

## **Considerazioni su assicurazioni claims made e ruolo della giurisprudenza nel diritto assicurativo**

**1. Introduzione. – 2. Le ragioni dello sviluppo delle assicurazioni on claims made basis. – 2.1. Evoluzione della responsabilità civile, emersione dei rischi lungo-latenti. – 2.2. Gli interessi sostanziali delle parti del rapporto assicurativo nel nuovo contesto. – 2.3. Le soluzioni offerte dal modello claims made. – 3. La problematica ricezione giurisprudenziale delle assicurazioni claims made negli ordinamenti di civil law e, in particolare, in Italia. – 3.1. La divergenza rispetto al tipo codicistico. – 3.2. Il definitivo sdoganamento da parte delle Sezioni Unite del 2016 e 2018, i modelli assicurativi spuri e le clausole collaterali. – 3.3. Il problema del fatto noto. – 4. Il recepimento giurisprudenziale delle assicurazioni claims made nel contesto del ruolo della giurisprudenza rispetto al diritto positivo. – 4.1. Art. 101 Cost. e sovranità popolare. – 4.2. Il giudice civile di fronte al mutamento della prassi degli operatori. – 4.3. Il faro del principio di uguaglianza, correttamente inteso. – 5. La condivisibilità dell’assetto interpretativo fornito dalla giurisprudenza al problema delle assicurazioni claims made. – 5.1. La generale conformità delle assicurazioni claims made rispetto allo schema generale del contratto di assicurazione. – 5.2. Ipotesi di invalidità e interventi correttivi. – 6. L’approccio giurisprudenziale alle clausole claims made come modello per i futuri sviluppi del diritto assicurativo, anche in relazione all’intelligenza artificiale.**

**1.** Ringrazio il Prof. Giuseppe Morbidelli, Presidente della Fondazione Cesifin, e la Prof.ssa Sara Landini per avermi invitata come relatrice all’odierno importante convegno sulle “Assicurazioni nella giurisprudenza”.

Il tema che mi è stato assegnato è quello dei contratti di assicurazioni basati sulla richiesta di risarcimento, che si traducono nelle assicurazioni cosiddette “on claims made basis” o più semplicemente “claims made”.

Mi sembra che questo tema ben si presti a dimostrare quella rilevanza della giurisprudenza nel diritto assicurativo, che rappresenta il fil rouge dell’odierno convegno.

Infatti, ripercorrere l’evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali in questo ambito apre la strada a interrogarsi in profondità sul rapporto fra norme di legge e prassi, operative e giurisprudenziali, nell’ambito del diritto privato.

**2.** Il contratto assicurativo “claims made”, invero, è un modello negoziale germogliato nella prassi degli operatori per soddisfare interessi concreti che le altre e tradizionali tipologie di contratti assicurativi, specialmente in tema di assicurazione della responsabilità civile, non riuscivano più a soddisfare in modo adeguato.

**2.1.** All'ampliamento degli orizzonti della responsabilità civile ha fatto seguito il riconoscimento di figure di danno suscettibili di manifestarsi e dar luogo a richieste risarcitorie anche a molti anni di distanza dai comportamenti cui sono addebitabili. Ciò senza che il lungo decorso del tempo determini prescrizioni o preclusioni di sorta all'azionabilità del danno, vuoi perché in alcuni casi è soltanto all'esito di un lungo percorso eziologico che esso si manifesta (si pensi ad alcuni casi di danni alla salute, derivanti dalla protrazione nel tempo di alcuni trattamenti sanitari, o da esposizione ad agenti inquinanti o a prodotti difettosi), vuoi perché in alcuni casi la conoscibilità e, quindi, il presupposto di azionabilità del danno si manifesta comunque a molti anni dalla sua verifica.

Laddove tali tipologie di danno rientrino nel novero delle responsabilità civili fatte oggetto di un rapporto assicurativo, il rischio assicurato può correlativamente rimanere latente per molto tempo rispetto alla stipula del contratto di assicurazione. Non a caso si parla di rischi lungo-latenti.

Il modello tradizionale di assicurazione della responsabilità civile vuole che l'impresa assicurativa obbligata a corrispondere l'indennizzo sia quella che ha emesso la polizza nella vigenza della quale è accaduto il fatto che ha causato il danno oggetto della domanda di risarcimento (cd. assicurazioni basate sul criterio dello "act committed"). A questo modello è ispirato anche l'art. 1917, comma 1 del codice civile italiano del 1942.

