

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2019

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH (RADBOUD UN.), PIERRE-HENRI CONAC (UN. LUXEMBOURG), RAFFAELE DI RAIMO (UN. SALENTO), ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI JR. (UN. ROMA "TOR VERGATA"), RAFFAELE LENER (UN. ROMA "TOR VERGATA"), UDO REIFNER (UN. HAMBURG), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO), ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (UN. CATTOLICA - MILANO), ULEN THOMAS (UN. ILLINOIS)

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA (UN. BOCCONI - MILANO), PAOLOEFISIO CORRIAS (UN. CACLIARI), MATTEO DE POLI (UN. PADOVA), ALBERTO LUPOI (UN. PADOVA), ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA RABITTI (UN. ROMA TRE), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), ANDREA TUCCI (UN. FOGGIA)

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI (UN. PIEMONTE ORIENTALE), SANDRO AMOROSINO (UN. UNINETTUNO), SIDO BONFATTI (UN. MODENA E REGGIO EMILIA), FRANCESCO CAPRIGLIONE (UN. GUGLIELMO MARCONI), FULVIO CORTESE (UN. TRENTO), BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI (UN. BOLOGNA), DANIELE MAFFEIS (UN. BRESCIA), RAINER MASERA (UN. GUGLIELMO MARCONI), UGO MATTEI (UN. TORINO), ALESSANDRO MELCHIONDA (UN. TRENTO), UGO PATRONI GRIFFI (UN. BARI), GIUSEPPE SANTONI (UN. ROMA "TOR VERGATA"), FRANCESCO TESAURO⁺

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI (UN. PALERMO), MADDALENA SEMERARO (UN. MAGNA GRECIA), FILIPPO SARTORI (UN. TRENTO)

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO MAZZOLA, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

«Tipicità speciale» delle *claims made* e prospettive rimediali: certezze acquisite e rinnovate criticità. Commento a Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437 (Pres. Mammone, Est. Vincenti)

SOMMARIO: 1. Il percorso giurisprudenziale delle *claims made*. – 2. Sistema delle fonti, funzione del giudicare e impresa assicurativa. – 3. Funzioni e utilità delle clausole *claims made* nella prospettiva d'impresa. – 4. Riconoscimento della tipizzazione delle clausole. – 5. Dal giudizio di meritevolezza alla causa in concreto: cosa cambia?

1. *Il percorso giurisprudenziale delle claims made.*

L'ascesa della clausola *claims made*¹ nell'ordinamento italiano giunge con la sentenza in commento ad uno snodo cruciale – ma presumibilmente non definitivo – del proprio contrastato percorso di riconoscimento. La tortuosa vicenda giurisprudenziale della particolare copertura assicurativa per la responsabilità civile è lunga ed ampiamente nota: per circa un decennio (2005 – 2016) la clausola è stata oggetto di decisioni altalenanti, con forti tensioni fra giurisprudenza di legittimità e merito, incontrando presunti scogli ermeneutici circa la propria compatibilità con una serie di disposizioni quali il rischio putativo (art. 1895 c.c.), la presunta inderogabilità del modello legale cd. *loss occurrence* (artt. 1917 – 1932 c.c.), la decadenza convenzionale che renda eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (art. 2965 c.c.), nonché la vessatorietà (art. 1341 c.c.)², per poi

¹In sintesi estrema: il modello *claims made* indica una particolare copertura assicurativa per la responsabilità civile che prevede la copertura di tutte le richieste risarcitorie pervenute durante la vigenza del contratto, indipendentemente da quando si sia verificato il sinistro (forma cd. “pura”) oppure prevedendo, quindi con una ulteriore limitazione dell'oggetto, una determinata soglia temporale in cui il sinistro deve essersi verificato (cd. “forma impura”). La clausola è nata come alternativa al modello legale (cd. *loss occurrence*) che prevede l'obbligo di tenere indenne l'assicurato rispetto ai fatti accaduti «durante il tempo dell'assicurazione» (art. 1917 c.c.).

² Senza minima pretesa di esaustività sul percorso: cfr. Cass. civ. n. 5624/2005, con nota di L. LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell'assicurazione della responsabilità civile*, in *La Responsabilità civile*, 2005, 12, 1030 ss.; Cass. civ. n. 23741/2009; Cass. civ. n. 8235/2010; Cass. civ. n. 17783/2014; Cass. civ. n.

approdare nel maggio 2016, infine (ma poi non così infine)³, avanti alle Sezioni unite.

In quell'occasione il giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione non ha assolto appieno il proprio ruolo nomofilattico ed ha fornito una risposta “aperta”, dichiarando che la clausola in esame non fosse nulla né per «inesistenza del rischio» ex art. 1895 c.c. (cd. rischio putativo)⁴, né per il problema della decadenza convenzionale (art. 2965 c.c.) né, tantomeno, per vessatorietà (art. 1341 c.c.), ciò nondimeno «in presenza di determinate condizioni, [potesse] tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al d. lgs. 206/2005, per il fatto di determinare a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»⁵. Le Sezioni unite, prospettando un giudizio di meritevolezza «in concreto» *case by case*, hanno così spostato la valutazione sul piano del merito, non tralasciando

3622/2014 e Cass. civ. n. 5791/2014, entrambe con nota di N. DE LUCA, *Act committed, loss occurrence e claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 721 ss.; Cass. Civ. n. 22891/2015, con nota di M. HAZAN, *La clausola claims made: quando è vessatoria?*, in *Danno e resp.*, 2016, I, 96 ss.

³ B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prologo di una nuova serie?*, in *Foro It.*, 2016, 6, 2036. Per un'esposizione più articolata della parabola delle clausole ora, per tutti, cfr. M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, II, 138 ss.

