

Anna Carla Nazzaro
Professore ordinario di diritto civile
Università degli Studi di Firenze

Diritto alla salute e assicurazione obbligatoria: i dubbi ancora non risolti dalla Legge sulla responsabilità medica.

SOMMARIO: 1. L. 8 marzo 2017, n. 24 sulla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie: le scelte in ambito assicurativo. – 2. La validità della clausola claims made: applicazioni giurisprudenziali successive a Cass., Sez. un., n. 9140/2016; 3. – La scelta del legislatore: claims made impura con retroattività decennale. Perplexità. – 4. Uno sguardo alle reazioni giurisprudenziali.

1. - È noto che l'8 marzo 2017 si è concluso il travagliato iter che ha portato alla stesura definitiva della legge che detta le "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie"¹.

La legge, n. 24, entrata in vigore il 1 aprile 2017, regola, per quanto qui interessa, anche l'obbligo assicurativo.

Nello specifico, l'art. 11 si occupa della c.d. Estensione della garanzia assicurativa, disciplinando i limiti di validità di quella che comunemente viene definita clausola claims made².

Si statuisce che:

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,

¹ Un primo commento alla legge in L. BUGIOLACCHI, *Le strutture sanitarie e l'assicurazione per la r.c. verso terzi: natura e funzione dell'assicurazione obbligatoria nella legge n. 24/2017 (legge «Gelli/Bianco»)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1032 ss.

² Il dibattito sulle clausole claims made si potrebbe oramai definire antico. Non essendo questa la sede per approfondire tutti i diversi aspetti indagati dalla dottrina sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *Il contratto di assicurazione: la clausola claims made*, in *Corti fiorentine*, 2016, p.3 ss.

incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta.

Per chi conosce anche sommariamente il dibattito sulla validità delle clausole *claims made*, la disposizione appena richiamata rappresenta scelte ben precise³.

Scelte che testimoniano anche l'epilogo di un lungo percorso giurisprudenziale, per vero non ancora terminato, ma che certamente ha visto il suo periodo di massimo clamore nel 2016 con ben due sentenze di Cassazione a sezioni unite, la n. 9140 del 6 maggio 2016⁴, e la 24645 del 2 dicembre 2016⁵.

2. - Delle due la prima, sicuramente più conosciuta, stabiliva la non vessatorietà della clausola e la necessità di un controllo di meritevolezza, caso per caso; la seconda confermava autorevolmente l'orientamento.

³ Non è questa la sede per richiamare tutte le diverse opinioni in tema di validità, invalidità o vessatorietà delle clausole. Basti qui il richiamo agli scritti più recenti, L. LOCATELLI, *Clausole claims made e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 529 ss.; 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, p. 721 ss.; M. GAZZARA, *Sezioni unite e clausola claims made - la meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 9 ss.; R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 921 ss., G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made - Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.*, in *Assic.*, 2010, p. 3 ss.; S. LANDINI, *La clausola claims made è vessatoria?*, in *Assic.*, 2006, II, p. 3 ss.; M. RIZZUTI, *Vessatorietà e clausole di limitazione della responsabilità*, in *Assic.*, 2010, p. 470 ss.; M. HAZAN, *La clausola claims made: quando è vessatoria? - Osservatorio di diritto e pratica della assicurazione*, in *Danno resp.*, 2016, p. 96 ss.; A. ANTONUCCI, *Prassi e norma nel contratto di assicurazione, la clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 153; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 401 ss.

