

(1) Nota

Le *claims made* di nuovo al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione per verificarne la compatibilità col contratto "tipico" della responsabilità civile

Michele Roma*

1.1. La Corte d'appello di Venezia, con sentenza del 3 febbraio 2014, a seguito di appello principale proposto da Allianz, ed in via incidentale da tutte le altre parti ad eccezione di M., avverso la sentenza del Tribunale di Treviso del 2 febbraio 2007 – riguardante la validità di una clausola *claims made* e l'applicabilità della disciplina contenuta nel relativo contratto di assicurazione – accoglieva l'appello principale accertando che la citata clausola, che definiva per patto espresso "sinistro" la "richiesta di risarcimento danni", non rendeva nullo il contratto ai sensi dell'art. 1895 c.c., né era vessatoria, e per l'effetto, concludeva che, ai fini della validità della polizza dell'assicurato, rileva la polizza in vigore al momento della richiesta di risarcimento, seppur diversa rispetto a quella in vigore al momento in cui l'assicurato provocò il danno.

1.2. Presentava ricorso per cassazione Manitowoc Crane Group Italy srl, lamentando che, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la Corte d'appello avrebbe violato gli artt. 1322 e 1917 c.c.: sotto il primo profilo perché la clausola *claims made*, per effetto della quale si deve considerare quale *sinistro*, a tutti i fini contrattuali, l'invio della richiesta di risarcimento, è un patto atipico, da valutare ai sensi dell'art. 1322 c.c.; sotto il secondo profilo perché la clausola *claims made* è nulla in quanto contrastante con l'art. 1917, comma 1, c.c. e la sua pattuizione ha l'effetto di snaturare il contratto di assicurazione della responsabilità civile.

1.3. La causa veniva assegnata alla III Sezione della Suprema Corte, la quale concentrava i suoi rilievi sul fatto che nell'assicurazione della responsabilità civile non sia consentito alle parti convenire che per "sinistro" debba intendersi, sia ai fini del pagamento dell'indennizzo, sia a tutti gli altri fini contrattuali, non la circostanza d'un danno a terzi da parte dell'assicurato, ma eventi diversi come la circostanza che il danneggiato abbia domandato il risarcimento all'assicurato responsabile.

Il Collegio ha ritenuto che la risposta implichi un intervento delle Sezioni Unite, arricchendo la questione di nuovi spunti, che s'incentrano sulla nozione di *sinistro* in termini di *evento dannoso*, che corrisponde all'avveramento del rischio menzionato nell'art. 1895 c.c.; il quale, a sua volta, oltre che futuro, dev'essere possibile, incerto, oggettivamente esistente e non artificialmente creato, derivante da *causa non voluta*. Al punto che, non essendo possibile la deroga a tali essenziali principi propri del tipo "assicurazione della responsabilità civile", la diversa operazione non si pre-

* Avvocato in Roma e Docente a contratto presso il Master LUISS "Giuristi d'Impresa" – Assicurazioni.

sterebbe più alla qualificazione in termini assicurativi (sottospecie dell'assicurazione danni), ma scivolerebbe verso la *scommessa*. Il sinistro non potrebbe mai coincidere con un fatto diverso dall'illecito aquiliano, per cui la deroga indotta dall'autonomia negoziale troverebbe in ciò, con buona pace della previsione dell'art. 1932, comma 1, c.c., un limite invalicabile, fonte e presupposto della nullità del (diverso) contratto concluso.

Lo stesso Collegio dà conto che della validità delle clausole dette *claims made* si sono già occupate le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza 6 maggio 2016, n. 9140¹. Ma assume che le questioni affrontate travalichino i limiti del precedente vago in quanto porrebbero temi ulteriori che investono pur sempre la "immediatezza" (specie nel caso di rifiuto dell'assicuratore di concedere la copertura c.d. *postuma*) e conclude chiedendo alle Sezioni Unite se siano corretti i seguenti principi:

a) *nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, c.c.*;

b) *nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.*

La Corte dovrà pronunciarsi di nuovo, pertanto, sulla meritevolezza delle *claims made*, ma all'allargamento del perimetro di indagine corrisponde una maggiore intensità delle questioni poste sul tavolo.

