

## INTRODUZIONE

La c.d. riforma di settore nella disciplina delle professioni, il cui ultimo atto è costituito dalla normativa in tema di responsabilità sanitaria (c.d. Legge Gelli-Bianco), ha introdotto l'obbligo per il professionista iscritto a un albo di dotarsi di idonea copertura assicurativa per i rischi derivanti dall'attività svolta<sup>1</sup>. L'introduzione di siffatto obbligo

---

<sup>1</sup> L'obbligo assicurativo per i professionisti di stipulare «idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'attività professionale» trova le proprie radici normative nell'art. 3, d.l. n. 138 del 2011, comma 5, lett. e), convertito con l. n. 148 del 2011. Successivamente il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, emanato in attuazione della citata disposizione, nel prevedere che «la stipula dei contratti di assicurazione possa avvenire anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti» ha prorogato al 14 agosto 2013 l'entrata in vigore dell'obbligo in questione. I professionisti esclusi dall'applicazione dell'accennata normativa sono gli esercenti le professioni sanitarie per i quali il d.l. n. 69 del 2013 (c.d. decreto del fare convertito in l. 98 del 2013) e, successivamente, il d.l. n. 90 del 2014 (convertito in l. n. 114 del 2014) avevano rinviato l'entrata in vigore dell'obbligo assicurativo (ad eccezione dei dipendenti del servizio sanitario nazionale) a decorrere dal 14 agosto 2014, subordinandone, pur sempre, la relativa operatività all'emanazione di un d.p.r. di attuazione volto a definire il contenuto minimo e uniforme delle polizze assicurative; tale decreto venuto alla luce solo sotto forma di bozza di regolamento nel 2014 e nonostante abbia ricevuto il parere favorevole della Conferenza permanente dei rapporti tra Stato e Regioni e del Consiglio di Stato non è mai stato definitivamente approvato. In tale situazione di inadempimenti legislativi e di conseguente incertezza normativa va collocata la recente introduzione della l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie». Oltre alla previsione di importanti novità normative per quel che concerne i caratteri e la natura della responsabilità medica e su cui si avrà modo di riflettere nel prosieguo di questa indagine, va rilevato, in tale sede, come l'art. 10 della suddetta legge ridisegni (rispetto al suo precedente normativo costituito dalla c.d. legge Balduzzi) i confini dell'obbligo assicurativo per gli esercenti le professioni sanitarie, attraverso la conferma del suddetto obbligo per le strutture sanitarie e gli esercenti la professione medi-

rappresenta il frutto di un rilevante mutamento che ha progressivamente investito sia il rapporto tra professioni intellettuali e regime di responsabilità, sia la funzione del contratto di assicurazione<sup>2</sup>.

Sotto il primo profilo, è noto come alla crescente specializzazione dell'attività professionale sia corrisposta una pretesa creditoria caratterizzata da un elevato grado di affidamento sul raggiungimento di un determinato risultato positivo<sup>3</sup>. Senza entrare nel merito della tradizionale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato<sup>4</sup>, occorre tuttavia osservare come il grado di diligenza del profes-

---

ca o sanitaria in regime di liberi professionisti ed estendendolo «a ciascun esercente la professione sanitaria, operante a qualunque titolo in strutture sanitarie o sociosanitarie pubbliche o private per quel che concerne la responsabilità per colpa grave».

