

INTRODUZIONE

CONCETTI GENERALI

SOMMARIO: 1. L'operazione assicurativa. Caratteri generali: bisogno e rischio. – 2. Il collegamento atto-attività. La gestione assicurativa dei rischi. – 3. L'impresa di assicurazione e l'attività assicurativa. Il sistema dei controlli sul settore assicurativo (rinvio). – 4. Assicurazioni private e assicurazioni sociali. Le assicurazioni obbligatorie. – 5. Assicurazione e risparmio. L'assicurazione nel sistema dei contratti aleatori. Critica. – 6. (Segue) I prodotti di investimento assicurativo (rinvio). – 7. Le fonti del diritto delle assicurazioni private. – 8. Profili storici. Il diritto delle assicurazioni come ordinamento settoriale.

§ 1. *L'operazione assicurativa. Caratteri generali: bisogno e rischio*

Si afferma generalmente che l'assicurazione nasce dalla previsione, e, quindi, dalla preoccupazione, dell'insorgere di «bisogni» futuri, contrariamente alle altre operazioni negoziali che nascono da bisogni attuali (vendita, locazione, mutuo, lavoro, ecc.). A sua volta il bisogno, naturalmente in senso economico, viene rappresentato come «la necessità di avere a disposizione i mezzi economici (beni) atti a soddisfare i bisogni fisico-psicologici dell'uomo: il bisogno futuro si traduce in un bisogno attuale di avere i mezzi di soddisfazione dei bisogni futuri quando si presenteranno» (DONATI).

L'eventualità che si possano presentare bisogni futuri è detta «rischio».

Chi è soggetto ad un determinato rischio (ad esempio: incendio dell'abitazione, furto dell'auto, infortunio sul lavoro che comporti una invalidità temporanea o permanente, ecc.) può premunirsi accantonando somme di denaro sufficienti a far fronte al bisogno temuto (necessità di acquistare una abitazione in sostituzione di quella distrutta dall'incendio, o un'auto nuova in sostituzione di quella rubata, necessità di disporre dei mezzi economici per il periodo di incapacità totale al lavoro o per compensare la ri-

dotta capacità lavorativa conseguenti all'infortunio, ecc.), così peraltro sottraendo risorse al soddisfacimento di bisogni attuali.

L'alternativa è offerta dall'operazione assicurativa: chi teme per l'incendio dell'abitazione, può stipulare un'assicurazione contro il rischio incendio, chi teme per il furto dell'auto, un'assicurazione contro il furto, chi teme l'infortunio sul lavoro, un'assicurazione infortuni, e così via.

Talvolta il rischio è rappresentato da un evento attinente la vita umana: chi, con il proprio lavoro, rappresenta l'unico mezzo di sostentamento per la famiglia, può temere la morte e la conseguente perdita di tale fonte di sostentamento (assicurazione sulla vita per il caso di morte); l'invecchiamento, e la conseguente impossibilità di svolgere attività lavorativa, è temuto da chi può trovarsi, in età avanzata, senza mezzi di sostentamento (assicurazione sulla vita per il caso sopravvivenza).

Attraverso l'assicurazione si trasferisce il rischio dall'assicurato all'assicuratore, il quale lo assume impegnandosi a corrispondere una somma di denaro (*indennità*) nel caso in cui si venga a verificare l'evento produttivo del bisogno (*sinistro*). A fronte di tale obbligazione dell'assicuratore, l'assicurato si impegna a corrispondere preventivamente una somma di denaro (*premio*), calcolata dall'assicuratore in modo da realizzare una provvista – costituita dalla massa dei premi corrisposti da tutti gli assicurati – sufficiente a far fronte agli obblighi di pagamento delle indennità.

Il premio, naturalmente, è rappresentato da una somma di denaro estremamente esigua rispetto a quella che l'assicuratore dovrà corrispondere nel caso si verifichi l'evento; in tal modo l'assicurato potrà destinare le proprie risorse economiche al soddisfacimento di bisogni attuali.

Si tratta di un meccanismo di natura *mutualistica*, poiché tutti gli assicurati contribuiscono, attraverso la corresponsione dei premi, alla costituzione di una provvista destinata a coloro nei confronti dei quali effettivamente si verrà a presentare la situazione di bisogno contrattualmente prevista.

L'operazione, così sommariamente descritta, sottintende naturalmente meccanismi tecnico-giuridici estremamente complessi. Meccanismi che coinvolgono sia l'atto, e cioè il contratto di assicurazione, sia l'attività, e cioè l'impresa di assicurazione.

§ 2. Il collegamento atto-attività. La gestione assicurativa dei rischi

La legge definisce l'attività assicurativa «l'assunzione e la gestione dei rischi effettuata da un'impresa di assicurazione» (art. 1, lett. C, c.a.).

La dottrina è peraltro da tempo pressoché concorde sulla esistenza di un necessario collegamento tra *contratto di assicurazione* e *impresa di assicurazione*.

Tale collegamento è fondato sulla considerazione che parte assicuratrice non può che essere un'impresa organizzata secondo specifici criteri tecnico-finanziari che consentono, se non l'assoluta sicurezza, quantomeno un notevole margine di affidabilità nella possibilità che l'assicuratore sia finanziariamente in grado di rispettare la propria obbligazione, e cioè il pagamento dell'indennità se e qualora l'evento dannoso dovesse prodursi (ovvero il pagamento della rendita o del capitale al verificarsi dell'evento attinente la vita dedotto in contratto) (art. 1882 c.c.).

