

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

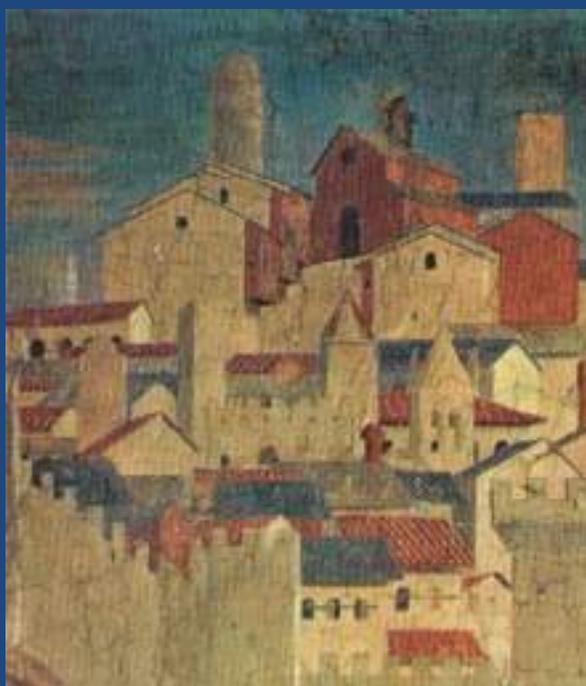
GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



www.personaemercato.it

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

INDICE

<i>Presentazione</i>	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i>	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i>	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i>	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i>	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i>	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i>	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i>	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i>	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i>	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i>	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i>	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i>	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., *Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto*p. 521
17. CAPALDO G., *Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile*p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., *Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali*p. 589
19. CARLEO R., *Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica*p. 611
20. CATERINI E., *Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale*p. 631
21. CAVALLARO M., *Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali*p. 655
22. CENINI M., *Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione*p. 677
23. CIOFFI C.B.N., *La trasparenza della causa dei contratti derivati*p. 695
24. CIPRIANI N., *Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto*p. 741
25. CORDIANO A., *Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità*p. 767
26. CREA C., *Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi*p. 803
27. D'AMICO G., *L'insostituibile leggerezza della fattispecie*p. 837
28. DELFINI F., *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*p. 865
29. DEPLANO S., *Dignità della persona e stati intersessuali*p. 895
30. DI NELLA, *Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti*p. 933
31. DI ROSA G., *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem* p. 995
32. EMILIOZZI E.A., *Le firme elettroniche*p. 1029
33. FACCIOLO M., *La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza*p. 1043
34. FARINA V., *Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento*p. 1059
35. FEMIA P., *Opposizione ermeneutica ed effettività*p. 1107

36. FICI A., *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato* p. 1151
37. FOGLIA M., *Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)*p. 1185
38. FOLLIERI L., *Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione*p. 1203
39. FRANZONI M., *Il contratto d’accertamento: un paradosso*p. 1235
40. FREZZA G., *Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede*p. 1259
41. GABRIELLI E., *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica* p. 1279
42. GALLARATI A., *Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf*p. 1313
43. GALLO P., *Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività*p. 1353
44. GAMBINO F., *Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale*p. 1395
45. GARACI I., *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale*p. 1405
46. GENOVESE A., *La clausola di recesso*p. 1439
47. GIANNINI M., *Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele*p. 1465
48. GORASSINI A., *Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?*p. 1495
49. GORGONI A., *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita* p. 1505
50. GRANELLI C., *Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE*p. 1569
51. GRISI G., *La quarantena dei contratti di durata*p. 1593
52. GRONDONA M., *L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)* p. 1633
53. GROSSI P., *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*p. 1665
54. IAMICELI P., *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela*p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana*p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)*p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria*p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021*p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi*p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto*p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici*p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i>	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i>	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i>	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i>	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i>	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i>	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i>	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i>	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i>	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i>	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i>	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i>	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i>	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i>	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i>	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i>	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i>	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i>	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i>	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i>	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i>	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i>	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i>	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i>	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i>	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i>	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i>	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i>	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i>	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i>	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i>	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i>	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i>	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i>	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i>	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i>	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i>	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i>	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i>	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i>	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse leso» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i>	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i>	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i>	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i>	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i>	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i>	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i>	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i>	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i>	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i>	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i>	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebitato</i>	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i>	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i>	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i>	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i>	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i>	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i>	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i>	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i>	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i>	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i>	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i>	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i>	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i>	p. 4569
140. ALPA G., <i>Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali</i>	p. 4591

DOMENICA PIRILLI
Professoressa associata di diritto privato
Università Mediterranea di Reggio Calabria

**TRA PRASSI, LEGISLAZIONE E RUOLO DEGLI
INTERPRETI: L'ESEMPIO DI ALCUNE
CLAUSOLE DEL CONTRATTO DI
ASSICURAZIONE**

SOMMARIO: 1. L'assicurazione tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti. *Ratio* di una scelta. – 2. Le clausole *claims made* tra assicurazione e sistema. – 3. Le polizze *linked*. – 4. Qualche breve osservazione di sintesi.

1. *L'assicurazione tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti. Ratio di una scelta*

Il diritto assicurativo, oggi come ieri, costituisce un «autentico laboratorio di idee, di tendenze di soluzioni concettuali e pratiche, perché appare orientato a conservare i suoi caratteri originali nell'adeguarsi alle esigenze della modernità»¹.

Ciò contribuisce a renderlo un angolo visuale privilegiato se letto alla luce degli insegnamenti del Maestro che onoriamo.

Il fenomeno assicurativo nasce dalla prassi e continua a trovare nella prassi la propria linfa vitale² fornendo risposte adeguate al bisogno di sicurezza del tempo, di *ogni* tempo.

¹ ALPA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Le assicurazioni private*, Torino, 2006, p. 13.

² Dà impulso, quale straordinario collettore di ricchezza, allo sviluppo economico, contribuisce (e ha contribuito) a quello giuridico. Sul rapporto tra assicurazione e progresso giuridico, LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, Milano, 2000, p. 266 ss.

E nell'adattarsi alle esigenze del momento storico è connotato da una *vis* espansiva difficilmente contenibile nell'alveo di un rapporto (del tutto peculiare) tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti.

Non è infrequente che le polizze precedano (o prescindano da) gli interventi normativi di settore o che vadano oltre lo stesso quadro normativo di riferimento nel tentativo (apparente o reale) di dare risposte ad istanze sociali.