<sup>2</sup> Dal punto di vista economico la previsione di un obbligo legale a contrarre, così come, del resto, ogni forma di intervento pubblico in settori tradizionalmente lasciati alla libera negoziazione dei privati, risulta preordinata a sopprimere ai c.d. fallimenti del libero mercato, cioè a quelle situazioni in cui l'incontro tra domanda e offerta di un determinato bene o servizio, se lasciata all'autonomia dei contraenti, non risulta sufficiente a soddisfare determinate finalità di interesse pubblico o di benessere sociale che lo Stato intende perseguire (così M. SIRI, *La regolazione e la vigilanza nelle assicurazioni obbligatorie*, in *Cesifin-on-line*, 2014, p. 11 ss.; al riguardo si vedano, altresì, L. BUZZACCHI-M. SIRI, *Concorrenza e regolazione nel mercato assicurativo*, in *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, a cura di S. Pammolli, C. Cambini, A. Giannaccari, Bologna, 2007, p. 269 ss.; P. GARONNA, *L'assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive*, in *Ass.*, 4, 2012, p. 621 ss.). Nel caso di specie l'interesse (pubblico) che viene in rilievo è, come è noto, quello di garantire alla vittima dell'illecito professionale un sicuro ristoro dai danni prodotti dal negligente operato del professionista attraverso la traslazione del peso economico del debito risarcitorio dal patrimonio del danneggiante a un terzo soggetto. La solidità finanziaria delle Compagnie assicurative costituirebbe, infatti, una sicura garanzia per il cliente dell'effettivo conseguimento di un indennizzo a riparazione totale o parziale del danno causatogli dall'imperizia e/o negligenza del professionista (arg. ex art. 3, comma 5, lett. e), d.l. n. 138 del 2011).

<sup>3</sup> Sotto tale profilo non è possibile sottacere come per quel che concerne soprattutto il settore sanitario, l'incessante sviluppo della scienza medica, così come l'avvento di nuove tecnologie diagnostiche e terapeutiche hanno certamente aumentato le aspettative di ogni singolo paziente sulla possibilità di ottenere un determinato risultato positivo dall'operato del professionista, facendo assurgere, per certi versi, il contenuto della relativa attività professionale da "obbligo di cura" a "obbligo di guarigione".

<sup>4</sup> Com'è noto, si tratta di una distinzione che se, da un lato, mira a identificare il diverso contenuto della prestazione spettante al debitore in relazione all'interesse creditorio da soddisfare, dall'altro lato, ha acquistato precipua rilevanza (anche) nell'ottica di individuare il regime probatorio gravante sul creditore (per la ricostruzione del percorso storico e concettuale di siffatta distinzione si vedano L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni «di*

sionista nell'esecuzione della relativa prestazione viene frequentemente valutato sulla base di regole specifiche e tecniche, proprie di ogni singola professione, la cui applicazione ha finito per attribuire, diversamente da quanto disposto all'art. 2236 c.c., caratteri di "oggettività" alla nozione di colpa professionale<sup>5</sup>: in particolare, linee guida, protocolli, *best practices*, codici deontologici entrano nel giudizio per mezzo della consulenza tecnica d'ufficio (ormai indispensabile per il giudicante), divenendo parametri essenziali di valutazione della diligenza e della perizia del singolo professionista<sup>6</sup>.

---

*mezzi*» (*Studio critico*), in *Riv. dir. comm.*, parte I, 1954, pp. 185 ss., 280 ss. e 366 ss., e in part. pp. 188-191; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XXIX, p. 190 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 2<sup>a</sup> ed., 1979, p. 32 ss.; *Id.*, *La responsabilità*, V, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2012, p. 27 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, II, Il comportamento del debitore*, in *Comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, XVI, 2, Milano, 1984, p. 47 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 456. Tale distinzione ha ricevuto, tuttavia, un riscontro negativo nella giurisprudenza, che ne ha sminuito la portata applicativa dapprima (e in via mediata) attraverso l'equiparazione, operata dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sent. n. 13533 del 2001, del carico probatorio gravante sul creditore – sia che agisca per chiedere l'esatto adempimento, sia per il risarcimento del danno dovuto all'inadempimento totale o parziale della prestazione da parte del debitore –, dovendo in entrambi i casi limitarsi a dimostrare il (solo) titolo costitutivo dell'obbligazione; di poi, e in via diretta e immediata, con la pronuncia delle Sezioni Unite n. 15781 del 2005 alla cui stregua «la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato non ha alcuna incidenza sul regime di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale, né sul meccanismo di ripartizione dell'onere della prova, il quale è identico sia che il creditore agisca per l'inadempimento dell'obbligazione *ex art.* 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale *ex art.* 1218 c.c.». Per una ricostruzione in chiave critica della possibile rilevanza (sotto il profilo applicativo) di siffatta distinzione si vedano C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 277, *Id.*, *Diritto Civile*, I, Torino, 2014, p. 291 ss.; M. CAVALLARO, *La responsabilità dell'intermediario e dell'organizzatore di viaggi nella disciplina della "vendita di pacchetti turistici"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, spec. p. 438; E. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno resp.*, 12, 1999, p. 1165 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza della distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2006, p. 797 ss.; G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2006, p. 141 ss.