Il premio corrisposto dall'assicurato infatti, non solo costituisce il corrispettivo dell'organizzazione di impresa, ma svolge soprattutto la funzione di predisporre i fondi necessari per pagare le indennità che matureranno in futuro. In altre parole, l'assicuratore esercita una forma di raccolta di risorse finanziarie destinate a far fronte agli impieghi futuri, e cioè al pagamento delle indennità (o rendite o capitali).

Ciò comporta la necessità per l'assicuratore di operare un razionale impiego finanziario di tali risorse, in modo da permettergli di essere sempre e comunque in grado di adempiere alle proprie obbligazioni.

Da qui l'imposizione, da parte della legge, della costituzione di «riserve tecniche» secondo criteri ben precisi e con impieghi in beni e attività finanziarie predeterminati secondo quantità e proporzioni prestabilite.

Il fenomeno presenta una significativa similitudine con il sistema bancario.

Anche il banchiere infatti opera un imponente drenaggio di risparmio, che utilizza a sua volta per concedere credito a terzi, ma che deve sottostare a precise norme tecnico-giuridiche che gli permettano di essere in ogni momento in grado di adempiere alla sua obbligazione di restituzione, qualora il cliente lo richieda.

In campo assicurativo, così come in quello bancario, il problema non è però così semplice come a prima vista può apparire.

Occorre innanzitutto una quanto più possibile vasta rete di raccolta di contratti, poiché, più numerosi sono i rischi raccolti, più agevole risulta il calcolo statistico della incidenza degli eventi dannosi (e poi delle indennità) sulla massa stessa dei rischi. È chiaro infatti che solo per una parte dei rischi verrà a prodursi l'evento dedotto in contratto. Tuttavia la previsione della percentuale degli eventi rapportata ai rischi assicurati, come ogni ipotesi statistica, sarà tanto più vicina alla realtà quanto maggiore sarà la massa dei rischi assicurati.

In ciò sta il momento di maggiore delicatezza e complessità dell'attività dell'assicuratore: accantonare le risorse finanziarie sufficienti a coprire le indennità che sarà obbligato a corrispondere, sulla base della suddetta previsione, senza procedere né in eccesso né in difetto.

Non in eccesso, perché un accantonamento di risorse finanziarie eccessivo comporterebbe una quantificazione troppo elevata del premio richiesto all'assicurato, rendendo così troppo oneroso il costo della «copertura» del rischio per l'assicurato, e l'impresa, di conseguenza, non competitiva sul mercato.

Non in difetto, perché un accantonamento di risorse finanziarie insufficiente potrebbe porre l'assicuratore nell'impossibilità di far fronte alle proprie obbligazioni, così vanificando il senso stesso dell'operazione assicurativa.

L'attività assicurativa è dunque, in primo luogo, un'attività di raccolta di contratti *in massa*, e cioè quanto più possibile vasta ed omogenea, che permetta una soddisfacente previsione degli oneri finanziari corrispondenti nel breve e lungo periodo.

Esula pertanto dal fenomeno assicurativo qualunque ipotetica isolata stipulazione di uno o più contratti, con il quale una parte si impegni a corrispondere una indennità nel caso l'altra parte subisca un danno, ovvero a corrispondere una rendita o un capitale al verificarsi di un evento attinente la vita della controparte o di un terzo.

In altri termini assicuratore non può essere un qualunque soggetto, anche imprenditore, ma deve essere *un imprenditore assicurativo*, e cioè un soggetto che eserciti un'impresa secondo le norme tecniche e giuridiche innanzi sommariamente descritte. Questa affermazione trova espresso riscontro normativo, laddove, all'art. 11, comma 1, del Codice delle Assicurazioni è stabilito che «l'esercizio dell'attività assicurativa nei rami vita e nei rami danni, come classificati all'art. 2, è riservato alle imprese di assicurazione».

Può anche validamente ammettersi un contratto con il quale Tizio, a fronte di un corrispettivo, si impegni a rivalere Caio, ad esempio, dell'eventuale danno conseguente all'incendio della casa di quest'ultimo; ma questo certo non è un contratto di assicurazione contro il danno da incendio, poiché, per la mancanza dei presupposti tecnico-giuridici che devono ricorrere in ogni operazione assicurativa, non vi è alcuna certezza che Tizio possa essere in grado di far fronte alla propria obbligazione, qualora si verifichi l'evento dannoso.

Non può certo escludersi a priori che Tizio pagherà la somma dovuta, ma questa eventualità non è sufficiente a realizzare quel trasferimento del rischio che grava su Caio, e che solo quella particolare organizzazione im-

prenditoriale soggetta alle norme tecnico-giuridiche sommariamente descritte può, con un sufficiente margine di affidabilità, realizzare.

Al di fuori di questa speciale organizzazione di impresa non vi è pertanto contratto di assicurazione. Ogni operazione similare, pure dalle parti in teoria definita contratto di assicurazione, non può essere giuridicamente configurata tale, degradando piuttosto in un ambito vicino o coincidente con la scommessa (artt. 1933-1935 c.c.) o con la rendita vitalizia (artt. 1872-1881 c.c.).

Come accennato, la dottrina è uniformemente orientata a riconoscere questo legame essenziale tra atto (contratto di assicurazione) e impresa (assicurativa); peraltro non tutti sono concordi sulle conseguenze derivanti dalla stipulazione di un contratto (apparentemente) di assicurazione, ove uno dei contraenti non sia una impresa di assicurazione.