Se tutto ciò da un lato risponde pienamente alle esigenze del mercato di oggi, ove peraltro sono sempre maggiori le aree di interferenza tra mercato bancario, assicurativo e finanziario³, dall'altro richiama inevitabilmente gli interpreti ad un'opera di razionalizzazione ed armonizzazione⁴, che consenta all'utenza di trarne il giusto beneficio emergendo da quella condizione di

³ L'assicurazione, incline da sempre all'interdisciplinarietà, non può non dialogare con settori affini ancorché contrassegnati da proprie specificità.

Non può invero tacersi della commistione ed «integrazione dei principali comparti del mercato finanziario in senso ampio, ossia il settore bancario, assicurativo e del mercato mobiliare (o dei capitali)», CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 617.

⁴ Non può ovviamente tacersi delle perplessità espresse con riguardo al rischio che la giurisprudenza, sostituendosi al legislatore, anticipi soluzioni in realtà non ancora assunte perché non ritenute "mature". Sul punto D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss., spec. p. 486.

Ma la discrezionalità del giudice sarà comunque "interpretativa", non potendosi mai spingere sino alla creazione della regola. Cfr. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 143. Nella presentazione al volume appena citato (XV) ammonisce GROSSI: "c'è in Italia un grande processo in atto, che non è frutto di un despota, o di una classe politica, o di una riflessione scientifica, ma è piuttosto una dinamica spontanea che la prassi giurisprudenziale, per il suo inevitabile collocarsi sulle trincee estreme dell'esperienza quotidiana, non ha potuto fare a meno di affrontare; che, piuttosto, il potere politico, pur investito di precise funzioni rappresentative in una democrazia parlamentare, non ha avuto né la forza né la volontà di assecondare, lasciando necessariamente al ceto dei giuristi la responsabilità di formare una nuova coscienza giuridica e di avviare la trama di un nuovo diritto di marchio prevalentemente giudiziario".

confusione ed incertezza nella quale spesso versa⁵, considerato che «l'odierno diritto è sempre meno legale ed è affidato in buona parte alla interpretazione giudiziale e dottrinale, mentre a livello globale prassi e consuetudini contano sempre di più»⁶.

Sullo sfondo la consapevolezza che occorre un “metodo nuovo per la disciplina del contratto, regolato da un insieme di fonti da cui si traggono elementi di conformità alla regola e nuove forme di tutela con un'attività di decostruzione e di innovazione che la giurisprudenza italiana ha già iniziato, utilizzando in particolare alcuni strumenti. La causa concreta e la contrarietà a norme imperative come strumenti di controllo della liceità e validità in un sistema articolato di fonti. I diritti e i doveri costituzionalmente garantiti, come limiti alla libertà di contratto. La buona fede come criterio di responsabilità nella valutazione dei comportamenti, precedenti e successivi alla conclusione, con funzione autonoma rispetto al giudizio di validità”⁷.

In uno ovviamente con le norme inderogabili poste dalla disciplina positiva.

Ed è proprio in questa dimensione che si collocano i temi a cui si vogliono dedicare le considerazioni che seguono⁸: i contratti di assicurazione contengono spesso clausole che, in presenza di (o talvolta a prescindere da) uno specifico dettato normativo, incidono a tal punto sulla conformazione del contratto da superare il limite dei diritti e dei doveri costituzionalmente garantiti.

O ancora: talvolta il comportamento ascrivibile all'impresa si pone al di fuori dei canoni di buona fede sostanziandosi in una strumentalizzazione della posizione di maggiore forza relativa o

⁵ È necessario, infatti, che siano conformi a criteri certi «tanto la formazione delle regole giuridiche ordinarie quanto la loro interpretazione e la loro applicazione», così FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, p. 496.

⁶ GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 921.

⁷ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi, Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.* 2012, p. 1205.

⁸ Nella consapevolezza che le scelte proposte denunciano due limiti: il primo – più apparente che reale – riguarda l'assoluta eterogeneità degli esempi; il secondo – più reale che apparente – è legato invece alla non esaustività degli esempi proposti.

nella non corretta informazione o ancora nel tentativo di dare alle norme una lettura che di fatto sacrifica oltremodo la posizione del cliente.

Comincia ad emergere la *ratio* della scelta del tema: nella complessa dinamica dei rapporti tra i soggetti del contratto di assicurazione trova ampio spazio l'esigenza di un costante (ri)equilibrio; ciò anche in ragione del fatto che il legislatore non appare sempre interprete primario delle istanze sociali (vuoi perché sembra avere abdicato al proprio ruolo vuoi perché in contesti come quello che ci occupa la rapidità della prassi è tale da non consentire di stare sempre al passo); emerge pertanto l'esigenza che il *vulnus* venga colmato e che l'attività ermeneutica si ponga come momento di saldatura tra realtà e sistema⁹.

2. *Le clause claims made tra assicurazione e sistema*¹⁰.

A fronte del disposto di cui all'art. 1917 c.c. – che sancisce l'obbligo per l'assicuratore di responsabilità civile di tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto –, la clausola *claims made* prevede che l'assicuratore risponda per le conseguenze negative di fatti illeciti per i quali la richiesta di risarcimento del

⁹ Tenendo presente che “la complessità del presente rende inattuale il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono”; così VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 490.

¹⁰ PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto civile, metodo teoria e pratica*, Milano, 1951, p. 669 s.: “E quella che dico (e tutti diciamo, chi con debolezza idolatrica, chi con scetticismo iconoclasta) tendenza sistematica, non è altro che lo sviluppo necessario dell'altra tendenza, che pare (e non è) opposta: la tendenza esegetica (anch'essa pigramente idolatrata o con prevenzione combattuta). Poiché non si è mai data tanto ristretta esegesi che si limitasse, per spirito pratico e per metodo teorico, al tentativo di determinare il contenuto di una norma sola, gelosamente e irremissibilmente isolata» [...] «E se dunque, non si può fare a meno di tenere presenti i rapporti tra norma e norma, e da qui già si scoprono quelli tra i vari gruppi (e i legami interni si intrecciano e completano con quelli esterni), e se già attraverso la trama di quei legami si delineano i vari istituti, non vi può essere incertezza: il primo serio tentativo esegetico è già il primo passo verso il sistema”.

terzo pervenga in costanza di contratto, anche se accaduti anteriormente alla stipulazione.

