

LUCI ED OMBRE DELLE POLIZZE ASSICURATIVE PER RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE MEDICA CON CLAUSOLA CLAIMS MADE

STRENGTHS AND WEAKNESSES OF MEDICAL PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE POLICIES WITH CLAIMS-MADE COVERAGE

Alessandro Feola *, **Elisabetta Bernardel ****, **Luigi T. Marsella *****

RIASSUNTO

L'aumento esponenziale delle controversie nell'ambito della responsabilità professionale dei medici ha portato alla creazione di nuove clausole da inserire nei contratti assicurativi per la responsabilità civile, come quelle denominate claims made e loss occurrence. In particolare in Italia nella prassi assicurativa si sta diffondendo l'utilizzo di clausole claims made tanto nella forma pura che in quella mista. La particolarità di tali clausole risiede nel dato temporale ovvero la richiesta risarcitoria deve pervenire all'assicuratore nel periodo di vigenza contrattuale. Tale lavoro pertanto ha come obiettivo quello di analizzare i riflessi che queste nuove tipologie contrattuali hanno prodotto nel nostro ordinamento giuridico ed in particolare di mettere in luce le opinioni emerse in dottrina e gli approdi giurisprudenziali degli ultimi anni.

SUMMARY

The exponential increase in disputes within the context of professional responsibility of physicians has led to the introduction of new clauses to be included in insurance policies for civil liability, including the claims-made and loss occurrence clauses. Particularly, the use of both pure and mixed claims-made clauses is increasing among the Italian insurance providers. The peculiarity of such clauses lies in the period of cover, since the notice of a compensation claim must be received by the insurer during the coverage period. This paper aims to analyze the repercussions resulting from these new types of

* Dipartimento di Medicina Sperimentale, Seconda Università degli studi di Napoli, via Luciano Armanni 5 - 80138 Napoli.

** Studio Legale « Cannata e Associati », via della Mercede 11 - 00187 Roma.

*** Dipartimento di Biomedicina e Prevenzione, Università degli studi di Roma « Tor Vergata », Via Montpellier 1 - 00133 Roma.

CORRESPONDING AUTHOR: Alessandro Feola, e-mail alessandro.feola@libero.it.

RIVISTA ITALIANA DI MEDICINA LEGALE

policies within our legal system, and, particularly, to highlight the views expressed in doctrine and case law precedents in the recent years.

Parole chiave: responsabilità professionale, assicurazione, claims made, loss occurrence.

Keywords: professional liability, insurance, claims made, loss occurrence.

SOMMARIO:

1. Introduzione; 2. Termini della questione ed inquadramento storico; 3. In merito alla legittimità della clausola *claims made*; le tesi in campo; 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

La classe medica si trova oggi più che mai ad attraversare un periodo assai difficile per quanto attiene la responsabilità civile scaturente dall'esercizio dell'attività sanitaria. La diligenza cui è tenuto il medico, nell'esercizio della sua professione è una diligenza che può essere definita « qualificata » proprio a causa della natura di tale attività. Tale diligenza si concretizza nella conoscenza e applicazione delle c.d. *leges artis*, volte a delimitare l'ambito del c.d. *rischio consentito*¹⁾. Da ciò discende che la colpa medica ricorre tanto nel caso in cui il sanitario incorra in una involontaria inosservanza delle regole cautelari di condotta preposte al corretto esercizio del particolare settore specialistico di appartenenza, tanto nel caso in cui questi abbia scientemente violato dette regole. Un primo argine che il Legislatore ha, forse maldestramente, tentato di erigere a tutela della classe medica è rappresentato dalla rinomata Legge n. 189/2012, meglio nota come Legge Balduzzi. Sebbene questa sia volta a delineare i limiti della responsabilità penale del medico, non si possono ignorare i riflessi che ha prodotto anche sul sistema della responsabilità civile, nella specie grazie al disposto di cui all'art. 3, nella parte in cui rinvia all'art. 2043 c.c. anche nel caso in cui venga accertata la sussistenza della scriminante indicata al primo periodo. La Legge Balduzzi rientra in una più ampia manovra volta ad attenuare la pressione sulla classe medica, ormai divenuta insostenibile, la cui degenerazione si manifesta da un lato con l'invalsa prassi della medicina difensiva e dall'altro con un vertiginoso innalzamento dei costi delle polizze assicurative.

Obiettivo di tale lavoro è pertanto quello di analizzare un particolare schema contrattuale, quello del contratto di assicurazione per la responsabilità professionale civile

1) G. CHINE, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto Editore, Roma, 2015, pp. 1948 ss.

con clausole *claims made*, poiché presenta dei profili di grande interesse per quanto attiene la tutela del professionista sanitario, e di comprendere la sua compatibilità con il nostro sistema.

2. Termini della questione ed inquadramento storico.

Di recente è riemerso in dottrina e giurisprudenza il dibattito relativo alle c.d. clausole *claims made*, ovvero « a richiesta fatta »²⁾, ormai molto diffuse nei contratti assicurativi per la responsabilità civile dei professionisti. Il dibattito ha riguardato innanzitutto la loro compatibilità con il nostro ordinamento, ed una volta ammessa, le sue ricadute in termini di decorso della prescrizione e di vessatorietà. Da ultimo la questione è stata affrontata dalla Corte di Cassazione con le sentenze n. 2872 del 13 febbraio 2015³⁾ e n. 22891 del 10 novembre 2015⁴⁾. Al fine di comprendere l'importanza della problematica in esame non si può prescindere da un inquadramento della fattispecie e da una puntuale definizione delle caratteristiche dei contratti assicurativi contenenti le clausole suddette. In un lontano passato, i contratti di assicurazione erano generalmente formulati con la clausola cosiddetta *loss occurrence*, in applicazione della quale, la polizza copriva gli eventi illeciti o i sinistri avvenuti nel periodo di vigenza contrattuale, essendo invece irrilevante il momento di proposizione della domanda risarcitoria. Testimonianza di tale impostazione originaria è data dall'art 1917 c.c.⁵⁾ Tale struttura è idonea a garantire i rischi di responsabilità civile che si possono realizzare in un periodo di tempo breve e circoscritto, non sembra invece idonea alla protezione dai rischi di c.d. danni lungolatenti.

