



*SALVATORE MONTICELLI*

*Professore ordinario di diritto privato – Università di Foggia*

## **LE NUOVE DINAMICHE ASSICURATIVE NELLA RELAZIONE DI CURA: NOTE A MARGINE DELLA L. 8.3.2017, N. 24 \***

*SOMMARIO: 1. I soggetti destinatari dell'obbligo assicurativo nella L. 8/3/2017, n. 24. – 2. L'azione diretta nei confronti dell'assicurazione ed il Fondo di garanzia. – 3. Le polizze: la claims made con deening clause, dalla tipicità sociale al tipo legale. – 4. I nodi problematici e le criticità. – 5. Le trattative con il danneggiato e l'obbligo di comunicazione al danneggiante.*

**1.** – Nella L. 8/3/2017, n. 24, c.d. Legge Gelli, destinatari dell'obbligo assicurativo sono anzitutto, a norma dell'art. 10, le strutture sociosanitarie pubbliche e private le quali dovranno dotarsi di una polizza per la r.c. ovvero di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera, ai sensi dell'articolo 27, comma 1 *bis*, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114<sup>7</sup>.

Per i medici dipendenti vi è solo l'obbligo di assicurarsi contro la possibile azione di rivalsa per il caso di dolo o colpa grave.

Per i medici liberi professionisti si ribadisce l'obbligo, già previsto in generale per tutti i liberi professionisti all'art. 3 del D. L. 138/11, convertito con legge 148/11, di stipulare “idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale” e di “comunicare al cliente, al momento dell'incarico, gli estremi della polizza ed il relativo massimale”; obbligo quest'ultimo, peraltro, riaffermato all'art. 5 del D.P.R. 137 del 07.08.2012, varato in ottemperanza della citata disposizione, immediatamente dopo l'enunciazione che la stipula dei contratti di assicurazione potrà avvenire anche “per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti”<sup>1</sup>.

L'effettiva entrata in vigore dell'obbligo assicurativo secondo i parametri contemplati dalla legge in commento è, tuttavia, condizionato all'adozione del decreto ministeriale di cui all'art. 10, comma 6, che stabilirà, in conformità ai principi della presente legge, i requisiti minimi delle polizze.

---

\* Lo scritto riproduce, con talune aggiunte e le note, il testo della relazione svolta al Convegno del del 28 aprile 2017, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari sul tema “*La responsabilità medica dopo la riforma*”.

<sup>1</sup> L'obbligo di comunicazione è altresì sancito dall'art. 9, comma III, del D.L. 24.01.2012 n. 1.

# JUS CIVILE



In definitiva, si prevede anche per la materia medico-sanitaria, come è avvenuto per le assicurazioni relative alla responsabilità civile professionale degli avvocati, la necessità di un ulteriore intervento legislativo, con normazione di rango secondario, per l'individuazione dei requisiti minimi che dovranno connotare, verosimilmente inderogabilmente, il contenuto delle polizze assicurative in materia medico-sanitaria.

2. – Tra le previsioni certamente apprezzabili contenute nella disciplina in questione vi è quella che contempla la possibilità un'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'impresa assicuratrice. Come si è giustamente sottolineato<sup>2</sup>, si tratta di un “profilo della disciplina da ritenere indiscutibilmente connesso allo stesso carattere obbligatorio dell'assicurazione”. D'altra parte sulla necessità della previsione dell'azione diretta si era già espressa la dottrina<sup>3</sup> in sede di commento alla normativa (l'art. 3 del D. L. 138/11, convertito con legge 148/11) che ha introdotto per tutti i liberi professionisti l'obbligo di stipulare un'assicurazione per la responsabilità civile professionale.

Corollario dell'anzidetta disposizione, contenuta nell'art. 12 della legge, è l'altra che sancisce l'inopponibilità al danneggiato per l'intero massimale di polizza delle “eccezioni derivanti dal contratto” non espressamente previste in sede di definizione dei “requisiti minimi delle polizze assicurative”.

Si tratta di una norma di salvaguardia per il danneggiato che rappresenta il principale destinatario della disciplina sull'assicurazione obbligatoria in questione.

Sempre nell'ottica di assicurare una reale tutela del danneggiato vi la previsione (art. 14), come già si è fatto per la materia della circolazione stradale<sup>4</sup>, della costituzione di un “Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria”. Il comma 7 della norma individua i casi in cui il Fondo risarcisce i danni cagionati da responsabilità sanitaria: le ipotesi contemplate sono individuate nelle lettere a), b), c), e l'elenco sembrerebbe da ritenersi tassativo. In esso, tuttavia, non figura il caso in cui la struttura, in luogo della stipula di un contratto di assicurazione, ricorra, come la norma pur consente, all'adozione di una misura c.d. analoga, rivelatasi poi insufficiente. Mi riferisco alla c.d. autoassicurazione, attraverso l'appostazione in bilancio di riserve a copertura dei casi di responsabilità civile verso terzi e verso i prestatori d'opera<sup>5</sup>. Ipotesi quest'ultima ove l'eventuale carenza delle riserve appostate e la consequenziale assenza di piena copertura dei sinistri da un lato non è oggetto di copertura da parte del Fondo<sup>6</sup>, dall'altro si ri-

---

<sup>2</sup> E. Quadri, *Il parto travagliato della riforma in materia di responsabilità sanitaria*, In *Giustizia civile.com*, 2017.