<sup>5</sup> Sul punto cfr., di recente, M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2<sup>a</sup> ed., 2016, p. 150 ss.; e L. MANCINI, *La colpa nella responsabilità civile*, Milano, 2015, p. 35 ss.

<sup>6</sup> Un riferimento "alle buone pratiche e alle linee guida", quali parametri di valutazione della condotta del professionista medico, è contenuto nell'art. 5, l. n. 24 del 2017 ove viene espressamente sancito come «gli esercenti le profes-

A ciò si aggiunge come i mutamenti giurisprudenziali avvenuti (nel settore della responsabilità professionale) in tema di prova del nesso di causalità e d'individuazione del *dies a quo* per il decorso del termine di prescrizione hanno reso sempre più effettiva, soprattutto in ambito medico-sanitario, la tutela dell'interesse del danneggiato e la concreta possibilità che quest'ultimo ottenga ristoro dal pregiudizio subito anche a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'illecito<sup>7</sup>.

L'interferenza reciproca tra tali fattori ha determinato, nel corso degli anni, un decisivo e incessante incremento del contenzioso civile tra professionisti e clienti-pazienti che, se dal punto di vista normativo ha persino indotto il legislatore a intervenire, in senso modificativo, su principi e regole pacificamente affermati da dottrina e giurispru-

---

sioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specifiche finalità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida [...] elaborate da enti e istituti pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del ministro della salute [...]». Come sottolineato da una parte della dottrina, si tratta di regole, provenienti da organismi dotati di un certo grado di autorevolezza scientifica, che di per sé non dovrebbero costituire diritto positivo se non alla luce del richiamo effettuato da una norma di carattere primario in grado di attribuire alle stesse una efficacia giuridica che altrimenti non avrebbero. Al riguardo si vedano M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, spec. p. 66, *Id.*, *Colpa e linee guida*, in *Danno resp.*, 8-9, 2016, p. 801; *Id.*, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, *ibidem*, 3, 2017, p. 271 ss.; G. VISINTINI, *La colpa medica nella responsabilità civile*, in *Contr. impres.*, 2015, p. 532; R. DOMENICI-B. GUIDI, *Linee guida e colpa medica: spunti di riflessione*, in *Danno resp.*, 4, 2014.

<sup>7</sup>È noto come la Cassazione a Sezioni Unite nella pronuncia n. 581 del 2008 (in *Resp. civ.*, 12, 2008, p. 984, con nota di C. ROMEO; in *Danno resp.*, 2009, 6, p. 667, con nota di S. OLIARI) abbia sancito la regola per cui il *dies a quo* per il decorso del termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da parte della vittima dell'illecito decorra dal momento in cui lo stesso abbia avuto piena contezza della malattia, quale conseguenza del fatto imputabile all'autore dell'illecito. Cfr., al riguardo, M. ROSSETTI, *Unicuique suum*, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica), in *Giust. civ.*, 2010, p. 2218 ss.; R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *For. it.*, 5, 2017, p. 161 ss. Per quel che concerne le ricadute in termini assicurativi, si vedano, tra gli altri, R. CAVALLO BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2004, p. 5 ss.; U. CARASSALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno resp.*, 6, 2006 spec. p. 597; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made*, in *Contr. impr.*, 2, 2013, p. 403 ss.; M. GAZZARA, *Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 6, 2012, p. 1213 ss.; *Id.*, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Napoli, 2016.

denza in determinati settori della responsabilità civile, come in quello sanitario<sup>8</sup>, dal punto di vista politico, economico e, soprattutto, sociale ha posto la necessità di individuare il soggetto “pubblico o privato” cui addossare, in ultima istanza, il peso economico del debito risarcitorio.