Dalla seconda metà del XX secolo, caratterizzato dallo sviluppo del progresso scientifico e tecnologico, se da un lato si è assistito ad un significativo miglioramento delle condizioni generali di vita, da un altro lato però è avvenuta una vera e propria proliferazione di nuove situazioni di rischio di danni, spesso di non immediata percezione. La conseguenza di siffatta situazione è stata una forte espansione dei rimedi risarcitori offerti

2) M. HAZAN, D. ZORZIT, *Responsabilità sanitaria e Assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 382 ss.

3) Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2872 in *il Corriere Giuridico*, 2015, p. 1057; GIORDANO R (2015). Variazioni nella giurisprudenza di legittimità sulla clausola *claims made*. Disponibile su: <http://ridare.it/articoli/giurisprudenza-commentata/variazioni-nella-giurisprudenza-di-legittimit-sulla-clausola>. Visionato il 24 gennaio 2016.

4) Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2015, n. 22891 in E. BRUNO, *La clausola c.d. 'a richiesta fatta' non è automaticamente vessatoria*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 40, pp. 127 ss.

5) 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.

L'assicuratore ha facoltà, previa comunicazione all'assicurato, di pagare direttamente al terzo danneggiato l'indennità dovuta, ed è obbligato al pagamento diretto se l'assicurato lo richiede.

Le spese sostenute per resistere all'azione del danneggiato contro l'assicurato sono a carico dell'assicurato nei limiti del quarto della somma assicurata. Tuttavia, nel caso che sia dovuta al danneggiato una somma superiore al capitale assicurato, le spese giudiziali si ripartiscono tra assicuratore e assicurato in proporzione del rispettivo interesse.

L'assicurato, convenuto dal danneggiato, può chiamare in causa l'assicuratore.

dall'ordinamento: da parte della giurisprudenza attraverso una tendenza ad una oggettivazione dei parametri di imputazione del danno, da parte del legislatore con riforme di settore ⁶⁾. Questa visione è frutto di una "concezione del risarcimento come compensazione" che impone il ristoro di ogni pregiudizio, talvolta anche mediante l'intervento di chi sia maggiormente in grado di sostenerne economicamente i costi, ossia attraverso il meccanismo assicurativo.

Tuttavia negli ultimi decenni, il vertiginoso aumento dei rischi che le società assicurative sono chiamate a coprire, soprattutto dovuti all'ampliamento di attività caratterizzate da un elevato tasso di rischio intrinseco, ha fatto emergere un dato interessante: in ambito di responsabilità medica, è assai frequente che il danno si produca a notevole distanza di tempo dalla condotta illecita del danneggiante, con un processo "lungolatente". Ciò comporta una difficile ricostruzione del rapporto causale tra condotta ed evento dannoso, in quanto determinabile in termini meramente probabilistici, e talvolta addirittura non apprezzabile. Sovente è accaduto che tale rapporto etiologico sia stato ricostruito solo grazie a conoscenze scientifiche successive, proprio in quanto gli elementi fondanti il legame tra condotta e danno siano emersi a distanza di un considerevole lasso temporale. Trattasi pertanto di una imputazione *ex post*, cioè in base a criteri non ancora determinabili al momento in cui il comportamento è stato posto in essere ⁷⁾, col rischio, peraltro, di essere influenzata dalle modifiche legislative e giurisprudenziali medio tempore intervenute. In altri termini si finisce per imputare una responsabilità retroattiva.

Se da un lato tale ampliamento della responsabilità civile ha il pregio di soddisfare maggiormente l'aspetto compensativo, ponendosi a favore del danneggiato, dall'altro complica notevolmente il trasferimento del rischio sull'assicuratore. Per quanto attiene la professione medica, nella categoria di danni lungolatenti possono annoverarsi le patologie che insorgono dopo un lungo periodo di contatto con sostanze tossiche, quali ad esempio l'asbestosi ⁸⁾, i danni da contagio a causa di emotrasfusioni di sangue infetto ⁹⁾, da produzione e somministrazione di farmaci difettosi, nonché da patologie insorte a seguito di interventi chirurgici ¹⁰⁾. Questa particolare tipologia di danno, oltre ai suddetti interrogativi circa l'accertamento del nesso etiologico tra condotta ed evento, pone il

6) Si pensi alla responsabilità del produttore, per danni da inquinamento, per gestione dati personali, ecc.

7) F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. economia assicur.* (dal 2012 *Dir. e Fiscalità assicur.*), 2010, 1, pp. 3 ss.

8) Alcuni Autori riconducono una profonda crisi del settore assicurativo « al riconoscimento giudiziale di fattispecie di danni completamente nuove, quali il danno da esposizione a sostanze tossiche come l'amianto o il danno ambientale e da inquinamento » (C. LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno Resp.*, 2005, pp. 1084 ss.).

9) Su cui si è espressa Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008 dalla n. 576 alla n. 585 (cfr. R. MATTARELLI, R. MEZZINI, *Indennizzo e risarcimento dei danni da prelievi e trasfusione di sangue*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 245).