**2.2.** Tuttavia, questa impostazione non appare del tutto adeguata a fronteggiare le caratteristiche strutturali dei rischi lungo-latenti (chiaramente, sul punto, S. Landini, *Mind the gap! Il problema delle differenti tipologie di delimitazione del sinistro nella rc professionale e delle definizioni contrattuali adottate*, in Riv. it. med. leg., 2019, 1477 ss.; G. Facci, *Il fatto noto nella successione di polizze claims made*, Torino, 2023, 15 ss.).

L'impostazione tradizionale risulta non del tutto adeguata, anzitutto, guardando alla vicenda dal versante dell'impresa assicurativa. Infatti, in caso di domanda risarcitoria e conseguente denuncia di sinistro avvenuta dopo lungo tempo rispetto alla commissione dei fatti che hanno causato il danno, l'impresa assicurativa, qualora ne ricorrano i presupposti, dovrà corrispondere l'indennizzo molto tempo dopo rispetto alla stipulazione del rapporto e all'incasso del premio riferito alla vicenda. Ciò determina notevoli complicazioni nell'effettuazione delle previsioni, su cui strutturalmente si basa l'intero assetto del rapporto assicurativo. Le complicazioni si manifestano sia riguardo alle valutazioni da effettuare sul piano contabile, sulla base del principio di precauzione, specialmente in relazione alla costituzione delle riserve, sia e ancor prima riguardo alle valutazioni da effettuare sul piano attuariale, ai fini del calcolo del premio da richiedere all'assicurato. Tali incertezze implicano che l'impresa assicurativa, chiamata ad assicurare un rischio di responsabilità civile secondo il

modello tradizionale, in un contesto di esistenza di rischi lungo-latenti, sia portata a calcolare premi notevolmente elevati, per tener conto dell'eventualità di dover corrispondere indennizzi a lunga distanza di tempo rispetto alla stipulazione del rapporto e all'incasso del premio. Tale innalzamento del premio non deriva necessariamente da intenti speculative, ma più semplicemente dall'esigenza di mantenere l'equilibrio finanziario che, oltre a essere un interesse privato dell'impresa, è anche un interesse pubblico del sistema economico in generale, specialmente quando si tratti di imprese di rilevanza sociale strategica, come quelle assicurative.

Se è evidente l'inadeguatezza del modello assicurativo tradizionale per fronteggiare rischi di responsabilità civile lungo-latente dal versante dell'impresa assicurativa, non di meno esso può manifestarsi scarsamente adeguato anche nella prospettiva dell'assicurato. Ciò non solo per il fatto prima menzionato, dell'inevitabile innalzamento del premio, ma anche sul piano strutturale. Infatti, in tutte le ipotesi in cui il danno sia causato da un comportamento protratto nel tempo e durante questo tempo si siano susseguiti distinti rapporti assicurativi, l'individuazione della compagnia tenuta a corrispondere l'indennizzo potrebbe essere particolarmente complessa o comunque potrebbe essere particolarmente complesso il coordinamento tra le diverse compagnie da considerarsi obbligate. Aumenta quindi il rischio che si producano "salti" di tutela, "vuoti" di copertura o "buchi" assicurativi, che si tradurrebbero in un pregiudizio evidente per l'assicurato e, eventualmente, anche per il danneggiato, in caso di incapienza del patrimonio del danneggiante rispetto alla richiesta di risarcimento effettuata.

È dall'emersione dell'esigenza di tutelare adeguatamente questi interessi che la prassi operativa ha ideato il modello dei contratti di assicurazioni diversi, per gestire in modo più idoneo le esigenze poste dalle nuove frontiere della responsabilità civile e, in particolare, dalla necessità di gestione dei rischi lungo latenti. Non è quindi un caso – sia detto per inciso – che il superamento del modello classico sia avvenuto in quegli ordinamenti, in particolare quello inglese, in cui maggiormente evoluti e minormente tipizzati sono tradizionalmente stati i profili della responsabilità civile.

La chiave di volta è data da una diversa individuazione del fatto cui si collega l'attivazione del rapporto assicurativo. Del fatto, cioè, che deve avvenire durante il periodo di efficacia del rapporto assicurativo per ingenerare l'obbligo, da parte della compagnia, di corrispondere l'indennizzo pattuito. Tale fatto non viene più individuato, secondo il modello tradizionale, nel comportamento che causa il danno ("act committed"), né nella verifica del danno stesso (secondo la variante della "loss occurrence": autorevole dottrina ritiene le due varianti sostanzialmente corrispondenti, cfr. A. Trabucchi, Istituzioni di diritto privato, Milano, 2022, 1296 nt. 33, ma la giurisprudenza sembra contraria, cfr. ad es. e recisamente Cass., n. 5791/2014), ma nella richiesta di risarcimento danni ricevuta per la prima volta dall'assicurato e da questi comunicata all'impresa assicurativa.