2.1. L'ordinanza interlocutoria n. 1465/2018 della III Sezione rianima il dibattito sulle clausole *claims made* in un modo apparentemente "regressivo". Rispetto al lavoro, innanzitutto, di fine elaborazione del tema ad opera della Suprema Corte, compiuto con la sentenza 6 maggio 2016, n. 9140². Ma anche rispetto alle recenti-

¹ La quale conclude per la validità di una clausola *claims made* che assuma un rischio pregresso perché non in contrasto con l'art. 1895 c.c., per la validità della stessa clausola allorché sposta sulla richiesta di risarcimento il concetto di sinistro (in quanto si tratta di delimitazione dell'oggetto del contratto), per la necessità di valutare caso per caso la "meritevolezza" di esse clausole in taluni casi.

Tra le decisioni che ne seguono il solco, e dopo le sentenze gemelle della Cass., Sez. III, nn. 10506 e 10509/2017.

² Che, com'è noto, apre al giudizio di meritevolezza su tali clausole quando sopravviene il rischio di non "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (il che vale prevalentemente per quelle polizze che escludono la c.d. *postuma decennale* o richiedono che fatto e richiesta di risarcimento si realizzino nella vigenza del contratto), a smarcare, così, l'impasse creatosi precedentemente. Tra le decisioni che ne seguono il solco, e dopo le sentenze gemelle della Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, nn. 10506 e 10509, si segna-

sime innovazioni normative in tema di responsabilità "clinica" (l. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. "Legge Gelli", art. 11³) e di "copertura obbligatoria della responsabilità civile dei professionisti", introdotta con la legge sulla concorrenza (l. n. 124/2017). Per cui è essenziale chiedersi se gli argomenti che l'ordinanza porta con sé siano così innovativi da giustificare l'abbandono della precedente lettura delle Sezioni Unite a favore di una nuova e diversa riqualificazione. E qui, sembra, che l'Ordinanza non abbia centrato l'obiettivo.

Difatti, la prima riflessione suscitata dalle novità legislative menzionate è che il Legislatore abbia voluto rilasciare un passaporto di libera circolazione alle *claims made*, quantomeno nei settori prescelti.

Al netto delle differenze tra i due comparti menzionati e delle due distinte formule proposte (che includono l'offerta della copertura solo retroattiva in un caso e anche la postuma – a livello di offerta – per i professionisti), sembra che il labirinto lavorativo di giustificazione causale che porta il provvedimento interlocutorio ad escludere le clausole predette dal novero delle operazioni assicurative, si scontri con un avallo legislativo inequivoco. Con l'eccezione di quelle pattuizioni (*claims made* "impure") che non includono obbligatoriamente la *postuma* all'interno del perimetro assicurativo e lascino margine all'offerta, ma non all'obbligatorietà dell'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore.

È innegabile, tuttavia, che in entrambe le occasioni, le *claims made* siano state "tipizzate"⁴, inducendo a concludere che il giudizio di valore sottostante abbia de-

lato un paio di recenti decisioni di merito: Trib. Pescara 17 aprile 2018, n. 579, in *Riv. giur.*, in <https://www.spagnoloassociati.it/legittima-la-claims-made-anche-senza-postuma/>.

³ L. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. "Legge Gelli", art. 11: "1. La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta". Articolo 1, Comma 26 della Legge sulla concorrenza 2017 – Ultrattività decennale della copertura per responsabilità civile derivante da attività professionale.

Il comma 26, modificando l'art. 3, comma 5 del d.l. 138/2011 (ossia il decreto che ha introdotto l'obbligo per i professionisti di riferire al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale), prevede che nelle condizioni generali delle polizze assicurative venga inserita l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti dovuti alla responsabilità che si è verificata nel periodo di operatività della copertura".

⁴ In argomento, per tutti, cfr. G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Napoli, 2014; per una ricostruzione approfondita del tipo contrattuale, si veda E. MOSCATI, *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, III, tomo 2, Milano, 2009, 286 ss.

terminato un significativo passo in avanti delle clausole, sorretto (almeno per le clausole "pure") a due livelli, costituiti dall'arresto delle Sezioni Unite e dalla loro adozione ad opera del legislatore. Laddove è la norma a segnare la deroga al modello della *loss occurrence*, il si attenua quasi del tutto la necessità di interrogarsi sul limite all'autonomia delle parti. Dovrebbe così ritenersi "cessata la materia del contendere" per il sopravvenuto recepimento legislativo, con la conseguenza che sarebbe la legge a certificare che tali operazioni rientrano nel novero di quelle riferibili alla gestione della responsabilità civile all'interno della previsione "regolatoria" dell'art. 1917 c.c.