⁴ La sentenza è stata variamente commentata. Cfr., tra i tanti, G. VOLPE POUTZOLU, *Assicurazione responsabilità civile dei professionisti e clausola "claims made". La sentenza della Suprema Corte a sezioni unite*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 317 ss., P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 656 ss.; R. SIMONE, *Le sezioni unite e la clausola claims made: dalla vessatorietà all'(im)meritevolezza*, in *Foro it.*, 2016, p. 3190 ss.; A. GUARNERI, *Le clausole claims made cd. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238 ss.; A. PALMIERI, *Nota a Cass., sez. un., 6 maggio 2016 n. 9140*, in *Foro it.*, 2016, p. 1014 ss.; ID., *Polizze "claims made": bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 2032 ss.; B. TASSONE, *Le clausole "claims made" al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, p. 2036 ss.; F.A. MAGNI, *Le Sezioni unite sul contratto di assicurazione per la responsabilità civile "claims made": contratto valido (a meno che "la manipolazione dello schema tipico non ne avveleni la causa")*, in *Giur. it.*, 2016, p. 2607 ss.; R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola "claims made": a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, p. 2026 ss.;

⁵ Per i commenti, sicuramente più esigui della precedente, cfr., M. FERMEGLIA, *Le sezioni unite confermano se stesse sulla natura della clausola "claims made"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 621 ss.; F. MANCINI, *L'assicurazione della responsabilità civile professionale e la clausola "claims made"*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 275 ss.;

Tuttavia, una anche sommaria ricognizione delle sentenze di merito che hanno seguito le decisioni della Cassazione, soprattutto la prima, non denota una uniformità di giudicati e il richiamo ai principi stabiliti da Cass. 9140 del 2016 funge da parametro per la definizione di soluzioni a volte diametralmente opposte⁶.

Comunque nella maggior parte dei casi la clausola *claims made* impura è stata reputata meritevole e la valutazione deriva dal tipo di attività svolta dal professionista⁷. Volgendo poi lo sguardo ai casi di attività medica, viene di norma reputata meritevole una clausola che preveda un certo periodo di retroattività⁸.

Come si diceva, la scelta del legislatore della responsabilità medica deriva dall'osservazione dell'esistente e sembra un tentativo di mettere ordine nelle differenti interpretazioni giurisprudenziali fissando alcuni punti fermi⁹.

⁶ A titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, si sono espresse a favore della validità della clausola, Trib. Genova, 1 giugno 2016, n. 1961, *inedita*; Trib. Napoli, 20 giugno 2016, n. 7807, in *Ridare.it*, 2016, 28 novembre; Trib. Monza, 05 luglio 2016 n. 1899, in *De-jure*; Trib. Lucca, 6 luglio 2016, n. 1450, in *De-jure*; Trib. Milano, 8 luglio 2016, n. 8576, *inedita*; Trib. Bologna, 12 agosto 2016, in *Ridare.it*, 2016, 7 ottobre; Trib. Milano, 23 agosto 2016, n. 958, *inedita*; Trib. Milano, 26 agosto 2016, n. 9830, *inedita*; Trib. Lucca, 13 settembre 2016, n. 1765, *inedita*; Trib. Teramo, 23 settembre 2016, n. 1142, *inedita*; Trib. Roma, 28 settembre 2016, n. 17912, in *De-jure*; Trib. Roma, 6 ottobre 2016, n. 18526, *inedita*; Trib. Palermo, 14 novembre 2016, n. 11368, *inedita*. Si sono espresse, invece, in senso contrario, Trib. Udine, 03 maggio 2017, n. 613, in *De-jure*; Trib. Milano, 9 giugno 2016, n. 7149, in *Ridare.it*, 2016, 19 luglio; Trib. Treviso, 10 giugno 2016, n. 1530, *inedita*; Trib. Monza, 16 giugno 2016, n. 8064, *inedita*; Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, in *Ridare.it*, 2016, 19 luglio; App. Ancona 29 settembre 2016, n. 1142, *inedita*; Trib. Roma, 17 novembre 2016, n. 21409, *inedita*; Trib. Milano, 17 giugno 2016, n. 7149, in *Ridare.it*, 2016, 19 luglio.