⁴ Il problema sarebbe risieduto in ciò, che non sarebbe assicurabile un evento rispetto a cui i presupposti causali si siano già verificati al momento della conclusione del contratto, in modo tale da comportare la pratica inevitabilità delle loro conseguenze, cfr. M. ROSSETTI, *Diritto delle assicurazioni*, III, Padova, 2013, 38; più approfonditamente la nota a Trib. Roma, 1° agosto 2006 di D. DE STROBEL, *Claims made e rischio putativo*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 171 ss.

⁵ Così testualmente Cass. Civ., sez. un., n. 9140/2016, su cui, per molti: M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni unite: osservazioni «a margine»*, in questa *Rivista*, 2016, II 21 ss.; R. PARDOLESI, *Le Sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro It.*, 2016, 2026 ss.; A. GUARNIERI, *Le clausole claims made miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 4, 1238 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 1370 ss.; per un approfondimento del tema dei rapporti con la disciplina consumeristica cfr. V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Claims made fra “primo”, “secondo” e “terzo” contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 525 ss.

però di segnare qualche coordinata di riferimento: da un lato sono stati sciolti i precedenti dubbi circa la legittimità astratta della clausola, dall'altro si è esplicitata chiaramente la dicotomia fra *claims made* cd. "pura" e "impura" (o "mista"), lasciando tuttavia trapelare un certo senso di pregiudizio per il secondo dei due sottotipi⁶.

Come prevedibile, il banco di prova della giurisprudenza di merito si è dimostrato in prima battuta fallimentare per la tenuta delle clausole, specie per quelle impure⁷: i giudici di prime cure hanno costantemente dichiarato in concreto immeritevoli di tutela le *claims* sottoposte al loro giudizio, badando unicamente all'esigenza di colmare l'*horror vacui* dei buchi di copertura⁸. La prima giurisprudenza ha così adottato un atteggiamento pragmatico e demolitorio nei confronti delle clausole, facendo incondizionatamente affidamento sulla *deep pocket* dell'impresa assicurativa e sulla sua presunta capacità (economica) di far fronte alle perdite, tant'è che ha sempre accompagnato la dichiarazione invalidante con la tutela del meccanismo reale (*i.e.*

⁶ Testualmente: «è sufficiente al riguardo considerare che la prospettazione di immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole c.d. pure, [...] mentre l'esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento». Orientamento confermato a stretto giro da Cass. civ. n. 2645/2016, con nota di M. FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 5, 619 ss.

⁷ V. ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 952 ss.; M. HAZAN, *La singolare vicenda delle "claims made", prima e dopo le Sezioni Unite ("Piacer figlio d'affanno, Gioia Vana...")*, in *ibidem*, 970 ss.; N. DE LUCA, *Richieste postume e immeritevolezza delle claims made. Nomofilachia o disorientamento?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 682, nt. 4-6.

⁸ Emblematico sul punto Trib. Udine, sez. II, 03 maggio 2017, n. 613, in *Leggi d'Italia*, ove si parla di presunzione legale: «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela quelle clausole claims made c.d. impure, particolarmente penalizzanti [...] La motivazione della Corte legittima dunque in tale ipotesi un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2979 primo comma c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie», cfr. anche i precedenti Trib. Treviso 10 giugno 2016; Trib. Milano 17 giugno 2016 in *Dejure*; Trib. Livorno 27 luglio 2016, in *La nuova giustizia civile*, 2016, 1140.

sostituzione automatica del modello legale *ex artt.* 1339-1917 c.c.)⁹. In tale contesto di diffidenza si iscrivono due ulteriori pronunce gemelle della terza sezione che, dopo aver «ridotto a sistema» il principio di meritevolezza in tre elementi essenziali¹⁰, dichiarano che la clausola «non appare destinata a perseguire interessi meritevoli di tutela, sotto nessuno dei tre aspetti»¹¹.

Chiarita in questi termini l'eco delle prime Sezioni unite si è resa tosto evidente l'insufficienza di quel precedente, reticente nell'assumere una posizione netta, e si è deciso di optare per la sollecitazione di un nuovo intervento nomofilattico. Nel gennaio 2018 la medesima terza sezione ha così rinviato nuovamente la questione alle Sezioni unite, con un'ordinanza che sostanzialmente ricalca la motivazione dei due precedenti del 2017 (la firma peraltro è la stessa), chiedendo se siano corretti i seguenti principi di diritto:

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.»;

⁹ Nutriva già perplessità per il meccanismo di tutela reale G. FACCI, *Le incerte conseguenze in caso di nullità della clausola claims made*, in *Nuova giur. comm.*, 2016, 11, 1523 ss.; ID., *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 3, 767 ss.

¹⁰ Affermando che un patto atipico dev'essere valutato con riferimento al risultato che intende perseguire e che è immeritevole quando: a) attribuisce «ad una delle parti un ingiusto e sproporzionato vantaggio», b) pone «una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra», c) «costringe una delle parti a tendere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti».

¹¹ Per qualche considerazione critica cfr. L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. comm.*, 2017, 10, 1377 ss.; B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e ancora non se ne esce*, in *Foro It.*, 2017, 9: «L'odierna statuizione non si presta punto ad applicazioni case by case. E quella che dovrebbe essere una valutazione casistica colpisce al cuore le clausole claims made [...] tanto valeva allora dire che “tutte le clausole claims made sono immeritevoli, salvo che – ma l'ipotesi è di minore ricorrenza – non venga in rilievo il profilo della limitata retroattività”», *cit.* 2723, cfr. anche U. CARNEVALI, il quale parla di sentenza «tombale», *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *I Contratti*, 2017, 4, 383 ss.

b) «nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 la clausola» *claims made*¹².