È evidente che il meccanismo della *loss occurrence* non poteva assolvere alla esigenza iperestensiva e garantista ricercata dal legislatore. Questi non avrebbe mai potuto ottenere che, rendendo obbligatoria l'assicurazione dei professionisti, costoro avrebbero potuto viaggiare a ritroso nel tempo per giungere a coprire eventi mai garantiti da una normale "*loss occurrence*". Il che ha dimostrato tutta la flessibilità delle "*claims made*" e l'importanza di reperirle sul mercato. La formula della "richiesta fatta" ha risposto, difatti, ad un'esigenza prima di tutto pratica, per la capacità di spostare nel tempo il fatto rilevante ai fini risarcitori, che può verificarsi prima o dopo il tempo dell'assicurazione.

Tali primi elementi fanno pensare che contro il *sentiment* negativo che spinge l'ordinanza, s'è schierata la legge⁵. È il nuovo scenario che si porrà al Collegio per rispondere alle sollecitazioni della III Sezione.

2.2. Di certo, l'intervento, inconsapevolmente "pacificatore", nel dibattito tra detrattori e non delle clausole "*a richiesta fatta*", non smorza l'interesse per il tema, che anzi, in un contesto appena più disteso, continua a suscitare la massima attenzione. Tanto che l'obiettivo è valutare se la vicenda delle *claims made* possa essere letta da un'altra angolazione (per giustificare conclusioni diverse e più favorevoli), con l'ovvio chiarimento che la complessità delle problematiche che sono state aperte, consentirà solo degli ulteriori spunti da aggiungere al confronto delle idee.

Attribuendo alla sentenza delle Sezioni Unite il merito della ricomposizione di profili frammentari e difficilmente armonizzabili, l'ordinanza interlocutoria riafferma due valutazioni esiziali, che scompagano l'ordine (precedentemente) costituito:

⁵ U. BRECCIA, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2016, 125, ricorda che "i contratti già diffusi nel mondo delle relazioni economiche spesso transitano nell'area della tipicità legale, quand'anche non siano compresi fra i tipi che abbiano trovato proprio nel codice civile una disciplina particolare. Fra tutti esemplare è il caso del *franchising* che, con la denominazione ufficiale di "contratto di affiliazione commerciale", è stato regolato dalla l. 6 maggio 2004, n. 129, dopo che la letteratura giuridica e la giurisprudenza, in un lungo e costante arco temporale avevano provveduto a fissarne e a legittimare i tratti identificativi essenziali" [Cass., 15 gennaio 2007, n. 647, in *Foro it.*, 208, I, 920] e che "molto prima del *franchising*, il legislatore, notoriamente, ha disciplinato anche quel vasto e complesso settore di operazioni contrattuali, da tempo sperimentate nella pratica dei rapporti fra le imprese, che va sotto il comprensivo nome di *factoring*".

a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c., ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma 1, c.c.;

b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo, non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito.

Tra le due questioni, la prima è certamente quella a più alto impatto giuridico, perché riverbera i suoi effetti sulle altre. Da qui, la riconsiderazione dei principi essenziali dell'assicurazione danni⁶ e anche i limiti di operatività in deroga all'autonomia negoziale, fino al bando delle clausole *claims made*. Ed esso si basa sul principio di immutabilità della nozione di *sinistro*, come ricavata dall'art. 1917, comma 1, c.c.