<sup>3</sup> Cfr., per tutti, M. Gazzara, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016, 53 e ss.

<sup>4</sup> Il punto è bene sottolineato da E. Quadri, *op. cit.*, 13.

<sup>5</sup> Sul tema per maggiori approfondimenti cfr., N. De Luca, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario*, in *Le Nuove Leggi Civili Comm.*, fasc. 4/2017, 801 ss.; V. Selini, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno e resp.*, fasc. 3/2017, 314 ss.

<sup>6</sup> Il comma 7, lett.a) dell'art. 14 della Legge citata, fa solo riferimento all'ipotesi in cui il danno sia di importo eccedente “rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria ovvero

# JUS CIVILE



verbera non solo in danno dei possibili danneggiati ma anche dei medici dipendenti che rischiano di vedersi privati della garanzia primaria prestata in loro favore dalla polizza della struttura, con la conseguenza, affatto marginale, di essere esposti in prima persona, sia pure a titolo di responsabilità aquiliana, all'azione risarcitoria intentata dal danneggiato.

Parimenti il Fondo non assicura copertura nell'ipotesi di danni ultratardivi che eccedano la postuma decennale. Sul punto si dirà più diffusamente appresso.

3. – Nonostante la riserva espressa in favore della emananda normazione di secondo grado, la legge in questione, probabilmente sulla scorta proprio di quanto già stabilito per gli avvocati dal DM 22.09.2016 disciplinante le Condizioni essenziali e o i massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato, nonché dell'*imput* fornito dalla nota sentenza della Cassazione, a sezioni unite, in tema di *claims made*<sup>7</sup>, non ha rinunciato, però, già ad indicare una parte rilevante del contenuto minimo delle polizze in materia sanitaria.

Ed infatti, l'art. 11 prescrive 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”, ed inoltre che “In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultra attività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta”.

In sostanza, da un lato si legittima e si tipizza la clausola *claims made* che potremmo definire “quasi pura”<sup>8</sup>, dall'altro si prevede un'ultra attività decennale in caso di cessazione dell'attività

---

dall'esercente la professione sanitaria”, subordinando, pertanto, la possibile copertura da parte del Fondo, pur sempre, alla sussistenza di un contratto di assicurazione con massimale insufficiente. Nulla dice, invece, circa l'ipotesi in cui tale contratto non vi sia perché la struttura si sia avvalsa della pratica dell'autoassicurazione. Anche il comma 7, lett.c) sembra alludere, perché possa accedersi alla copertura da parte del Fondo, alla sussistenza di un pregresso rapporto assicurativo risoltosi “per recesso unilaterale dell'impresa assicuratrice ovvero per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa”.

<sup>7</sup> Cass. Sez.un., 6.5.2016, n. 9140, in *Giur. It.*, 2016, 12, 2602 nota di MAGNI.

<sup>8</sup> Occorre precisare che la prassi distingue la *claims made* cd. pura dalla *claims made* cd. impura: mentre la prima non prevede limitazioni temporali alla propria “retroattività” rispetto alla stipulazione del contratto, la seconda prevede la copertura dei sinistri denunciati in costanza di rapporto ma verificatisi in un preciso arco temporale (solitamente non superiore ai due/tre anni) antecedente alla stipula del contratto. L'ipotesi contemplata dalla legge Gelli, proprio in quanto circoscrive in dieci anni la pregressa dovrebbe, a rigore, definirsi una *claims* impura, ma, per così dire, ad “ampia gittata”, considerato che copre un decennio, o una *claims made* “quasi pura”. Probabilmente la scelta di limitare la pregressa al decennio va spiegata di concerto con la previsione di una postuma decennale, nell'idea, invero discutibile, per quanto si dirà, della sicura maturazione della prescrizione per le richieste risarcitorie antecedenti al decennio. Per completezza merita, anche, ricordare che, nella pratica, è possibile riscontrare perfino polizze che, unitamente alla *claims made*, escludono del tutto una copertura pregressa, circoscrivendo, così, temporalmente la garan-

## JUS CIVILE



per qualsiasi ragione<sup>9</sup>. Ultra attività estesa agli eredi e non assoggettabile alla clausola di disdetta.

Merita, però, ulteriormente evidenziare che la norma opportunamente aggiunge allo schema della *claims made* la variante della c.d. *deeming clause*, in quanto estende l'operatività della polizza ai fatti “**denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza**”<sup>10</sup> (art. 11, comma 1).