10) Vedi Tribunale di Bologna, sez. II civile, 9 giugno 2003, relativa ad un chirurgo che aveva lasciato nell'addome della paziente nel corso di un intervento effettuato nel 1995 del filo metallico ed un rotolo di garza laparotomica, dai quali era originato un processo infettivo, i cui sintomi venivano poi erroneamente diagnosticati come gastroenterite acuta e solo successivamente, attribuiti, a tale dimenticanza del chirurgo.

problema di verificare quale sia il momento in cui sorge il diritto risarcitorio, ovvero il *dies a quo* da cui decorre la prescrizione. Risulta ormai superata la tesi secondo cui debba coincidere con il giorno di verifica della condotta, o del fatto che ha dato origine al pregiudizio, in quanto fondata su una concezione della prescrizione finalizzata esclusivamente alla certezza nei rapporti giuridici. È prevalsa infatti una visione volta ad una tutela concreta del danneggiato¹¹⁾, secondo cui il diritto al risarcimento sorge nel momento in cui questi ha percezione del suddetto pregiudizio, secondo l'ordinaria diligenza tenendo nel debito conto le prove in merito fornite.

A seguito dell'esplosione delle denunce per le cause suddette, della dilatazione dei termini di prescrizione, e del loro riflesso sulle società assicurative si è ravvisato come necessario imporre nelle condizioni contrattuali delle delimitazioni temporali della garanzia, quali appunto le clausole *claims made*¹²⁾. Tale clausola si è talmente diffusa da essere ormai di uso comune nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile di professionisti quali medici ed avvocati. La sua versione originaria, è stata introdotta nella prassi assicurativa per superare la situazione di « *capacity crunch* » del mercato, venutasi a creare a causa della « *liability insurance crisis* » americana a metà degli anni '80 del Novecento, e prevedeva che nell'arco di vigenza temporale della polizza dovessero necessariamente verificarsi tutti gli elementi che compongono il sinistro a così detta manifestazione progressiva, ovvero: la condotta illecita, la manifestazione del danno in termini di pregiudizio per il danneggiato, la domanda risarcitoria e la tempestiva denuncia da parte dell'assicurato all'assicuratore^{13), 14)}. Negli anni però tale clausola ha subito delle evoluzioni. In quella che viene oggi definita clausola *claims made* pura vengono dedotti anche eventi, non conosciuti da parte sia dell'assicurato che dell'assicuratore, avvenuti prima della conclusione del contratto, per un periodo indeterminato, sebbene spesso esso venga circoscritto dai contraenti. A volte, invece, con tale clausola la polizza

11) Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2008, n. 27337 e Cass., sez. un., 11 gennaio 2008 dalla n. 576 alla n. 585, in materia di danni da contagio ematico, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: « Il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno di chi assume di aver contratto per contagio una malattia per fatto doloso o colposo di un terzo decorre, a norma dell'art. 2935 c.c. e art. 2947, comma 1, c.c., non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione che produce il danno altrui o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui viene percepita o può essere percepita, quale danno ingiusto conseguente al compimento doloso o colposo di un terzo, usando l'ordinaria oggettiva diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche » (cfr. G. CASSANO, E. BRANDOLINI, *Prescrizione e decadenza nel danno alla persona*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2009, p. 70; R. MATTARELLI, R. MEZZINI, *Indennizzo e risarcimento dei danni da prelievi e trasfusione di sangue*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna (RN), 2014, p. 245).

12) Tra gli altri, Ceserani ricorda che « le garanzie prestate in regime *claims made* ormai da decenni costituiscono la prassi negoziale per assicurare i rischi professionali e di impresa che, manifestandosi in modo graduale nel tempo o addirittura per il loro carattere lungolatente producono una sinistralità tardiva difficilmente prevedibile in termini certi sia di frequenza che di magnitudo » (F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, pp. 501 ss.).

13) F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. economia assicur.*, 2007, pp. 799 ss.

14) In Italia è l'ANIA stessa a suggerire l'impiego della clausola *claims made* (C. MELICCHINO, *La clausola claims made nel contratto di assicurazione*, in G. DE NOVA (a cura di), *Clausole a rischio di nullità*, CEDAM, Padova, 2009, pp. 5 ss.).

diviene ultrattiva, nel senso che risulta volta a coprire eventi successivi rispetto al periodo soggetto alla vigenza contrattuale. La sua forma mista, invece, si configura quando essa viene combinata con altra clausola ad esempio di tipo *loss occurrence*. In quest'ultima ipotesi si assiste ad un restringimento dell'indennizzabilità del rischio, in quanto il soggetto assicurato finisce per essere tutelato solo nel caso in cui sia il fatto generatore del danno che la domanda risarcitoria vengano proposte sotto la vigenza del contratto di assicurazione. La differenza fondamentale che intercorre tra clausole *claims made* e *loss occurrence*, è relativa al dato temporale, infatti quest'ultima copre eventi che pur occorsi durante la vigenza del contratto si manifestano nel futuro. Diversamente la clausola *claims made* è rivolta al presente, in quanto ciò che rileva è il momento in cui viene presentata la denuncia del sinistro. Secondo alcuni Autori, però, la vera differenza risiederebbe nel contenuto dell'accordo tra le parti, volto a rendere operativa la garanzia non al momento in cui si verifica il fatto, ma alla richiesta del danneggiato¹⁵⁾. Ciò consente di sostenere la legittimità della clausola *claims made*, che in tal modo non attua una deroga al principio causalistico, considerato brocardo del nostro ordinamento, non mutando la natura dell'operazione economica e giuridica. Di guisa che il contratto che la contiene non si conclude in carenza di tale elemento fondamentale¹⁶⁾. Grazie a tale clausola si attua una ripartizione del rischio tra assicuratore ed assicurato che caratterizza le fattispecie di danno lungolatenti: infatti l'assicuratore risponde solo nel caso in cui la domanda venga proposta per la prima volta durante la vigenza del contratto, mentre l'assicurato risponde per il rischio estraneo a tale lasso temporale.