Proposto (*rectius*: imposto) quale soluzione di compromesso tra la sostenibilità da parte delle imprese (poste nella difficoltà di calcolare adeguatamente le riserve tecniche necessarie a fare fronte al pagamento degli indennizzi nelle ipotesi di sinistri tardivi¹¹) e le reali esigenze dell'utenza (solo in apparenza avvantaggiata da una copertura "retroattiva"¹²), il sistema *claims made* ha di fatto soppiantato -nelle polizze di responsabilità civile¹³- quello *loss*

¹¹ A giustificare l'immissione sul mercato è stato infatti l'impatto dei sinistri tardivi in uno con l'aumento esponenziale del contenzioso, soprattutto in ambito sanitario.

L'aumento esponenziale del contenzioso in campo sanitario, determinato (anche) da una maggiore aspettativa sociale di cura, ha indotto per un verso la classe medica ad attestarsi su posizioni di medicina difensiva, per l'altro le compagnie ad introdurre le clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile medica e sanitaria.

Il tema mette in gioco (perlomeno) tre valori: la serenità (e professionalità) degli operatori del settore sanitario, nonché la correlata necessità di evitare episodi di medicina difensiva; l'esigenza di tutela dell'utenza, che deve essere messa nella possibilità di trovare ristoro per eventuali danni subiti, determinati dall'attività medica, o, in ipotesi, da carenze organizzative della struttura; l'equilibrio del sistema.

Tenendo presente che (per fortuna) la tutela della salute in misura sempre maggiore costituisce un punto di non ritorno e che il danno alla persona deve (tendenzialmente) trovare adeguato ristoro, è pur vero che ogni episodio di *medical malpractice* ha un costo sociale da ripartire; l'assicurazione stessa ha un costo sociale da ripartire.

¹² Sullo sfondo il (forse erroneo) convincimento che la copertura offerta per sinistri verificatisi anteriormente alla stipulazione del contratto si sostanzia in un indiscutibile *favor* per l'assicurato.

Basta invero riflettere su quanto disposto dagli artt. 1892 e 1893 c.c. con riferimento alle informazioni che l'assicurato deve rendere all'impresa nella fase prodromica all'instaurazione del rapporto per rendersi conto di come in effetti il vantaggio sia più apparente che reale.

¹³ Sebbene non sia questa la sede ove affrontare *funditus* il tema, non va dimenticata l'importanza che il binomio responsabilità-assicurazione ha avuto a livello sociale. Se per un verso, però, l'ampliarsi di aree di responsabilità civile e l'oggettivarsi dei criteri di imputazione sulla base dell'assunto secondo cui "il bisogno (economico) di riparare diventa più pressante dell'esigenza (morale) di rimproverare" (LA TORRE, *Responsabilità e assicurazione*, in *Dizionario di*

occurrence di cui all'art. 1917 c.c. chiamando gli interpreti (segnatamente i giudici) ad un tentativo di qualificazione della fattispecie funzionale a dare risposte concrete ad esigenze emerse a livello sociale.

L'esempio proposto¹⁴ per molti versi costituisce l'emblema – nel contesto assicurativo – del rapporto tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti.

Nate verso la fine degli anni '90 del secolo scorso, le clausole *claims made* sono state inserite nelle polizze assicurative della responsabilità civile da parte delle compagnie, senza alcun margine di negoziazione e per lunghissimo tempo hanno trovato solo nella prassi la propria regolamentazione.

pensieri intorno al diritto, Milano, 2012, p. 233; *amplius*, *Responsabilità e assicurazione: l'intreccio fra due storie parallele*, in *Cinquant'anni col diritto*, I, Milano, 2008, p. 171 ss.) è stato accompagnato da sempre più puntuali coperture assicurative, per altro verso il meccanismo assicurativo ha incontrato nel suo funzionamento talune difficoltà di rilievo, dovute principalmente all'emergere di nuove fattispecie di rischi lungolatenti, molto frequenti in campo sanitario. In tale contesto, innegabilmente, la dialettica libertà/responsabilità ha registrato la prevalenza di quest'ultima nell'ottica della realizzazione del valore perseguito.

¹⁴ La cui analisi in dettaglio sfugge alla *ratio* delle presenti riflessioni e per la quale si rinvia alla ormai copiosa letteratura esistente. Senza pretese di completezza, cfr. SANTORO, *Tutto cambia perché nulla cambi? La sorte delle claims made dopo l'ultimo arresto delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2019, p. 628 ss.; GAGLIARDI, *I contratti di assicurazione della responsabilità civile con clausola claims made: la perdurante attualità del tema*, in *Danno resp.*, 2019, p. 228 ss.; RIVA, *L'ultima parola delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2019, p. 9 ss.; CORRIAS, *Le clausole claims made. Dalle sezioni unite del 2016 a quelle del 2018: più conferme che smentite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 147 ss.; DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "big picture"*, in *Giur. it.*, 2019, p. 30 ss.; MONTICELLI, *Nullità della claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss.; ANTONUCCI, *L'assicurazione claims made "tipizzata" dalle sezioni unite: limiti e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 142 ss.; CARNEVALI, *La clausola claims made e le sezioni unite: bis in idem*, in *Contr.*, 2018, p. 648 ss.; CANDIAN, *La giurisprudenza e le sorti delle clausole claims made*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 685 ss.

Le molteplici articolazioni e la correlata eterogeneità delle fattispecie concrete¹⁵ ne hanno reso fin dal principio difficile una lettura unitaria in termini di validità¹⁶, complice (anche) la circostanza che l'unico riferimento normativo – l'art. 1917 c.c. – delinea(va) un sistema *loss occurrence*.

È sufficiente una disamina delle pronunce (di merito¹⁷ e di legittimità¹⁸) precedenti al 2016 per comprendere la portata dell'affermazione.

È noto come il primo intervento delle Sezioni unite¹⁹ indichi il criterio di meritevolezza²⁰ quale canone interpretativo primario da

¹⁵ La clausola *claims made* prevede che l'assicuratore risponda per le conseguenze negative di fatti illeciti per i quali la richiesta di risarcimento del terzo sia pervenuta all'assicurato in costanza di contratto, anche se i fatti sono accaduti anteriormente alla stipula (almeno nella versione c.d. "pura"), segnatamente nei dieci anni precedenti. Diversamente, la versione "mista" o "impura" della clausola prevede l'operatività della copertura assicurativa nelle ipotesi in cui tanto il sinistro quanto la richiesta di risarcimento pervengano in costanza di contratto o, al più, nei casi in cui il fatto da cui è scaturito il danno sia avvenuto in un periodo precedente alla stipulazione, ma molto ridotto (solitamente due o tre anni prima).