Con tale previsione, che si discosta da quella propria della *claims made* ove la copertura assicurativa è assicurata in relazione alle “**richieste risarcitorie**” pervenute all'assicurato e comunicate alla Compagnia di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza, si dà al professionista la possibilità di denunciare all'assicurazione anche le semplici circostanze potenzialmente suscettibili di causare una futura richiesta di risarcimento. In assenza di una clausola di tal genere, peraltro fino ad oggi pressoché inesistente nelle polizze assicurative sulla r.c. professionale del mercato italiano, il professionista che sia a conoscenza di circostanze da cui ritenga che, con ogni probabilità, possano derivare, in futuro, una o più richieste di risarcimento, è di fatto costretto, per beneficiare della copertura assicurativa, a rinnovare la polizza con la stessa

---

zia alla sola annualità di stipulazione del contratto nell'ambito della quale deve compiersi l'azione o l'omissione, prodursi il danno, essere ricevuta dall'assicurato la richiesta di risarcimento e da questi comunicata alla Compagnia. Concatenazione di eventi che, già ad una riflessione molto superficiale, appare talmente poco verosimile che si riesca a concentrare in un anno, perlomeno in talune attività professionali, ma forse la maggior parte di esse, che sembra evocare un vero e proprio paradosso, che, però, si risolve in danno dell'assicurato. Su questo tipo di polizza è particolarmente critica la pronuncia delle sezioni unite, sopra citata.

<sup>9</sup> Merita però segnalare che, nelle more della pubblicazione del presente lavoro, è stata approvata la L. 4 agosto 2017, n. 124, nella quale si dispone che il periodo decennale di ultrattività della copertura è esteso a qualsiasi ipotesi di cessazione del rapporto assicurativo, anche indipendente dalla cessazione dell'attività dell'assicurato. La disposizione all'art. 1, comma 26, così recita: Alla lettera e) del comma 5 dell'articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: « In ogni caso, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l'offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

<sup>10</sup> L'ipotesi prospettabile è quella in cui l'assicurato sia a conoscenza di un evento che può dar luogo ad una richiesta di risarcimento, ma non è nella materiale possibilità di denunciarlo come sinistro, a causa della mancanza di un'effettiva richiesta risarcitoria da parte del potenziale danneggiato. Nella pratica accade sovente, infatti, che tra la condotta lesiva dell'assicurato, l'emergere del fatto dannoso e la successiva richiesta di risarcimento del danneggiato, possa intercorrere un considerevole lasso di tempo.

Si pensi al caso di un medico che si accorga che, durante un intervento, si è verificato un evento in grado di poter generare un caso di *medical malpractice*, anche se l'eventuale anomalia che ne potrebbe risultare non si è ancora raffigurata e non è, quindi, nel frattempo, ancora intervenuta alcuna richiesta di risarcimento da parte del paziente. Durante tale periodo, il professionista potrebbe trovarsi nella scomoda condizione di dover comunicare la predetta circostanza o in sede di rinnovo della propria polizza (perché, ad esempio, la stessa esclude il tacito rinnovo) o perché intenzionato a sottoscrivere una nuova polizza con una nuova compagnia di assicurazione. Ebbene qualora la polizza fosse corredata di una *deeming clause* l'assicurato ben potrebbe segnalare alla Compagnia il sinistro, assicurandosi così da quest'ultima la copertura, anche qualora la richiesta risarcitoria dovesse avvenire in un successivo momento e nel contempo sarà libero di poter tranquillamente cambiare assicuratore.

## JUS CIVILE



compagnia fino al momento della formalizzazione della richiesta di risarcimento. Laddove, infatti, cambiasse assicuratore si esporrebbe al rischio, sempre presente nelle polizze con formula *claims made* che contemplino una copertura pregressa, di vedersi opporre dal nuovo assicuratore l'ineroperatività della polizza ai sensi degli art. 1892 e 1893 c.c., norme il cui contenuto è, peraltro, espressamente richiamato in clausole uniformemente utilizzate nella prassi negoziale, ed in virtù delle quali l'assicurato dichiara di non essere a conoscenza di fatti che possano dar luogo a richieste risarcitorie<sup>11</sup>.

Ne consegue che il mutamento di Compagnia assicurativa, nella vigenza della formula *claims made*, pura od impura che sia, non è mai privo di conseguenze perché finisce per esporre comunque l'assicurato all'eccezione di conoscere e di aver volutamente taciuto un fatto dannoso già verificatosi, con conseguente rischio del venir meno della copertura assicurativa da parte del nuovo assicuratore<sup>12</sup>.

L'assenza della *deeming clause* nella *claims made*, di fatto, obbliga l'assicurato a non cambiare Compagnia assicurativa, il che se per le società di assicurazione, determina l'innegabile vantaggio della fidelizzazione definitiva del cliente, sotto altro profilo annichilisce la concorrenza nel mercato assicurativo, il che è foriero di non poche perplessità.

Risulta, quindi, evidente la bontà della scelta legislativa di prevedere una *claims made con deeming clause*, ricomprendendo, così, nel concetto di sinistro anche qualsiasi circostanza di cui l'assicurato venga a conoscenza e che si presuma possa ragionevolmente dare origine ad una richiesta di risarcimento nei suoi confronti.

L'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alle comunicazioni così specificate sarà, infatti, considerata così come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione, con conseguenziale copertura del sinistro.