Una siffatta delimitazione temporale all'interno di un contratto caratterizzato di per sé da una struttura aperta della garanzia di responsabilità civile, ha reso possibile la quantificazione in termini di certezza dell'esposizione finanziaria dell'assicuratore al momento della sottoscrizione. Secondo quanto dichiarato da numerose compagnie assicurative il pregio delle clausole *claims made* è proprio quello di consentire di comprendere a pieno l'entità dei rischi che assicurano e soprattutto di adeguare i prezzi delle polizze¹⁷⁾. Inoltre, nella forma mista, la garanzia *loss occurrence* pone in capo all'assicuratore tutti gli effetti di uno sfavorevole e imprevedibile mutamento delle condizioni economiche del-

15) Si veda D. DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 662, secondo cui sembra opportuno ricordare che il *claims made*, anche se molto imprudentemente gli assicuratori l'hanno spesso introdotto con la locuzione: « per sinistro s'intende ecc. », è disciplina che attiene alla validità nel tempo della copertura e quindi non intacca la struttura giuridica del sinistro.

16) P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contratto impr.*, 2013, pp. 401 ss.

17) Alcuni Autori ritengono che il vantaggio sostanziale per le compagnie assicurative risiederebbe nel fatto che la clausola *claims made* « nel legare la copertura alla vigenza della polizza al momento della denuncia del sinistro, contribuisce in misura decisiva alla fidelizzazione del cliente, il quale sarà portato a rinnovare il contratto di anno in anno per evitare di incorrere in pericolosi 'buchi di copertura' nel passaggio da una polizza all'altra ». Prosegue, poi, affermando che « tale profilo, benché incida su questioni di ordine pubblico economico e sia stato segnalato adeguatamente da taluna dottrina, quantomeno, ad oggi, non è stato affatto preso in considerazione dalla giurisprudenza » (S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e Resp.*, 2013, pp. 701 ss.).

l'assicurato che potrebbero verificarsi tra il momento in cui si realizza l'illecito (danno evento) e quello in cui si manifestano le sue conseguenze in termini di danno, nonché tra l'ulteriore lasso temporale intercorrente con la proposizione della domanda risarcitoria da parte del danneggiato ¹⁸⁾. Questo intervallo temporale c.d. *long tail claims* è graduale nel tempo e può protrarsi anche per decenni.

Da quanto descritto, l'assicurato sembrerebbe maggiormente protetto dalla clausola *loss occurrence* e ad oggi anche l'Antitrust sembra essere di tale avviso ¹⁹⁾. L'Autorità suddetta, ha anche osservato come i contratti offerti dalle compagnie contengano perlopiù clausole *claims made* "spurie", ossia senza efficacia retroattiva, le quali comportano un vuoto nel periodo di copertura assicurativa del professionista ove questi cambi compagnia. Per evitare tale effetto pregiudizievole il professionista si trova dinnanzi a due possibilità: restare assicurato sempre con la stessa compagnia, oppure acquistare i servizi assicurativi che estendano la garanzia in via retroattiva o postuma, sopportando però costi aggiuntivi. Ma anche nel caso di polizze "pure", vale a dire con un periodo di retroattività illimitato, il professionista che vuole essere garantito anche dopo la cessazione della propria attività, deve comunque acquistare delle garanzie ulteriori che lo proteggano in via postuma.

L'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ha sottolineato come ad oggi siano pressoché assenti sul mercato polizze che garantiscano un contratto assicurativo con il contenuto tipico di cui all'art. 1917 c.c., in base al quale il professionista è comunque assicurato dai rischi di fatti illeciti occorsi nel periodo in cui era vigente la polizza, indipendentemente dal momento in cui il sinistro viene denunciato. Generalmente le società assicurative scelgono le clausole da inserire nei contratti a seconda dell'ambito professionale o dell'ambiente in cui l'attività da assicurare viene svolta. Poiché, come s'è detto, l'esercizio delle professioni sanitarie è connotato dal rischio di danni a manifestazione progressiva, la scelta assicurativa per la responsabilità civile ricade generalmente sulle clausole *claims made*.

Si ritiene che per l'attività medico-chirurgica sia in atto un processo di "socializzazione del rischio", mediante una sempre più ampia legittimazione del paziente ad attribuire il sinistro al medico (o alla struttura sanitaria) beneficiando di imputazioni quasi oggettive ²⁰⁾.

Tale processo, che caratterizza in particolare delle tipologie di specializzazione come

18) Lanzani nota come i tribunali per fronteggiare la significativa mole di richieste caratterizzate da una lontananza temporale rispetto al momento originario del verificarsi del danno e gli effetti negativi sulle parti del contratto in termini di certezza del diritto e diritto all'indennizzo, hanno reinterpretato il termine *occurrence* nel senso di evento determinante per attivare gli effetti della copertura assicurativa (C. LANZANI, *Clausole claims made legittime ma vessatorie*, in *Danno Resp.*, 2005, pp. 1084 ss.).

19) Autorità garante della concorrenza e del mercato, Parere - 04 luglio 2014, n. AS1137- "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2014".