2. Sistema delle fonti, funzione del giudicare e impresa assicurativa.

Senza eccesso di generalizzazione, il commento alla sentenza postula alcune brevi riflessioni circa i parametri del dialogo fra i formanti – legislativo e giurisprudenziale – nel contesto sistematico del diritto dell'economia, giacché anche da qui, come meglio si dirà, prende le mosse la sentenza in esame. Ché, superato il tornante del millennio, l'interpretazione richiede da un lato lo sviluppo di una diversa sensibilità per la protezione di nuove categorie di interessi, dall'altro l'ammodernamento di alcune vecchie certezze¹³.

L'immagine piramidale dell'art. 1 disp. prel. è divenuta anacronistica: il codice civile, ridimensionato dalla Costituzione (che ha illuminato i diritti di un'inedita connotazione sociale) e dall'ipertrofia delle leggi speciali¹⁴, ha perduto primato valoriale e centralità sistematica. La proliferazione dei centri di produzione del diritto ha trasformato le tecniche legislative e i canoni classici dell'ermeneutica: l'impatto dirompente del diritto comunitario ha portato il formante legale verso una deriva di stampo finalistico, determinando lo sbiadire di generalità e astrattezza a favore di una normativa che persegue specifici obblighi di risultato (politico) di profilatura generale¹⁵.

¹² L'ordinanza n. 1465/2018 centra la propria attenzione sui due aspetti, unitariamente considerati dalla sentenza qui in commento: a) la delimitazione della nozione di sinistro, su cui: P. CORRIAS, *Claims made, rischio e sinistro nell'assicurazione della responsabilità civile: prime riflessioni alla luce dell'ordinanza di rimessione n. 1465/2018*, in questa *Rivista*, 2018, II, 7 ss.; b) la meritevolezza del patto ai sensi dell'art. 1322 c.c., su cui: L.S. LENTINI, *Claims made fra ruolo sociale dell'impresa assicurativa e tutela del mercato: considerazioni di meritevolezza sistematica. Nota a Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2018, n. 1645*, in questa *Rivista*, 2018, II, 49 ss.

¹³ G. ALPA, *Diritto Privato Europeo*, Milano, 2016, 371.

¹⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 4 ed.; 1999, *passim*; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

¹⁵ P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1,1 ss.

Nell'affastellamento si stagliano però nitidi gli obiettivi del nuovo diritto privato regolatorio, incentrati in direzione convergente alla regolazione del mercato: protezione delle parti deboli attraverso regole di trasparenza contrattuale a riequilibrio delle asimmetrie informative, preservazione del meccanismo concorrenziale di mercato e tutela della sua stabilità¹⁶. L'obiettivo composto viene perseguito attraverso la creazione di centri di produzione del diritto diversi rispetto a quelli tradizionali, asseritamente neutrali e dotati di poteri regolamentari (sostanzialmente legislativi) che incidono pesantemente sullo statuto contrattuale: le autorità amministrative indipendenti. La derivazione pubblicistica del nuovo tipo d'intervento è frutto della caratura generale degli interessi oggi perseguiti dal contratto (*recte*: attraverso il contratto)¹⁷ – “affare tra privati” sempre meno “privato” e sempre più di “interesse generale”¹⁸ – oggetto di nuove funzionalizzazioni che lo proiettano in una più ampia dimensione mercatoria. Nella prospettiva approssimata l'affievolimento della dicotomia fra diritto pubblico e privato può essere la lente con cui gradare le decisioni anche in sede giurisprudenziale: l'idea di fondo è interpretare il contratto con consapevolezza della sua più alta funzione superindividuale intimamente connessa al mercato, senza appiattirlo nei confini di una logica meramente bilaterale. La rigidità del dato normativo rinvigorisce l'utilizzo delle clausole generali, capaci di restituire la necessaria flessibilità al procedimento interpretativo. Così concetti come «buona fede», «meritevolezza di interessi» e «causa in concreto» diventano chiave di lettura per problemi attuali, come nella sentenza in commento, non senza il rischio però di diventare armi a doppio taglio. In una

¹⁶ F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 3, «L'obiettivo [del legislatore] è a questo punto oltre modo chiaro: nella prospettiva economica rimuovere l'asimmetria informativa evitando insufficienze di mercato; nella prospettiva giuridica eliminare una disuguaglianza sociale all'interno del contratto, ripristinando la libertà contrattuale di entrambi i paciscenti. [...] Efficienza ed equità non confliggono, ma diventano precondizioni necessarie al fine di soddisfare un'utilità sociale, ovvero lo sviluppo virtuoso del mercato e financo la tutela del risparmio in tutte le sue forme (art. 47 Cost.), cit. 97.

¹⁷ M. ANGELONE, *Regolazione «indipendente» del mercato e «conformazione in chiave protettiva» del contratto*, in *Riv. dir. impr.*, 2016, 1, 103 ss.

¹⁸ E. PICOZZA – V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013, cit. 273.

stagione di valorizzazione del ruolo della magistratura¹⁹, i poteri di intervento sul contratto dovrebbero essere filtrati dalla consapevolezza di contesto e ambizioni in cui il medesimo opera. Il margine di manovra lasciato alla giurisprudenza non può tradursi in un'obliterazione delle coordinate di fondo, che devono essere considerate nel momento in cui si concretizza la regola nella delicatezza dell'applicazione del singolo caso.