**2.3.** Tale modifica di presupposto di attivazione del rapporto assicurativo si presta indubbiamente a soddisfare le esigenze, prima rappresentate, delle compagnie assicurative in caso di rischi lungo-latenti. Infatti, la copertura si riferisce in linea di massima soltanto a richieste di indennizzo pervenute direttamente durante il periodo di efficacia della polizza, così che non si pongono i problemi attuariali e contabili prima prospettati. Restano salve naturalmente alcune possibili discrasie, come quelle cui si può far fronte mediante le *deeming clause*, che permettono la denuncia preventiva del sinistro all'assicurazione anche prima di averne ricevuta la formale contestazione, al fine di mantenere l'operatività della polizza. Il principio, però, rimane fermo.

Dal versante dell'assicurato, la diretta correlazione fra richiesta di risarcimento accusata e rapporto assicurativo in essere elide i problemi di individuazione della compagnia tenuta all'indennizzo e dell'eventuale coordinamento fra esse in caso di condotte protratte nel tempo.

**3.** Una volta diffuse, dagli ordinamenti di *common law*, anche agli ordinamenti di *civil law*, le assicurazioni *claims made* hanno immediatamente attratto l'attenzione della giurisprudenza.

**3.1.** In questi ordinamenti, infatti, il modello del contratto assicurativo era stato tipizzato dal legislatore ed era stato tipizzato nel senso classico, che le assicurazioni *claims made* superavano.

Si poneva, quindi, il problema della diffusione nella prassi di uno schema negoziale diverso da quello tipizzato dal legislatore.

A fronte di ciò, una parte della giurisprudenza ha reagito mettendo in dubbio la validità del modulo negoziale atipico. Ciò sulla base di una assunta necessità del collegamento fra fatto generativo della responsabilità civile e periodo di efficacia del rapporto assicurativo della responsabilità civile stessa. Si legga ad esempio Cass., n. 5791/2014, la quale affermava che "non è mai consentita l'assicurazione di quel rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula, a nulla rilevando che l'evento – e quindi il concreto pregiudizio patrimoniale – si sia verificato dopo la stipula del contratto, quando l'avveramento del sinistro non rappresenta che una conseguenza inevitabile di fatti già avvenuti prima di tale momento". Il principio fu affermato nonostante un orientamento maggioritario già espressosi in senso contrario (in particolare, a seguito di Cass., n. 5624/2005, cfr. Cass., n. 7273/2013, n. 3622/2014), trincerandosi dietro al fatto che la questione non sarebbe stata oggetto di specifica deduzione nel suddetto giudizio. Prima di Cass., 5624/2005, nella giurisprudenza di merito avevano in particolare dichiarato la nullità delle clausole *claims made* Trib. Bologna, 2.10.2002 n. 3318 e Trib. Casale Monferrato, 25.02.1997.

Da ciò discendeva, in questa pur minoritaria prospettiva, che trasferire il collegamento con il periodo di efficacia della polizza, dal fatto generativo della responsabilità civile

alla richiesta di risarcimento, avrebbe comportato una deviazione, non semplicemente dallo schema negoziale tipico, ma dalle sue caratteristiche strutturali indefettibili. Correlativamente, ciò avrebbe comportato uno snaturamento della sua funzione e, in definitiva, della sua causa, a fronte di interessi ritenuti immeritevoli di tutela.

Tali dubbi, tuttavia, sono apparsi alla giurisprudenza maggioritaria privi di fondamento, tanto in Italia, quanto negli altri ordinamenti di civil law che si sono trovati ad affrontare questioni analoghe, in particolare Francia e Belgio.

Anzitutto, con riguardo all'ordinamento italiano, occorre sottolineare che è stato lo stesso, previdente, legislatore del 1942 a qualificare il comma 1 dell'art. 1917 c.c. come norma non imperativa e, in quanto tale, derogabile dalle parti (cfr. art. 1932 c.c.). Alla luce di ciò, far assurgere il requisito di collegamento temporale richiesto dal comma stesso a elemento indefettibile del tipo contrattuale appare operazione contrastante con la stessa lettera della legge che pur, in questa prospettiva, si intendeva salvaguardare.