È però necessario fissare un paio di paletti: a) le Sezioni Unite hanno operato una distinzione precisa tra tipi di *claims made*, sdoganando quelle *pure*, in quanto ne hanno previsto, in sostanza, la validità perché l'art. 1917 c.c. non sarebbe norma indrogaibile e che il contratto di assicurazione rimarrebbe comunque aleatorio, in quanto non verrebbe compromesso il requisito per cui il verificarsi del sinistro sarebbe in ogni caso ignoto alle parti al momento della conclusione del contratto; la questione verrebbe affidata al vaglio di *meritevolezza* per quelle *impure* al concorrere di determinate condizioni, da accertarsi caso per caso, ma si tratta di maggiore "problematicità" e non di nullità; b) la riproposizione generalizzata della criticità delle clausole va quindi contro il risultato cui sono pervenute le Sezioni Unite, attraverso motivazioni non tutte accettabili e comunque già formulate in occasione del precedente vaglio.

Il rischio nell'assicurazione di responsabilità civile è così definito: "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".⁷ L'immodificabilità è desunta, dal Collegio, da una molteplicità di elementi esegetici, che investono la causa tipica dell'assicurazione come l'asserito venir meno del rischio. Ma il vero problema nel problema è il limite imposto all'autonomia

⁶ B. FARSACI, *Le teorie sul contratto di assicurazione*, in questa Rivista, 2007, I, 57; G. SCALFI, *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. comm.*, I, Torino, 1987, 340.

⁷ I. PARTENZA, *L'assicurazione di responsabilità civile generale*, Milano, 2009; D. DE STROBEL-V. OGLIARI, *L'assicurazione di responsabilità civile e il nuovo codice delle assicurazioni private*, 6ª ed., Milano, 2008; R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assi-*

contrattuale delle parti, laddove debbano essere gestiti elementi essenziali dell'accordo e riqualificato il rischio. Secondo l'Ordinanza interlocutoria né il concetto di sinistro, né la sua variabilità nel tempo, possono essere alterati, pena lo scivolamento del negozio giuridico verso la *scommessa*.

Prima di affrontare tale conclusione, va considerato in maniera opportunistica che significato assume oggi l'*autonomia negoziale*⁸, a prescindere dal contratto di assicurazione. Si tratta di un'esigenza di contesto, in quanto la nozione ed i limiti della deroga al tipo contrattuale non rappresentano un aspetto circoscritto ad un certo contratto. Essi esprimono l'andamento del sistema in modo da poterne trarre lumi sulla maggiore o minore flessibilità del concetto in un dato momento congiunturale.

È piuttosto evidente che l'autonomia contrattuale stia guadagnando in estensione. Che si tratti di accordi nell'ambito delle vicende della famiglia, o di riforma societaria o di procedure concorsuali o, ancora, di accordi di ristrutturazione dei debiti, o di diritto finanziario (in particolare con riguardo alla nozione di *derivati*), in questi ambiti l'accordo in deroga interviene a modificare la normativa statale, alla ricerca di assetti negoziali sempre più personalizzati e funzionali. In fondo, la clausola risolutiva apposta al contratto è anch'essa occasione di una (quasi) smisurata libertà di finalizzazione del contratto. E ciò dovrebbe consentire di trarne spunto per dare maggiore spazio alla derogabilità ed inquadrare il settore assicurativo come un settore ormai aperto alle spinte in avanti imposte dalle necessità del mercato e non secondo agli altri settori richiamati.

Rimanendo in tema, con altrettanta elasticità ed autonomia contrattuale, è stato affrontato e risolto il problema dei *prodotti finanziari assicurativi*, nato dalla ricerca di contemperare necessità in contrasto tra loro quanto all'attribuzione dei connotati tipici dei prodotti vita e i risultati di una gestione più redditizia dei capitali. Non è certo la prima volta quindi che le assicurazioni hanno dovuto misurarsi con la libertà di deroga rispetto al tipo⁹.

2.3. Ma si osserva che la deroga all'art. 1917 c.c. sarebbe di maggior rilievo perché impatterebbe sulla causa del contratto, stravolgendola. Ma è veramente così?

La lettura della norma porta il confronto sul piano della *funzione economico-sociale* del contratto, contraddistinto dalle variazioni indotte dalle *claims made*. Ri-

⁸ U. BRECCIA, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2016, 59 ss.; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Id.*, *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, 422.