Le considerazioni si prestano ad una valutazione della vicenda *claims made* nella sua variegata complessità e stanno alla base del pensiero di chi ha criticato i tentativi di ostracismo compiuti dalla giurisprudenza rispetto alle clausole²⁰. Il giudizio di «meritevolezza in concreto» – o, per meglio dire, cominciando a familiarizzare coi termini della sentenza in commento, di «tutela su diversi piani» – richiede una corretta valutazione della globalità degli interessi coinvolti: non solo quello particolare dell'assicurato (e dei terzi danneggiati) a ricevere la manleva, ma anche quelli generali di mercato, la cui considerazione parte di necessità dalla funzione sociale svolta dall'impresa assicurativa e dal peculiare tipo di rischio da questa serialmente assunto.

Nel diritto delle assicurazioni l'impresa si caratterizza per un ruolo centrale, riuscendo la sua tenuta a garantire l'interesse generale «di sicurezza» della massa degli assicurati²¹. Gli studi hanno radici profonde e hanno fatto emergere l'esistenza di un legame intimo fra impresa e contratto, con pieni riverberi sul profilo funzionale. Il meccanismo di assunzione dei rischi deve fondarsi su una struttura economica professionalmente organizzata, giacché solo il procedimento tecnico-attuariale e la predisposizione del cd. «piano organico» consentono un'attività assuntiva capace di garantire un'effettiva neutralizzazione della massa di rischi omogenei. Il singolo contratto assicurativo non può essere considerato atomisticamente, ma

¹⁹ M. PENNASILICO, “*Ménage à trois*”: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, 179 ss.; M. NUZZO, *Abuso del diritto e “nuovo” riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 3, 972 ss.

²⁰ Per molti: M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno e resp.*, 2016, 10, 935 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, “*Claims made*”, “*code lunghe*” e ostracismi giudiziali, in *Danno e Resp.*, 2017, 4, 441.

²¹ M. MAZZOLA, *Sul concetto di interesse nel contratto di assicurazione: inquadramento teorico e profili applicativi* in corso di pubblicazione su *Riv. dir. civ.* e consultato per gentile concessione dell'autore.

necessita di un coordinamento con la massa omogenea: le norme sulla «buona guida dell'impresa», la cui funzione è indirettamente volta al vantaggio generale che possono trarne tutti gli assicurati, esalta la funzione sociale dell'intera operazione assicurativa (art. 47 Cost.)²². Nell'economia sinallagmatica l'organizzazione imprenditoriale riesce ad emanciparsi, divenendo obbligazione di *facere* specifica ed autonoma (cd. «prestazione di sicurezza») il cui adempimento si pone nell'interesse di tutti coloro che stipulano contratti con l'assicuratore²³. L'architettura del codice civile riflette l'assunto con il principio di indivisibilità del premio, lo stesso il codice delle assicurazioni attraverso la regola dell'oggetto sociale riservato (art. 11) e la nullità di protezione per l'esercizio dell'attività senza autorizzazione (art. 167)²⁴.

L'attenzione per l'impresa costituisce il filo che lega gli ultimi interventi comunitari: la direttiva *Solvency II* (2009/138 CE), mutuando principi già noti nel bancario, fa della solvibilità dell'impresa e del principio di sana e prudente gestione le proprie linee direttrici²⁵. L'obiettivo è la protezione del mercato, la cui stabilità passa per un controllo da più fronti dell'impresa: vincoli funzionali, requisiti di capitalizzazione, requisiti specifici per i membri della *governance*, sana e prudente gestione quale regola di condotta²⁶. Il giudizio sulle *claims made* non può prescindere da tali considerazioni.

²² Il riferimento è alla «teoria dell'impresa» di Vivante: C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, III, Milano, 1987, ID., *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano, 1929, 340; L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione*, in *Assicuraz.*, 1942, I, *passim*; ID., *Impresa e contratto di assicurazione nelle vicendevoli relazioni*, in *Assicuraz.* 1953, I, 148.

²³ S. SOTGIA, *La prestazione dell'assicuratore*, in *Assicuraz.*, 1959, 365; R. IPPOLITO, *L'evoluzione normativa del rischio nella teoria dell'assicurazione*, in *Assicuraz.*, 1981, 406; ID., *Il sinallagma contrattuale nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, 512.

²⁴ O. CLARIZIA, *Contratto di Assicurazione, Impresa, Mercato: dialoghi tra passato (l'impresa requisito del contratto) e presente (nullità di protezione ed eteroregolamentazione)* in *Rass. dir. civ.*, 2017, 4, 1226.

²⁵ S. BALSAMO TIGNANI, *Solvency II. L'avvio del nuovo sistema di vigilanza prudenziale nel settore assicurativo*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2016, 2, 691.

²⁶ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 131.

3. *Funzioni e utilità delle clausole claims made nella prospettiva d'impresa.*

In un ordinamento in cui la responsabilità civile è sempre più (obbligatoriamente) assicurata ed in cui la solvibilità dell'impresa è valore di interesse superindividuale giuridicamente protetto non sembra più completamente rinunciabile il ricorso al modello delle *claims made*. La direttiva *Solvency II* ha modificato radicalmente le modalità di calcolo delle riserve tecniche (e, conseguentemente, dei premi) appesantendo gli oneri in testa alle imprese. L'inversione del ciclo produttivo impone che i premi incassati siano sufficienti a far fronte ai futuri sinistri e a consentire il rispetto dei nuovi parametri di riservizzazione imposti. In tale prospettiva la riqualificazione a posteriori da parte del giudice circa la delimitazione del rischio programmato contrattualmente cozza con la necessaria prevedibilità su cui dovrebbe basarsi il procedimento tecnico – attuariale²⁷.