⁷ Si consideri, ad esempio, il caso giudicato da Trib. Milano, 26 agosto 2016, n. 9830, ove nella valutazione della meritevolezza di una clausola *claims made* contenuta in un contratto di assicurazione di un radiologo, i giudici affermano che “il contenuto dell’art. 3 del contratto concluso tra [...] appare compatibile con lo schema della responsabilità professionale come quella in esame. Non sembra, infatti, si possa escludere che, in ragione delle caratteristiche della prestazione (esecuzione di un’indagine diagnostica), nel corso dei tre anni di validità della garanzia (efficace dal 30.6.2006 al 2.7.2009) si realizzino sia la condotta (o l’omissione) del professionista, sia la richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato”.

⁸ V., l’argomentazione di Trib. Udine, 03 maggio 2017, n. 613, in *De-jure*, ove si afferma che «è assai difficile ritenere meritevoli di tutela le clausole *claims made* c.d. impure, particolarmente penalizzanti, che limitano la copertura alla sola rigida ipotesi che, durante il tempo dell’assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento, senza deroghe di sorta verso il passato od il futuro. In tale ipotesi va seguito un ragionamento di tipo presuntivo semplice (art. 2729 comma 1 c.c.), tendente a ritenere immeritevoli di tutela simili clausole, salva la verifica di pattuizioni o condizioni specifiche della fattispecie in giudizio che portino a diversa conclusione». Nel caso specifico la clausola non prevedeva alcun tipo di retroattività. Nello stesso senso Cass., 28 aprile 2017 n. 10509, in *Foro it.* 2017, p. 1919 ss.;

⁹ V. le osservazioni di, G. MIOTTO, *Dalle sezioni unite alla legge Gelli: la claims made dall’atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1390 ss., secondo il quale la norma avrebbe «individuato uno schema negoziale diverso da quello descritto dal comma 1 dell’art. 1917 c.c., introducendo e tipizzando non solo delle *claims made*, ma pure combinandole con delle *sunset clauses*».

Innanzitutto si afferma, in astratto la validità della claims made impura, quella clausola cioè che vede limitata l'operatività temporale di verifica del sinistro¹⁰.

In secondo luogo, si afferma l'obbligatorietà della copertura postuma soltanto nei casi di cessazione definitiva dell'attività lavorativa.

3. - La scelta operata dal legislatore, se letta nel panorama giurisprudenziale poc'anzi richiamato, può apparire dunque una valutazione operativa relativa specificamente alla attività medica per cui la retroattività di dieci anni si mostra necessaria e sufficiente per il titolo di attività svolta.

Sul punto si potrebbe obiettare utilizzando non pochi argomenti.

Innanzitutto, quelli utilizzati da chi ha studiato il disvelarsi dei danni lungolatenti i quali dimostrano che il limite di dieci anni è ben poca cosa rispetto al tempo necessario non soltanto per il sorgere dei sintomi di alcune malattie ma anche per giungere alla consapevolezza dell'esistenza (anche solo ipotizzata) del nesso di causalità tra evento e danno con la conseguente decisione di agire per il risarcimento¹¹. E il problema è che l'eventuale danneggiante può anche non essere a conoscenza della decisione che sta maturando nel danneggiato né può influire sui tempi.

Altri dubbi sono quelli derivanti dalla consapevolezza delle differenze tra le diverse branche della medicina che induce a riflettere sui pericoli di "fare di tutta l'erba un fascio" e richiama l'esigenza di una valutazione legata al caso concreto¹².

¹⁰ In questo senso la scelta legislativa di discosta da quella coeva operata dal legislatore della responsabilità obbligatoria per l'esercente la professione di avvocato. Infatti il d.m. 22 settembre 2016, introduce la previsione di una claims made pura, ossia con retroattività illimitata.