⁹ Il riferimento è alle c.d. *Polizze unit linked* su cui P. CORRIAS, *La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento*, in questa Rivista, 2016, I, 225 ss. secondo cui le polizze *linked* "in quanto consistenti in un mero accantonamento di risparmio, appaiono più prossime al contratto di capitalizzazione che al contratto di assicurazione sulla vita".

cerca tanto più necessaria laddove la critica serrata contenuta nell'Ordinanza porta ad escludere la funzione assicurativa in presenza di esse clausole¹⁰.

Occorre, pertanto, stabilire a quale nozione di *causa contrattuale* riferirsi. Si tratta, ovviamente, di una deviazione dall'ambito speciale del tema.

E tuttavia, pare evidente che, anche di fronte ad una polizza a richiesta fatta, l'operazione contrattuale risponde all'esigenza di tutela delle conseguenze pregiudizievoli per il patrimonio dell'assicurando, riferibile al danno da lui provocato a terzi. Il rischio è il medesimo, dato che l'assicurazione della responsabilità civile è un sottotipo dell'assicurazione danni¹¹. Se ne distingue, perché ciò che è tutelato è il patrimonio dell'assicurato. Per questa ragione la si definisce "assicurazione di patrimoni", per distinguere dalle "assicurazioni di cose". Ciò che conta è che, per il tramite del contratto, si realizza il suo *trasferimento* secondo gli schemi tipici dell'art. 1882 c.c., ramo danni, per la salvaguardia di quel certo rischio. Non solo, da questo momento, l'operazione viene gestita "professionalmente" dall'assicuratore attraverso la sequela di incombenti che la disciplina primaria e secondaria pongono a suo carico.

La storia delle *claims made* fa emergere come la *causa concreta* sia strumento di controllo dell'autonomia privata fino al ripudio di contratti irragionevolmente sproporzionati a scapito della parte più debole.

La *causa concreta* si pone come possibile strumento di controllo della congruità dello scambio contrattuale.

Non qualsiasi interesse giustifica il contratto o la sua deroga al modello, in quanto l'interesse che il contratto è diretto a realizzare deve essere meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Ed è noto che l'iniziativa economica delle parti è libera, ma è una "libertà vigilata", nel senso che deve essere compatibile con l'*utile sociale*¹². Ciò che regge il sistema è dunque il compromesso tra l'avallio della libera iniziativa (cui la stessa Giurisprudenza mostra favore perché sono le parti ad essere

¹⁰ Sulla causa del contratto si veda la sconfinata rassegna di dottrina, a cominciare da: M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, 1960; G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, Napoli, 1999; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994. Sulla causa in concreto M. D'AURIA, *Causa in concreto, operazione economica e procedimento ermeneutico contrattuale: spunti di riflessione*, in *Corr. giur.*, 2015, 1392; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa in concreto, in Contratto e impresa*, 2007, 416; V. ROPPO, *Il contratto, in Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA-P. ZATTI, 2001, 365 e 385; G. SICCHIERO, *L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2000, 613 (nota di commento a Cass. 15 giugno 1999, n. 5917).

¹¹ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 2014 e E. MOSCATI, *Diritto civile*, cit., 2009. Con particolare riguardo all'assicurazione della responsabilità quale *species* dell'assicurazione danni si veda V. ANGELONI, *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 555; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, III, Milano, 1956, 336; C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936, 62.

¹² Cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 97.

arbitrare della propria autonomia negoziale) e l'intervento frenante, quante volte il compromesso pervenisse a delle alterazioni.

Se, dunque, nell'opinione del Supremo Collegio, la causa concreta costituisce criterio di valutazione di meritevolezza del contratto atipico in relazione all'eccessivo squilibrio frutto della sproporzione delle posizioni iniziali, può essa, nella sua veste di elemento di tutti i contratti, anche tipici, divenire strumento di vaglio della meritevolezza¹³ dell'autonomia privata? La risposta è certamente affermativa e questo tipo di approccio causale fa parte del sistema e incontra molteplici conferme.

Le Sezioni Unite, distinguendo tra il vaglio della c.d. fattibilità economica del concordato preventivo, rimesso al ceto creditore e all'imprenditore in stato di crisi, e della c.d. fattibilità giuridica, rimesso al giudice, hanno affermato che "il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato" e che la predetta causa concreta "viene identificata da un lato nel superamento della crisi, dall'altro nel soddisfacimento, sia pur minimale, del diritto dei creditori, in tempi ragionevolmente contenuti".

