- ANGELICI C., *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997
- ANTINOZZI M., *La responsabilità dello sciatore* in *Dir e prat. nell' ass.* 1987, 863
- ANTINOZZI M., *Rischio anormale ed aggravato nell'assicurazione r.c.*, in *Dir. e prat. ass.* 1978, 28
- ARALDO F., *Gli effetti sulla gestione aziendale della direttiva CE sul danno ambientale e i possibili riflessi sul piano assicurativo*, in *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano 2006

B

- BALLETTA M., *Il danno ambientale*, Napoli, 2002
- BATTAGLIA M., *Gli effetti sulla gestione aziendale della direttiva CE sul danno ambientale e i possibili riflessi sul piano assicurativo*, in *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano 2006
- BAVARESCO P., *Danno ambientale e assicurazione: assicurabilità e non assicurabilità del danno ambientale*, in *Dir ed ec. dell'ass.*, 1999, 763
- BENEDETTI A.M., *Autonomia privata e procedimentale*, Torino, 2002
- BENSA E., *Il contratto di assicurazione nel Medioevo*, Genova, 1884
- BERNARDI A., *Il mercato assicurativo italiano di fronte ai rischi da inquinamento*, in *Dir. e prat. ass.* 1987, 478.
- BERNESTEIN P. L., *Against the Gods. The remarkable story of risk*, New York, 1996
- BERNESTEIN P. L., *Geneva Papers of Risk and Insurance. Issues and Practice*, 2000
- BESSON A., *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, Paris, 1927
- BESSONE M., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982
- BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La Responsabilità*, Milano, 2000
- BIANCA C.M., *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova; 1998
- BIGIAVI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948
- BILE B., *La sentenza n. 500 del 1999 della Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; in *Contr. e impr.* , 2001, 21
- BIN M., *Commentario al codice delle assicurazioni*, Padova, 2006
- BINDING K., *Die Normen und ihre Ubertretung*, Leipzig, 1916
- BONFANTE P., *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, in *Scritti giuridici vari*, Torino, 1918

- BONOLIS G., *Svolgimento storico dell'assicurazione in Italia*, 1901
- BRECCIA U., *Il contratto in generale, Causa*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, III, Torino, 1999, 3
- BREDA R., *La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive*, in *Danno e resp.*, 2001, 1047
- BROLESE R., *L'assicurazione furto*, in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002
- BUCELLI A., *Azione di riduzione e decorrenza della prescrizione: l'ultima parola delle Sezioni unite della Cassazione*, in *Guida al dir.*, 2004, 44, 14
- BUSNELLI F.D., *Prefazione*, in *Le Assicurazioni private*, Torino, 2006
- BUSNELLI F.D., *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539
- BUSNELLI F.D., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi* in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335, 340
- BUSNELLI F.D., *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova; 1998
- BUSSANI M., *Colpa oggettiva e colpa soggettiva*, in *La Responsabilità civile*, Milano, 1988
- BUTTARO L., *Assicurazione: Caratteristiche e classificazioni*, in *Enc dir.*, 1958
- BUTTARO L., *In tema di dolo e di colpa grave nella descrizione precontrattuale del rischio assicurato*, in *Riv. dir e proc. civ.*, 1962, 731
- BUTTARO L., *Assicurazione (contratto di)* in *Enc. Dir.*, III, Milano 1958, 448

C

- CABELLA PISU L., *La responsabilità del produttore*, in *Diritto dei consumi*, III, Napoli, 2007
- CABELLA PISU L., *Responsabilità civile e tutela dei consumatori*, in *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Milano, 2003

CALABRESE M., *La doppia natura della responsabilità del gestore di una pista da sci*, in *Danno e resp.*, 2005, 8-9, 837

CAMPOBASSO G., *Commentario al testo unico della Finanza*, Torino, 2002

CANNATA A., *Oggetto del contratto*, in *Enc. Dir.* XXIX, Milano, 1979

CANARIS C. W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003

CANDIAN A. D., *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002

CANDIAN A.D., *Riflessioni sul rischio e le responsabilità nella struttura sanitaria*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2002, 553

CANDIAN A.D., *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993

CAPRIGLIONE F., *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di Intermediazione Finanziaria*, Padova, 1998