**3.2.** Le Sezioni Unite hanno conclusivamente fugato ogni dubbio in materia, con quattro recenti arresti che sembrano aver definitivamente risolto la questione: Cass., SS.UU., n. 9140/2016, n. 24645/2016, n. 24646/2016, n. 22437/2018

Le perplessità di quella parte della giurisprudenza, che negava *tour court* la validità delle assicurazioni *claims made*, meritano in effetti di essere superate. Tuttavia, esse hanno contribuito a porre in evidenza alcuni aspetti che, effettivamente, meritavano e meritano di essere corretti rispetto ad alcune pratiche invalse nella prassi.

Una applicazione "purista" del modello *claims made* garantirebbe la massima soddisfazione dell'interesse sostanziale della compagnia assicurativa, ma sacrificerebbe probabilmente in modo sproporzionato l'interesse dell'assicurato e, eventualmente, del danneggiato. Se, per ipotesi, la richiesta di risarcimento avviene in un periodo in cui il danneggiante non ha rapporti assicurativi attivi, ad esempio perché ha cessato l'attività, laddove avesse stipulato al momento dei fatti una assicurazione secondo il modello *claims made* puro egli rimarrebbe del tutto privo di indennizzo e, potenzialmente, lo stesso danneggiato potrebbe non trovare ristoro, nel caso di incapienza del patrimonio del danneggiante. Di questi profili l'ordinamento non può non darsi carico, poiché l'interesse che soddisfa il contratto di assicurazione non è semplicemente un interesse privato, ma anche un interesse pubblico alla sicurezza dei traffici giuridici e dei rapporti economico-sociali. Ciò specialmente nel caso in cui le assicurazioni per la responsabilità civile siano obbligatorie per legge, come avviene in molte ipotesi. Il problema è ulteriormente aggravato nell'ipotesi in cui, nella prassi, le polizze *claims made* si diffondano al punto tale da soppiantare integralmente le assicurazioni tradizionali.

Per questo motivo, è stato importante il ruolo della giurisprudenza nell'evidenziare la necessità che nei contratti di assicurazione claims made fossero inserite, ovviamente anche a titolo oneroso, clausole che garantiscano comunque l'assicurato anche in ipotesi assimilabili a quelle coperte dal modello tradizionale di assicurazione. Particolarmente chiare in tal senso sono le quattro pronunce delle Sezioni Unite susseguitesi in materia.

Si pensi ai contratti assicurativi cd. misti o spuri, oggi assai diffusi, che combinano il modello tradizionale con quello claims made, assicurando al contempo protezione a fronte delle richieste di risarcimento pervenute durante il periodo di efficacia della polizza anche per fatti pregressi (cd. "retroactive date extension" o clausola con garanzia pregressa) e anche successivamente per fatti avvenuti durante il periodo stesso.

Oppure si pensi ai modelli di sunset clause (o clausole di ultrattività o garanzia postuma), spesso inserite nei contratti di assicurazione claims made per tutelare l'assicurato per i fatti avvenuti durante il periodo di efficacia della polizza, anche successivamente alla cessazione dell'attività o, comunque, alla scadenza della polizza.

La rilevanza di questo interesse sostanziale è stata valorizzata dall'ordinamento al punto che, in alcuni casi, il legislatore ha oggi legiferato il modello delle clausole claims made tenendo conto dell'esigenza di offrire comunque copertura anche al sinistro verificatosi in periodi successivi. Si pensi, in particolare, all'assicurazione per responsabilità civile in ambito sanitario di cui all'art. 11 della legge n. 24/2017 (cd. legge Gelli – Bianco) o, più in generale, alle modifiche apportate all'art. 3, comma 5, lett. e) del d.l. n. 138/2011 da parte dell'art. 1, comma 26 della l. n. 124/2017. Di regola, vengono posti alcuni limiti temporali (spesso, dieci anni) che, se non valgono a tutelare integralmente contro tutti i rischi lungo-latenti, sembrano comunque garantire un ragionevole contemperamento fra i vari interessi in gioco.

**3.3.** Se tale assetto si rende necessario per garantire un maggior equilibrio negoziale, che il modello puro dell'assicurazione claims made sposterebbe altrimenti eccessivamente a vantaggio dell'impresa assicuratrice, altri accorgimenti si rendono necessari, per converso, per tutelare l'impresa.

Il professionista potrebbe, infatti, esser consapevole di aver commesso un errore professionale in un periodo in cui, magari, non era adeguatamente assicurato e potrebbe, quindi, sfruttare l'occasione della stipulazione successiva di una assicurazione claims made per coprirsi dal rischio di richieste di risarcimento per quei fatti pregressi. E' il caso della pregressa conoscenza o "fatto noto".