Sul punto si tornerà più diffusamente allorquando si tratterà del contratto di assicurazione in generale.

Basterà per il momento osservare che il problema si fonda sostanzialmente su un equivoco di base.

Un contratto ove una parte non è un imprenditore assicurativo non sarà certo per ciò solo *invalido*; potrà configurarsi come un contratto atipico (valido o invalido a seconda dei casi, da stabilirsi sulla base dei criteri generali) *ma certamente non sarà un contratto di assicurazione*, e non potrà essere disciplinato dagli art. 1882 ss. c.c.

In altri termini l'alternativa non è tra contratto valido (quello stipulato con una impresa di assicurazione) e contratto nullo (quello stipulato con un soggetto – imprenditore o no – che non sia un imprenditore assicurativo) ma tra contratto di assicurazione, disciplinato dagli art. 1882 ss. c.c., e contratto atipico (eventualmente riconducibile, ad esempio, alla rendita vitalizia o alla scommessa) la cui validità e disciplina è da verificare secondo i principi generali in materia di contratti.

Né appare contraddire quanto appena rilevato la norma che prevede la nullità del contratto (e la ripetizione dei premi corrisposti, art. 167 c.a.) stipulato da chi assuma essere assicuratore senza però avere ottenuto l'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa. Qui infatti si tratta di ipotesi di uso abusivo della qualifica di assicuratore e di dolosa falsa rappresentazione dei fatti nei confronti della controparte, laddove nell'ipotesi (peraltro decisamente scolastica) sopra illustrata le parti hanno effettivamente voluto un regolamento negoziale analogo a quello tipico del contratto di assicurazione, ben sapendo che chi assume il rischio non è assicuratore.

In conclusione, per aversi contratto di assicurazione occorre che la parte «assicuratore» sia un soggetto organizzato ad impresa di assicurazione,

secondo la disciplina di legge che andremo ad esporre nei capitoli successivi, e che sostanzialmente agisca secondo i seguenti criteri:

1. possenga un'organizzazione tale da permettere il reperimento di un elevato numero di contratti;
2. sia nella condizione di reperire tali contratti secondo modelli «standardizzati», in modo da raggrupparli in categorie omogenee disciplinate secondo schemi standardizzati (ad esempio: contratti di assicurazione contro i danni da furto, contro i danni da grandine, assicurazione del credito, assicurazione contro gli infortuni, ecc.). Per tale motivo la raccolta dei contratti avviene attraverso formulari predeterminati dallo stesso assicuratore e disciplinati da clausole generali comuni a tutti i contratti dello stesso tipo;
3. abbia una organizzazione adeguata alla contabilizzazione di migliaia di contratti, e quindi essere in grado di prevedere con la massima sicurezza l'incidenza degli eventi dannosi che verranno a prodursi in relazione ai rischi assunti, eventualmente anche attraverso lo scambio di informazioni con gli altri imprenditori dello stesso ramo. Di conseguenza stabilire la giusta entità del premio da chiedere all'assicurato, così conquistando una posizione concorrenziale sul mercato, senza sottostare al rischio di una crisi finanziaria;
4. sia in grado di gestire con le modalità più opportune e redditizie le risorse finanziarie che è in grado di raccogliere dalla clientela, in conformità con le direttive di legge;
5. infine sia in grado di organizzare razionalmente la fase di liquidazione dei sinistri ovvero, nel caso del ramo vita, l'erogazione delle rendite o dei capitali.

§ 3. *L'impresa di assicurazione e l'attività assicurativa. Il sistema dei controlli sul settore assicurativo (rinvio)*

Da quanto esposto in precedenza appare evidente che la circostanza (peraltro di fatto puramente teorica) di aver stipulato contratti di «tipo» assicurativo non vale a determinare la nascita di una impresa di assicurazione. Anzi, la legge sanziona penalmente l'esercizio abusivo dell'assicurazione (art. 305 c.a.) e, con sanzione amministrativa, l'uso abusivo della «denominazione assicurativa» (art. 308 c.a.).

Non è stato però ancora chiarito in termini precisi quando possa giuridicamente parlarsi di impresa di assicurazione.

In realtà quest'ultimo problema è di agevole soluzione, essendo legato

ad un requisito di carattere formale: la concessione dell'autorizzazione all'esercizio di attività assicurativa da parte dell'autorità di vigilanza (cfr. *infra*, Cap. III, § 1).

Con la concessione dell'autorizzazione si esercita infatti un controllo preventivo (sino a quando l'autorizzazione non è concessa l'impresa non può completare il procedimento costitutivo) sulla sussistenza dei presupposti tecnici e giuridici che devono essere presenti in un'impresa di assicurazione.

Naturalmente il controllo non si esaurisce nella fase costitutiva, ma permane per tutto il ciclo vitale dell'impresa sino – se si verifica – alla sua estinzione.

Si potrebbe anche ipotizzare un'impresa che, pur non avendo ottenuto l'autorizzazione, operi in perfetta conformità alle norme tecniche e giuridiche in materia.

Ciononostante tale impresa non potrà definirsi «impresa di assicurazione», e la conseguenza sarà la sua messa in liquidazione coatta amministrativa (art. 265 c.a.), non essendo configurabile un'ipotesi di autorizzazione «successiva» con efficacia sanante.