CARANTA R., *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212

CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, 661

CARBONETTI E.F., *La formazione de il perfezionamento del contratto*, in *Responsabilità e assicurazione*, Mialno, 2007

CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, Torino, 2006

CASTELLANO G., *Le assicurazioni private*, Torino, 1970

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976

CASTRONOVO C., *Un contratto per l'Europa*. Prefazione a I Principi di diritto europeo dei contratti, ed it., Milano, 2001

CAVALIERE C., *Obblighi di informazione*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, Padova, 2006

- CAVALLO BORGIA R., *Responsabilità e assicurazione*, Milano, 2007
- CAVALIERE C., *Intermediari di assicurazione e di riassicurazione*, in *Commentario al codice dell'assicurazione*, Padova, 2006
- CENDON P., *Responsabilità civile e pena privata*, in *Le pene private*, Milano 1985
- CERINI D., *Responsabilità del produttore e rischio di sviluppo: oltre la lettera della dir. 85/374/CEE*, in *Dir ed ec. dell'ass.*, 1996, 29
- CHERUBINI S., *Marketing delle assicurazioni*, Torino, 1988
- CHIAVINI C., *Il Ramo incendio*, in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002
- COMANDÈ G., *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004
- COMANDÈ G., *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* Milano, 2006
- COMPORZI M., *Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, Milano, 2002
- COSMI L. *Il risk management nelle aziende sanitarie*, Milano, 2003
- COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e imp.* 1987, 422
- CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 11

D

- D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992
- DANZON P., *Medical Negligence and the NHS: an Economic Analysis*, Health Economics, 1999
- D'ANTINO M., *Il nuovo codice delle assicurazioni*, Roma, 2006
- DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano 1966
- DE FERRA C., *L'assicurazione: nozioni, concetti, base matematiche*, Milano, 1995
- DE GREGORIO A., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987
- DELFINI F., *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999

- DE LORENZI V., *Contratto di assicurazione, disciplina giuridica e analisi economica*, PADOVA, 2008
- DEL VECCHIO M., *Il risk management nelle aziende sanitarie*, Milano, 2003
- DE MARINI AVONZO F., *Diritto romano e diritto privato, Letture da F.K. von Savigny*, Torino, 1995
- DE MATTEIS R., *Responsabilità e Servizi sanitari*, Padova, 2007
- DE MATTEIS R., *Il doppio volto dell'art. 2236, La responsabilità medica*, 124.
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica per omessa diagnosi, prenatale: interessi protetti e danni risarcibili*, in *Nuova giur. civ.*, 2003
- DE MATTEIS R., *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1995,489
- DE NOVA G., *La scelta sistematica del legislatore italiano*, in *L'acquisto di beni di consumo. D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24*, Milano, 2002
- DENOZZA F., *Prevenzione e assicurazione*, in *Ass.*, 1978, I, 434
- DE PENTIMA M.G., *L'onere della prova nella responsabilità medica*, Milano, 2007
- DE STROBEL D., *Le vicende del «claims made»*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 2006, 531
- DE STROBEL D., *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004
- DE STROBEL D., *Il premio in Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002
- DE STROBEL D., *Assicurazione R.C.*, Milano, 1974
- DI GIANDOMENICO G., *L'alea normale del contratto*, in *I contratti aleatori*, Torino, 2005
- DI MAJO A., *Il risarcimento degli interessi non più solo legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 949
- DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico(voce)* , in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988
- DI MARZIO F., *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, in *Quaderni Rass. dir. civ.*, Napoli, 2004
- DI MARTINO A., *Il "nuovo" danno ambientale. Note minime*, in www.ambientediritto.it

DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni*, Milano, 1952
DONATI A., *Trattato del diritto delle assicurazioni*, II, Milano, 1954
DONATI A., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1995
DURANTE A., *L'assicurazione della responsabilità imprenditoriale*, Milano, 1967

E

EHRENZWEIG A., *Versicherung als Haftungsgrund*, in *Juristische Blätter*, 1950
EHRENZWEIG A., *Assurance oblige, A comparative study*, in *Law and Contemp. Prob.*, 1950, 445
EMINENTE G., *Marketing delle assicurazioni*, Torino, 1988