Sarà, quindi, indispensabile assicurare una adeguata disclosure dei rischi potenziali al momento della stipula dell'assicurazione, al fine di scongiurare comportamenti

opportunistici e garantire una determinazione del premio e una esecuzione del contratto secondo buona fede.

La questione di quali fatti pregressi l'aspirante assicurato debba necessariamente dichiarare, o possa legittimamente non dichiarare, al momento della sottoscrizione della polizza è un problema di speciale complessità, che dovrebbe essere affrontato in modo compiuto al fine di massimizzare la certezza del sistema. Dalla soluzione a tale problema discendono infatti conseguenze fondamentali per delimitare le responsabilità delle diverse compagnie assicurative eventualmente susseguitesi nel tempo, per verificare la buona fede dell'assicurato e, in definitiva, per definire il perimetro delle coperture assicurative.

Non è un caso, dunque, che, le imprese assicuratrici stiano cercando di elaborare un protocollo condiviso in materia, con un importante e apprezzabile progetto coordinato dalla Prof.ssa Landini, che ha cercato di fornire indicazioni per risolvere in via generale il problema della delimitazione fra il c.d. "passato conosciuto" ed il c.d. "passato sconosciuto" dell'assicurato.

E non è neppure un caso che, laddove ad essere assicurati siano soggetti che abbisognano di una particolare certezza del diritto nello svolgimento dei loro rapporti, quali le amministrazioni pubbliche, la delimitazione del fatto noto sia particolarmente rigorosa, essendo fatto coincidere con la stessa formale richiesta di risarcimento da parte del terzo che costituisce il presupposto dell'attivazione stessa dell'assicurazione secondo il modello claims made, o comunque con la conoscenza formale del danno realizzato (in questo, la deliberazione Anac n. 618 dell'8 giugno 2016).

L'opportunità di non interpretare gli obblighi di disclosure in modo non eccessivamente rigoroso, anche nel caso di assicurazioni claims made, è stata ribadita da una parte della giurisprudenza di merito anche sul piano generale, affermando ad esempio che la conoscenza pregressa di un fatto, idonea a escludere il diritto alla manleva assicurativa – è rappresentata dalla «perfetta consapevolezza della volontà degli attori di esercitare la domanda di risarcimento danni» (così App. Bologna, 10.07.2018, n. 1867, riportata da G. Facci, Il fatto noto nella successione di polizze claims made, cit., 286).

Va da sé che laddove, invece, la reticenza assuma carattere gravemente colposa, se non doloso, si apre la possibilità di annullamento del contratto per dolo contrattuale o comunque di mancata copertura ai sensi degli articoli 1892 e 1893 c.c.

**4.** La vicenda del recepimento giurisprudenziale delle clausole claims made spinge a interrogarsi sul ruolo della giurisprudenza rispetto al diritto positivo.

**4.1.** Il dato da cui occorre sempre muovere è l'articolo 101 della Costituzione: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge", ma a quella sono soggetti.

Questo articolo costituisce architrave essenziale della forma di governo che il popolo italiano ha voluto darsi attraverso la Costituzione repubblicana. L'articolo 101 si collega

direttamente all'articolo 1 e all'articolo 70. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme previste dalla costituzione; e le forme previste dalla costituzione stabiliscono che la funzione legislativa sia esercitata dal Parlamento (art. 70) e che i giudici siano a essa soggetti (art. 101).

Naturalmente la soggezione del giudice alla legge sconta i limiti della conformità della legge alla costituzione e al diritto sovranazionale di diretta applicazione. Non è questo, tuttavia, il tema che si pone in relazione alle assicurazioni *claims made*, quanto piuttosto quello, paradossalmente assai più complesso, del rapporto fra legge e prassi degli operatori.

Come debba rapportarsi il giudice, in relazione a comportamenti degli operatori che si discostino o vadano oltre rispetto agli schemi fissati dal legislatore, è tema assai complesso e variegato.

Esso deve essere risolto in modo diverso, a seconda delle materie in cui il problema si pone.

È chiaro, ad esempio, che, laddove il legislatore presidi il rispetto della propria volontà comminando sanzioni a chi non la rispetti, le conseguenze del discostamento dagli schemi fissati dal legislatore siano semplici da trarre.