Del resto lo sviluppo del modello di assicurazione in parola si lega a doppio filo con la recente derivazione imperialistica della responsabilità civile²⁸ e con l'emersione di nuove figure di danno di sempre più difficile calcolabilità²⁹: attraverso il nuovo modello sarebbe infatti «così possibile determinare con sicurezza il termine finale di esposizione dell'impresa al rischio assicurato, e riportare dunque entro la soglia di assicurabilità danni della cui ampiezza non è dato prevedere»³⁰. Gli è che l'equilibrio dell'impresa difficilmente può essere sostenuto attraverso l'adozione del modello previsto dal codice civile (tanto meno con una sua automatica reintroduzione giudiziale postuma), che costringerebbe a proiezioni statistico-attuariali di difficile valutazione e

²⁷ A. VICARI, *Polizze claims made, riserve tecniche, rischio operativo e trasparenza contrattuale*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 301.

²⁸ Il richiamo è all'espressione di G. PONZANELLI, *L'imperialismo della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2016, 3, 221.

²⁹ F. CESERANI, *Origini e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, 799 ss.; ID. *I nuovi rischi di responsabilità civile: rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes"*, in *Dir. econ. ass.*, 2010, 3.

³⁰ Sul punto M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 3, 1021 ss.

sostenibilità³¹, esigenza questa avvertita dalla sentenza. Sicché, per evitare la selezione avversa della fuga delle imprese dal mercato o del potenziale innalzamento dei premi assicurativi occorre riflettere sul valore dell'alternativa *claims* in una prospettiva globale.

Conscio di tali premesse muove il ragionamento delle Sezioni unite del 2018, che si soffermano più diffusamente sull'origine della clausola per affermarne la necessità e, sfruttando la funzione gnoseologica della comparazione³², ne riconoscono la tipicità "speciale", cioè (perlomeno) in quei settori caratterizzati da danni cd. lungolatenti³³. Proprio il riferimento comparatistico non è da sottovalutare, risultando molto più di un semplice esercizio retorico. Lo spunto pare piuttosto uno sforzo interpretativo che coglie l'origine del modello, nato per la sua attitudine a garantire la resistenza delle imprese sul mercato e non può essere

³¹ U. CARNEVALI, *La clausola "claims made" nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2016, 8-9, 759 ss.

³² La sentenza, infatti, si concentra anche sul «riconoscimento a livello di diritto positivo del fenomeno in altri paesi continentali come Francia, Spagna, Belgio». Per qualche spunto comparatistico cfr. anche R. FORNASARI, *In attesa delle Sezioni Unite: brevi note circa la disciplina della clausola claims made in Francia e Germania*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2, 723 ss.

³³ «Sono ben note le ragioni storiche che hanno dato luogo [...] alle clausole *claims made*, affermatesi – in estrema sintesi – come risposta all'aumento dei costi per indennizzo generato dall'espansione, qualitativa e quantitativa, della tutela risarcitoria, in particolar modo nell'area dei rischi c.d. lungo-latenti [...]. Di qui l'esigenza [per l'impresa] di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte ai relativi esborsi», con evidente ulteriore agevolazione nel calcolo del premio assicurativo», il che risponde direttamente all'obiezione dell'ordinanza interlocutoria secondo cui: «Essa non è affatto quel baluardo contro il rischio di tracolli finanziari che certa dottrina vorrebbe far credere, ma è più banalmente una clausola conveniente per l'assicuratore: e va da sé che la validità dei contratti non si giudica in base alla loro convenienza per l'una o per l'altra parte». Il *leading case* americano, è arcinoto, riguarda un caso sullo sviluppo di patologie derivanti dall'amianto: *Keene Corp. v. Insurance Co. of North America*, 667 F.2d 1034 (D.C. Cir. 1981), seguito da un caso in cui il danno derivava da un farmaco risultato solo poi cangerogeno, *Eli Lilly and Co. v. Home Ins. Co.*, 482 N.E. 2d 467 (S.C. Indiana, 1985), ma le polizze erano già diffuse nel mercato assicurativo inglese proprio per le ipotesi di responsabilità civile, cfr. M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, cit., 1021 ss.

dimenticato anche in una prospettiva internazionale di competizione fra modelli ed ordinamenti³⁴.

4. Riconoscimento della tipizzazione delle clausole.

Come anticipato, il nuovo intervento è più consapevole della molteplicità di interessi coinvolti, nonché della complessità della questione nei suoi precipitati pratici e teorici.

In primo luogo la sentenza si sofferma più approfonditamente sulle possibili sfaccettature della copertura *claims*, abbandonando lo sfavore aprioristico nei confronti del modello impuro, il quale – si dice – nella sua «complessità», ben può essere mitigato «in base a più varianti». Già subito la sensazione è che si voglia insistere sul fatto che i correttivi di retro/ultra attività (c.d. *sunset clause* e *deeming clause*) siano idonei a impedire quella immeritevolezza «sempre e comunque» di cui parlava l'ordinanza di rinvio³⁵ e sulla considerazione che la lettura del problema non possa basarsi su di un semplice raffronto col modello legale, dovendo invece essere scrutinato nella completezza del variegato microsistema che ha dato origine alle *claims*³⁶.

Muovendo coerentemente dalle premesse, la sentenza prosegue partendo da un'«analisi di complessità già risolta sul piano del diritto positivo di più recente conio» e giunge così ad esplicitare un precetto di notevole importanza (anche se non di assoluta novità): il

³⁴ G. FACCI, *Le sezioni unite e le claims made: ultimo atto?*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1, 40 ss.

³⁵ «Lo schema essenziale al quale si ispira il modello c.d. “*claims made*” [...] trova poi concretizzazione, nella prassi assicurativa, in base a più varianti, la cui riduzione alle due categorie più generali [pura/impura] è frutto unicamente di convenzionale semplificazione, la quale, tuttavia, non può elidere la complessità del fenomeno».