Pertanto solo gli atti dell'impresa autorizzata potranno definirsi come contratti di assicurazione in senso tecnico-giuridico.

Per i contratti posti in essere da un'impresa non autorizzata è prevista la nullità che può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato (art. 167 c.a.).

L'impresa di assicurazione è inoltre soggetta ad una disciplina assolutamente peculiare, dettata in funzione della specialità dell'attività e, soprattutto, del rilievo socio-economico che l'attività riveste, stante il già illustrato imponente fenomeno di drenaggio di risorse finanziarie (risparmio) nei confronti della collettività.

Il fenomeno, tradizionalmente definito come «inversione del ciclo produttivo», è peculiare del sistema assicurativo.

Al contrario di quanto avviene di norma nei contratti commerciali, alla prestazione di una parte (contraente), e cioè al pagamento del premio, non corrisponde una immediata controprestazione dell'altra parte (assicuratore). L'assicuratore si limita infatti ad impegnarsi al pagamento di una somma (indennità, rendita, capitale) solo quando (e nella maggior parte dei casi anche «*se*») si verificherà l'evento dedotto in contratto. L'obbligo dell'assicuratore consiste pertanto, nell'immediato, nella contabilizzazione del contratto e nella gestione delle somme necessarie a far fronte all'eventuale obbligo di pagamento.

La legge non poteva evidentemente esimersi dal dettare una particolareggiata disciplina idonea a conferire agli assicurati una ragionevole certez-

za che l'impresa sarà sempre e comunque nella condizione di far fronte alle proprie obbligazioni. Il legislatore inoltre ha predisposto una serie di controlli, attribuiti in via principale ad una istituzione specializzata – l'IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni) – idonei a garantire la sussistenza dei requisiti tecnico-giuridici necessari durante l'intero ciclo vitale dell'impresa.

In realtà questo apparato legislativo e di controllo è di origine relativamente recente.

Solo nei primi anni del secolo ventesimo si è instaurato un sistema normativo di disciplina dell'impresa. Sistema che si è andato negli anni, soprattutto a partire dalla seconda metà del secolo scorso, affinando e perfezionando, sino a giungere alla più recente sistemazione legislativa del settore contenuta nel d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 come modificato dal d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74 e cioè il «Codice delle Assicurazioni Private».

L'apparato normativo originario era basato su un sistema di controlli sostanzialmente affidato al Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato (oggi Ministero dello Sviluppo Economico), al quale erano demandati, con risultati spesso insoddisfacenti sul piano pratico, tutte le relative funzioni. Al Ministero era affiancata la Commissione Consultiva per le Assicurazioni Private, organo con funzioni esclusivamente consultive, di irrilevante rilievo pratico.

La crisi del settore determinatasi nei primi anni '70, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del regime obbligatorio dell'assicurazione della responsabilità civile per veicoli a motore e natanti – e dal conseguente ingresso nel mercato di imprese di modesta entità e insufficiente organizzazione tecnico-finanziaria – rese urgente l'emanazione di una nuova disciplina del ramo danni e, soprattutto, evidenziò la necessità dell'istituzione di un organismo specializzato e destinato esclusivamente al controllo dell'intero settore.

Questo secondo obiettivo venne realizzato nel 1982 con la creazione dell'ISVAP (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private), ente di diritto pubblico, cui la legge demandò poteri di controllo, in parte indipendenti, in parte ausiliari rispetto a quelli del Ministero.

Negli anni seguenti i poteri dell'ISVAP vennero potenziati, trasferendo a tale ente la quasi totalità delle competenze in precedenza attribuite al Ministero (prima tra tutte la concessione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività assicurativa). Nel contempo venne soppressa la Commissione Consultiva per le Assicurazioni Private.

Infine con il d.l. 6 luglio 2012, n. 95 convertito in legge 7 agosto 2012, n. 135 all'ISVAP è succeduta l'IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni). Il cambiamento peraltro non interessò le funzioni ed i poteri, ma unicamente la struttura attraverso la quale l'Istituto di vigilanza entrò sostanzialmente nell'orbita della Banca d'Italia.

Più di recente è stato introdotto un sistema di vigilanza integrato su scala comunitaria attraverso la creazione di un ente – l'AEAP (Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni Aziendali e Professionali) o, in inglese, EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority).

Ma su tutto ciò ci soffermeremo oltre (cfr. Parte I, Cap. II).

§ 4. *Assicurazioni private e assicurazioni sociali. Le assicurazioni obbligatorie*

Come risulta evidente da quanto si è fino ad ora andato ad esporre, l'ordinamento presta particolare attenzione al sistema assicurativo per l'importanza che esso assume sotto il profilo socio-economico.

Il vasto drenaggio di denaro operato dalle imprese di assicurazione ha imposto infatti al legislatore l'adozione di una dettagliata disciplina dell'organizzazione dell'impresa assicurativa e la predisposizione di controlli sull'attività di quest'ultima, anche attraverso un organismo specializzato (l'IVASS).

Peraltro, restando l'oggetto dell'attività un atto di diritto privato (il contratto di assicurazione) l'intervento da parte dello Stato rimane contenuto sul piano della disciplina dell'attività (dell'impresa di assicurazione) e dell'atto (contratto di assicurazione).

Vi sono però dei settori in cui il rilievo sociale dell'operazione assicurativa si coglie, non solo sotto il profilo della tutela dell'affidamento della collettività, ma, ancora più a monte, sotto il profilo della *necessità* dell'operazione assicurativa stessa.