20) Si pensi alla teoria del contatto sociale qualificato, affermata dalla Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577: « Tra il paziente ed il medico dipendente si instaura un contatto sociale, il cui inadempimento è sottoposto al regime di cui all'art. 1218 c.c. » (Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 849).

ostetricia-ginecologia, anestesia, ortopedia, in quanto connotate da una elevata incidenza di sinistri, e dagli elevati risarcimenti riconosciuti in sede giudiziale alle vittime, ormai non solo primarie, ma anche secondarie²¹⁾, ha determinato una enorme crescita dei premi assicurativi ed in alcune situazioni ha portato all'uscita dal mercato di alcuni assicuratori per la insufficienza dei premi rispetto agli esborsi.

3. In merito alla legittimità della clausola *claims made*: le tesi in campo.

Accertata ormai la larga diffusione dei contratti di assicurazione recanti clausole *claims made*, dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate circa la loro conformità all'ordinamento. Certamente gli orientamenti non muovono in senso univoco. Per quanto attiene la tesi della illegittimità, sostenuta da numerosi giudici di merito²²⁾, essa si fonda su una pluralità di argomentazioni. In primo luogo la clausola in esame sarebbe contraria al disposto dell'art. 1917 c.c., norma imperativa, che ai sensi del comma primo impone all'assicuratore l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza di un fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, debba pagare ad un terzo. La clausola *claims made* finirebbe per derogare completamente a quanto previsto dalla disposizione sopra richiamata, nella misura in cui consente all'assicuratore di liberarsi di detta obbligazione ove la richiesta da parte dell'assicurato intervenga in un momento successivo alla cessazione del contratto, benché l'evento lesivo sia stato commesso durante il periodo di vigenza dello stesso²³⁾. Siffatta deroga consentirebbe un'ingiustificata limitazione di responsabilità, e pertanto si configurerebbe come clausola vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.²⁴⁾. È stato altresì sostenuto che essa si porrebbe in contrasto con l'art. 1895 c.c., in quanto tale norma sanziona con la nullità il contratto nel caso in cui il rischio non sia mai esistito o abbia cessato di esistere prima della conclusione del contratto stesso. Nel caso di clausola « a richiesta fatta », infatti, l'assicuratore conclude un contratto con l'assicurato nel quale si impegna a tenerlo indenne da richieste risarcitorie avanzate durante la vigenza del contratto stesso, sebbene dovute ad eventi accaduti prima

21) Si fa qui riferimento alla teoria dei c.d. "danni riflessi" o "danni da rimbalzo", derivata formalmente da una interpretazione estensiva dei principi della causalità giuridica stabiliti dall'art. 1223 c.c., intesi quali pregiudizi secondari sofferti da altri soggetti e derivanti dalla offesa alla integrità personale della vittima primaria dell'illecito. A tale configurazione giuridica sono stati ricondotti il danno da perdita del rapporto parentale a seguito di uccisione del congiunto, il danno da compromissione dei rapporti sessuali derivante dalla lesione fisica subita dal coniuge o dal convivente, il danno alla vita di relazione subito dai familiari della vittima primaria dell'illecito. Sebbene oggi la giurisprudenza ritenga trattarsi di veri e propri danni diretti, si continua, impropriamente a parlare di "danni riflessi" e di vittime secondarie, al fine di evitare una confusione con la vittima primaria che subisce il danno diretto.

22) Cfr. Trib. Genova, 8 aprile 2008 (L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2014, pp. 830 ss. in commento a Cass. civ., sez. III, 17 febbraio 2014, n. 3622).

23) Trib. Bologna, 2 ottobre 2002, n. 3318, in *Diritto ed economia assicuraz.*, 2005, p. 711, con nota di A. MOMM, *In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile*.

24) App. Napoli, 28 febbraio 2001, n. 503 [cfr. LAPENHA F (2014). *Clausola Claims Made*. Disponibile su: <http://ridare.it/bussola/clausola-claims-made>. Visionato il 19 gennaio 2016].

della sottoscrizione della polizza. Questo inficerebbe in radice la validità del contratto, poiché quello di assicurazione, è bene rammentarlo, è un contratto aleatorio, il cui elemento essenziale è proprio il rischio del verificarsi o meno dell'evento ivi dedotto. In sintesi, detta clausola svuoterebbe di sostanza l'operazione di trasferimento finanziario del rischio dall'assicurato all'assicuratore, privando il contratto di assicurazione della sua causa tipica che, con riguardo alla garanzia di responsabilità civile, viene individuata proprio dall'art. 1917 comma primo c.c. La clausola *claims made* consentirebbe pertanto l'indennizzabilità di rischi già verificatisi al momento della stipulazione del contratto, anche se le parti ne ignorino l'esistenza, traducendosi in un lasciapassare per la indennizzabilità del c.d. rischio putativo²⁵⁾,²⁶⁾, ove per rischio putativo si intende quello che i contraenti ritengono per errore si possa avverare quando invece è oggettivamente inesistente²⁷⁾. Mutando la nozione di rischio assicurato la clausola finirebbe per mutare il tipo contrattuale, finendo per perseguire un interesse non meritevole di tutela, entrando così in rotta di collisione con il secondo comma dell'art. 1322 c.c., il quale impone quale limite interno del contratto il perseguimento di interessi meritevoli per l'ordinamento.