---

<sup>11</sup> Sul punto, con la consueta chiarezza, M. Gazzara, *Note a margine della nuova disciplina in tema di polizze professionali per gli Avvocati*, in corso di pubblicazione su *Contratto e impresa*. L'Autore, giustamente, si interroga, a proposito delle polizze per la responsabilità professionale degli avvocati, ma il discorso può tranquillamente estendersi alle polizze in campo medico sanitario, su cosa accada se il professionista si accorge di essere incorso in un evidente errore professionale in relazione al quale il danno non si è tuttavia ancora manifestato, ovvero il cliente non ha ancora presentato una richiesta di risarcimento. Ed evidenzia che "la sola denuncia di sinistro, a differenza di quanto accadrebbe nel regime codicistico, non basterebbe a far rientrare il sinistro sotto la copertura della polizza *claims made* a quel tempo vigente, giacché la denuncia di sinistro non equivale alla richiesta risarcitoria richiesta dalla polizza. Ma neppure il sinistro potrebbe a rigore essere coperto dalla successiva polizza, sotto la quale verrà per ipotesi a concretizzarsi la richiesta risarcitoria, giacché l'assicuratore potrebbe sempre opporre al Legale la conoscenza o la conoscibilità dell'errore professionale commesso. L'unica soluzione sarebbe stata quella di ricomprendere, tra i requisiti minimi della polizza, anche una sorta di *deeming clause*, rinvenibile in alcune polizze *all risks*, ma ancora poco diffusa in quella di r.c. professionale, in virtù della quale le richieste risarcitorie scaturenti da fatti denunciati dall'assicurato in corso di polizza si considerano come effettuate coevamente".

<sup>12</sup> Pari discorso vale nell'ipotesi in cui l'assicurato con formula *claims made*, senza garanzia postuma, intenda, cessata l'attività, assicurarsi per eventuali richieste risarcitorie. Facilmente potrà essergli opposto che il danno di cui si chiede il risarcimento era conseguenza di un errore professionale già conosciuto o conoscibile al momento della stipula. Sul punto le condivisibili riflessioni di M. Gazzara, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., 93-94, ma, anche, P. Gabasio, *Modalità di validità della garanzia in claims made: il pensiero dell'assicuratore*, in *Medic. e dir.*, 2010, 46 e ss.

# JUS CIVILE



È, inoltre, interessante notare che il testo dell'articolo citato, così come approvato in versione definitiva, si discosta sensibilmente da quello approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati, il quale prevedeva, all'art. 11, minori tutele per l'assicurato contemplando una ultra attività solo quinquennale obbligatoria nell'ipotesi di scadenza del contratto assicurativo e una pregressa anch'essa solo quinquennale, per di più, facoltativa. In ogni caso era prevista la ultrattività decennale in caso di cessazione dell'attività, disposizione poi confermata nella versione divenuta legge.

L'approdo legislativo costituisce senz'altro il frutto di un'opportuna scelta di armonizzazione con la disciplina del DM 22.09.16 sull'assicurazione professionale degli Avvocati, che prevede la retroattività illimitata e la ultrattività decennale per cessazione dell'attività.

Come si è detto la clausola *claims made* trova, nella normativa in questione, la sua definitiva tipizzazione; è la prima volta che ciò accade con una norma di primo grado<sup>13</sup>, e tale scelta legislativa che, in teoria, affianca/aggiunge alla formula contrattuale codicistica, cd. loss, l'assicurazione sulla responsabilità professionale con formula *claims made*, rappresenta, in realtà, per tale tipologia di assicurazione sulla responsabilità civile, il suggello definitivo dell'abrogazione, di fatto, del modello codicistico, in realtà già da oltre un ventennio scomparso dal mercato assicurativo della responsabilità civile professionale.

La scelta legislativa di fare assurgere a tipo legale tale sottotipo di formula assicurativa se per certi aspetti ha il merito di fissarne i contorni ed i confini essenziali, mettendo così ordine in un mercato che vede molteplici formulazioni di *claims made*, tutte ben poco o per nulla favorevoli all'assicurato, lascia spazio, per altro verso, ad una serie d'interrogativi circa la meritevolezza delle polizze già esistenti che non replicano, sotto il profilo sia della copertura pregressa che della postuma, il modello oggi tipizzato.

Se con riferimento a tali polizze, contenenti la cd. clausola *claims made* impura, il sottoscritto<sup>14</sup>, quale voce pressoché isolata<sup>15</sup> di un coro plaudente, ha da tempo evidenziato l'immeritevolezza della clausola, seguito poi dall'avallo delle sezioni unite<sup>16</sup>, oggi un argomento in più si aggiunge a tale giudizio di disvalore, il che apre all'ulteriore problema, invero neppure accennato nella disciplina in commento, delle conseguenze civilistiche derivanti dall'inosservanza delle caratteristiche base del modello tipologico oggi delineato dal legislatore.

In altri termini c'è da chiedersi se le polizze *claims made*, antecedenti alla legge in commen-

---

<sup>13</sup> La disciplina della *claims made* pura è, infatti, delinata, nella normativa secondaria, dal DM 22.09.16.

<sup>14</sup> Si rinvia allo scritto *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e responsabilità*, fasc., 7, 2013, 701 e ss.