Tipico è il caso della tutela del lavoratore, ove l'infortunio e la malattia costituiscono eventi di estrema gravità, che, se lasciati all'iniziativa privata, solo saltuariamente troverebbero adeguata tutela economica.

Ecco che allora lo Stato interviene, da un lato con la costituzione di appositi enti pubblici assicurativi, d'altro canto rendendo obbligatorio il rapporto.

Pertanto al contratto si sostituisce la norma di legge, automaticamente applicabile per il solo fatto dell'esistenza del presupposto (rapporto di lavoro); all'iniziativa privata, seppure dettagliatamente disciplinata, si sostituisce l'iniziativa pubblica, ove il necessario equilibrio tra risorse accumulate e previsione di impegni futuri, si attenua in virtù della obbligatorietà della prestazione assicurativa, garantita sempre e comunque (indirettamente) dallo Stato.

La combinazione dei due elementi – natura pubblica del soggetto e obbligatorietà del rapporto – contribuiscono ad attrarre la materia nell'ambito del diritto pubblico.

Vengono a mancare così i classici elementi tipici dell'attività privatistica: l'organizzazione ad impresa del soggetto assicuratore e, conseguentemente, il fine di lucro dell'imprenditore; la possibilità per le parti di determinare, almeno parzialmente, il contenuto normativo del rapporto.

Il fenomeno appena descritto, e definito con il termine «assicurazioni sociali», esula pertanto dalla presente trattazione, essendo oggetto di discipline diverse (diritto pubblico e diritto del lavoro e della previdenza sociale).

Rientra invece interamente nel campo del diritto privato ogni fenomeno nel quale il soggetto assicuratore è organizzato ad impresa (sia essa privata che pubblica) ed il rapporto nasce dal contratto.

Va infine rilevato che esiste un settore delle assicurazioni private che presenta punti di contatto con le assicurazioni sociali: le assicurazioni obbligatorie, di cui il fenomeno più ampio e conosciuto è costituito dalla assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti.

Anche qui infatti possiamo riscontrare punti di contatto con il sistema previdenziale pubblico: la massiccia incidenza dell'infortunistica stradale, spesso con gravi esiti alla persona, nel campo dell'infortunistica in generale; la necessità di evitare che la copertura assicurativa sia lasciata ad una sporadica iniziativa individuale.

Le modalità di intervento da parte del legislatore sono state peraltro completamente diverse, anche in virtù della attuazione di una convenzione internazionale (Convenzione europea di Strasburgo del 20 aprile 1959).

Non si sono creati enti pubblici destinati allo scopo, né il rapporto trova la sua fonte diretta nella legge. Ci si è limitati ad imporre la stipula di un contratto di assicurazione con una qualunque impresa di assicurazione abilitata all'esercizio del ramo. Attività ed atto restano pertanto completamente assorbiti nell'orbita del diritto privato.

I tipici risultati delle assicurazioni sociali (obbligatorietà del rapporto e sicurezza della prestazione previdenziale) si sono raggiunti altrimenti: da un lato rendendo obbligatoria la stipula del contratto, con la previsione di sanzioni in caso di inadempimento; d'altro lato attribuendo al terzo danneggiato un'azione giudiziaria diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile del sinistro, ovvero, nei casi di minore gravità, prevedendosi il pagamento dell'indennizzo da parte dello stesso assicuratore del danneggiato (c.d. sistema di indennizzo diretto). Inoltre, nel caso in cui mancasse la possibilità di individuare un soggetto responsabile o mancasse un rap-

porto assicurativo, è previsto l'intervento di un apposito fondo (Fondo di Garanzia per le Vittime della Strada) alimentato da contributi obbligatoriamente prestati da tutte le imprese operanti nel settore.

A suo tempo ci si occuperà più dettagliatamente del fenomeno e delle altre ipotesi di assicurazioni obbligatorie (*infra*, Parte II, Cap. X, § 4 e Cap. XII). Basterà qui, in conclusione, sottolineare che assicurazione obbligatoria non vuol dire negazione della fonte contrattuale del rapporto assicurativo, ma solo imporre la conclusione di un rapporto assicurativo, secondo precisi principi di legge, ma comunque sempre di origine e natura negoziale.

§ 5. Assicurazione e risparmio. L'assicurazione nel sistema dei contratti aleatori. Critica

Come già osservato, si afferma generalmente che l'assicurazione nasce dalla previsione, e, quindi, dalla preoccupazione dell'insorgere di bisogni futuri, e la «possibilità» che l'evento economicamente sfavorevole si verifichi viene generalmente definita «rischio».

A questo punto occorre una precisazione dei concetti precedentemente esposti.

Il rischio talora può anche essere parzialmente prevedibile, nel senso che può essere imprevedibile solo il momento del suo avverarsi (ad esempio: la morte) ovvero, più frequentemente, può essere assolutamente imprevedibile, nel senso che non può prevedersi neppure *se* andrà ad avverarsi (ad esempio: furto, incendio, infortunio).

La forma più rudimentale di prevenzione dei bisogni economici è costituita, come detto, dal *risparmio*, e cioè dall'accumulazione delle risorse che, in via di previsione del tutto ipotetica ed arbitraria, saranno necessarie a far fronte ai bisogni futuri.