¹⁶ Cfr. sul punto DELFINI, *Le Sezioni Unite e le claims made: l'ultima sentenza e la "big picture"*, cit., 2019, p. 31 s.

¹⁷ Cfr. Trib. Roma 5 gennaio 2007 e 5 maggio 2007; Trib. Bologna 2 ottobre 2002, in *Dir. econ. assic.*, 2005, 711 ss.; Trib. Genova, Sez. II, 8 aprile 2008, in *Danno resp.*, 2009, 103 ss., con commento di CARASSALE; Trib. Crotone 8 novembre 2004, in *Assicurazioni*, 2004, II, 2, 260 ss.; Trib. Milano, Sez. V, 18 marzo 2010, n. 3527, in *Assicurazioni*, 2010, II, p. 673 ss., con nota di PARTENZA; in *Giur. it.*, 2011, p. 831 ss., con nota di MAGNI, *La clausola claims made tra atipicità del contratto, inesistenza del rischio e limitazione di responsabilità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 857 ss., con nota di LANZANI, *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*; Trib. Catania, Sez. V, 12 ottobre 2009, in *Assicurazioni*, 2011, II, p. 309 ss., con nota di ROSSETTI; Trib. Genova 23 gennaio 2012, in *Assicurazioni*, 2012, II, p. 177 ss., con nota di RIVA.

¹⁸ Cfr. Cass. civ. Sez. III, 10/11/2015, n. 22891; Cass. civ. Sez. III, 13/02/2015, n. 2872; Cass. civ. Sez. III, 17/02/2014, n. 3622; Cass. civ. Sez. III, 15/03/2005, n. 5624.

¹⁹ Il riferimento è a Cass. Sez. Un. 6 maggio 2016 n. 9140

²⁰ VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 81 s.

applicare alle fattispecie di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made*²¹.

Con la sentenza del 2016²² la Cassazione, pur suscitando perplessità per avere apparentemente minato certezza e prevedibilità e aperto le maglie a soluzioni assai differenti tra loro, tuttavia, nell'affermare che "la manipolazione dello schema tipico" non deve spingersi sino al punto da "avvelenare la causa" del contratto ha lanciato invero un preciso monito con riguardo all'(imprescindibile) esigenza che non si oltrepassi il limite oltre il quale non è più di assicurazione che si tratta. "Si esclude l'illiceità ma ci si chiede,

²¹ Il riferimento al canone valutativo della meritevolezza induce qualche ulteriore riflessione ponendosi in (precario) equilibrio tra:

a) l'esigenza di arginare un esercizio dell'autonomia privata che contrasti con valori costituzionalmente garantiti e che veda sacrificata la posizione di chi versa in dimensione di debolezza (relativa);

b) la necessità di contemperare i diversi valori in gioco. In questa logica emerge la connotazione ulteriore che contraddistingue la meritevolezza rispetto alla liceità.

²² La Suprema Corte, nella sentenza 9140, sopendo solo in parte il dibattito, afferma i seguenti principi:

In primo luogo esclude che il contratto di assicurazione con clausola *claims made* possa essere affetto da nullità per contrarietà al disposto di cui all'art. 1895 c.c. (nel 2014, con la sentenza 3622 del 17 febbraio, la terza sezione della Suprema Corte aveva affermato la validità della *claims made* c.d. "pregressa" purchè l'assicurato fosse inconsapevole e la richiesta di risarcimento fosse pervenuta nel periodo di vigenza della polizza. A distanza di un mese, con la sentenza 5791 del 13 marzo la stessa Corte aveva espresso il principio opposto: non è consentita l'assicurazione di un rischio i cui presupposti causali si siano già verificati al momento della stipula).

Afferma la Corte che "la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato".

Per quanto attiene all'intangibilità del modello codicistico ex art. 1917 c.c., i giudici richiamano il disposto di cui all'art. 1932 che non annovera il I comma del suddetto articolo tra le norme inderogabili; aggiungono però, non senza ingenerare qualche sussulto, che occorre valutare sino a che punto possano spingersi i paciscenti nel variare lo schema tipico, pena "l'avvelenamento della causa".

La Corte salva peraltro dalle censure la clausola "pura" concentrando l'attenzione sulla versione mista o impura.

giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione condizionando la copertura ad una barriera temporale che in certi casi appare intollerabile”²³.

Il passaggio successivo della sentenza non a caso è riservato alla distinzione (spesso sfumata) tra clausole che limitano la responsabilità e clausole che delimitano l’oggetto del contratto²⁴.

A distanza di soli due anni la Suprema Corte tornerà ad esprimersi sul tema; la clausola è stata nel frattempo tipizzata²⁵, sia pure nel contesto specifico della responsabilità sanitaria. Non si tratta più, per i Giudici di legittimità, di operare un vaglio di meritevolezza, bensì di focalizzare l’attenzione sull’assetto sinallagmatico e sulla causa in concreto²⁶.

In altre parole, la valutazione, incentrata sull’equilibrio del contratto e condotta alla luce del principio di buona fede, deve consentire di stabilire se la concreta articolazione del rapporto sacrifichi a tal punto la posizione del contraente assicurato da rendere di fatto “inutile” la stessa garanzia²⁷.

²³ VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, cit., loco cit.

²⁴ Questione sempre attuale in campo assicurativo pur nella eterogeneità delle fattispecie nelle quali viene in rilievo.

²⁵ Il riferimento è all’art. 11 della legge 8 marzo 2017 n. 24 recante “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie” nota come legge Gelli-Bianco. Ma l’intervento del legislatore ha riguardato anche la responsabilità professionale degli avvocati.

²⁶ Sulla causa in concreto quale “esempio particolarmente significativo di un’interazione fruttuosa, e quasi sempre virtuosa, tra dottrina e giurisprudenza”, SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2020, p. 588 ss.