¹¹ Ciò soprattutto in considerazione del fatto che la prescrizione decorre «non dal giorno in cui il terzo determina la modificazione causativa del danno o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, bensì da quello in cui [la] malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche». Così. Cass., 3 maggio 2016, n. 8645; Nello stesso senso, Cass., 23 settembre 2013, n. 21715. La giurisprudenza è oramai costante. Cfr., in dottrina, N. BERTOTTO, *Prescrizione e danno lungolatente tra roma e strasburgo*, in forum costituzionale.it; M. DRAGONE, *Prescrizione del danno lungolatente: non basta l'infezione*, in personaedanno.it; F. ROSADA, *Danno lungolatente e prescrizione del diritto risarcitorio*, in ridare.it; U. IZZO, *Sangue e responsabilità civile: responsabilità, rischio e prevenzione*, in *Danno resp.*, 2000, p. 239 s.; ID., *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?*, in *Danno resp.*, 2003, p. 853 ss.; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente*, in *Danno resp.*, 2003, p. 847 ss.; M. BONA, *Prescrizione e dies a quo nel danno alla persona: quale modello? (Commento critico ad una sentenza da dimenticare)*, in www.jus.unitn.it. Sulle difficoltà dell'assicurazione in ipotesi di danni lungolatenti v., A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 299 ss.

¹² In quest'ottica è anche necessario valutare l'evoluzione scientifica e tecnologica che ha indotto parte della dottrina a riflettere sull'emersione di "nuovi rischi". V., V. FERRARI, *Nuovi rischi e assicurazione*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, I, Milano, 2008, p. 581 ss.

Se, tuttavia, guardiamo la questione dall'angolo visuale delle compagnie di assicurazione (atteggiamento che del resto non può essere reputato completamente errato perché l'intera legge nasce anche dalla necessità di risollevare il comparto assicurativo legato alla responsabilità medica nel quale le tendenze giurisprudenziali ad ammettere quasi una responsabilità oggettiva¹³ avevano causato un forte aumento dei premi e una fuga delle imprese dal mercato¹⁴), quanto più ampia è la finestra temporale di copertura assicurativa, tanto maggiori dovranno essere le somme investite per mantenere adeguato il margine di solvibilità¹⁵ e ciò si ripercuote necessariamente sui premi¹⁶, che nel passaggio da una retroattività triennale ad una decennale risulteranno almeno raddoppiati¹⁷.

¹³ Uno sguardo critico sullo scenario giurisprudenziale in tema di responsabilità medica è offerto da A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, in *Foro it.*, 2017, V, P. 197 ss.; G. COMANDÉ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... no-blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 3 ss.

¹⁴ Nel Parere della Seconda commissione permanente (Giustizia) sul disegno di legge n. 2224 si legge «che il testo in esame sembra realizzare e contemperare una serie di principi sicuramente condivisibili, quali: la tutela del principio dell'autonomia terapeutica del medico, anche rispetto alle linee guida e ai protocolli, al fine di garantire la tutela della salute del paziente e di consentire al medico di discostarsi da tali parametri quando essi siano inconfidenti; l'esigenza di assicurare una tutela effettiva della salute del paziente nello specifico ambito del processo civile, attraverso regole che rendano possibile al paziente provare che il danno è derivato da negligenza, imprudenza, imperizia del medico, quali quelle sull'onere della prova proprie della responsabilità di natura contrattuale; la garanzia, per il paziente, di ottenere il risarcimento dovutogli in base a una sentenza, attraverso la previsione del sistema di assicurazione obbligatoria accompagnato dall'azione diretta nei confronti della compagnia assicuratrice, che consente, al contempo, di ripartire sull'intera collettività il costo di un danno grave, quale quello alla salute, che non può essere lasciato a carico del singolo danneggiato; l'esigenza di contenere la responsabilità medica entro limiti che consentano di evitare le pratiche di medicina difensiva, che comportano costi inutili, e possono essere addirittura dannose per la salute del paziente» (nostro il corsivo). In generale sulla funzione dell'assicurazione obbligatoria v., E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in M. COMPORTI, G. SCALFI (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, p. 100 ss., il quale evidenzia che le occasioni di danno sono divenute quantitativamente e qualitativamente incomparabili rispetto al passato per cui la collettivizzazione economica dei rischi attraverso l'assicurazione della responsabilità civile rappresenta un risultato di equilibrio tra l'esigenza di non lasciare senza ristoro le vittime e quella di garantire comunque lo svolgimento di attività umane ritenute di essenziale utilità sociale. In generale, sulle finalità della legge v., C. GRANELLI, *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 22 ss.; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e la sua assicurazione (d.d.l. Gelli)*, in *Danno resp.*, 2017, p. 75 ss.