Con l'assicurazione invece si interviene più a monte, attraverso un'operazione generalmente definita «trasferimento del rischio» in capo all'assicuratore.

Al bisogno economico futuro viene fatto fronte, nell'ipotesi in cui l'evento si verifichi, attraverso la corresponsione di una somma (*indennità*) da parte dell'assicuratore, che costituisce l'esatto equivalente della perdita economica, se si tratta di un danno (ad es.: valore della casa andata distrutta o dell'auto rubata) ovvero la corresponsione di una rendita o di un capitale, se si tratta di un evento attinente la vita umana (morte del soggetto sul quale è stata stipulata l'assicurazione o sua sopravvivenza oltre un certo numero di anni).

Naturalmente questo «trasferimento di rischio» ha un suo costo, rappresentato dal «premio» che l'assicurato deve corrispondere all'assicuratore. Tuttavia questo costo, proprio perché inserito dall'assicuratore in una massa di rischi omogenei e determinato sulla base di calcoli attuariali, è sensibilmente inferiore al sacrificio determinato dall'accumulo di risorse che si opera attraverso il risparmio.

Si vengono pertanto a liberare risorse economiche a favore di bisogni attuali, pur mantenendo la sicurezza di poter far fronte a quelli futuri.

Tuttavia l'assicurazione può essa stessa rappresentare una proficua forma di risparmio, nel senso che attraverso un'operazione assicurativa, può attuarsi, con modalità vantaggiose, un'operazione di capitalizzazione. In questo caso l'operazione non è attuata in previsione di uno specifico bisogno futuro, ma unicamente per assicurarsi maggiori disponibilità economiche in futuro, attraverso l'accantonamento periodico di somme esigue.

Tale risultato può ottenersi sfruttando le capacità di valorizzazione della ricchezza che sono proprie dell'organizzazione imprenditoriale dell'assicuratore, e che fa assumere a quest'ultimo una funzione prevalentemente finanziaria piuttosto che assicurativa.

Tuttavia la funzione prevalente dell'impresa di assicurazione è, come detto, quella di permettere il trasferimento di un rischio che incombe sull'assicurato.

Questa classica rappresentazione metaforica dell'operazione assicurativa trova riscontro anche nella sistematica del codice civile, ove il capo XX del titolo III del libro IV, dedicato all'assicurazione, è posto subito prima del capo riguardante il giuoco e la scommessa e subito dopo i capi che disciplinano la rendita perpetua (capo XVIII) e la rendita vitalizia (capo XIX). Tale collocazione è indice del fatto che il legislatore ha ritenuto l'assicurazione un'operazione di natura finanziaria (anche a lungo termine) ma di carattere «aleatorio».

D'altra parte anche gli interpreti sono tradizionalmente inclini a definire il contratto di assicurazione come contratto aleatorio, categoria di contratti questa contraddistinta dall'incertezza (alea) al momento della stipulazione, su quale delle parti verrà a gravare il sacrificio maggiore e quale trarrà il maggior vantaggio, con un sostanziale squilibrio quindi delle prestazioni (tipico l'esempio del gioco e della scommessa).

In realtà questa configurazione non appare completamente soddisfacente se rapportata all'operazione assicurativa.

Non può parlarsi infatti di «alea» nei confronti dell'assicuratore, poiché per quest'ultimo il verificarsi dei sinistri, ed il conseguente obbligo di pagamento delle indennità, costituisce evento ampiamente previsto e preci-

samente calcolato con strumenti attuariali. Ciò che non può prevedersi è «quale» tra i rischi assicurati diverrà sinistro da indennizzare; ma la circostanza è del tutto indifferente per l'assicuratore.

Non può parlarsi di alea per l'assicurato, poiché l'eventuale pagamento dell'indennità non costituisce certo un vantaggio, ma il semplice ristoro economico di un danno subito. Né il mancato verificarsi del sinistro può concepirsi come una «perdita», rappresentata dall'inutile pagamento del premio. Anche la sicurezza nel futuro ha un suo costo: l'assicurato paga per trovare tranquillità, non certo nella speranza che si verifichi il sinistro.

Anche con riferimento all'assicurazione sulla vita il discorso si pone in termini simili.

In questi casi, infatti, per l'assicuratore vale il ragionamento appena fatto, mentre per l'assicurato o per il beneficiario la mancata percezione del capitale o della rendita (per non essersi verificata la morte nel periodo contrattualmente previsto nel «caso morte» o per essersi verificata nel «caso sopravvivenza») non può intendersi esattamente come una «perdita» economica; né, all'opposto, la sua percezione (da parte del terzo beneficiario o dell'erede nel «caso morte» o anche dello stesso assicurato nel «caso sopravvivenza») un vantaggio simile a quello di una vincita alla lotteria, quanto piuttosto il risultato di un'operazione di capitalizzazione.

È comunque da rilevare che le polizze vita prevedono sovente la combinazione di entrambe le ipotesi tipiche, morte e sopravvivenza, di modo che il contratto si configura come una vera e propria operazione di caratteri previdenziale.

Stante quanto appena detto e quanto in precedenza illustrato in merito alla particolare organizzazione dell'impresa di assicurazione, il tradizionale concetto cardine dell'assicurazione, come operazione di «trasferimento» di un rischio dall'assicurato all'assicuratore, va corretto in quello di operazione di «neutralizzazione» di un rischio proprio dell'assicurato.

L'assicuratore non rischia nulla, perché i rischi sono ammortizzati dalla massa dei premi raccolti e dal loro calcolo secondo ipotesi attuariali.