**4.2.** Di là da questi ambiti, tuttavia, si apre un mondo estremamente ampio di casi in cui il legislatore fissa e tipizza modelli, figure, situazioni giuridiche soggettive, procedimenti, senza specifici risvolti sanzionatori per il caso di mancato adeguamento agli stessi da parte degli operatori.

Nel contesto dei rapporti privatistici, è fisiologico che i privati possano trovare nella prassi operativa assetti di interessi anche diversi dal paradigma legislativo ed in relazione a tale ambito che il ruolo del giudice diviene più complesso.

Al riguardo, in una profetica conferenza di ormai quarant'anni fa, il giudice Rosario Livatino, che dopo pochi anni sarebbe stato ucciso dalla mafia e che è stato recentemente proclamato Beato e Martire della Fede, ebbe modo di affermare questo: *“non sempre la legge è in sintonia con l'evolversi del costume ma spesso, troppo spesso, si attarda e si sclerotizza”* e, per questo, è inevitabile che il magistrato *“esca dalla propria torre eburnea di immutabilità, di ibernazione sociale, divenendo attento, sensibile a quanto accanto a lui si crea, si trasforma, si perde”*.

Come esattamente osservato dal Prof. Morbidelli, l'evenienza che la prassi operativa diverga dal modello normativo non implica una valutazione negativa della tipizzazione normativa, come pur è stato invece sostenuto da parte di alcuni autorevoli giuristi secondo i quali la certezza del diritto *“ostacolerebbe lo spontaneo dispiegarsi del diritto nella direzione della equa e ragionevole soluzione dei casi”* mentre l'incertezza sarebbe *“addirittura un bene perché dimostra l'adeguamento all'ordinamento della evoluzione sociale”*. Tale evenienza implica, semplicemente, una *“constatazione di real politik di*

*cui dobbiamo essere tutti consapevoli e considerarla come una delle tante difficoltà della vita”* (G. Morbidelli, *Legalità, discrezionalità e risultato nell’azione amministrativa*, pagg. 341 e 35 del dattiloscritto).

In questa prospettiva, a fronte di assetti puramente economici, rientranti nella piena disponibilità delle parti, la libertà di iniziativa e organizzativa del privato deve indubbiamente essere riconosciuta, e finanche assecondata, dal giudice, anche al di là degli schemi previsti dal legislatore. Di ciò, d’altronde, la stessa opera di codificazione del 1942 è consapevole quando fissa il principio di atipicità contrattuale e di tendenziale dispositività delle regole contrattuali codicistiche (art. 1322 c.c.), pur temperandolo con un sindacato di meritevolezza dell’interesse, in coerenza con l’impostazione giuridica del tempo.

Il problema si pone quando vengono in rilievo interessi giuridici che vanno oltre la piena disponibilità delle parti, perché intercettano profili di rilevanza ultra-soggettiva che investono direttamente o indirettamente l’assetto dell’ordinamento in quanto tale.

**4.3.** In questi ambiti, il discostamento dal modello normativo deve essere valutato dal giudice in modo appropriato.

La chiave di valutazione di tale appropriatezza risiede in una corretta applicazione del principio di uguaglianza. Come pacifico fin dai primordi della giurisprudenza costituzionale, del resto, il principio di uguaglianza “condiziona tutto l’ordinamento nella sua obbiettiva struttura” (Corte Cost., n. 25/1966)

Come a tutti noto, il principio di uguaglianza impone non soltanto di trattare in modo uguale situazioni uguali, ma anche – e forse soprattutto – di trattare in modo diverso situazioni diverse.

La formulazione del giudizio di uguaglianza o differenza fra due situazioni è quanto di più complesso – e, per certi versi, discrezionale – possa esistere nel mondo del diritto. Il criterio direttivo per la formulazione del giudizio dovrebbe essere, anzitutto, l’enucleazione dell’elemento rilevante ai fini dell’istituto giuridico di cui valutare l’applicazione a casi diversi da quelli previsti dallo schema legislativo. Tale enucleazione dovrebbe avvenire all’esito di un obiettivo giudizio delle caratteristiche che l’istituto giuridico stesso ha per l’ordinamento e il giudice dovrebbe rifuggire di contaminare tale verifica con la propria opinione o la propria agenda assiologica personale.

È in un cortocircuito su questi aspetti, che attengono alla conduzione del giudizio di uguaglianza, che si innesta – sia detto per inciso – la cd. “giurisprudenza creativa”, che ambisce a estendere istituti giuridici, che il legislatore connette a determinate situazioni giuridiche, anche a situazioni giuridiche obiettivamente diverse. In tal modo, essa si pone indubbiamente in contrasto con il principio espresso dagli articoli 1, 70 e 101 della Costituzione.