Si tratta di una problematica inquadrabile in quel fenomeno etichettato, da ampia parte della dottrina, come progressiva “socializzazione del danno”, espressione allusiva della sempre più marcata funzione “com-

---

<sup>8</sup> Il riferimento è all'art. 7, n. 3, l. n. 24 del 2017 che, come è noto, ha sancito a chiare lettere e senza soluzione di continuità con quanto affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina circa la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria pubblica o privata che «l' esercente la professione sanitaria [...] risponde del proprio operato ai sensi dell' art. 2043 c.c., salvo che abbia agito nell' adempimento di una obbligazione contrattuale assunta con il paziente [...]». Per un primo commento alla legge di riforma si vedano M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, in *Danno resp.*, 1, 2017, p. 75 ss.; R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3, 2017, p. 453 ss.; R. PARDOLESI, *Chi vince e chi perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 3, 2017, p. 261 ss.; G. PONZANELLI, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli. Una premessa*, ibidem, p. 268 ss.; R. BREDA, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, ibidem, p. 2083; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2017, p. 752 ss.; E. MOSCATI, *Responsabilità sanitaria e teoria generale delle obbligazioni (note minime sui cc. 1 e 3, prima frase art. 7, l. 24/2017)*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno*, vol. II, Napoli, 2018, p. 1371 ss.

Si tratta di una disposizione che, certamente, chiarisce quanto affermato in maniera alquanto criptica e superficiale dal d.l. n. 158 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 189 dello stesso anno e al cui art. 3, comma 1, veniva stabilito che «l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene alle linee guida e a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi, resta comunque fermo l' obbligo di cui all' art. 2043 c.c. [...]». Il richiamo a siffatta norma era stato interpretato, infatti, dalla giurisprudenza di merito e da una parte della dottrina come mero rinvio all' obbligo risarcitorio, piuttosto che alla disciplina della responsabilità extracontrattuale o, comunque, come una svista del legislatore inidonea a superare l' interpretazione dottrinale e giurisprudenziale ormai (da tempo) univoca nell' attribuire natura contrattuale alla responsabilità del medico dipendente della struttura sanitaria (cfr., in giurisprudenza, Trib. Caltanissetta, 1° luglio 2013, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1988 con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della legge 189/2012*; Trib. Firenze, 12 febbraio 2014, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, p. 737, con nota di A. GARIBOTTI, *Un nuovo fronte di battaglia per gli studiosi della responsabilità civile: l' interpretazione della legge Balduzzi*); al riguardo si veda, ampiamente, quanto sottolineato da G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2016, p. 913 ss.

pensativa” e “riparatoria” della responsabilità civile (in luogo di quella deterrente-sanzionatoria), imperniata sull’accentuazione del “danno” a scapito della “colpa” e, in particolar modo, sull’esigenza di poter garantire pieno ristoro alla vittima dell’illecito<sup>9</sup>.

Orbene, all’interno del quadro descritto e passando a esaminare il secondo profilo, in presenza di uno Stato incapace di assumere anche solo parzialmente il “peso economico” dei risarcimenti e sempre più incline a demandare a soggetti privati il compito di soddisfare interessi di carattere generale<sup>10</sup>, il contratto di assicurazione sembrerebbe