<sup>15</sup> Vedi, però, anche, in senso particolarmente critico sulla *claims made*, i contributi di: U. Carassale, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 598 e ss.; M. Gazzara, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Le Nuove Leggi civili comm.*, 2012, fasc. 6, 1213 e ss., dello stesso Autore, più di recente, la convincente monografia, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., 88 e ss.

<sup>16</sup> Cass. Sez.un., 6.5.2016, n. 9140.

# JUS CIVILE



to o ad essa successive, che non contengano la previsione di una pregressa almeno decennale e di una postuma di pari durata, o che lascino libera la Compagnia di recedere dal contratto, durante il periodo di operatività della postuma, siano valide o, piuttosto, affette da nullità parziale riferita alla clausola perché difforme dallo schema legale tipico traducendosi tale difformità in un giudizio d'immeritevolezza o, comunque, d'inidoneità della clausola. Bisognerà altresì chiedersi se la nullità della clausola *claims made*, difforme nella previsione di una minore copertura pregressa o postuma, comporti una sostituzione automatica di essa con la formula *claims made* oggi tipizzata, o se, per le polizze antecedenti alla disciplina in commento, la sostituzione automatica dovrà avvenire con la formula *loss*, contemplata nel codice civile (art. 1917, comma 1).

Quanto alla prima questione (pregressa infra decennale relativa ad una polizza successiva alla entrata in vigore della legge Gelli) la risposta ad avviso di chi scrive non può essere data astraendo dal caso concreto: ed infatti, non si vede perché debba qualificarsi immeritevole od inidonea la clausola che, ad esempio, limiti o, addirittura, escluda la pregressa laddove l'assicurato, struttura o medico che sia, sia agli inizi dell'attività.

In questo caso, come si è già detto, la pregressa è del tutto inutile e, di conseguenza, l'assenza di una previsione in tal senso non può, di per sé, minare la meritevolezza della clausola né l'idoneità di essa ad integrare il contenuto minimo del contratto.

Ovviamente tale discorso non può valere nelle ipotesi più diffuse ove il rapporto assicurativo si instauri a valle di un'attività esercitata da tempo; in tal caso, invero, sembra plausibile ritenere che la clausola difforme vada considerata nulla sia perché immeritevole, sia perché in deroga alla formula legale, individuata nell'art. 11, cit., che indica il contenuto minimo della clausola.

Di conseguenza, fermo restante la validità del contratto di assicurazione, la clausola *claims made* sarà affetta da nullità parziale e sarà sostituita, quanto all'estensione temporale della copertura pregressa, dalla formula legale prevista dalla citata norma.

Analogo discorso dovrà farsi per le nuove polizze qualora carenti della copertura postuma.

Più complessa, invece, si presenta la questione in ordine alle polizze stipulate prima della entrata in vigore della Legge Gelli. In tali casi si segnalano alcuni recentissimi e condivisibili arresti di legittimità<sup>17</sup> che, soprattutto in relazione alla carenza della copertura postuma, hanno sottolineato l'immeritevolezza della clausola *claims made* che “*escluda le richieste postume...in quanto attribuisce all'assicuratore un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita*”.

Tre le ragioni indicate dal relatore a sostegno di quanto innanzi: anzitutto, sotto il profilo dello scambio negoziale, si evidenzia che la clausola in questione riduce “*il periodo effettivo di copertura assicurativa, dal quale resteranno verosimilmente esclusi tutti i danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto. È infatti praticamente impossibile che la vittima d'un danno abbia la prontezza e il cinismo di chiederne il risarcimento illico et imme-*

---

<sup>17</sup> Si tratta delle sentenze “gemelle” della Cassazione, depositate in data 28.4.2017, n. 10506/2017 e 10509/2017, pressoché identiche e scritte dal medesimo relatore, in *Danno e Resp.* 4/2017 con note di A. Palmieri e G. Pardolesi, di S. Monticelli, di L. Locatelli, di F. Greco.

## JUS CIVILE



diate al responsabile. Ciò determina uno iato tra il tempo per il quale è stipulata l'assicurazione (e verosimilmente pagato il premio), e il tempo nel quale può avverarsi il rischio". Iato temporale che "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 venne tenuta la condotta colposa fonte di danno".

In secondo luogo, sotto il profilo dello svantaggio e della ingiustificata soggezione dell'assicurato, si sottolinea che la clausola in questione "fa dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile a colpa dell'assicurato, ma altresì da un ulteriore evento futuro ed incerto dipendente dalla volontà del terzo danneggiato: la richiesta di risarcimento.

L'avveramento di tale condizione, tuttavia, esula del tutto dalla sfera di dominio, dalla volontà e dall'organizzazione dell'assicurato, che non ha su essa alcun potere di controllo. Ciò determina conseguenze paradossali, che l'ordinamento non può, ai sensi dell'art. 1322, c.c., avallare.

La prima è che la clausola in esame fa sorgere nell'assicurato l'interesse a ricevere prontamente la richiesta di risarcimento, in aperto contrasto col principio secolare (desumibile dall'art. 1904 c.c.) secondo cui il rischio assicurato deve essere un evento futuro, incerto e non voluto.