F

FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004
FAY M., *Gli effetti sulla gestione aziendale della direttiva CE sul danno ambientale e i possibili riflessi sul piano assicurativo*, in *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006
FACCIOLI M., *Dichiarazioni inesatte e reticenti dell'assicurato e tutela dell'assicuratore*, in *La Resp. civ.*, 2005, 3, 247
FANELLI G., *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1945
FANELLI G., *Considerazioni sul concetto di rischio nell'assicurazione*, in *Ass.*, 1944., I, 45
FANELLI G., *Le assicurazioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, 1973
FANELLI G., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987
FARENGA L., *Diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2001
FEDELI A., *Le assicurazioni infortuni* in *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano 2002
FERRARA F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902
FERRARINI G., *Financial Scandal and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, *Law Working Paper* No. 40/2005, May 2005, in <http://ssrn.com/abstract=7304003>

FERRARINI G., *La riforma dei mercati finanziari e il Testo Unico*, in *La riforma dei mercati finanziari*, Roma 1998

FERRARINI G., *La responsabilità da prospetto*, Milano, 1996

FERRERI S., *L'intervento dell'Unione Europea a tutela dei consumatori e le possibili relazioni di sustrato negli Stati membri*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 633

FERRI G.B., *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due termini meritevoli di riflessione*, in *Quad.*, 1989

FERRI G.B., *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997

FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teorie del contratto*, Milano, 1970

FERRI G.B., *Meritevolezza degli interessi e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

FERRI G.B., *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995

FLICK M., *Responsabilità e piste da sci, responsabilità contrattuale o aquiliana?*, in www.bormioforumneve.eu

FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interesse legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, 3212

FRANCESCHELLI V., *I rapporti di fatto*, Milano, 1984

FRANZONI M., *Il danno alla persona*, Milano 1995

FRANZONI M., *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004

FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2004

FRANZONI M., *La responsabilità oggettiva, Il danno da cose e da animali*, Padova, 1988

FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1993

FRANZONI M., *Responsabilità (assicurazione della)* in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1996

FUSCIANI M., *Rischio tecnologico e responsabilità legale in sanità*, relazione al Convegno organizzato dall'ANIA, Politecnico di Milano 20 settembre 2004

G

GABRIELLI E., *I contratti in generale*, Torino, 1999

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in www.judicium.it

GAGLIARDI M., *Atipicità dell'assicurazione per prassi assicurativa e copertura dei nuovi rischi*, in *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006

GAMBINO A., *Assicurazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988

GIAMPIETRO F., *La responsabilità per danno all'ambiente: Recepimento della direttiva 2004/35/CE e sopravvivenza del danno presunto e punitivo*, Milano, 2006

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1978, 52

GILI E., *Principi generali del contratto di assicurazione*, Seminario Corpi Marittimi ANIA – Milano, 26 maggio 2003

GIUDICI P., *Financial Scandal and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, *Law Working Paper* N. 40/2005, May 2005, in <http://ssrn.com/abstract=7304003>

GOLDSCHMIDT J., *Storia universale del diritto commerciale*, 1913

GORGONI M., *Responsabilità per prodotto difettoso alla ricerca (della prova) della causa del danno*, in *Riv. civ e prev.*, 2007, 1592

GORLA G., *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Justitia*, 1953

GORLA G., *Il contratto*, I, Milano, 1955

GORLA G., *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv.tri.dir.proc.civ.*, 1967, 1499

GONETTA G., *Società di mutuo soccorso*, Pistoia, 1887

GRASSO F., *Elementi di tecnica attuariale della riassicurazione nei rami danni*, Firenze, 2001

GREMIGNI FRANCINI L., *Responsabilità sanitaria e tutela della persona*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1049

GRIGOLI M., *In merito alla disciplina dell'assicurazione nel rischio putativo*, in *Ass.*, 1960, I, 620

GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I

H

HAUPT G., *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H Siber*, II, Leipzig, 1934

I

IPPOLITO S., *Il sinallagma nel contratto di assicurazione* in *R.DCo*, 1983, I, 483

IUDICA G., *Danno alla persona per inefficienza della struttura sanitaria*, in *Resp.civ. prev.*, 2001, 3.