---

<sup>9</sup> Emerge, da tale specifico angolo di visuale, quella che è stata riassunta da una parte della dottrina (cfr., al riguardo, R. CAVALLO BORGIA, *op. ult. cit.*, p. 7 ss.) come la continua e perdurante interferenza reciproca tra gli istituti della responsabilità civile e dell’assicurazione, nel senso che l’ampliamento delle ipotesi di responsabilità patrimoniale e l’evoluzione dei relativi criteri di imputazione sono stati resi possibili grazie (anche) al concomitante sviluppo delle tecniche assicurative e alla relativa capacità di neutralizzare le conseguenze economiche degli illeciti professionali. Sui reciproci condizionamenti tra contratto di assicurazione e responsabilità civile, sebbene senza alcuna pretesa di completezza e secondo un approccio che fa leva sull’evoluzione funzionale dell’istituto della responsabilità civile ovvero sull’emergere di nuove tecniche assicurative, si vedano, tra gli altri, G. CALABRESI, *The Costs of Accidents: a legal and economic analysis*, New Haven Ct Yale University Press, 1970; G. ALPA, *L’assicurazione di fronte all’evolversi del concetto di responsabilità*, in *Ass.*, 1985, I, p. 534; G. FANELLI, voce *Assicurazione contro i danni*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 24; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, ibidem, 1991, p. 6 ss.; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, p. 4 ss.; E. QUADRI, *Indennizzo e assicurazione*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Comporti e G. Scalfi, Milano, 1988, p. 97 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *L’assicurazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, V, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1985, p. 116; Id., *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione (Problemi giuridici)*, Bologna, 1992, p. 67 ss.; S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 2004, p. 10 ss.; M. FRANZONI, *Responsabilità civile (assicurazione della)*, in *Dig. disc. priv.*, – sez. comm. –, Torino, 1996, XII, p. 401; D. POLETTI, *Assicurazioni private e assicurazioni pubbliche nel governo dei rischi da attività lavorative*, in *L’assicurazione tra codice civile e nuove esigenze: per un approccio precauzionale al governo dei rischi*, a cura di F.D. Busnelli e G. Comandè, Milano, 2009, p. 185 ss.; L. FARENGA, *Diritto delle assicurazioni private*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, p. 157 ss.; P. CORRIAS, *Responsabilità civile e assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 3, II, 2011, p. 245 ss.; M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, p. 161 ss.

<sup>10</sup> Basti pensare, al riguardo, alla recente introduzione della l. n. 112 del 2016 (meglio nota come legge sul “Dopo di noi”). È noto, infatti, come attraverso siffatto atto normativo il legislatore italiano abbia sostanzialmente demandato a soggetti privati e a strumenti negoziali di analoga natura il compito di perseguire finalità di benessere sociale. Istituti quali il *trust*, i vincoli di destinazione *ex art. 2645 ter*, i contratti di affidamento fiduciario e le polizze assicurative a favore di terzi vengono indistintamente accomunati da un presunta “causa destinataria” ed indicati quali strumenti per perseguire gli obiettivi di “assistenza, cura e protezione del disabile grave”. Al riguardo, si vedano, tra gli altri, V.R. CAMPOSEO, *Gli strumenti per l’assistenza-ai disabili: note*

perdere la propria tradizionale funzione di strumento di tutela del patrimonio del danneggiante per ricoprire quella, fatta palese dal carattere obbligatorio della copertura, di tutela dell'interesse del danneggiato all'effettivo ristoro dei danni subiti: finalità, quest'ultima, espressamente normativizzata nella legge Gelli-Bianco che ha introdotto, in favore della vittima di una "malpractice sanitaria", l'azione diretta nei confronti dell'impresa assicurativa<sup>11</sup>.

---

*sugli aspetti civilistici della L. n. 112/2016 (c.d. "Dopo di Noi), in Not., 4., 2017, p. 433 ss.; G. AMORE, Criticità sistematiche e rilevanza normativa del Trust nella "Legge sul dopo di noi", in Le nuove leggi civ. comm., 6, 2017, p. 1197 ss.; M. FIORINI, Arrivano polizze di assicurazione, trust e fondi speciali, in Guida al diritto, 2016, 39, p. 29; A.C. DI LANDRO, La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla L. 22 giugno 2016, n. 112, in favore delle persone con disabilità grave, in Nuove leggi civ. comm., 1, 2017, p. 53; F. AZZARRI, I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla L. 22.6.2016, n. 112, in Nuova giur. civ. comm., 2017, 1, p. 121; E. DI MAGGIO, Commento alla Legge per il "dopo di noi", in Notar., 2016, p. 430.*