Una corretta conduzione del giudizio di uguaglianza costituisce anche il presupposto per una corretta conduzione del procedimento di analogia e per una corretta individuazione di quelle norme legislative cui debba riconoscersi carattere imperativo e, dunque, inderogabilità da parte dei privati. Si tratta infatti, in definitiva, di quelle norme che enucleano le caratteristiche essenziali di un istituto giuridico ed è per questa ragione che dal mancato rispetto di esse discende l'impossibilità di associare a un fatto della vita gli effetti giuridici che l'ordinamento prevede per i casi in cui esse siano, invece, rispettate.

Lo stesso procedimento di applicazione analogica, del resto, non è altro che una forma di applicazione del principio di uguaglianza. Il concetto di *eadem ratio* implica, infatti, proprio l'effettuazione di un giudizio di uguaglianza per verificare se l'elemento differenziale che connota due fattispecie sia o meno suscettibile di incidere sull'effetto giuridico che l'ordinamento associa alla fattispecie disciplinata.

**5.** In questa prospettiva, è ineccepibile la conclusione raggiunta dalla giurisprudenza prevalente, confermata dalle Sezioni Unite, secondo cui alle assicurazioni *claims made* debba essere assicurata efficacia nell'ordinamento, al pari delle assicurazioni tradizionali.

**5.1.** Le indicazioni dell'art. 1932, che escludono il comma 1 dell'art. 1917 dal novero delle norme inderogabili dai privati, agevolano tale conclusione.

Essa, peraltro, avrebbe potuto essere tratta anche sulla base dei principi, in base alla constatazione che l'associazione del rischio assicurato alla ricezione in un dato tempo di una domanda di risarcimento, piuttosto che all'effettuazione di un comportamento dannoso o alla produzione di un danno, non incidono in linea di principio sulla struttura del rapporto assicurativo e, per questo, il suo effetto deve prodursi allo stesso modo tanto nell'uno, quanto negli altri casi, salva naturalmente la diversa declinazione dello stesso in ragione della diversa modulazione degli elementi contrattuali. In materie di diritti disponibili, come sono quelli oggetto di assicurazione, le parti non necessitano di un supporto del legislatore per individuare quale sia l'assetto migliore per tutelare i loro interessi.

In questa prospettiva, più nel dettaglio, appare certamente più corretta la soluzione cui sono giunte le Sezioni Unite del 2018, rispetto a quella cui sono giunte le Sezioni Unite del 2016.

Le Sezioni Unite del 2016, infatti, ritenevano l'assicurazione *claims made* ammissibile nell'ordinamento alla stregua di un contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c. (ritenevano, invece, atipica la mera clausola *claims made* in caso di contratti assicurativi spuri). Correlativamente, doveva sempre essere condotto un sindacato di meritevolezza dell'interesse da parte del giudice, ciò che per natura determina una intrinseca incertezza nel rapporto fra le parti contraenti, a fronte della possibilità che in

ipotesi di patologia del rapporto negoziale, il rapporto negoziale nella sua interezza possa ritenersi privo di effetti giuridici.

Ben più correttamente, invece, le Sezioni Unite del 2018 hanno riconosciuto la piena conformità al tipo codicistico del contratto assicurativo anche le polizze claims made, con la conseguenza che a ragione non risulta più necessaria l'effettuazione del sindacato di meritevolezza dell'interesse ai sensi dell'art. 1322 c.c. A tale decisione si è conformata la giurisprudenza successiva, fra cui cfr., per la particolare chiarezza, Cass., n. 9374/2023.

**5.2.** Riconosciuta la piena efficacia giuridica, e anzi la piena conformità al tipo negoziale, delle assicurazioni claims made, rimane naturalmente fermo che in alcuni casi il sistema claims made non possa comunque produrre gli effetti di un contratto assicurativo e perché è necessaria la garanzia di una effettiva libertà delle parti nella configurazione dell'operazione negoziale.

Per quanto attiene al primo profilo, deve esser tenuto conto che in alcune ipotesi concrete il modello claims made potrebbe produrre uno squilibrio eccessivo fra le parti.

Si pone in tali ipotesi anzitutto il problema formale della necessità di doppia sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 c.c.: essa sarà necessaria in tali casi, ma soltanto in essi. Invero, nonostante inizialmente la giurisprudenza, con la sentenza del 2005, avesse ritenuto di affrontare il problema della validità delle clausole claims made sul piano formale della doppia sottoscrizione, le Sezioni Unite hanno immediatamente senz'altro rilevato che quello della doppia sottoscrizione sia un profilo diverso che, come tale, non deve venire in rilievo per ogni ipotesi di claims made, ma soltanto laddove effettivamente la clausola assuma in concreto un carattere di vessatorietà.