K

KISCH W., *Handbuch des Privatversicherungsrecht II*, München 1920

L

LABELLA B., *Il risk management in La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004

LABELLA B., *L'innovazione delle tecnologie biomediche tra rischio, incertezza, precauzione e gestione*, in *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006

LAPERTOSA F., *La tipicità*, in *I contratti in generale*, Torino, 2001

LA TORRE A., *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987

LOCATELLI L., *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2005, 12, 1030

LANZANI C., *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1084

LUMINOSO A., *Risoluzione per inadempimento*, in *Commentario al codice civile*
Bologna, 1990

M

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958

MANDÒ M., *Dichiarazioni inesatte e reticenze nella fase precontrattuale del contratto di assicurazione*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 1996, 791

MAZZAMUTO S., *I principi di diritto europeo dei contratti nel canone i Carlo Castronovo*, in *Eur. dir.*, 2002, 847

MAZZUCHELLI G.B., *La sanità "nel libro nero" delle compagnie di assicurazione*, in *Il giornale della previdenza*, 2005, 10

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 368

MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952

MONATERI P. G., *Il torto da illegittimo esercizio della funzione pubblica in Danno e resp.*, 1999, 949

MONTI A., *L'assicurazione della responsabilità civile ambientale nell'esperienza americana*, in *Dir. ed ec. dell'ass.*, 1997, 53

N

NAVARRETA M., *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità in Danno e resp.*, 1999, 949

NAVARRETA M., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv.dir. comm.*, I, 2003, 981

NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975

O

O'BRIEN C., voce *Actuarial methods in finance*, in *The new Palgrave dictionary of money and finance*, London, 1992

OLIVERI A., «Valutazioni » in *assicurazione vita: profili attuariali, finanziari ed economici*, in *Dir. ec. ed ass.*, 1996, 381

OSTUNI G., *Quali garanzie assicurative ? per un corretto rapporto con le compagnie*, in www.associazioneamami.it

P

PACI S., *Manuale di tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002

PALERMO G., *Funzione illecita e autonoma privata*, Milano, 1970,

PARADISO M., *La responsabilità medica dal torto al contratto*, in *Riv. Dir.civ.*, 2001, 328

PASSAGNOLI G., *Regolamento, Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, 437

PAVELEK ZAMORA E., *Il futuro della responsabilità civile nella prospettiva dell'assicurazione in Spagna*, in *Dir e prat. ass.*, 2001, 1078

PEYRON E., *L'accidentalità nella assicurazione di responsabilità civile*, in *Dir. prat. ass.*, 1962, 162

PILLON B., *Il danno ambientale*, Napoli, 2002

PINO A., *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1960 I, 236

PISCI F., *Riserve tecniche dei rami vita e danni*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, Milano, 2006

PITACCO E., *Modelli attuariali per le assicurazioni sulla salute*, Milano, 1995

PONZANELLI G., *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003

PONZANELLI G., *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 36.

POTHIER R.J., *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere*, II, Livorno, 1841

POZZO B., *Il criterio di imputazione della responsabilità per danno ambientale nelle recenti leggi ecologiche*, in *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, Milano, 1996

POZZO B., *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano, 1996

POZZO B., *Il danno ambientale in Il diritto privato oggi*, Milano, 1998

POZZO B., *La responsabilità ambientale*, Milano, 2005

PRATI L., *Le criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del Codice dell'Ambiente*, in *Danno e resp.*, 11, 2006, 1049

PRIEST G.L., *The current insurance crisis and modern tort law*, in *96 Yale Law Journal*, 1987, III, 152

PERROW CH., *Normal accidents: living with high risk technologies*, Princeton University Press, Princeton, 1999, 10

PROTTO M., *E' crollato il muro dell'irrisarcibilità della lesione di interessi legittimi: una svolta epocale?* in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1067

R

RESCIGNO P., *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992

RICCA L., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano 1965

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964

RODOTÀ S., *Tecnopolitica, La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, 2004

RODOTÀ S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992

ROLFI F., *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?;* in *Corr. giur.*, 2006, 12, 1718

ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2001

ROPPO V., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982

ROPPO V., *Istituzioni di diritto Privato*, Bologna, 2005

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002

ROSSETTI M., *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, in *Le Assicurazioni private*, Torino 2006