<sup>11</sup> L'art. 12, l. 8 marzo 2017, n. 24 prevede, infatti, «che il soggetto danneggiato ha diritto di agire direttamente, entro i limiti delle somme per le quali è stato stipulato il contratto di assicurazione, nei confronti dell'impresa di assicurazione che presta la copertura assicurativa alle strutture sanitarie o socio-sanitarie pubbliche o private [...], stabilendo, altresì, al n. 2 del medesimo articolo che «non sono opponibili al danneggiato, per l'intero massimale di polizza, eccezioni derivanti dal contratto diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, comma 6, che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e socio-sanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie [...]». In merito si vedano P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Il Corr. giur.*, 6, 2017, p. 756, secondo il cui pensiero «la presenza della azione diretta rende l'assicurazione obbligatoria assai più efficace nella prospettiva della tutela del terzo danneggiato e, quindi, esalta la funzione "sociale" assegnata allo strumento assicurativo in tali contesti»; e M. HAZAN, *L'azione diretta nell'assicurazione obbligatoria della r.c. sanitaria (il regime delle eccezioni)*, in *Danno resp.*, 3, 2017, p. 317 ss. Per un inquadramento più generale delle finalità sottese alla previsione dell'azione diretta del danneggiato si vedano, tra gli altri, R. CAVALLI BORGIA, *L'assicurazione di responsabilità civile*, cit., p. 308 ss.; O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Napoli, 2009, p. 55 ss.

Nella medesima prospettiva, va altresì inquadrata la previsione ad opera della legge in questione (art. 14, comma 1) di un Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria; fondo la cui consistenza patrimoniale verrà alimentata «dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per danni causati da responsabilità sanitaria». Nell'attesa dell'emanando regolamento da parte del Ministero della Salute (cui è affidato il compito di disciplinare le regole di finanziamento del fondo, i principi a cui dovrà uniformarsi la convenzione con la Concessionaria Servizi Assicurativi Pubblici (CONSAP) e le modalità di intervento, il funzionamento e il regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del danno ai sensi dell'art. 14, comma 2, lett. d) è allo stesso modo possibile rilevare la chiara finalità sociale di tale istituto,

Al riguardo, non vi è dubbio come tale disegno normativo muova da un postulato tutt'altro che dimostrato e riguardante la sussistenza di un mercato assicurativo della responsabilità civile professionale (e di una relativa prassi negoziale di riferimento) in grado di soddisfare i meccanismi e le istanze che ne sottendono il corretto funzionamento: cioè la possibilità e capacità da parte delle imprese di “neutralizzare”, attraverso un'adeguata gestione tecnica attuariale del sinistro, il rischio professionale assunto e, al contempo, fornire al professionista, privato della libertà di decidere se contrarre o meno, un prodotto assicurativo<sup>12</sup> idoneo a garantire, a costi contenuti e accessibili, una copertura quanto più completa e funzionale al rispetto delle finalità sottese all'obbligo di legge.

Il contesto al cui interno si inserisce l'obbligo in questione si palesa, infatti, come uno scenario composito e non definito in cui, a ben vedere, la commistione o coesistenza tra disciplina codicistica del contratto di assicurazione, prassi negoziale e legislazione speciale ha di fatto comportato, per un verso, l'emersione di un coacervo di previsioni legali e pattizie difficilmente riconducibili all'interno di un microsistema ordinato di regole; per altro verso, ha insinuato più di un interrogativo su quale possa o debba essere il modello contrattuale di assicurazione della responsabilità civile deputato ad assolvere le finalità sottese all'intervento di riforma.

Il quadro che si presenta all'attenzione dell'interprete può essere descritto come segue. Da un lato, vi è la disciplina legale del contratto di assicurazione incentrata principalmente sull'assicurazione di “cose”<sup>13</sup>. Dall'altro lato, vi è una prassi assicurativa che, sulla base di

---

resa palese dalla disposizione che attribuisce al fondo di garanzia il compito di permettere alla vittima dell'illecito professionale un sicuro ristoro dai danni subiti; ciò, anche là dove «il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'art. 10, comma 6». Si vedano, in tal senso, E.V. PICCOLO, *Il nuovo fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 3, 2017, p. 329 ss.; e C. CHESSA, *Il fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria dopo la “legge Gelli”*, in *Il Corr. giur.*, 6, 2017, p. 759 ss.