La seconda conseguenza paradossale è che la clausola *claim's made* con esclusione delle richieste postume pone l'assicurato nella seguente aporia: sapendo di avere causato un danno, se tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c."

Quale terzo motivo a sostegno dell'immeritevolezza della clausola si evidenzia che essa "può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La clausola in esame infatti, elevando la richiesta del terzo a "condizione" per il pagamento dell'indennizzo, legittima l'assicuratore a sottrarsi alle proprie obbligazioni ove quella richiesta sia mancata: con la conseguenza che se l'assicurato adempie spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo glielo richieda (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), l'assicuratore potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la *condicio iuris* cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore (...). Esito, si diceva, paradossale, posto che quanto più l'assicurato è zelante e rispettoso dei propri doveri di solidarietà sociale, tanto meno sarà garantito dall'assicuratore".

Se questo autorevole orientamento giurisprudenziale dovesse, come appare auspicabile, trovare condivisione nei futuri arresti tanto della Cassazione quanto dei Giudici di merito<sup>18</sup>, la

<sup>18</sup> In tal senso, di recente, si era pronunciato il Trib. Milano, 17.06.2016, in [www.ridare.it](http://www.ridare.it) – news del 23 giugno 2016.



# JUS CIVILE



formula codicistica *loss*, oramai di fatto assente sul mercato assicurativo nonostante sia, a parere di chi scrive, l'unica in grado di rispondere alle reali esigenze dell'assicurato, specie in un regime di assicurazione obbligatoria deputato ad assicurare certezze ai terzi danneggiati da malpractice nell'espletamento dell'attività professionale, rischia<sup>19</sup>, come si ebbe ad evidenziare dal sottoscritto qualche anno fa<sup>20</sup>, di risorgere a nuovi fasti per via giudiziale. Alla nullità parziale che investe la clausola *claims made* laddove, come quasi sempre accade, sia inidonea ad assicurare una copertura postuma per fatti accaduti nella vigenza del rapporto assicurativo, farà seguito la sostituzione della stessa con la previsione dell'art. 1917, comma 1, c.c.<sup>21</sup>.

Ulteriore questione aperta, anche se più teorica che pratica, considerato che il mercato assicurativo sulla responsabilità professionale non contempla, da anni, a quanto consta, offerte di polizze con formula *loss*, concerne l'idoneità di una polizza, con tale formula, dunque, pienamente conforme al modello codicistico, a soddisfare l'obbligo assicurativo oggi prescritto per legge. Sorge, infatti, il dubbio che essa, in quanto difforme dallo schema di polizza di cui all'art. 11 della legge Gelli, sia divenuta inidonea per gli esercenti le professioni in campo medico-sanitario e, probabilmente, anche per gli avvocati, considerato il DM 22.09.16, sebbene tale formula *loss* possa talvolta, per quanto si dirà innanzi, garantire una tutela molto più efficace sia dell'assicurato che del terzo danneggiato, anche con minori costi.

4. – Il testo della normativa in esame evidenzia, già ad una prima lettura, sotto il profilo assicurativo, talune rilevanti criticità e problematiche irrisolte di non poco rilievo.

Essa, infatti, prevede, come si è detto, in alternativa alla copertura assicurativa la possibilità per le strutture di adottare “*altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso i prestatori d'opera*”.

La formula sembra così legittimare la prassi, che da tempo va diffondendosi per le strutture sanitarie, di non stipulare assicurazioni per la responsabilità civile conseguente all'esercizio dell'attività medico-sanitaria, considerata l'elevata onerosità delle polizze, sostituendo ad esse pratiche di autoassicurazione, con l'appostazione periodica in bilancio di riserve per affrontare tali rischi. Si tratta di una scelta legislativa, a parere di chi scrive, molto discutibile che pone, peraltro, rilevanti problemi di controllo dell'adeguatezza delle riserve appostate e rischia di svilire le finalità di tutela del terzo danneggiato perseguite dal legislatore, anzitutto, con la previsione dell'assicurazione obbligatoria per l'esercizio dell'attività professionale di cui al D. L. 138/11, convertito con legge 148/11.

---

<sup>19</sup> Quantomeno per le polizze degli avvocati, dei medici e delle strutture sanitarie stipulate rispettivamente prima dell'entrata in vigore del D.M. 22.09.2016, per gli avvocati, e della L. 8.03.2017, n.24, per i medici e le strutture sanitarie.

<sup>20</sup> S. Monticelli, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, cit., 715-716.

<sup>21</sup> Per maggiori approfondimenti si rinvia a S. Monticelli, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione legale*, in *Danno e Resp.* 4/2017, 452 ss.

# JUS CIVILE



Altro grave limite dell'intervento normativo è quello che – a fronte dell'obbligo per le strutture e per i professionisti di assicurarsi – non è stato previsto un analogo obbligo a contrarre in capo alle Compagnie, *vulnus* questo da più autori opportunamente segnalato già in sede di commento al D. L. 138/11, convertito con legge 148/11.