Il premio pagato dall'assicurato a sua volta costituisce il corrispettivo necessario a sostenere i costi di questa particolare organizzazione imprenditoriale, mentre il beneficio per l'assicurato è immediatamente percepibile attraverso quella sicurezza e tranquillità nel futuro che pure merita un sacrificio economico.

In conclusione, la collocazione del contratto di assicurazione nell'ambito dei contratti aleatori ha significato solo se rapportata al singolo contratto ed intesa come incertezza nella erogazione di una componente della prestazione dell'assicuratore (pagamento dell'indennità o della rendita o del capita-

le). Laddove invece si individui la funzione del contratto nella neutralizzazione del rischio e si consideri la singola operazione inserita in una massa di rischi omogenei, il concetto di aleatorietà perde ogni significato.

§ 6. (Segue) I prodotti di investimento assicurativo (rinvio)

Sono «*prodotti di investimento assicurativo*», ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *w-bis-3*), TUIF (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), le polizze e le operazioni di cui ai rami vita III (le assicurazioni sulla durata della vita umana e le assicurazioni di nuzialità e di natalità le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o altri valori di riferimento) e V (le operazioni di capitalizzazione), con esclusione dei contratti di assicurazione sulla vita emesse in attuazione di forme pensionistiche complementari individuali (art. 13, comma 1, lett. *b*), d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252).

I prodotti di investimento assicurativo di maggiore diffusione sono pertanto le polizze «*Index e Unit Linked*» e le operazioni di capitalizzazione nelle varie forme in cui vengono articolate (cfr. *infra*, Parte II, Cap. XVII, §§ 6 e 7). Soprattutto le prime presentano un margine di rischio finanziario per il contraente, in quanto il loro rendimento è legato (ma ciò avviene normalmente anche nelle capitalizzazioni) a indici variabili a seguito dell'andamento dei mercati finanziari, e non sempre (nelle polizze *Linked*) sono assistite dalla garanzia della restituzione del capitale investito. Questa tipologia di contratti si configura pertanto come operazioni «con rischio di investimento a carico dell'assicurato».

Di conseguenza la legge prevede a carico dell'impresa di assicurazione emittente e degli intermediari che collocano questi strumenti una ulteriore forma penetrante di vigilanza attribuita alla CONSOB (cfr. *infra*, Cap. II, § 1).

§ 7. Le fonti del diritto delle assicurazioni private

Le fonti normative del diritto delle assicurazioni private, sino all'emanazione del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, e cioè del Codice delle Assicurazioni private, erano piuttosto complesse, soprattutto in tema di disciplina dell'impresa. Ciò perché, dall'emanazione della prima normativa organica,

risalente ai primi anni del secolo scorso (r.d. 4 gennaio 1925, n. 63 di approvazione del regolamento per l'esecuzione del r.d.l. 29 aprile 1923, n. 966 concernente l'esercizio delle assicurazioni private) si era assistito ad una sorta di «stratificazione» di provvedimenti legislativi. Neppure l'emanazione del T.U. del 1959 sull'esercizio delle assicurazioni private (d.p.r. 13 febbraio 1959, n. 449) aveva eliminato completamente la precedente normativa (cit. r.d. n. 63/1925).

Un'importante svolta si è avuta tra la fine degli anni '70 e la metà degli anni '80.

A seguito dell'emanazione delle prime direttive comunitarie, e dei conseguenti obblighi di attuazione attraverso leggi nazionali, vennero emanate la legge 10 giugno 1978, n. 295 contenente «nuove norme per l'esercizio delle assicurazioni private contro i danni» e la legge 22 ottobre 1986, n. 742 contenente «norme per l'esercizio delle assicurazioni private sulla vita».

Nel contempo veniva emanata la legge 12 agosto 1982, n. 576, portante la riforma della vigilanza sulle assicurazioni, che istituiva l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private (ISVAP).

L'intero sistema dell'organizzazione dell'impresa privata di assicurazione, sia per il ramo danni, che per il ramo vita, risultava così completamente riscritto.

Ciononostante sparute norme del T.U. del 1959 e, addirittura, del Regolamento del 1925 restavano in vigore.

La disciplina generale dei due grandi gruppi di rami – vita e danni – è stata successivamente di nuovo modificata, sempre sulla spinta della necessità di adeguamento alle direttive europee: le seconde direttive 88/357 e 90/619, hanno introdotto la disciplina relativa alla libertà di prestazione di servizi – quindi senza organizzazione stabile – da parte di imprese comunitarie negli Stati della U.E.; le terze direttive 92/49 e 92/96, hanno introdotto il principio dell'«*home country control*», ovvero il principio secondo il quale l'autorizzazione ottenuta dall'organo di controllo nazionale ha validità per tutti gli stati comunitari, così completandosi l'attuazione dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

Sono stati pertanto emanati i d.lgs. 17 marzo 1995, nn. 174 e 175, con i quali si è interamente ridisegnata la disciplina delle assicurazioni sulla vita e contro i danni; quest'ultima peraltro definita «assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita».

Questa nuova terminologia si giustificava con la circostanza che alcune operazioni (ad es.: le assicurazione infortuni) non sono perfettamente riconducibili alle assicurazioni contro i danni.