La giurisprudenza di legittimità negli ultimi anni si è invece mostrata favorevole alla validità della clausola *claims made*²⁸⁾. Secondo tale diverso orientamento, il contratto di assicurazione recante la clausola « a richiesta fatta » non rientra nella fattispecie tipica prevista dall'art. 1917 c.c., ma costituisce bensì un contratto atipico, di per sé lecito ai sensi dell'art. 1322 c.c.. Infatti, l'art. 1932 c.c. prevede l'inderogabilità dell'art. 1917 c.c., salvo il caso in cui ciò sia più favorevole all'assicurato, ma solo del terzo e del quarto comma, non anche del primo, in ossequio al quale l'assicuratore assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato di quanto questi deve pagare ad un terzo in conseguenza di tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione di cui il medesimo deve rispondere civilmente, per i quali la connessa richiesta di risarcimento del danno da parte del danneggiato sia fatta in un momento anche successivo al tempo di efficacia del contratto, e non solo nel periodo di « efficacia cronologica » del medesimo. Il primo comma dell'art. 1917 c.c. non costituisce pertanto norma imperativa, ed inoltre a ben vedere, tale deroga verterebbe a favore dell'assicurato. Tra i sostenitori della tesi favorevole alla validità di suddette clausole, si registrano però due correnti: secondo una prima ricostruzione, infatti si tratterebbe pur sempre di clausole vessatorie, e come tali rientranti sotto l'ombrello protettivo offerto dagli artt. 1341 e 1342 c.c., ai sensi dei quali la loro efficacia è subordinata ad una sottoscrizione espressa e separata rispetto alle altre clausole contrattuali. Sembra però prevalere una se-

25) Trib. Roma, 1 agosto 2006, n. 16975 in D. DE STROBEL, V. OGLIANI, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 763 ss.

26) La garanzia del rischio putativo è presente nel nostro ordinamento per le sole assicurazioni marittime e dell'aviazione. Per approfondimenti si veda A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLI, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 123 ss.

27) G. CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, UTET, Torino, 1970, pp. 176 ss.

28) Cass. civ., sez. III, 13 febbraio 2015 n.2872 (sub 3) e 10 novembre 2015 n. 2891 (sub 4).

conda ricostruzione, secondo cui spetterebbe sempre all'organo giudicante entrare nel merito del contratto ed accertare di volta in volta se la clausola « a richiesta fatta », riducendo l'ambito oggettivo della responsabilità dell'assicuratore, fissato dall'art. 1917 c.c., configuri una clausola vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.²⁹⁾. Le pronunce più recenti in accoglimento di tale ultima ricostruzione affermano che la clausola *claims made* non sia di per sé limitativa della responsabilità, ma semplicemente determina, circoscrivendo, l'oggetto del contratto. Pertanto è valida a tutti gli effetti. Generalmente quando si parla di limitazione della responsabilità, la norma di riferimento è quella di cui all'art. 1229 c.c., il quale sanziona con la nullità quei patti, inseriti in un contratto, il cui effetto sia quello di escludere che il predisponente possa essere chiamato a rispondere per atti che secondo i principi generali potrebbero scaturire una responsabilità per inadempimento. Sono ritenute clausole limitatrici di responsabilità quelle che incidono sugli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale: inadempimento o inesatto adempimento, dolo o colpa, nesso etiologico, danno risarcibile. Si parla invece di delimitazione dell'oggetto del contratto, quando la clausola negoziale non esclude una responsabilità che sarebbe altrimenti sorta, ma circoscrive e definisce gli obblighi assunti in concreto dalle parti, fissando dei limiti della garanzia assicurativa, determinando il perimetro del rischio garantito³⁰⁾. Alla luce di quanto detto, debbono ritenersi delimitatrici del rischio e quindi dell'oggetto, pertanto non vessatorie, tutte le clausole che stabiliscono quali debbano essere le concrete caratteristiche del sinistro, ossia le modalità di accadimento, come il tempo, il luogo etc. Diversamente, le clausole che subordinano il pagamento dell'indennizzo ad altre circostanze, non strettamente pertinenti il sinistro, o che richiedono all'assicurato di tenere condotte d'impossibile o particolarmente difficile attuazione, debbono ritenersi vessatorie³¹⁾. Ad oggi, la clausola *claims made* non costituisce altro che un accordo tra i due contraenti, assicuratore ed assicurato, volto a circoscrivere l'ambito temporale di attivazione della copertura, produttivo di riflessi economici sul premio della polizza. Pertanto, la clausola deve intendersi limitativa dell'oggetto del contratto ove preveda « la mancanza *ab origine* di obbligazione di una delle parti, a causa della estraneità di determinate prestazioni rispetto al contenuto del contratto »; diversamente si intende limitativa della responsabilità ove « limita gli effetti di un inadempimento imputabile »³²⁾. Da tale distinzione si evince che sia l'interprete a dover verificare se la clausola contenga la predeterminazione delle reciproche prestazioni delle parti oppure, essendo state fissate *ex lege* o *ex contractu*, essa provveda ad escludere o a limitare la responsabilità di una delle parti, nell'ipotesi in cui questa risulti inadempiente³³⁾.

29) Cass. civ., sez. III, 15 marzo 2005, n. 5624 in *Contratti*, 2005, p. 1071.

30) Cass. civ., sez. III, 4 febbraio 2002, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1895.

31) Cass. civ., sez. I, 21 ottobre 1994, n. 8643, in *Arch. circolaz.*, 1995, p. 529.

32) Cass. civ., sez. un., 1 luglio 1994, n. 6225 in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 1043.

33) F. CESERANI, *Ancora nuvole di vaghezza intorno alla clausola claims made: alcune necessarie puntualizzazioni*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, pp. 501 ss.