³⁶ Sul punto cfr. già A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro It.*, 2017, I, 6, «Questo modo di guardare le cose rivela un errore di prospettiva. Che consiste, a conti fatti, nel rimproverare alla clausola *claims made* di non operare come la previsione pattizia improntata al criterio di *loss occurrence*. Se, alle corti, il parametro valutativo è quello testè evocato, l'esito negativo può darsi per scontato. La *claims made* fa un altro lavoro. Per meglio dire, fa lo stesso lavoro assicurativo, ma in modo diverso. E, allora, i “buchi di garanzia”, intorno ai quali si è scatenata una sorta di caccia alle streghe, non possono essere ricostruiti in chiave statica, ossia in rapporto a ciò che una polizza dell'un tipo, sottoscritta per un dato lasso temporale, non copre rispetto a quella, di diverso lignaggio, sottoscritta per lo stesso periodo», *cit.* 930.

riconoscimento espresso nel tipo assicurativo della clausola *claims made* «da accettarsi, dunque, nell'area della tipicità legale»³⁷ e pienamente partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni. La sentenza afferma che i recenti interventi normativi interni in tema di assicurazione della responsabilità forense (art. 2 d.m. 22 settembre 2016) e responsabilità per l'esercizio della professione sanitaria (cd. Legge Gelli-Bianco) devono essere inquadrati in una prospettiva di «circolarità tra impianto codicistico e micro-sistema speciale che, nella evidenziata saldatura tra i due ambiti, esprime una forza ordinante particolarmente efficace». Il che chiarisce, senza più possibilità d'equivoco, che il modello assicurativo della responsabilità civile può essere ormai declinato in due espressioni, entrambe tipiche e fra loro astrattamente fungibili: la forma *loss occurrence* e quella della legge Gelli a sfondo *claims made*. La «forza ordinante» delle novelle positive non è peraltro frutto di una scelta eclettica o isolata del legislatore, ma deriva da principi ormai affermati nel campo della prassi per le esigenze sopraesposte, «giacché il diritto legislativo (o di immediata derivazione) ha recuperato nel substrato della realtà materiale socio-economica una regolamentazione giuridica pattizia già diffusa nel settore assicurativo».

Il processo di tipizzazione, prima sociale poi normativa, si sviluppa naturalmente nei settori operativi caratterizzati da danni lungolatenti, dunque in primo luogo sanitario e delle professioni, ma la prospettiva di tipo funzionale non impedisce che la standardizzazione possa consentirne l'adozione in tutti i campi «giustificati dalla medesima logica assicurativa, ossia quella della copertura dai rischi per danni da eziologia incerta e/o caratterizzati da lungolatenza»³⁸. Viene cioè

³⁷ In dottrina già si era parlato di tipicità, cfr. M. GAZZARA, *Note a margine della nuova disciplina in tema di professionali per gli avvocati*, in *Contr. Impr.*, 2017, 3, 988; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla legge Gelli: la "claims made" dall'atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 6, 1390. In giurisprudenza: Tribunale di Catania 3 aprile 2018, n. 1456.

³⁸ «Tale controllo [di meritevolezza] deve svolgersi in concreto, procedendo ad una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco nello specifico contesto in cui l'assetto di interessi programmato dal contratto li colloca. Il che dovrebbe implicare in primo luogo che sotto tale profilo non si possa continuare a discutere di clausole denominate *claims made*, ma solo di clausole specifiche in specifici contesti di rischio [...] debbono essere adattate alla tipologia di rischi di responsabilità civile cui è esposto l'assicurato. Da ciò discende che diviene essenziale considerare la

esplicitato che l'estensibilità del modello vada giustificata in considerazione dello speciale tipo di rischio assunto, la cui verificabilità a lungo termine va in un qualche modo coordinata con l'esigenza dell'impresa di farvi fronte, che altrimenti difficilmente potrebbe essere garantita la funzione sociale di sicurezza.

La considerazione compiuta dalla corte sul rapporto fra diritto e realtà sociale colma il ritardo culturale che spesso si riscontra nel rapporto fra giudici ed economia e pare quanto mai condivisibile, cogliendo la necessità, attualmente avvertita, di avere un *diritto dei privati*, inteso come strumento capace di generare istituti che diano risposte collettive a bisogni sociali diffusi. In questo senso, con le opportune cautele e correttivi, la fruibilità dell'alternativa *claims*, almeno quando non imposta in chiave totalmente prevaricatrice dall'impresa, può fornire il giusto compromesso fra protezione individuale e interessi di (stabilità del) mercato. In altre parole è evidente la distanza dall'ordinanza di rinvio: la *claims made*, eventualmente acconciata coi vari correttivi del prolungamento di copertura prima e/o dopo la naturale efficacia del contratto, può essere uno strumento flessibile che consente all'impresa di calibrare sinallagmaticamente una prevedibile gestione del rischio con un premio corrispettivamente adeguato.

5. Dal giudizio di meritevolezza alla causa in concreto: cosa cambia?

La complessità di aspetti coinvolti ed il passaggio dal piano dell'atipicità a quello del riconoscimento legale si riflette inevitabilmente sul sindacato della clausola, determinando, si afferma: «il superamento di un giudizio improntato alla logica propria della "meritevolezza", siccome ancorata al presupposto della atipicità contrattuale» e «consentendo anche una simbiosi di categorie e rimedi».

È invece questo il passaggio più criticabile della sentenza.