¹⁵ Sulla necessità operativa della claims made a fronte dell'emergere di danni lungolatenti v., P. GABASIO, *Modalità di validità delle garanzie in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medicina e diritto*, 2010, p. 45 ss.

¹⁶ Per una approfondita valutazione dell'incidenza dei diversi modelli sulla definizione del premio v., M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 1012 ss.

¹⁷ Del resto il calcolo del premio rappresenta un elemento importante nella valutazione della eventuale vessatorietà della clausola. Anche in ambito europeo la Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993 n. 93/13 relativa alle clausole abusive ha precisato che nel campo dei contratti di assicurazione «le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l'impegno dell'assicurato» non possono

Fatto sta che comunque la legge sceglie! Definisce il modello *claims made* come regola facendo divenire un'eccezione la *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c.¹⁸

Anzi, se possibile, la scelta è addirittura più cogente, perché se oggi oramai dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'ammettere la derogabilità del primo comma dell'art. 1917 c.c.¹⁹, la legge Gelli, con la formulazione dell'art. 11, non lascia spazio, nell'assicurazione della responsabilità medica, per il vecchio modello, se non per quello (improponibile economicamente per le imprese di assicurazione) di una *loss occurrence* con retroattività decennale²⁰.

Dunque, ribaltando il modello codicistico, il decreto che definirà, ai sensi dell'art. 10, comma 6, i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, conterrà l'indicazione che 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. Nella scelta tra passato e futuro si è preferito assicurare il passato²¹.

Non sembra che tale scelta possa essere sottovalutata e relegata al sistema della responsabilità medica e ciò per diverse ragioni: perché si inserisce in un lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle *claims made* e, come si diceva, recepisce gli esiti di quel dibattito, perché anche il decreto attuativo in tema di assicurazione obbligatoria degli avvocati adotta una soluzione

considerarsi vessatorie se «i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore». Sul rilievo del Premio nella definizione dell'equilibrio contrattuale v., M. GORGONI, *Delimitazione del rischio a favore dell'assicuratore e approcci giurisprudenziali al controllo del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, p. 359 ss.; M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, p. 149 s.; M. CHIARLO, *Il mercato dell'assicurazione danni*, Padova, 2003, p. 25 ss.;

¹⁸ Diversa l'opinione di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, cit., p. 203 ss., i quali denunciano un "pasticcio di parole", del legislatore che più che una *claims made* avrebbe definito una *deeming clause*.

¹⁹ Ciò deriva da una lettura dell'art. 1932 c.c. che statuisce l'inderogabilità dei soli commi 3 e 4. Cfr., N. DE LUCA, *L'attuazione del rapporto assicurativo*, R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità e assicurazione*, in *Trattato della Responsabilità civile* diretto da M. FRANZONI, Milano, 2007, p. 105 ss.; F. DELFINI, *Autonomia privata e contratto: tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale*, Torino, 2017, p. 205 ss.; In giurisprudenza, tra le tante cfr., Trib. Milano 18 marzo 2010, n. 3527, in www.comparazioneDirittoCivile.it; Cass., 15 marzo 2005, n. 5624; Trib. Crotona, 8 novembre 2004, in *Assic.*, 2005, II, p. 260 ss. Il discorso, oggi, si sposta dalla valutazione della liceità della deroga a quello della meritevolezza della clausola. Per una sintesi delle diverse posizioni v., R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, II, p. 1372 ss.

²⁰ Sul punto v., G. MIOTTO, *Dalle sezioni unite alla Legge Gelli. La claims made dalla atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, II, p. 1390 ss.