Sulla causa in concreto non può non rinviarsi a BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 256 ss. Cfr. altresì ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

²⁷ Nel 2019 la Suprema Corte torna sul punto affermando (Cass. civ. Sez. VI - 3 Ord., 09/07/2019, n. 18413) che il modello di assicurazione della responsabilità civile con clausola *claims made* è soggetto “alla verifica, ai sensi dell’art. 1322, comma 1, c.c., della rispondenza della conformazione del tipo, operata attraverso l’adozione delle suddette clausole, ai limiti imposti dalla legge, da intendersi come l’ordinamento giuridico nella sua complessità, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale, con indagine che riguarda la causa concreta del

E' sintomo di un'evoluzione sinergica tra attività degli interpreti ed ordinamento per la quale mi sia consentito il rinvio alle parole del Maestro a cui è dedicato il presente scritto: "il codice del 1942 era sensibile ad un controllo giudiziale della funzione sociale del contratto e non al tema dell'equilibrio e dell'equità, anche se c'erano norme che l'avrebbero consentito. Dalla buona fede al giudizio di meritevolezza, alla causa e l'ordine pubblico. Istituti a lungo disattesi dalla giurisprudenza in ossequio al principio della certezza. Questo orientamento muta con la consapevolezza che il controllo giudiziale, fondato sul nuovo sistema delle fonti, non è volto alla protezione di interessi individuali ma di un interesse pubblico, fondato sulla Costituzione e le altre fonti sovraordinate"²⁸.

Da un'attività interpretativa operata con questi strumenti potrà derivare una valutazione in termini di responsabilità precontrattuale e/o di nullità, anche parziale, per difetto di causa in concreto²⁹.

Di recente la Corte di Cassazione³⁰ – sia pure con riferimento a fattispecie diversa rispetto a quella che ci occupa – ha avuto modo di chiarire che occorre "verificare se il piano di distribuzione dei rischi soddisfi il requisito della causa in concreto" avuto riguardo all'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli interessi perseguiti dalle parti.

Ne deriva come corollario che le clausole di esclusione della copertura non possono di fatto tradursi in un sostanziale azzeramento della garanzia per l'assicurato, privando di qualunque utilità la stessa copertura assicurativa.

Emblematico il richiamo che i Giudici di legittimità fanno alla sentenza delle Sezioni unite del 2018 relativa alle clausole *claims made*.

Tale lettura è resa possibile da "un'attività ermeneutica che sappia muoversi fra Costituzione e ordinamento comunitario, legge generale e speciale, principi e clausole generali per fissare la

contratto, sotto il profilo della liceità e dell'adeguatezza dell'assetto sinallagmatico rispetto agli specifici interessi perseguiti dalle parti".

²⁸ VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 885.

²⁹ DELFINI, cit., p. 31 s.

³⁰ Il riferimento è all'ordinanza del 9 luglio 2020 n. 14595.

rilevanza di interessi e bisogni nuovi e per creare rimedi efficienti e adatti ai tempi. Tutto questo conduce ad una sola consapevolezza. Si dovrà osservare i fatti e la realtà sociale, ricordare e dimenticare, decostruire le categorie del passato, ordinando anomalie e rimedi secondo ciò che indica il respiro sempre nuovo del mondo”³¹.

3. Segue. *Le polizze linked*.

Nell’ampio genus “polizze *linked*”, la moltitudine di modelli presenti sul mercato è stata ricondotta da tempo ad una bipartizione tra *index* e *unit*: le prime prevedono che la prestazione dovuta dall’assicuratore al verificarsi dell’evento attinente alla vita umana dedotto nel contratto sia collegata al valore di indici azionari o obbligazionari; il premio versato viene pertanto investito in strumenti finanziari a rendimento variabile; nelle seconde, essendo il collegamento operato con fondi interni di investimento o con quote di organismi di investimento collettivo del risparmio, l’entità della rendita verrà calcolata in ragione dei risultati di gestione del fondo.

Emblema anch’esse della capacità dell’assicurazione, nei tempi, di dare risposta alle più svariate istanze sociali, precedendo, il più delle volte, l’intervento del legislatore³², tali polizze assumono rilievo – nella dimensione che ci occupa – nella misura in cui hanno formato oggetto di interventi (di riequilibrio) da parte delle Corti sotto due diversi profili: per un verso infatti viene in risalto l’adempimento degli obblighi informativi, stante la componente marcatamente finanziaria del prodotto; per l’altro proprio la componente finanziaria ha indotto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla natura di tali polizze.

Alla base dell’attività ermeneutica si pone la consapevolezza – anche in questo contesto – del limite oltre il quale non è più dato parlare di assicurazione.

In altre parole, stante la disciplina di particolare favore dettata dal legislatore del ’42 a garanzia della stipulazione di polizze vita -in considerazione della funzione previdenziale riconosciuta alle

³¹ VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, cit., p. 491.

³² Sul punto sia consentito un rinvio a PIRILLI, *Le polizze unit linked (ancora) al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 574 ss.

stesse³³- si è inevitabilmente posto il problema di valutare se ed in che misura i prodotti misti potessero godere dello stesso “privilegio”.

Procediamo per gradi.

Con riferimento al primo profilo, dalle pronunce delle Corti emerge che gli obblighi informativi gravano sull’impresa, non solo in virtù della normativa specifica ma in ragione del rispetto di quel dovere primario fissato dagli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.

Nel 2015 la Suprema Corte, pronunciandosi su una fattispecie di prodotto misto (assicurativo-finanziario), ha affermato infatti che “il dovere di una informazione esaustiva, chiara e completa, e quello di proporre al contraente polizze assicurative realmente utili per le esigenze dell'assicurato, sono doveri primari dell'assicuratore e dei suoi intermediari o promotori. Tali doveri scaturiscono dagli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.; e la loro violazione costituisce una condotta negligente, ai sensi dell'art. 1176 c.c., comma 2”³⁴.

L’importanza della pronuncia è resa ancora più evidente dalla circostanza che la Corte si è trovata a giudicare una condotta relativa ad un momento nel quale la normativa primaria e secondaria di riferimento non era ancora entrata in vigore; purtuttavia ne richiama implicitamente la *ratio* sottesa, complice la circostanza che la polizza sottoscritta era a contenuto finanziario, connotata pertanto da un maggiore rischio per il sottoscrittore e da un più marcato tecnicismo: circostanze che avrebbero dovuto imporre una maggiore cura nel dovere informativo al contraente professionista. Il principio, oggi, non stupisce affatto. Essendo però riferito ad un momento in cui gli unici obblighi informativi gravanti sull’impresa di assicurazione erano quelli di cui alla circolare ISVAP 249/1995 è perlomeno degno di nota e richiama all’interprete il dibattito su una giustizia contrattuale³⁵ fondata sulla buona fede, che sembrerebbe talvolta travalicare i confini degli obblighi espressamente assunti³⁶.

³³ Cfr. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione, Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016, p. 37 ss.