Il concordato preventivo è un contratto tipico, in quanto disciplinato dalla legge fallimentare.

L'intervento delle Sezioni Unite, che ha dato risposta al difficile problema del controllo del giudice sulla proposta di concordato, va nella direzione di riaffermare il subentro della meritevolezza nel giudizio che concerne il grado di soddisfazione dei creditori¹⁴.

In termini corrispondenti si può citare la vicenda giurisprudenziale, che ha portato ad ammettere la riduzione, anche d'ufficio, della clausola penale manifestamente eccessiva.

Analogamente, la Cassazione è intervenuta d'ufficio a ridurre la penale contrattuale manifestamente eccessiva, introducendo il principio per cui anche il contratto tipico – la clausola penale – può essere sindacato per mancanza di causa quando persegua interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, quale, ad esempio, un vantaggio ingiusto ed incongruo.

¹³ Per un'indagine sul concetto di meritevolezza, alla luce del tipo e della causa in concreto, E. MOSCATI, *Diritto civile*, cit., p. 285 ss. Sulla meritevolezza applicata alla *claims made*, cfr. G. VOLPE PUTZOLI, *La clausola claims made muovimento alle Sezioni Unite (ordinanza della Corte di Cassazione 19 gennaio 2013, n. 1465)*, in questa Rivista, 2007, I, 208 ss.

¹⁴ Sul punto si veda S. AMBROSINI, *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Torino, 2017, 159 ss. e, in particolare, 180 ove, richiamando Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, 156 ricorda che la giurisprudenza avrebbe introdotto "l'innovativo requisito di ammissibilità costituito dalla causa in concreto", posto che secondo la Corte "il contratto va effettuato sia verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori [...], sia accertando la fattibilità giuridica della proposta [...], sia infine valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura come sopra delineata".

2.4. Questo *excursus*, se da un lato conferma che la direzione percorsa dalle Sezioni Unite è quella giusta, può orientare le valutazioni all'interno dell'ordinanza interlocutoria, per verificare in concreto il grado di "immeritevolezza" che si può rinvenire nelle *claims made*.

Il *fatto* che si rinviene nella *richiesta* è lo stesso dell'art. 1917 c.c. e si concorda che il *sinistro* è il *rischio attuato* ed è inscindibilmente legato alla richiesta risarcitoria del danneggiato. Con il rilievo che, però, il sinistro si attua in modo progressivo (ed eventuale). Ai fini risarcitori, non basta che il *fatto* sia accaduto, rendendosi essenziale che vi corrisponda la *domanda di risarcimento*. È quest'ultima che innesca l'esigibilità del credito e, con l'esigibilità, la piena concretizzazione del sinistro. Senza il *fatto* il contratto rimane in una fase di *quiescenza* (avendo comunque generato obbligazioni bilaterali); con la denuncia di sinistro il contratto quiescente entra nella fase esecutiva.

Va ribadito che l'art. 1917 c.c. è tra le norme non vincolate. L'elencazione di cui all'art. 1932, comma 1 (relativo alle norme inderogabili), è da considerarsi tassativa, dato anche il carattere eccezionale della norma¹⁵, con il solo limite della compatibilità della norma coi principi generali.

Il dato è letterale e di difficile disconoscimento. Ma è da questa constatazione che originano le seguenti considerazioni:

a) se la funzione delle *claims made* risponde alla regola causale del trasferimento del *rischio*, che grava sul patrimonio per effetto della responsabilità civile, è tale coincidenza che riconduce l'operazione negli schemi codicistici. La valutazione re-siste al vaglio della *causa concreta* perché tutto sembra deporre nel senso che ferma questa constatazione, gli elementi "atipici" della *claims made* attengono al perimetro di copertura della polizza e all'esigibilità della prestazione. Muoversi in avanti o indietro all'interno del perimetro non tocca la causa contrattuale, bensì aspetti liberamente disponibili. E se comunque, a tale rilievo, volesse opporsi la circostanza della inderogabilità del tipo assicurazione della responsabilità civile codicistica (art. 1917 c.c.), va considerato che la libertà di movimento del *fatto* all'interno del perimetro risponde ad esigenze assolutamente meritorie, laddove essa consente di migliorare le esigenze assicurative dell'assicurando, quando il modello legale non lo consentirebbe;

b) se il *fatto* è l'abbinamento di due eventi che debbono realizzarsi entrambi (il fatto-evento e la richiesta di risarcimento), nulla impedisce che essi siano adattabili dalle parti e collocabili nel tempo dell'assicurazione a fronte della loro libertà di autodeterminarsi;