²¹ L'efficace locuzione è utilizzata in un position paper dell'ANIA dell'Ottobre del 2014.

simile²² ed entrambe sono le uniche norme sul tema successive alle sentenze di cassazione cui si faceva riferimento; perché è dettata in un sistema di assicurazione obbligatoria con il (più o meno) dichiarato scopo di rendere efficiente il sistema a tutela dei danneggiati²³.

4. Le questioni comunque continuano ad essere oggetto di decisioni giurisprudenziali.

Alla fine del mese di aprile del 2017, dunque in situazione di vigenza della legge Gelli, anche se ovviamente per un caso antecedente, la Corte di Cassazione ha valutato la meritevolezza di una clausola contenuta in un contratto di assicurazione di responsabilità medica di una struttura ospedaliera²⁴; la clausola estendeva la copertura alla responsabilità dell'assicurata per i fatti commessi sino a tre anni prima della stipula del contratto, a condizione che la richiesta risarcitoria pervenisse all'assicurata stessa nel periodo di vigenza del contratto.

L'assicurazione invoca la clausola per non coprire un danno prodottosi durante la vigenza del contratto ma denunciato in un periodo successivo.

La Corte d'appello di Milano, con un ragionamento per vero poco lineare, dichiara vessatoria la clausola perché la retroattività triennale sarebbe "atipica" rispetto ad una "fantomatica" claims made tipica contenente una retroattività decennale²⁵.

Come si diceva il ragionamento della corte d'appello presenta numerose falle, messe tutte in luce dalla sentenza di Cassazione: innanzitutto l'inesistenza (almeno allora e cioè nel 2012) di una claims made tipica, ma semmai la possibilità di individuare una tipicità sociale che in quanto tale non può essere parametro per una valutazione di vessatorietà²⁶, tipicità sociale che, tra l'altro, non

²² La differenza, per vero, è di non poco conto poiché in tema di assicurazione obbligatoria per gli avvocati è prevista una claims made pura. Per un confronto tra le due previsioni v., G. MIOTTO, *Dalle sezioni unite alla Legge Gelli. La claims made dalla atipicità alla tipizzazione*, cit., p. 1390 ss.

²³ L'esigenza di sicurezza quale fine ultimo dell'assicurato è evidenziata da P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione nel novero dei rapporti di durata*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 11 ss.

²⁴ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, con nota di F.A. Magni, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 1208 ss. Dello stesso tenore, Cass., 28 aprile 2017, n. 10509, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 1927 ss.

²⁵ Sembrerebbe che i giudici abbiano fatto applicazione del metodo tipologico, tuttavia riservato al legislatore, attraendo la prassi in un tipo non legale ma giurisprudenziale. Sul metodo tipologico basti per tutti il riferimento a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, Rist. Napoli, 2014, p. 121 ss.

²⁶ Valutazione che invece può essere operata soltanto con riferimento al concreto regolamento contrattuale essendo vessatoria la clausola che crea un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi. Non è certo questa la sede per richiamare il copioso dibattito sui caratteri delle clausole vessatorie è sulla relativa disciplina. Cfr., di recente e anche con un'analisi retrospettiva, A. BELLELLI, L. MEZZASOMA, F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 39 ss. Il ragionamento compiuto dai giudici sembra confermare il ragionamento portato avanti di recente (da C. CASTRONOVO, *Diritto privato*

sembra correttamente individuata, perché anzi una tipicità sociale della clausola è difficilmente definibile e semmai proprio in ambito medico statisticamente prevalente era una retroattività limitata ai tre anni²⁷; in secondo luogo si evidenzia il difetto argomentativo relativo alla diversità del contendere, poiché nel caso di specie non veniva in rilievo l'ampiezza della retroattività, ma semmai l'inesistenza della ultrattività²⁸.

Come si diceva, la Corte di Cassazione, evidenzia le illogicità argomentative, tuttavia reputa la decisione conforme a diritto con la sola necessità di correggere le motivazioni. In particolare, la clausola si ritiene immeritevole perché esclude il diritto di indennizzo per le richieste postume²⁹.