Il riconoscimento legislativo che pareva così, di primo acchito, di per sé stesso sufficiente a determinare la meritevolezza, il cui vaglio parrebbe da abbandonare, viene in realtà nuovamente minato, *inter alia*,

posizione specifica dell'assicurato, il che equivale a prendere in considerazione la tipologia o ramo di attività svolto, dall'assicurato stesso», A. CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti della clausola claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 3, cit. 700.

dalla previsione di un (altro ma sostanzialmente identico) giudizio attinente alla «causa in concreto» del negozio. Il trasferimento dal secondo al primo comma dell'art. 1322 c.c. non pare infatti, nell'argomentazione qui invero parzialmente contraddittoria, portare delle significative differenze rispetto al precedente del 2016 poiché, si prosegue: «è un *test* [quello della causa in concreto] che non prescinde, però, dalla stessa tensione ispiratrice dello scrutinio di meritevolezza di cui al citato capoverso dell'art. 1322 c.c.». Dopo benevole premesse sul riconoscimento delle clausole e circa la loro “naturale meritevolezza”³⁹, cresce insomma il sospetto che in realtà si stia facendo rientrare dalla finestra ciò che poche righe prima era stato accompagnato fuori la porta. Il piano della valutazione circa la causa in concreto non è l'unico livello di protezione dell'assicurato prefigurato dalla sentenza, poiché, prosegue, «si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica [...], ma ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto». Si fa così riferimento alle norme generali in tema di buona fede come regola di condotta sia nell'esecuzione (art. 1175 c.c., art. 1375 c.c. e art. 2 Cost.) sia nella fase di formazione del rapporto (art. 1337-1338 c.c.), con conseguente (in teoria) traslazione rimediabile nel campo del risarcimento, secondo la nota distinzione puntualmente richiamata⁴⁰, ma poi subito distrattamente ritrattata. Proseguendo in questa ibridazione di rimedi di poco agevole comprensione⁴¹, la Corte richiama così gli obblighi di trasparenza: il principio di buona fede trova nel diritto delle assicurazioni una specificazione nell'«adeguatezza» del prodotto assicurativo di cui alla

³⁹ «[per] l'assicurazione della responsabilità civile sanitaria e dei professionisti, la legge (speciale) ne detta ora, in regime di obligatorietà, le coordinate di base, inderogabili *in pejus*, individuando in esse non solo il substrato del modello negoziale “meritevole”, ma, con ciò, la stessa idoneità del prodotto assicurativo a salvaguardare gli interessi che entrano nel contratto».

⁴⁰ Il riferimento è alla nota distinzione fra regola di condotta e regole di validità come delineata dalle gemelle n. 26724/2007 e n. 26725/2007, *ex multis*: F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.U.) 19 dicembre n. 26725*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, 1, 1 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti.*, 2008, II, 104 ss.

⁴¹ G. MIOTTO, *Per le sezioni unite la claims made è (sempre stata) tipica, ma...*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 1, 184.

lett. b) dell'art. 183 cod. ass. che impone, tra l'altro, all'impresa e agli intermediari nella fase di offerta e di esecuzione di «acquisire dai contraenti le informazioni necessarie a valutare le esigenze assicurative o previdenziali»⁴², il che però nelle parole della Corte non riconduce al piano della condotta, date le sterzate argomentative. Non pare, di fatti, che il criterio della causa in concreto sia correttamente delineato come ragione pratica dell'affare⁴³, ma come un unico spettro ad ampio raggio che investe senza distinzioni tutto il procedimento contrattuale dalla fase di formazione a quella esecutiva e patologica. Sicché, ad esser giudicato, rischia di essere non tanto il senso dell'operazione economica, quanto (ancora!) la copertura o meno del singolo caso, con unica cura di valutare l'interesse esclusivamente individuale (e non contrattuale, né tanto meno generale) dell'assicurato ad avere la più conveniente (: ampia) copertura possibile, a prescindere da quanto effettivamente pattuito (e corrisposto)⁴⁴.

In altre parole il richiamo all'aspetto relativo all'informativa precontrattuale parrebbe trovare riconoscimento in quella dottrina che già aveva auspicato tale soluzione con riferimento al precedente del 2016⁴⁵, ma viene qui inserito dalla Corte in un contesto più ambiguo, con una sorta di sovrapposizione con la causa in concreto che riporta la questione sotto il profilo dell'invalidità e ancora nel campo della nullità

⁴² Non è caso il fatto che il legislatore abbia richiamato anche in questa norma, dettata in tema di trasparenza, la regola di sana e prudente gestione (lett. d), evidenziando, anche da un punto di vista sistematico, di come la regola sia dettata in funzione del più alto legame impresa-contratto, cfr. S. NITTI, *Commento all'art. 183*, in *Codice delle assicurazioni private annotato con la dottrina e la giurisprudenza* A. CANDIAN-G. CARRERO (a cura di), Napoli, 2014, 786.

⁴³ C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, 251.

⁴⁴ A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made nel post-diritto*, in *Foro It.*, 2018, I, 11 «ovvio che l'interesse dell'assicurato – di qualunque assicurato – è avere la copertura assicurativa più ampia possibile...! Senonché, certo non basta questo per dire che la massima copertura possibile è comunque l'intenzione delle parti. Se no, si finisce per identificare impropriamente la comune intenzione delle parti con l'intenzione (l'interesse) individuale di una sola parte», *cit.* 3517.

⁴⁵ M. MAZZOLA, *Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni unite: osservazioni «a margine»*, *cit.*; A. VICARI, *op. cit.*, A. CANDIAN, *op. cit.*, 678 ss.; sul rimedio risarcitorio precontrattuale contro polizze valide, ma sconvenienti, v. già V. BACHELET, *“No contract is an island”*: nuovi spunti in tema di *claims made* (attendendo le Sezioni unite), in *Contratti*, 2018, 264 ss., spec. 272 ss.