4. Conclusioni.

Da quanto enunciato, almeno in linea di principio, le c.d. « *polizze claims* » sembrerebbero consentire all'assicurato una maggiore estensione della garanzia di indennizzo, soprattutto per quanto attiene le attività caratterizzate da una sinistrosità tardiva, ovvero da sinistri i cui effetti dannosi non si manifestano contestualmente alla condotta lesiva in quanto forniscono protezione retroattiva nei confronti di fatti e danni antecedenti la data di stipulazione del contratto, purché però l'assicurato non sia a conoscenza di detti danni³⁴⁾. Nella pratica però ciò non è così ovvio, infatti sorgono numerose perplessità, ed in prima battuta sulla portata del concetto di « richiesta di risarcimento », poiché non sempre viene identificata con la richiesta risarcitoria pervenuta per la prima volta all'assicurato, la quale deve avvenire sotto la vigenza del contratto di assicurazione. Sebbene in astratto potrebbe considerarsi idonea qualsivoglia comunicazione da parte delle autorità competenti, come l'apertura di indagini penali o amministrative od altresì qualsiasi atto con cui l'assicurato viene a conoscenza dell'esistenza di un procedimento civile; o qualsiasi comunicazione proveniente dal danneggiato da cui si possa evincere che questi intenda ritenere l'assicurato responsabile del danno, spesso invece si assiste ad un netto restringimento della sua portata. Alcune polizze ad esempio precisano che la comunicazione si considera avvenuta al momento in cui si instauri un processo civile o penale. Ulteriori perplessità sorgono nell'ipotesi in cui la clausola *claims made* venga accompagnata da un patto relativo ad una ulteriore limitazione temporale della garanzia per fatti accaduti anteriormente alla sottoscrizione della polizza, in quanto a parere di autorevole dottrina, ciò sposterebbe l'ago della bilancia, rendendo tale clausola vessatoria³⁵⁾. D'altro canto, però il vero pregio di tale tipologia contrattuale risiede nella possibilità di superare la problematica relativa all'ardua identificazione del preciso momento in cui è stato commesso l'evento o fatto dannoso, in termini di condotta generatrice del danno. Ciò infatti consente altresì, in caso di cambiamento della compagnia assicurativa, di poter richiedere a quella operante al momento della manifestazione del danno, di essere sollevati dalla responsabilità e dalla relativa domanda risarcitoria³⁶⁾. Si è però notato che la

34) Del resto il Legislatore, all'art. 1892 c.c., prevede il rimedio dell'annullamento del contratto a favore dell'assicuratore, nel caso in cui l'assicurato abbia reso dichiarazioni inesatte o reticenti relative a circostanze tali per cui l'assicuratore non avrebbe prestato il proprio consenso ove ne fosse stato a conoscenza. Dette dichiarazioni inveritiere o reticenti comportano l'annullabilità del contratto solo nel caso in cui siano frutto di dolo o colpa grave dell'assicurato. Fuori da tali ipotesi restano fermi in capo alle parti gli obblighi di buona fede e correttezza imposti dagli artt. 1175 e 1375 c.c. Ad oggi infatti si parla di eterointegrazione del contratto nel senso che, anche se non espressamente previsti da una disposizione legislativa o inseriti dalle parti, tali obblighi entrano nel contratto, la cui violazione produce conseguenze di carattere risarcitorio. Si rammenti infatti l'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. Civ., sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725 in F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 3, pp. 556 ss.) in merito alla distinzione tra norme di validità, la cui violazione comporta la nullità del contratto, e norme di comportamento, tra cui rientrano gli obblighi di buona fede, dalla cui violazione scaturiscono obblighi risarcitori.

35) M. COSTANZA, *L'assicurazione r.c. professionale in caso di insolvenza di società*, nota a Trib. Milano, 5 luglio 2005, in *Fallimento*, 2005, pp. 443 ss.

36) A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Coperture presso diversi assicuratori*, in *Diritto e Fiscalità assicur.*, 2013, pp. 3 ss.

clausola *claims made* non garantisce copertura nel caso in cui ci sia un passaggio da tale sistema ad uno di tipo *loss occurrence*³⁷⁾, infatti in tal caso si crea un periodo di scopertura, poiché una volta cessato il contratto con clausola *claims*, qualsiasi domanda presentata anche per la prima volta non comporterà per l'assicuratore un obbligo di indennizzo verso l'assicurato; e quest'ultimo non sarà neppure garantito dalla succedanea polizza stipulata con clausola *loss occurrence*, in quanto essa prevede l'indennizzabilità dei soli sinistri verificatisi durante la vigenza del relativo contratto, non di quelli risalenti ad un periodo anteriore. Bisogna poi distinguere l'ipotesi di contratto di assicurazione con tacito rinnovo, o senza tacito rinnovo. Nel primo caso, non si profilano problemi, in quanto di norma la compagnia provvede a rilasciare una quietanza attestante l'avvenuto pagamento da parte dell'assicurato dell'annualità successiva, e questi sarà garantito fino alla scadenza successiva. Diversamente invece nell'ipotesi in cui nel contratto non sia previsto il tacito rinnovo, alla sua scadenza cesseranno tutti gli effetti, comprese le garanzie a suo tempo pattuite. Il professionista deve in tal caso prestare particolare attenzione nel verificare la continuità del rapporto assicurativo con la medesima Compagnia e la regolarità del rinnovo e della medesima polizza. Dovrà accertarsi anzitutto che non sia fatta valere da parte della compagnia la clausola della c.d. « *retroactive date* » ossia la data iniziale della (nuova) copertura assicurativa³⁸⁾. E per ciò che riguarda il futuro, come già accennato in precedenza, l'assicurato, per godere di maggiori tutele, deve pattuire una garanzia postuma³⁹⁾. Questa viene concessa generalmente dietro pagamento di una ulteriore somma di denaro, solitamente di importo rilevante, ed inoltre deve essere richiesta entro una determinata scadenza, contestualmente alla quale si deve dichiarare di non essere a conoscenza di fatti che potrebbero dare origine a richieste di risarcimento. Questo prolungamento della garanzia viene accordato in caso di morte, gravi invalidità, cessazione di attività professionale o pensionamento. Non viene concessa invece qualora l'assicurato sia stato radiato dall'ordine, licenziato o abbia subito azioni disciplinari⁴⁰⁾. Per quanto attiene poi al problema della vessatorietà della clausola a richiesta fatta, al contrario di quanto affermato dalla Suprema Corte nelle recenti pronunce sopra richiamate, questo non appare del tutto superato. La clausola che circoscrive l'oggetto del contratto, infatti, pur non essendo di per sé vessatoria, potrebbe divenire tale ove eliminasse o riducesse sensibilmente l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, poiché in tal modo finirebbe per tradursi in una limitazione di responsabilità⁴¹⁾. Ulte-