Come richiesto da Cass., sez. un., 9140 del 2016, la Corte procede ad una valutazione di meritevolezza, individuandone la mancanza nella esclusione di richieste postume che, nel caso della responsabilità medica, avrebbe l'effetto di ridurre il periodo effettivo di copertura assicurativa, poiché si reputa poco verosimile che un danno verificatosi in prossimità della scadenza sia denunciato con tempestività.

Affermano i giudici «questo iato temporale è inconciliabile con il tipo di responsabilità professionale cui può andare incontro il medico, la cui opera può talora produrre effetti dannosi a decorso occulto, che si manifestano a distanza anche di molto tempo dal momento in cui viene tenuta la condotta colposa fonte di danno».

e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 764 ss.) in tema di rapporti tra potere legislativo e giurisdizionale. L'a. intravede una «inversione rispetto a un'idea tradizionale [...] dovuta al fatto che i modelli positivi, una volta entrati nella comprensione dell'interprete ne costituiscono il patrimonio mentale, perciò sono introiettati anche dal giudice e fatti propri, onde quantomeno nel decidere un caso il giudice non fa capo immediatamente al codice o alla legge da applicare, ma, appunto, a questi si riaccosta quando si tratta di rifinire e affinare, e magari aggiustare, una decisione che nelle sue linee essenziali trova il suo fondamento nell'idea che il giudice ha in mente dell'istituto nel quale il fatto va inquadrato o di un aspetto particolare di esso»

²⁷ Ciò si riscontra già in una veloce e superficiale analisi dei casi giunti all'attenzione dei giudici. Cfr., Cass., 28 aprile 2017 n. 10506; Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24646; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872; App. Napoli, 7 febbraio 2017, n. 556; Trib. Palermo, 27 ottobre 2016 n. 5411; Trib. Monza, 5 luglio 2016, n. 1899; Trib. Napoli, 20 giugno 2016, n. 7807; Trib. Palermo, 18 febbraio 2016; Trib. Palermo, 26 novembre 2014, n. 5828; Trib. Rimini, 19 novembre 2013, n. 1518; Trib. Napoli, 4 novembre 2013, n. 12129; Trib. La Spezia, 26 novembre 2012, n. 885, tutte in *De-jure*.

²⁸ I due problemi sono diametralmente opposti e se più comune è la questione della retroattività della clausola, che distingue le c.d. claims made pure da quelle impure, altra questione è quella della ultrattività e cioè della previsione di una sunset clause che ampli la copertura anche a fatti denunciati oltre il periodo di vigenza della polizza. Per una distinzione v., L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 830 ss.

²⁹ Il problema, per alcune particolari categorie di rischi, è evidenziato da F. CESERANI, *I nuovi rischi di responsabilità civile, in rischi lungolatenti e rischi emergenti. Tendenze ed orientamenti nelle "coverage trigger disputes*, in *Dir. econ. assicur.*, 2010, p. 3 ss.

Questa affermazione, assolutamente da condividere, sembra tuttavia confliggere con la statuizione dell'art. 11 della L.24/2017, statuizione si sa, precipuamente prevista proprio per la responsabilità medica. Da un lato infatti i giudici affermano che un modello claims made che non preveda la possibilità di richiesta postuma sia inconciliabile con il modello professionale di responsabilità medica, dall'altro il legislatore definisce come regola dell'assicurazione della responsabilità medica proprio il modello claims made, statuendo la necessità di prevedere una ultrattività della copertura soltanto in caso di cessazione definitiva dell'attività.