³⁴ Cass. Civ., sez. III, 24 aprile 2015, n. 8412, in *Contr.*, 2016, p. 1007 ss.

³⁵ Sul “contratto giusto”, FEDERICO, *Profili dell’integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 17 ss.

³⁶ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 93 ove si chiarisce che la buona fede “ha precisamente la portata che è stata notata dai

In altre parole, una condotta, apparentemente non contraria a norme, né di rango primario né secondario, viene sanzionata in quanto non conforme ai più generali principi di buona fede e correttezza³⁷, desumibili però, come evidenziato dalla Corte, in primo luogo dalle norme di parte generale delle obbligazioni e dei contratti, applicabili evidentemente anche alla fattispecie in oggetto.

In questa logica, l'interprete sarebbe chiamato a svelare il significato delle norme operando una valutazione sistematica che "può ulteriormente implicare la considerazione degli interessi basilari della comunità, ossia dei valori dell'ordinamento"³⁸.

La questione che ci occupa può quindi essere valutata con la lentezza dei principi che avrebbero dovuto e potuto invocare i Giudici di legittimità, chiamati a pronunciarsi con i parametri normativi dell'epoca dei fatti, ovviamente.

Se non può essere negata l'esistenza di un generale principio di "autoresponsabilità"³⁹ – che dovrebbe indurre ciascuno a compiere scelte in modo avveduto a tutela dei propri interessi – è altrettanto vero che tale principio non può essere invocato per esimersi dal comportamento secondo buona fede, approfittando dell'altrui condizione di debolezza (relativa).

Ne deriva – ed in ciò assume particolare rilievo la posizione assunta dalla Suprema Corte in un momento nel quale non erano stati ancora formalizzati in norme gli obblighi di comportamento⁴⁰ – che una condotta, pur apparentemente non contraria a norme né di rango

giuristi tedeschi, o di ampliare gli obblighi letteralmente assunti mediante il contratto od eventualmente di restringere questi obblighi nei casi e nella misura in cui farli vivere nel loro letterale tenore contrasterebbe con quel criterio".

³⁷ BETTI, *op. cit.*, p. 65, "La buona fede di cui qui si tratta è essenzialmente un atteggiamento di cooperazione, rivolto ad adempiere in modo positivo l'aspettativa dell'altra parte".

³⁸ Cfr. BIANCA, *Interpretazione e fedeltà alla norma*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano, 1978, p. 148.

³⁹ Cfr. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 452 ss. V. anche LA TORRE, *Responsabilità e autoresponsabilità nell'assicurazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 442 ss., ora in ID., *Scritti di diritto assicurativo*, II, Milano, 1979, p. 421 ss.

⁴⁰ Oggi sanciti dalla normativa primaria e secondaria di riferimento, soprattutto in ragione degli interventi che hanno riguardato la distribuzione assicurativa.

primario né secondario viene sanzionata in quanto non conforme ai più generali principi di buona fede⁴¹ e correttezza⁴².

⁴¹ Nel contesto che ci occupa, basti pensare alle vicende relative all'applicazione delle norme di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c.

L'importanza delle informazioni rese in fase precontrattuale all'assicurando è strettamente connessa con l'operazione economica sottesa al meccanismo assicurativo e basata principalmente sull'inversione del ciclo produttivo (Cfr. SELLERI, *Profili evolutivi delle dinamiche competitive del mercato assicurativo e cambiamenti nel modello di business dell'impresa di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 2007, p. 689 ss.; LANDINI, *Reticenze dell'assicurato e annullabilità del contratto*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 629 ss.; BUGIOLACCHI, *Clausola di regolazione del premio, condotta delle parti e ruolo della buona fede*, ivi, 2007, p. 1068 ss.; PICHLER, *Il sistema di controlli interni nelle compagnie di assicurazione*, in *Dir. econ. assic.*, 2003, p. 661 ss.). L'impresa incamera anticipatamente i premi e costituisce adeguate riserve tecniche per fare fronte all'eventuale pagamento degli indennizzi (sul tempo in cui il premio deve essere pagato all'assicuratore cfr. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. II, *Il diritto del contratto di assicurazione*, Milano, 1954, p. 368 ss.).

Una corretta rappresentazione del rischio assicurato consente pertanto all'assicuratore di calcolare adeguatamente il premio e contribuisce altresì ad arginare le possibili conseguenze negative che inesattezze o reticenze potrebbero determinare nella sfera giuridica di altri assicurati, perlomeno di quelli del medesimo ramo, tra i quali, come è noto, si instaura una comunione dei rischi (Cfr. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. econ. assic.*, 2010, p. 527 ss. L'A. rileva come "principi quali mutualità, ripartizione del rischio, assicurabilità, impongono complessi calcoli matematici attuariali per la definizione del premio che si fondano sulle dichiarazioni dell'assicurato").

Di qui la *ratio*, chiara e stringente, a fondamento delle norme che il codice civile mantiene ancora con riferimento al tema delle dichiarazioni inesatte e reticenti: l'assicurando che con dolo o colpa grave ponga l'impresa nelle condizioni di non potere valutare correttamente il rischio da assicurare (con le inevitabili conseguenze a carico di altri soggetti coinvolti) deve sostenere il costo sociale di tale condotta non conforme alle regole.

Di contro, e per lungo tempo, l'obbligo dell'assicurando non è stato controbilanciato da espressi obblighi informativi a carico delle imprese. Nei decenni successivi all'entrata in vigore del codice civile si è assistito ad una strumentalizzazione da parte delle imprese, inclini a porre qualunque reticenza od omissione a fondamento di richieste di annullamento dei contratti. La giurisprudenza, a partire dagli anni '90, ha svolto un ruolo assolutamente significativo in questo contesto nella logica di una rilettura delle norme improntata in primo luogo a canoni di buona fede ed orientata a colmare una condizione di

Ed è qui che ancora una volta il richiamo all'insegnamento del Maestro che onoriamo consente una sintesi in termini di coerenza e consonanza: "l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati"⁴³.

Per quanto diversamente concerne il secondo profilo inizialmente delineato, l'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore e la funzione previdenziale propria delle fattispecie di assicurazione sulla vita, costituiscono i due poli entro cui operare l'analisi e connotano il contratto di assicurazione.