<sup>12</sup> Secondo il significato di un insieme di pattuizioni che compongono il singolo schema negoziale.

<sup>13</sup> In effetti il codice civile del 1942 dedica specificatamente all'assicurazione della responsabilità civile (art. 1917 c.c.) una sola norma che risulta strutturalmente preordinata al raggiungimento di un preciso obiettivo di politica-legislativa: vale a dire la necessità e/o possibilità di conciliare con la natura deterrente e sanzionatoria – storicamente attribuita alla responsabilità extracontrattuale – l'assicurazione, dapprima del fatto colposo del danneggiante, poi di quello commesso con colpa grave. Si vedano, in tal senso, N. GASPERONI, *Assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1209, che sottolinea come «per molto tempo furono di ostacolo alla nascita

siffatto dato storico-sistematico e sull'assunto della pressoché totale inadeguatezza della previsione codicistica (e del relativo archetipo negoziale in essa delineato) a regolare compiutamente le dinamiche temporali del sinistro (strettamente legate all'evolversi delle regole attinenti alla responsabilità professionale), ha introdotto nuovi prodotti assicurativi accomunati dall'assumere quale criterio regolatore della copertura, in deroga a quanto previsto dall'art. 1917, comma 1, c.c., l'arco temporale entro cui deve pervenire la richiesta di risarcimento (c.d. sistema *claims made*)<sup>14</sup>.

---

e alla diffusione dell'assicurazione della responsabilità civile due principi basilari, l'uno di carattere generale secondo cui non vi è responsabilità senza colpa (responsabilità subiettiva), l'altro, specifico del diritto assicurativo, per cui l'assicuratore è liberato dal suo obbligo se il sinistro è provocato da colpa (o dolo) dell'assicurato. Solo quando con l'evoluzione della scienza giuridica e con le esigenze insopprimibili della realtà e della vita quotidiana i detti principi vennero attenuandosi o addirittura scomparendo cadde ogni ostacolo alla diffusione del ramo»; F.D. BUSNELLI, voce *Illecito civile*, cit., p. 6 ss., che ha modo di rilevare come il meccanismo assicurativo sia concettualmente e sistematicamente incompatibile con la volontà espressa dal legislatore di attribuire alla responsabilità extracontrattuale quella componente "preventiva e deterrente" sull'agire dell'individuo che, alla luce del trasferimento su altro soggetto delle conseguenze patrimoniali negative derivanti dalla commissione di un illecito civile, verrebbe sostanzialmente mortificata.

Nessuna peculiare logica, se non quella di recepire un dato diffuso nella prassi negoziale di riferimento, risulta sottesa, invece, all'adozione del criterio regolatore della copertura basato sul "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione" (art. 1917, 1 comma 1, c.c.), nonostante tale elemento negoziale, piuttosto che costituire un mero frammento di fattispecie, si sia rivelato, in realtà, il baricentro su cui ruota l'intero meccanismo operativo-funzionale del contratto di assicurazione della responsabilità civile (cfr., al riguardo, V. ANGELONI, *L'assicurazione della responsabilità civile secondo la nuova legislazione*, in *Ass.*, 1942, I, p. 427 ss., Id., voce *Assicurazione della responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 554; V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Cod. civ.*, Scialoja-Branca, *Libro IV, Delle obbligazioni*, artt. 1861-1932, 3<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 1966, p. 268 ss.). Fra i vari progetti di legge che hanno condotto all'attuale formulazione dell'art. 1917 c.c. è possibile richiamare sia quello ministeriale del 1940 alla cui stregua, diversamente da quanto sostenuto nel progetto della federazione delle imprese (1935), viene considerato assicurabile il fatto colposo del danneggiante, sia quello Mossa (1940) che prevedeva l'assicurabilità della colpa grave, ma con diritto di regresso dell'assicuratore verso l'assicurato in colpa grave (il testo di tali progetti è consultabile in *Ass.*, 1940, VIII-XIX, I, p. 483 ss.).