L'impressione è che le due statuizioni siano tra loro inconciliabili poiché, proprio in caso di cessazione definitiva, ripercorrendo il modo di argomentare della Corte, non è possibile che si attui un comportamento dannoso successivo alla scadenza del contratto, è solo possibile che il danno derivante da un comportamento antecedente venga evidenziato in un momento successivo, con una richiesta di risarcimento che perviene dunque all'assicurato dopo la scadenza della polizza. Dunque, a ben vedere l'ultrattività di cui all'art. 11 non è altro che la richiesta postuma di cui parla la Corte. E l'incongruenza è allora ancora più insanabile laddove il rischio è che tutte le claims made conformi alla legge Gelli vengano reputate immeritevoli³⁰.

Invero, l'argomentazione della Corte sembra assolutamente ragionevole, poiché è vero che in un campo, quale quello della medicina, il comportamento causativo del danno potrebbe verificarsi a ridosso della scadenza e, poiché per la natura stessa dell'attività è possibile che il danno da esso causato si disveli dopo un certo periodo di tempo e, di conseguenza, la richiesta di risarcimento in un periodo ancora successivo, un contratto che non ammetta le richieste postume avrebbe l'effetto di diminuire di fatto il tempo della copertura assicurativa con una evidente discrasia tra premi pagati e periodo assicurato.

C'è da aggiungere, tuttavia, provando a seguire le intenzioni del legislatore, che in un sistema a regime, non dovrebbero verificarsi tali "buchi di copertura" perché ciò che non è coperto dal contratto assicurativo oramai scaduto dovrebbe essere coperto dal nuovo contratto che deve obbligatoriamente prevedere una garanzia pregressa di dieci anni³¹. Certo, tutto ciò in un sistema "a regime", ma il problema attuale è proprio quello di gestire il passaggio, per cui le valutazioni di meritevolezza si susseguono.

³⁰ Paventano questo rischio A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Le novità (ancora mascherate e neppure tanto inedite) dell'assicurazione della responsabilità sanitaria*, cit., p. 204, nota 28.

³¹ Sul punto cfr., R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1372 ss.; A. FEOLA, E. BERNARDEL, L.T MARSELLA, *Luci ed ombre delle polizze assicurative per responsabilità professionale medica con clausola claims*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 715 ss.

A ciò si aggiunga che un problema ancora più serio è quello derivante dall'applicazione dell'art. 1892 c.c. per il quale la dottrina già da tempo segnala i rischi di difetto di copertura derivanti dalla sua applicazione³².

Ne è un lampante esempio il caso deciso di recente da un Tribunale di Udine³³ anche se non in materia di responsabilità medica dove, anche in presenza di una *claims made* pura, cioè con retroattività illimitata, la compagnia ha dimostrato che l'assicurato, al momento della stipula, era a conoscenza di fatti rilevanti” che potevano ragionevolmente mettere in discussione (nel futuro) il profilo della propria responsabilità” in ordine alla attività professionale prestata.

Tuttavia questo è un problema che non sarebbe possibile approfondire in questa sede, esso tuttavia deve essere tenuto nel debito conto quando si riflette sul sistema assicurativo delineato dalla legge Gelli sulla responsabilità medica, poiché proprio in ragione dell'obiettivo principale della legge, cioè quello di garantire la sicurezza delle cure creando un sistema di maggiore sicurezza per medici e pazienti³⁴, un modello di assicurazione obbligatoria che renda facilmente eludibile il pagamento dell'indennizzo, di là da considerazioni specifiche sulle singole clausole, sembra tradire lo scopo per cui è stato introdotto.

³² G. FACCI, *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 760 ss.

³³ Trib. Udine, 3 maggio 2017, n. 613, in *ilcaso.it*. Sul problema e anche a commento della sentenza citata v., M. FORTINA, *Qual è l'oggetto di una clausola claims made e perché alcune di queste clausole, quelle impure, sono presuntivamente nulle*, *ivi*, 8 maggio 2017.

³⁴ Sul punto, v., di recente, D. MARCELLO, *Brevi riflessioni sulla sicurezza delle cure e la responsabilità della struttura sanitaria per deficit organizzativo alla luce della riforma approvata dal parlamento il 28.02.2017*, in *Diritto e salute*, 3/2017, p. 98 ss.