È ben vero che tale obbligo legale, laddove fosse stato previsto in coerenza con lo spirito della normativa sull'assicurazione obbligatoria, non avrebbe impedito alle Compagnie di assicurazione di praticare una politica dei prezzi, in ragione del rischio assunto, tale da scoraggiare di fatto la stipula di contratti di assicurazione per così dire non graditi, perché troppo ad alto rischio; ciò nondimeno avrebbe, però, dato agio alle strutture, come ai professionisti, di pretendere la stipula del contratto in questione, funzionale per l'esercizio dell'attività, sia pure a caro prezzo.

Sotto il profilo più specificamente negoziale va, poi, rilevato che la garanzia postuma decennale, pensata evidentemente in relazione alla prescrizione ordinaria in tema di danni da inadempimento, rischia di rilevarsi inutile in caso di danni c.d. lungo latenti, ove è ben possibile che la richiesta risarcitoria pervenga all'assicurato ben oltre il decennio.

In tali ipotesi, infatti, nonostante sia decorso, dalla condotta omissiva o commissiva produttiva del fatto dannoso, il decennio, oggetto della copertura assicurativa, il danneggiato avrà comunque la possibilità di vedere soddisfatta la propria pretesa risarcitoria. Difatti, secondo l'orientamento giurisprudenziale ormai pacifico per talune tipologie di danno, anche nello specifico settore della responsabilità professionale, la prescrizione decorre “non dal momento in cui la condotta del professionista determina l'evento dannoso, bensì da quello in cui la produzione del danno è oggettivamente percepibile e conoscibile dal danneggiato”<sup>22</sup>.

In altri termini per i danni così detti lungo latenti vi è uno spostamento in avanti del termine di decorrenza della prescrizione, in cui il *dies a quo* è fissato nel momento della oggettiva percepibilità del danno dal soggetto danneggiato, il che in molteplici ipotesi di responsabilità professionale può significare un termine particolarmente lungo. Si pensi, ad esempio, non solo al caso della responsabilità medica laddove i danni per un intervento errato e/o incompleto potrebbero manifestarsi dopo anni ma, soprattutto, alla responsabilità professionale notarile<sup>23</sup> ove la giurisprudenza, in più occasioni, ha ribadito che nel caso in cui il notaio rogante l'atto pubblico di trasferimento abbia erroneamente asseverato l'inesistenza di pesi o vincoli sul bene immobile

---

<sup>22</sup> Cass., 22.09.2016, n. 18606, in *CED Cassazione*, 2016, in tema di responsabilità del notaio; Cass., 27.07.2007, n. 16658, in *Resp. civ. on line*, 2007 e Cass., 08.05.2006, n. 10493, in *Mass. Giur. It.*, 2006, entrambe in tema di responsabilità dell'Avvocato; principio analogo è stato affermato in tema di responsabilità del dottore commercialista ove si è fatto decorrere il termine di prescrizione non già dalla presentazione dell'errata dichiarazione ma dalla data di notifica dell'avviso di accertamento. Così Cass., 03.11.2010, n. 22358, in *Contratti*, 2011, 437, con nota di F. SANGERMANO, *Responsabilità del fiscalista per errata presentazione delle dichiarazioni Iva*.

<sup>23</sup> Si ritiene che il problema delle richieste risarcitorie ultratardive riguardi particolarmente i notai considerato il lungo lasso temporale che può in concreto trascorrere tra il rogito di un determinato atto dispositivo di un bene immobile e il rogito successivo concernente lo stesso cespite. Ed infatti, non è un caso che proprio in materia di responsabilità civile notarile si registrano numerosi arresti giurisprudenziali relativi a tale tipologia di richieste risarcitorie.

## JUS CIVILE



oggetto del negozio, ai fini della individuazione del momento iniziale di decorrenza del termine prescrizione, non assume rilievo dirimente il momento della stipulazione dell'atto, dovendosi invece aver riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno, siccome percepibile dallo stesso danneggiato alla stregua del parametro dell'ordinaria diligenza<sup>24</sup>.

Analogo discorso ed esempi possono agevolmente farsi per la responsabilità derivanti da altre attività libero professionali quali quella dell'avvocato, del commercialista, dell'ingegnere etc.

Per tali richieste, che potremmo definire "ultratardive", la polizza con formula *claims made*, benché accoppiata ad una clausola di ultrattività decennale, rischia di non essere operante, mentre ben lo sarebbe una polizza con formula *loss act committed*, secondo lo schema tipologico prescelto dall'art. 1917, comma 1, c.c., ove ciò che rileva è solo la data di accadimento del fatto dannoso.

Aggiungasi che il predetto grave limite di copertura può interessare non solo il professionista assicurato ma anche i suoi eredi i quali, falsamente tranquillizzati dalla copertura decennale postuma contemplata nella polizza, in ossequio alla previsione normativa di cui innanzi, potrebbero essere indotti ad accettare l'eredità loro devoluta dal professionista in modo puro e semplice, senza, dunque, quella prudenziale separazione tra il patrimonio del *de cuius* e quello dell'erede, assicurata dall'accettazione beneficiata; da tale accettazione deriverà, però, per gli eredi incauti la triste conseguenza di dover rispondere anche con il loro patrimonio della richiesta risarcitoria formulata nei confronti del professionista, per il danno cd. lungo latente. E ciò malgrado che il professionista assicurato abbia per anni puntualmente pagato un ricco premio all'assicurazione, senza ottenere, al momento della richiesta risarcitoria ultratardiva, alcuna copertura.