Sebbene non sfugga a chi scrive che oggi l'assicurazione ha assunto ben altra portata rispetto ai propri esordi, tuttavia non può ignorarsi l'esplicito dettato normativo, sia pure nella logica di un'operazione ermeneutica di attualità, nonché del «riconoscimento di una duplice funzione ontologica (assicurativa e finanziaria) valevole per tutti i contratti di assicurazione sulla vita»⁴⁴.

Il collegamento con un evento attinente alla vita umana rimane presupposto indefettibile della fattispecie; la funzione previdenziale ne costituisce per certi versi il corollario.

disequilibrio. Il richiamo è al tema dei questionari ed all'affermazione da parte della S.C. di un dovere di cooperazione a carico dell'assicuratore.

Non è sufficiente sottoporre una serie di domande all'assicurato; occorre farlo in modo tale da indurlo a comprendere la reale portata dell'impegno che assume e fargli comprendere quali informazioni risultano necessarie e quali no.

Sotto altro profilo, ed è l'avvio del percorso che condurrà al sistema di obblighi informativi e comportamentali a carico dell'assicuratore di cui diremo a breve, grazie all'opera della giurisprudenza di profila, a carico dell'impresa a partire dai primi anni 90 del secolo scorso, un dovere di cooperazione in ossequio al principio di buona fede.

⁴² Posizione richiamate da numerose pronunce di merito. Cfr. Tribunale Potenza, 20/03/2020; Tribunale Roma Sez. XIII, 26/02/2020; Tribunale Napoli Sez. II, 03/10/2019.

⁴³ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi, Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, p. 1199.

⁴⁴ Cfr. NAZZARO, *La causa delle polizze unit e index linked*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2016, p. 71.

Benché sia stato evidenziato come tale precipua funzione non si ricavi espressamente da alcuna norma⁴⁵, tuttavia non possono ignorarsi taluni indici di rilevanza della stessa. Basti pensare, a titolo esemplificativo, a quanto disposto dall'art. 1923 c.c. con riferimento all'impignorabilità delle somme dovute dall'assicuratore al contraente o al beneficiario.

La *ratio* sottesa alla disposizione codicistica appena richiamata appare abbastanza chiara, anche se non unanime è la posizione della dottrina. La deroga al principio di responsabilità si giustifica infatti nella misura in cui funzione previdenziale e polizze vita risultano strettamente collegate.

In un «bilanciamento» di interessi, tra la tutela di chi, tramite uno strumento finanziario, pur emesso da una compagnia di assicurazione⁴⁶, sia disposto – sempre che abbia realmente compreso la portata dell'impegno assunto – a «perdere» il proprio capitale iniziale o una buona parte di esso, da un lato, e la tutela delle ragioni creditorie, dall'altro, sarebbe da prediligere la seconda.

Se l'affermazione è verosimile, allora il legislatore non poteva non avere in mente proprio quella funzione previdenziale individuata dalla dottrina «nell'interesse di ogni cittadino a proteggersi, tramite atti di autonomia privata, nei confronti di bisogni, riconosciuti come socialmente rilevanti, derivanti da accadimenti relativi alla vita umana»⁴⁷.

Sotto altro (ulteriore) profilo non può non rilevarsi la differenza che intercorre tra il rischio (assunto dall'assicuratore) nel contratto di assicurazione, e quello (assunto dall'investitore) concernente la *performance* del prodotto finanziario.

⁴⁵ VOLPE PUTZOLU, *Le polizze linked tra norme comunitarie, Tuf e codice civile*, in *Assicurazioni*, 2012, p. 407: “il postulato che il contratto di assicurazione sulla vita debba avere necessariamente una funzione “previdenziale” non trova alcun riscontro nella disciplina del codice civile” [...] “la nozione del codice civile è “neutra” per quanto riguarda la finalità del contraente”.

⁴⁶ CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 2011, p. 394 ss.

⁴⁷ Cfr. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione, Profili funzionali e strutturali*, cit., p. 39.

Il tema della differenza tra polizze vita e contratti di investimento ha formato oggetto di svariate pronunce della Suprema Corte che di recente lo ha trattato unitamente alla sottoscrizione attraverso società fiduciaria⁴⁸.

Un'ulteriore conferma dell'esigenza che l'assicurazione, per rimanere tale, non può prescindere dai propri elementi causali; una dimostrazione di come lo strumento assicurativo, sub specie di assicurazione sulla vita, non possa discostarsi dall'alveo delineato dalle norme codicistiche e dal precetto costituzionale di cui all'art. 38 *Cost.* sino al punto da divenire altro da sé, ossia uno strumento (esclusivamente) finanziario; perlomeno non può farlo invocando le tutele proprie delle fattispecie che si collocano legittimamente sotto "l'ombrello assicurativo".

Considerazioni analoghe possono svolgersi con riferimento alle c.d. polizze *Key man*⁴⁹, immesse sul mercato assicurativo per consentire alle imprese (soprattutto di grandi proporzioni) di fare fronte alla potenziale repentina perdita dell'uomo decisivo nella gestione; anch'esse però entro quei limiti che l'ordinamento nella sua complessità impone e che consentono all'interpretazione (soprattutto giudiziale) di porsi talvolta "*extra legem ma intra jus*"⁵⁰.

4. *Qualche breve osservazione di sintesi.*

Le figure esaminate, che ovviamente non esauriscono il novero delle clausole dei contratti di assicurazione potenzialmente significative nella dimensione propria dell'indagine svolta⁵¹,

⁴⁸ Il riferimento è a Cass. Civ., sez. III, Ord., 30.4.2018, n. 10333.

⁴⁹ Si tratta di polizze relativamente recenti pensate per fronteggiare il rischio della perdita delle figure di maggiore importanza per la gestione dell'impresa.

⁵⁰ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 128.

⁵¹ Basti pensare, ad esempio, alle clausole di rinuncia al diritto di surroga, per molto tempo inserite dalle compagnie nelle polizze assicurative contro i danni, in particolare quelle contro gli infortuni. Come è noto il I comma dell'art. 1916 c.c. dispone che "*l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla concorrenza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili*". Si tratta di una norma che, consentendo all'assicuratore di recuperare quanto corrisposto a titolo di indennità nelle ipotesi in cui il danno all'assicurato sia ascrivibile alla condotta di un terzo responsabile, delinea un

costituiscono però, per l'ampia diffusione nella prassi e per l'impatto nei settori di riferimento, esempio paradigmatico di quella duttilità

preciso equilibrio tra il principio indennitario, proprio del contesto assicurativo (in virtù del quale l'assicurazione non può tramutarsi in strumento di arricchimento per l'assicurato) ed il più generale principio di responsabilità.