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

38) Configurandosi allora il passaggio da una « *claims made pura* » senza limite temporale ad una « *claims made spuria* », in cui tale limite viene determinato dall'assicuratore a svantaggio dell'assicurato, nonostante la polizza sia rinnovata con la medesima Compagnia.

39) *Sunset clause* (« clausole del tramonto ») o *tail-coverage* (« copertura della coda »).

40) In alternativa, nel caso si abbia intenzione di cessare dal rapporto assicurativo con la stessa Compagnia, si renderà necessaria la stipula di apposita polizza integrativa « *tail coverage* » per garantirsi la copertura assicurativa nel periodo successivo alla fine del rapporto contrattuale.

41) Cass. civ., 7 febbraio 1979, n. 816 in *Dir. economia assicur.*, 1979, p. 537.

riore profilo di vessatorietà si può rintracciare nella prassi assicurativa, la quale mostra una tendenza del professionista a mantenere la medesima compagnia al fine di evitare le spiacevoli conseguenze di una « scoperta » assicurativa. La vessatorietà pertanto si concretizzerebbe anche nell'impossibilità di poter accedere al libero mercato assicurativo, scegliendo l'alternativa effettivamente più vantaggiosa, rischiando così di rimanere vincolato ai prezzi unilateralmente imposti dalle compagnie⁴²⁾. Tale situazione finirebbe per produrre degli effetti distorsivi nel mercato, alterando la concorrenza, soprattutto a scapito dei consumatori⁴³⁾. Come enunciato in precedenza, la problematica coinvolge soprattutto le professioni mediche, in quanto soggette alla c.d. sinistrosità tardiva, per i danni lungolatenti. La delicatezza della questione è stata più volte ricordata dalla Suprema Corte, secondo cui anche il danno biologico ed il danno alla vita di relazione, ove non siano conseguenza di un fatto illecito, ed in quanto *species* di danni al pari del danno patrimoniale e non patrimoniale, possono rientrare nel rischio assicurativo contro i danni alla persona e quindi costituire oggetto dell'obbligo risarcitorio dedotto nel contratto⁴⁴⁾. A parere di chi scrive il nostro ordinamento appare notevolmente arretrato rispetto all'evoluzione scientifica e tecnologica, che si riflette a livello giuridico nelle problematiche suddette. Le perplessità circa la efficace e corretta operatività di tali clausole, tanto a favore dell'assicurato che dell'assicuratore, possono essere superate solo grazie all'introduzione da parte del Legislatore di limiti temporali di efficacia, e parametri di meritevolezza non travalicabili dalle parti. Compito del legislatore è infatti quello di intervenire fornendo una risposta giuridica ai cambiamenti sociali.

In attesa di un sempre più puntuale intervento normativo, una valida alternativa di natura pratica, che soddisferebbe il requisito di meritevolezza, superando altresì il problema della vessatorietà, è rappresentato da una particolare tipologia di clausola a richiesta fatta, c.d. *claims made and reported*, da tempo diffusa nella prassi assicurativa internazionale, e già disciplinata normativamente in alcuni ordinamenti⁴⁵⁾. La peculiarità di tale clausola risiede nella previsione di uno specifico obbligo in capo all'assicurato di tempestiva notifica all'assicuratore di ogni circostanza che, in base ad elementi oggettivi, possa ragionevolmente costituire il presupposto di una futura richiesta risarcitoria. Ove l'as-

42) ALESSI L., PADOANI G. (2012). Responsabilità medica e polizze assicurative: legittimità della clausola *claims made*. Disponibile su: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>. Visionato il 9 novembre 2015.

43) Come chiarito dalla Cass. Sez. Un. 4 febbraio 2005, n. 2207, la legge antitrust che tutela la concorrenza non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere, pertanto tutela anche i consumatori quali destinatari finali. L'illecito antitrust infatti viene oggi considerato plurioffensivo, proprio per la pluralità di beni giuridici lesi.

44) Cass. civ., sez. I, 23 marzo 1995, n. 3388 (cfr. P. MARIOTTI, G. M. Losco, *I contratti assicurativi e l'assicurazione nei Codici*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 197).

45) Come in Australia: Section 40 dell'Insurance Contract Act (ICA) 1984 (« *Certain contracts of liability insurance (1) This section applies in relation to a contract of liability insurance the effect of which is that the insurer's liability is excluded or limited by reason that notice of a claim against the insured in respect of a loss suffered by some other person is not given to the insurer before the expiration of the period of the insurance cover provided by the contract ...* »).

RIVISTA ITALIANA DI MEDICINA LEGALE

sicurato abbia diligentemente notificato la circostanza suddetta, l'eventuale richiesta presentata dopo la scadenza della polizza, verrebbe considerata come se fosse stata notificata sotto la vigenza assicurativa, consentendo all'assicurato di beneficiare del massimale di copertura ivi previsto.

Del resto tale figura si concilia a pieno con l'istituto della prescrizione, ai sensi dell'art. 2895 c.c., potendo paragonarsi ad un sorta di messa in mora del debitore.