Nel contempo se la finalità dichiarata dell'assicurazione obbligatoria per gli esercenti le libere professioni in generale e, nell'ipotesi di specie, per gli esercenti attività professionali in campo medico-sanitario è quella di assicurare ai danneggiati comunque un ristoro per i danni subiti da *mal practice* nell'esecuzione dell'opera professionale, confidando sulla solidità dei patrimoni delle compagnie di assicurazione, tale funzione verrà di fatto disattesa in quanto, almeno per la tipologia di danni di cui si è detto, la sopravvenuta carenza di copertura assicurativa terrà indenne la compagnia da ogni obbligo risarcitorio.

Di qui l'inadeguatezza di una copertura postuma decennale, peraltro originariamente limitata al solo caso di cessazione dell'attività<sup>25</sup>, prevista dalla disciplina in commento, non solo nel rispondere alle esigenze di tutela dell'assicurato ma, anche, nel salvaguardare sempre e comunque i terzi danneggiati, che il legislatore avrebbe la pretesa di tutelare con la previsione dell'obbligo assicurativo in questione.

Peraltro, giova sottolineare, che il *vulnus* di cui sopra non è neppure attenuato dalla previsione di speciale salvaguardia di cui all'art. 14 della legge Gelli, contenente l'istituzione di un "fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria", giacché nelle ipotesi contemplate al comma 7 della norma non rientra il caso dell'assenza di copertura assicurativa con-

---

<sup>24</sup> Cfr., tra le altre, Cass., 3.5.2016 n. 8703.

<sup>25</sup> Cfr. L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 26 cit.

## JUS CIVILE



seguito ad una richiesta risarcitoria eccedente la garanzia postuma decennale. Se l'ipotesi fosse stata, invece, prevista, certamente il meccanismo di tutela assicurativa sarebbe stato più completo e rispondente ed esigenze effettive di tutela tanto dell'assicurato quanto dei terzi danneggiati, senza, peraltro, snaturare le finalità del fondo né gravarlo eccessivamente sotto il profilo dell'esposizione dello stesso a richieste risarcitorie, considerata la peculiarità e la marginalità dal punto di vista numerico delle richieste risarcitorie ultratardive.

Per rimanere nell'ambito delle criticità dell'intervento normativo è appena il caso di evidenziare che la previsione di una garanzia progressiva decennale è del tutto inutile per il professionista medico o, per le strutture sanitarie, che abbiano appena iniziato la loro attività. Inutilità che, però, non viene bilanciata da un risparmio sul premio assicurativo, il che è molto discutibile sotto il profilo della giustificazione causale dell'esborso.

5. – L'art. 13 della legge in questione dopo aver previsto che le strutture sanitarie e sociosanitarie e le imprese di assicurazione che prestano la copertura assicurativa nei confronti del personale medico-sanitario comunicano all'esercente la professione sanitaria l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato, entro dieci giorni dalla ricezione della notifica dell'atto introduttivo, successivamente dispone che “Le strutture sanitarie e sociosanitarie e le imprese di assicurazione entro dieci giorni comunicano all'esercente la professione sanitaria, mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata con avviso di ricevimento, l'avvio di trattative stragiudiziali con il danneggiato, con invito a prendervi parte”. Avendo cura di precisare che “L'omissione, la tardività o l'incompletezza delle comunicazioni di cui al presente comma preclude l'ammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9”.

La norma è coerente sia con la previsione dell'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione del soggetto danneggiato che con la previsione della partecipazione al giudizio promosso direttamente contro l'assicurazione o contro la struttura sanitaria del soggetto danneggiante, quale litisconsorte necessario (art. 12 comma 4).

Opportunamente è richiesta la partecipazione del sanitario alla fase delle possibili trattative per la transazione della lite; detta previsione, benché non sia espressamente contemplato, andrebbe logicamente estesa alla fase della mediazione obbligatoria sia per i giudizi promossi contro le assicurazioni che nei giudizi relativi a responsabilità medico-sanitaria intentati contro le strutture e gli operatori. E, perciò, pure in mancanza di una previsione espressa, sussistente, invece, in ordine alla partecipazione alla procedura di consulenza tecnica preventiva ex art. 8, comma 4 della legge per tutte le parti coinvolte, si ritiene che fin da tale fase sia prudenzialmente opportuno, nel rispetto dei tempi e dei modi sopra indicati, assicurare la partecipazione rispettivamente del personale medico-sanitario danneggiante, da parte dell'assicurazione o della struttura sanitaria che abbia avuto l'invito alla mediazione, o della struttura sanitaria da parte dell'assicurazione, pena, in mancanza il maturare della preclusione delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa di cui all'articolo 9 della legge in questione.