ROSSETTI M., *Inesistenza del rischio in Le Assicurazioni*, Milano, 2000

ROSSETTI M., *Caratteri generali del contratto di assicurazione*, in *Le Assicurazioni private*, Torino 2006

RUSSO C., *Trasparenza ed informazione nel contratto di assicurazione*, Padova, 2001

S

SACCO R., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco e G. de Nova*, I, II, Torino, 1993

SACCO R., *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 198

SALANDRA A., *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1966

SALANDRA A., *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Ass.*, 1939, I, I

SALMI S., *Diritto dell'ambiente. Principi fondamentali di diritto ambientale*; Milano, 1994

SALVI C., *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, 1989

SANCHEZ C., *Prevenzione e assicurazione*, in *Ass.*, 1978, I, 429

SANTORO PASSARELLI F., *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquentenario dell'I.N.A.*, Roma, 1963

SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960

SCALFI G., *I contratti di assicurazione, l'assicurazione danni*, Torino, 1991

SCALFI G., *Assicurazione*, in *Digesto*, I, Torino 1987

SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Milano-Varese, 1960

SCALONE G., *La risoluzione del contratto: inadempimento dell'assicuratore*, in *Ass.*, 1955, II, 218

SCOGNAMIGLIO C., *Regolamento, Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, Milano, 2006

SELLA M., *La Responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2007

SELLERI L., *Nuovi orientamenti nelle politiche di premio delle imprese di assicurazione*, in *Dir ed Ec. dell'ass.*, 2001, 969

SIEBERT W., *BGB-System und völkliche Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936

SIMONE R., *Assicurazione Claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2005, 11, 1079.

SOTGIA S., *Mutamento ed intensità del rischio nel contratto di assicurazione*, in *Ass.*, 1956, 152

SPANGIATI F., *La valutazione giuridica dell'ambiente*, Padova, 2002

STELLA G., *La responsabilità del produttore per danno da prodotto difettoso nel nuovo codice del consumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1603

STELLA M., *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Milano 2007

STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. civ. Praxis*, 136, 1932

T

TOWSE A. *Medical Negligence and the NHS: an Economic Analysis*, Health Economics, 1999

TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961

TURCHETTI G., *La responsabilità sanitaria. Valutazione del rischio e assicurazione*, Padova, 2004,

TURCHETTI G., *L'innovazione delle tecnologie biomediche tra rischio, incertezza, precauzione e gestione*, in *Gli Strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, 2006

TUOZZO M., *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr e imp.*, 2002, 547

V

VANNUCCI L., *Statistica assicurativa e valutazioni attuariali*, Pitagora, 2000

VENCHIARUTTI A., *Colpa oggettiva e colpa soggettiva*, in *La Responsabilità civile*, Milano, 1988

VETTORI G., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005

VETTORI G., *Materiali e commenti nel nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999

VETTORI G., *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002

VILLANI L., *Danno da prodotto tra la direttiva CEE n. 374/85, il d.p.r. n. 224/88 ed il codice del consumo*, in *Riv. civ.*, 2007, 1243

VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Milano, 2005

VISINTINI G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale postilla di aggiornamento, Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario del codice civile*, Milano, 2007

VISINTINI G., *La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Delimitazione delle rispettive aree di applicazione*, in *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Milano, 2003

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972

VISINTINI G., *Risarcimento del danno*, in *Trattato dir. priv.*, Torino 1984

VISINTINI G., *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2002

VISINTINI G., *Danno ingiusto e lesione degli interessi legittimi*, in *Contr. e impr.*, 2001

VISINTINI G., *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006

VIVANTE C., *Il contratto di assicurazione*, Milano 1885

VIVANTE C., *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1928

VIVANTE C., *Del contratto di assicurazione in Codice di commercio commentato*, Torino, 1909

VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1995

VOLPE PUTZOLU G., *Danni da inquinamento: responsabilità e assicurazione*, in *Il danno ambientale: regolamentazione, prevenzione, sicurezza*. Atti del convegno ANIA, 30 novembre 1987

VON GIERKE O., *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig, 1889

VENEZIAN G., *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche*, I,
Roma, 1919

VETTORI G., *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002

VIVANTE C., *Del contratto di assicurazione*, in *Codice di Commercio commentato*,
Torino, 1936