<sup>14</sup>Le origini del negozio *claims made* sono da rinvenire nei sistemi giuridici anglosassoni e, secondo parte della dottrina (così S. VERNIZZI, *Il rischio putativo*, Milano, 2010, p. 216 e M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir.*

Come vedremo<sup>15</sup>, si tratta di un modello assicurativo architettato e sviluppato in mercati stranieri al fine di dare copertura a quelli che sono stati definiti come “nuovi rischi di responsabilità civile”, ma che, per ragioni d’impresa e (anche) di profitto, viene oramai esteso a tipologie di rischio che non presentano tali caratteristiche. Clausole, denominate ora di “ripresa del passato” (*prior act coverage clause*), ora di “ultra attività o del tramonto della polizza” (*sunset clause*), tendono a ridisegnare la disciplina legale del contratto di assicurazione, mettendo in discussione non solo i confini del sottotipo negoziale, ma anche l’essenza stessa del contratto in questione.

Va sin d’ora anticipato, però, come siffatto sistema (*claims made*) se, per un verso, viene additato dalle imprese assicuratrici quale strumento necessario e indispensabile al fine di rendere attuabile l’obbligo assicurativo<sup>16</sup>, per altro verso pone ad oggi non solo e non tanto questioni

---

*priv.*, 3, 2017, p. 1013 ss.) nel mercato inglese. La diffusione nell’ordinamento statunitense si ebbe, invece, come risposta al dilagare della crisi che investì le imprese assicurative americane (c.d. *insurance liability crisis*) intorno agli anni 80 del secolo scorso. Crisi addebitabile a diversi fattori tra cui l’inidoneità del sistema assicurativo tradizionale, basato sul meccanismo c.d. *act committed*, a offrire copertura a determinate tipologie emergenti di rischio come quello derivante dalla responsabilità per prodotti difettosi. Per una ricostruzione storica dell’istituto e delle ragioni giuridiche e di mercato che hanno indotto le Compagnie a introdurre siffatto modello assicurativo si veda F. CESERANI, *Origine e sviluppi della clausola claims made nei mercati internazionali*, in *Dir. econ. ass.*, 2007, p. 799. Sul punto cfr., altresì, U. CARRASALE, *La clausola claims made nelle polizze di responsabilità civile professionale*, in *Danno resp.*, 2006, 5, p. 600; P. GAGGERO, *Validità ed efficacia dell’assicurazione della responsabilità civile claims made*, cit., p. 420. Sull’inadeguatezza del meccanismo assicurativo c.d. *act committed* (o di quello c.d. *loss occurrence*) a fornire copertura a nuove fattispecie di responsabilità (come quelle derivanti dall’utilizzo di prodotti contenenti amianto) si veda, tra le prime pronunce in materia, *Keene Corporation v. Insurance Company of North America*, et al. *Aetna Casualty and Surety Company*, *al 667 F.2d 1034 (D.C. Cir. 1981)*.

<sup>15</sup> Vedi, *infra*, Cap. I, §§ 2 e 3.

<sup>16</sup> Se è vero che le compagnie assicurative si ritrovano ad avere un’importante opportunità di mercato è altrettanto vero, però, che l’obbligo assicurativo si inserisce all’interno di un mercato complesso in cui numerosi elementi di natura giuridica e non ostacolano l’esatta stima e gestione tecnico-attuariale del rischio professionale, con inevitabili conseguenze sulla capacità delle imprese di trarre profitto dall’attività esercitata. Sul punto confronta, di recente, M. GAZZARA, *L’assicurazione di responsabilità civile professionale*, cit., p. 9, il quale rileva come «l’atteggiamento assai prudente e guardingo da parte delle imprese assicurative nei confronti dell’attuazione dell’obbligo in questione, sia giustificato dai responsabili dei primari gruppi assicurativi in considerazione «delle incertezze normative e delle oscillazioni giurisprudenziali che rendono estremamen-