Di là da ciò, quando l'assicurato sia un consumatore, l'eccessivo squilibrio fra le parti potrebbe comportare l'applicazione di una nullità di protezione (artt. 33-36 del Codice del Consumo), suscettibile di determinare una nullità parziale del contratto (art. 1419 c.c.) e una sua eventuale correzione mediante integrazione giurisdizionale, come chiarito dalle Sezioni Unite del 2018.

Caso classico in cui ciò si verifica è quando il modello claims made venga combinato con quello tradizionale, non già nel modo sopra indicato, di consentire l'indennizzo sia dei danni relativi ai fatti verificatisi durante il periodo di efficacia dell'assicurazione che di quelli pregressi ma denunciati nel medesimo periodo, bensì nel senso opposto di richiedere, per attivare la copertura, che il danno sia tanto causato quanto denunciato nel periodo di efficacia della polizza. La vessatorietà di una clausola di questo genere appare evidente e, in questa prospettiva, Cass., n. 10506/2017 e n. 10509/2017 ha – seppure con qualche forzatura – ritenuto il patto atipico e immeritevole di tutela.

Considerazioni analoghe valgono, a contrario, per l'ipotesi già menzionata del fatto. Laddove non soltanto il fatto causativo del danno, ma anche il danno stesso, si siano

già verificati e il soggetto agente abbia già consapevolezza di tale verifica, il rischio dedotto come oggetto del contratto assicurativo potrebbe dirsi ormai verificato. Correlativamente, l'alea che costituisce caratteristica strutturale del contratto di assicurazione, attenendo direttamente alla sua causa, potrebbe dirsi sostanzialmente mancante e il contratto risultare, correlativamente, nullo (come espressamente previsto, in base ai principi di cui agli articoli 1325 e 1418 c.c., dall'art. 1895 c.c.).

Da un'altra prospettiva, laddove le imprese assicurative creino una sorta di cartello tale da rendere sostanzialmente impossibile realizzare un assetto di interessi diverso da quello loro più favorevole, in ipotesi il *claims made* pure, deve essere ripristinata la possibilità per gli interessati di stipulare un contratto assicurativo anche secondo il modello tradizionale. Ma il compito di assicurare l'effettività di questa libertà degli aspiranti assicurati di eventualmente continuare a scegliere il modello tradizionale, come noto, attiene a una questione di interesse e ordine pubblico che compete anche e anzitutto alle autorità amministrative che regolano la concorrenza e specificamente il settore, oltre che direttamente al legislatore.

**6.** In definitiva, il travaglio giurisprudenziale delle assicurazioni *claims made* è stato nel complesso soddisfacente e positivo. Inoltre, i criteri che esso è giunto a utilizzare per valutare gli assetti di interessi che riguardano la prassi assicurativa appaiono idonei a prestare utilità anche in circostanze future.

Guardando al futuro, infatti, la prassi assicurativa si troverà a dover affrontare grandi cambiamenti per effetto dell'uso dei sistemi di intelligenza artificiale. Essi sono già ora naturalmente in uso, ad esempio ai fini del calcolo del premio o della semplificazione dell'esecuzione del contratto (secondo il modello degli *smart contract*), ma l'evoluzione futura è potenzialmente molto più ampia.

È agevole pronosticare che nuovi schemi negoziali, che si affermeranno nella prassi del diritto assicurativo digitale, introdurranno elementi di divergenza rispetto al tipo codicistico potenzialmente ben più significativi della variazione del momento di collegamento fra fatto e efficacia del rapporto, che ha apportato il modello delle assicurazioni *claims made*.

La giurisprudenza sarà, dunque, chiamata a breve a confrontarsi con questa nuova realtà e potrà attingere al bagaglio di esperienza accumulata nel lungo travaglio che ha accompagnato la vicenda delle clausole *claims made*: piena valorizzazione della libertà contrattuale e razionale applicazione del principio di uguaglianza, con tutte le conseguenze che ciò comporta in punto di tutela della parte debole, di tutela della parte asimmetricamente informata, di garanzia di libertà negoziale e di salvaguardia degli aspetti essenziali di interesse pubblico e ordine pubblico che si connettono al rapporto assicurativo.

Lucia Leoncini