Cionondimeno per lungo tempo la prassi ha registrato - soprattutto nelle polizze contro gli infortuni - l'inserimento di una clausola di rinuncia preventiva al diritto di surroga. La scelta delle compagnie era dettata dall'esigenza di incentivare la sottoscrizione di polizze in un determinato ramo, pur sacrificando (almeno apparentemente) il vantaggio derivante dalla previsione di cui all'art. 1916 c.c. Ne derivava, nella maggioranza dei casi, che l'assicurato di fatto cumulava indennità e risarcimento, stante la diversità dei titoli: per un verso infatti aveva diritto ad ottenere l'indennità dal proprio assicuratore, per l'altro il risarcimento dal responsabile civile.

Nel 2014 la sezione III della Cassazione, con la sentenza n. 13233, interviene sul punto affermando che "L'assicurazione contro gli infortuni non mortali costituisce un'assicurazione contro i danni ed è soggetta al principio indennitario, in virtù del quale l'indennizzo non può mai eccedere il danno effettivamente patito. Ne consegue che il risarcimento dovuto alla vittima di lesioni personali deve essere diminuito dell'importo percepito a titolo di indennizzo da parte del proprio assicuratore privato contro gli infortuni". Tale pronuncia ha suscitato la perplessità di alcuni tra i commentatori. Cfr. quanto affermato da PARDOLESI-SANTORO, *Indennizzo e risarcimento: di cumuli e cavoli*, in *Danno resp.*, 2014, p. 1008 ss.: "la sentenza va a collidere con la prassi, più che cinquantennale, delle compagnie assicurative che, non a caso, hanno introdotto, nei contratti di assicurazione infortuni, la clausola di rinuncia al diritto di surrogazione. Si determina così una situazione caratterizzata da incertezza e instabilità".

Come è noto la questione è stata poi affrontata *funditus* in particolare da una delle ben note pronunce sulla *compensatio lucri cum damno* rese dalle Sezioni Unite il 22 maggio 2018 la cui analisi approfondita sfugge al ruolo delle presenti riflessioni. L'esempio è però ancora una volta emblematico (anche se in logica parzialmente diversa rispetto alle altre ipotesi prospettate) del peculiare rapporto tra legislazione, prassi e ruolo degli interpreti e di come esso si articoli in maniera del tutto peculiare nel contesto che ci occupa. La prassi operata dalle compagnie sul presupposto della natura privata dell'interesse protetto dalla norma di cui all'art. 1916 c.c. e della rinunziabilità preventiva alla surroga ha di fatto consentito di pervenire a risultati che, se letti alla luce del sistema, denuncia(va)no in effetti talune incongruenze, perlomeno rispetto al principio generale che ancora gli spostamenti patrimoniali a criteri di meritevolezza, quel criterio che è a fondamento delle norme sulla ripetizione dell'indebito nonché di quelle di cui all'art. 2041 c.c. che, quale norma di chiusura, lancia un monito ed indirizza l'interprete verso soluzioni che non ne tradiscano la *ratio*.

che rende l'assicurazione inossidabile e sempre pronta a fornire risposte alle esigenze che emergono a livello sociale, riuscendo spesso ad anticiparle. Tutto ciò ovviamente coniugando le diverse istanze provenienti dal mercato e la sostenibilità da parte delle imprese.

Il dato è che non di rado il legislatore si trova a disciplinare fattispecie che il "laboratorio di idee"⁵² ha già elaborato da tempo.

Per altro verso, nonostante gli interventi normativi e l'attività regolamentare dell'IVASS – che ha, in maniera sempre più incisiva ridotto il margine di autonomia delle imprese, soprattutto con riguardo al profilo legato agli obblighi informativi e (più in generale) alle regole di condotta –, tuttavia persiste la tendenza a quelle forzature che impongono agli interpreti una necessaria opera di razionalizzazione nei termini proposti.

E se una lettura anche più "elastica" del dettato normativo può ammettersi allorquando si tratti di tutelare posizioni giuridico-soggettive legate a soggetti deboli (ad esempio disabili) o di dare attuazione a precetti di solidarietà sociale, purtuttavia il limite è dato dall'ordinamento nella sua complessità e da quella cornice di regole e principi⁵³ che orienta nei termini anzidetti l'attività dell'interprete.

Ed ecco allora che le polizze vita, sia pure nella moderna versione *unit* ed *index linked* (che sembra garantire l'ingresso nel contesto assicurativo dell'interesse meramente speculativo), se oltrepassano un determinato limite⁵⁴ non possono più essere considerate assicurazione ma strumenti finanziari *tout court*, con le conseguenze che ne derivano soprattutto con riguardo all'applicabilità del disposto di cui all'art. 1923 c.c., tutela posta a garanzia di interessi altri.

Ed ancora, se è vero che le compagnie di assicurazione impegnate nel ramo responsabilità civile, soprattutto professionale (e sanitaria), hanno adottato il correttivo delle clausole *claims made* perché versavano nella difficoltà di gestire i sinistri tardivi, è altresì vero

⁵² V. nota 1.

⁵³ VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, cit., *passim*.

⁵⁴ Quel limite, già analizzato, posto dall'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore e dell'imprescindibile collegamento con un evento attinente alla vita umana.

che gli interpreti, soprattutto i giudici, hanno svolto un importante ruolo nel fissare un argine; quell'argine che non consente all'impresa di "conformare" a tal punto il contenuto della polizza da neutralizzare (non già il rischio che assume bensì) la garanzia per l'assicurato.

Considerazioni in parte analoghe possono svolgersi con riguardo ad alcune delle soluzioni assicurative adottate a garanzia del credito.

Gli esempi potrebbero invero proseguire ma non potrebbero che rafforzare il concetto che "l'integrazione fra legge, dogmatica e sentenze richiede uno sforzo congiunto"; se la legge "deve costruire forme flessibili senza rincorrere i fatti con improbabili tipizzazioni, "la scienza giuridica deve costruire concetti rigorosi" che siano al contempo adatti ai tempi e "le sentenze devono tendere alla ricerca del diritto e del rimedio effettivo per ogni situazione lesa".

"E' inutile avanzare primazie e teorizzare metodi astratti. Occorre solo una maggiore responsabilità comune di fronte ad un delicato momento della nostra vita democratica"⁵⁵.

⁵⁵ VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenza: quid iuris?*, cit., p. 88.