(ma senza nuova sostituzione automatica reale ex art. 1917 c.c.)⁴⁶: «ne deriva che lo iato tra il primo [il contratto] e la seconda [la disciplina legale per i settori professionali] per aver la stipulazione ignorato e/o violato quanto dalla legge disposto [...] comporterà la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 c.c. A tanto il giudice potrà porre rimedio, per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto, in forza della norma di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., così da integrare lo statuto negoziale (non già tramite il modello loss occurrence, bensì) attingendo quanto necessario per ripristinare in modo coerente l'equilibrio dell'assetto vulnerato dalle indicazioni reperibili dalla stessa regolamentazione legislativa».

È questo, nonostante vi si arrivi con un percorso argomentativo contorto, il punto di maggior distacco rispetto al precedente del 2016, optandosi qui in via preferenziale per un rimedio, di natura conservativa, che tenta di ripristinare l'equilibrio contrattuale e non per una demolizione integrale della pattuizione convenuta⁴⁷. Parrebbe dire la Corte cioè che la tipizzazione della *claims*, almeno con i correttivi della legge Gelli, assicura un minimo livello di protezione capace di ripristinare la funzione minima del contratto senza che occorra (: si possa) riscrivere la pattuizione a tutto scapito dell'impresa⁴⁸. Si prospetta così, con una motivazione claudicante, uno scrutinio del contratto attraverso la lente del principio di «adeguatezza», che potrebbe, se correttamente inteso, elevare la valutazione ad un più alto

⁴⁶ In una logica che, secondo parte della dottrina è però inevitabile nei settori connotati dalla presenza di forti interessi pubblicistici, D. MAFFEIS, *Episodi patologici della prassi bancaria e cause di nullità dei contratti bancari e di investimento*, in questa *Rivista*, 2017, I: «il problema non è la certezza del diritto, ma la presenza di principi di ordine pubblico che il giudice [...] potrà chiamare con questo o quel nome – la meritevolezza degli interessi – o formula – la causa concreta – che potranno non coincidere alla perfezione, ma sono, a ben vedere, assai fedelmente tributari di principi che sono scritti in modo chiaro sia nel TUB sia nel TUF», *cit.* 193.

⁴⁷ P. CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1, 150.

⁴⁸ Non è tuttavia chiarito se il correttivo debba necessariamente prevedere una copertura decennale come nel modello Gelli-Bianco o se effettivamente anche clausola di retro e ultra attività di durata più limitata siano idonee a superare il vaglio del controllo giudiziale, si pone il dubbio M. CAMPOBASSO, *Evoluzioni e rivoluzioni nella giurisprudenza in tema di assicurazioni claims made*, *cit.*, 151-152.

respiro, capace di coinvolgere la funzione utile del contratto assicurativo e le regole d'organizzazione interna dell'impresa⁴⁹. Dal riconoscimento della tipicità "speciale" deriva cioè la sostituibilità del regolamento condiviso, "in concreto inetto alla funzione di copertura del rischio", non con l'alternativa *loss occurrence* ma, parrebbe, soltanto con uno schema a sfondo Gelli⁵⁰. L'integrazione giudiziale può attingere così alle più diverse sfumature e non alla rigidità univoca del modello del codice: il che lascia, di nuovo, un ampio margine di manovra alla magistratura, a cui inevitabilmente spetterà la definizione del parametro di adeguatezza secondo uno schema casistico con esiti nuovamente incerti⁵¹.

La Corte, così definita la nuova forma di controllo giudiziale della clausola *claims made*, mantiene una certa ambiguità di fondo, richiamando sincreticamente diversi concetti (obblighi di informativa, abuso del diritto e causa in concreto) con una commistione che non esplicita i rispettivi ambiti operativi e offre solo timidamente una linea di tendenza, atteggiamento questo non nuovo in giurisprudenza⁵². Si perde, peraltro, un'importante occasione per precisare una distinzione concettuale ancora mai ben definita in sede giurisprudenziale, ossia quella dei confini fra "meritevolezza" e "causa in concreto", lasciando intravedere una lettura identica dei due concetti, che si differenzierebbero sterilmente solo per l'ambito di applicazione (la causa in concreto per i contratti tipici, la meritevolezza per quelli atipici) e che trova, come noto, da tempo tentativi di superamento in dottrina⁵³.

⁴⁹ M. D'AURIA, *Polizze claims made: ascesa e declino della clausola generale di meritevolezza?*, in *Corr. Giur.*, 2019, 1, 30; sul punto cfr. lo sforzo interpretativo di A. ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made tipizzata dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1, 145.

⁵⁰ Esprime insoddisfazione per il punto S. MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 1, 158.

⁵¹ A. CANDIAN, *Ultima tappa (per ora) nella saga delle claims made*, in *Foro It.*, 2018, I, 11, 3523; B. TASSONE, *Le clausole claims made di nuovo al vaglio delle sezioni unite: tanti punti oscuri e due proposte*, in *ibidem*, 3524.

⁵² Per alcune note sul punto in tema di prodotti finanziari cfr. A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. Impr.*, 2017, 3, 921.

⁵³ G. LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro It.*, 2018, V, cit. 221: «La definitiva acquisizione – anche

nell'elaborazione giurisprudenziale – del concetto di causa in concreto, da un lato, e, l'affermazione della rilevanza della Carta costituzionale nell'ambito del diritto dei contratti, dall'altro, inducono a chiedersi se il giudizio di meritevolezza non debba investire la totalità dei contratti e se, dunque, non abbia oggi una portata più ampia e – non foss'altro per questo – diversa rispetto ai tempi della sua comparsa nel codice», cfr. anche M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, *cit.* 803, che propone «una interpretazione positiva della meritevolezza che si pone in coerenza logica con la considerazione del principio di autonomia negoziale quale valore dell'assetto ordinamentale interno e comunitario».