¹⁵ In questo senso P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sub art. 1932*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile*, Napoli, 1991, 1561 che, tuttavia, precisa che "per decidere del carattere dispo-

c) lo stesso legislatore (con la Legge Gelli e con la legge sulla obbligatorietà dell'assicurazione professionale) ha reso evidente che solo le *claims made* possono garantire iperestensioni delle coperture (per esigenze operative altrimenti irrealizzabili) quando ricorrono determinate esigenze;

d) in questo contesto, la scelta dello specifico evento che rende operativa la copertura è rimessa all'adattamento delle parti. Il quale, lato assicurativo, è giustificato dall'esigenza di razionalizzazione e flessibilità della gestione del rischio;

e) acquisita la libera movimentazione del *fatto* ad opera delle parti, nulla impedisce di concepire, nell'ambito del meccanismo assicurativo, la *richiesta risarcitoria* che attua il sinistro quale vera e propria *condizione contrattuale*¹⁶. La condizione è un elemento accidentale di ambito applicativo generale;

f) l'apposizione di una condizione sospensiva consente che il contratto produca comunque l'effetto della vincolatività, ma non gli effetti che caratterizzano il contratto stesso; oltre alla vincolatività, si determinano altresì effetti produttivi di situazioni interinali, quali le aspettative, fornite di una loro specifica tutela giuridica. L'inefficacia non è quindi totale, bensì limitata ai soli effetti caratterizzanti.

L'avvenimento futuro deve consistere in un evento che, al momento della conclusione del contratto, non è ancora accaduto; può tuttavia consistere nell'accettazione futura di un fatto che può essere già accaduto, del quale però non si ha ancora notizia o non si ha la certezza quando si conclude un contratto. La compatibilità pare evidente;

g) le norme del codice civile in materia di condizione sarebbero applicabili anche ai contratti aleatori per il periodo in cui è ancora incerto il verificarsi dell'alea a carico di un contraente¹⁷. Con la precisazione che (i) nei contratti condizionati dal verificarsi dell'evento dipende la stessa efficacia o risoluzione del contratto, producendo il contratto effetti solo dopo che si è verificato l'evento; (ii) il contratto aleatorio è efficace sin dalla sua conclusione. Chi impedisce pertanto di stabilire che l'esigibilità del credito indennitario sia gestibile dai contraenti in termini di condizione (coincidente con il termine di durata del contratto)?

3. Emergono, dunque, svariati elementi "normalizzanti" a proposito delle *claims made*. E resta difficile accettare l'idea di una loro incompatibilità con il tipo assicurazione. Non sul piano causale, considerando il fenomeno dal punto di vista della causa concreta, e neppure da quello della autonomia contrattuale delle parti, che non risulta inibita dall'art. 1917 c.c., tenuto conto del disposto dell'art. 1932 c.c.

Questa conclusione appare pressoché certa per le clausole *pure* e affidata al vaglio di meritevolezza per quelle *impure*, in determinati casi in cui la collocazione temporale della richiesta risarcitoria genera asimmetrie inaccettabili.

¹⁶ Sulla condizione in generale si rinvia a R. SACCO, *Il contratto*, Milano, 2016, 1067 ss.; F. GALICANO, *Il contratto*, Padova, 2007, 200; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 643; S. MAJORCA, voce *Condizione*, in *Dir. civ.* III 1088. D. BRECCIA, voce *Condizione*, in *Enc. dir.* VIII 1061

Le Sezioni Unite hanno affermato a chiare lettere le "istruzioni per l'uso" e questo pare l'arresto più funzionale per la gestione della problematica. Il prossimo *step* è legato all'attuazione dei programmi concepiti dal legislatore in termini di *claims made* ed alle nuove regole di distribuzione dei prodotti assicurativi introdotte dalla Direttiva IDD.