Va inoltre ricordato il d.lgs. 26 maggio 1997, n. 173 (di attuazione della direttiva 674/1991) il quale ha organicamente dettato una completa disciplina del bilancio delle imprese assicurative, dettando altresì una più specifica disciplina delle riserve tecniche.

Per quanto riguarda i singoli rami, particolare importanza rivestiva la legge 24 dicembre 1969, n. 990 (modificata dal d.l. 23 dicembre 1979, n. 857 conv. nella legge 26 febbraio 1977, n. 39) istitutiva dell'obbligo dell'assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, che costituisce oggi uno dei rami più importanti e delicati.

Da segnalare le leggi 7 febbraio 1979, n. 48, che ha disciplinato l'attività degli agenti di assicurazione, e 28 novembre 1984, n. 792, che ha disciplinato l'attività dei mediatori di assicurazione (*brokers*).

Per quanto riguarda il sistema della vigilanza, la legge 9 gennaio 1991, n. 20, che ha in parte modificato la citata legge n. 576/1982 istitutiva dell'ISVAP, ha introdotto un sistema di controllo delle partecipazioni da parte di imprese di assicurazione in altre imprese e da parte di terzi in imprese di assicurazione. La legge n. 576/1982 è stata poi più volte ulteriormente modificata attraverso successivi interventi (d.p.r. 18 aprile 1994, n. 385, d.lgs. 13 ottobre 1998, n. 373, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 343).

Con il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 è stata data definitiva sistemazione organica alla materia, con la raccolta in un unico testo legislativo di tutte le materie precedentemente illustrate. Questo corpo normativo ha poi subito di recente importanti modifiche ed integrazioni da parte del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74 (entrato in vigore il 30 giugno 2015) principalmente al fine di adeguare la normativa interna – specie in materia di gestione dell'impresa di assicurazione e di controlli – ai principi introdotti da Solvency II (entrata in vigore il 1° gennaio 2016).

Il realtà il sistema delle fonti ha subito importanti innovazioni negli ultimi anni in conseguenza del processo di integrazione legislativa europea relativamente ai settori finanziari.

Ed infatti, alle direttive, che trovano applicazione a livello nazionale con l'emanazione di provvedimenti legislativi di attuazione (così come è stato appunto con il citato d.lgs. 12 maggio 2015, n. 74), si affiancano gli «standard tecnici» (*Implementing Technical Standard* – ITS) e le «linee guida» (GL) elaborati dall'EIOPA (o, in italiano, AEAP) (su cui cfr. *infra*, Cap. II, § 2). I primi, recepiti ed emanati dalla Commissione Europea, le seconde recepite dalle singole autorità di controllo nazionale – e perciò da noi dall'IVASS – attraverso l'emanazione dei regolamenti (cfr. *infra*, Cap. II, § 3).

Si hanno così tre diversi livelli di «regolamentazione» del settore assicurativo: il primo, che potremmo definire di legislazione primaria, trova attuazione attraverso la legislazione nazionale; il secondo (ITS) e il terzo (GL), che si potrebbero definire invece di carattere regolamentare, sono, il

primo, di applicazione immediata; il secondo trova applicazione attraverso il recepimento da parte dei regolamenti IVASS. Naturalmente l'IVASS può emanare ulteriori regolamenti di propria iniziativa o in attuazione di quanto disposto dal codice delle assicurazioni (su ciò cfr. *infra*, Cap. II, § 3).

Tutto ciò ha determinato, in ossequio all'esigenza di solidità del mercato e delle imprese, una moltiplicazione della normativa di settore ed un esasperato tecnicismo cui l'interprete è necessariamente obbligato a confrontarsi.

Per quanto concerne invece la disciplina del contratto di assicurazione, essa è racchiusa nel capo XX del titolo III del libro IV del codice civile (artt. 1882-1932) il quale, dopo aver dettato una normativa di carattere generale (artt. 1882-1903) disciplina in particolare il contratto di assicurazione contro i danni (artt. 1904-1918), il contratto di assicurazione sulla vita (artt. 1919-1927) e la riassicurazione (artt. 1928-1931).

Alcune norme di carattere generale sono state introdotte dal codice delle assicurazioni (artt. 165-187).

Nel codice della navigazione si trovano le norme specifiche in tema di assicurazioni marittime (artt. 514-547) ed aereonautiche (artt. 798, 935, 936, 941, 1001-1021).

Questa «scomposizione» della normativa tra codice civile e codice della navigazione è frutto della riforma dei codici del 1942 e della conseguente scomparsa del codice di commercio, il quale aveva introdotto per la prima volta una disciplina delle assicurazioni.

In realtà si trattava della disciplina del contratto di assicurazione, poiché, come detto, quella dell'impresa viene emanata solo agli inizi del secolo scorso (da ricordare anche la legge 4 aprile 1912 istitutiva dell'INA – Istituto Nazionale delle Assicurazioni, al quale veniva attribuito il monopolio delle assicurazioni vita, mai attuato).

Vanno poi ricordate, come fonti convenzionali e non legali del contratto, le condizioni generali di polizza, e cioè quelle clausole contrattuali standardizzate, predisposte dall'assicuratore in modo uniforme per tutti i contratti relativi al medesimo rischio. Esse hanno la funzione di rendere omogenei tutti i rapporti relativi allo stesso rischio e di facilitare le operazioni di individuazione, descrizione e liquidazione dei sinistri. In relazione a questo argomento va ricordata la disciplina in tema di clausole vessatorie prevista dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 – e cioè il «Codice del Consumo» – ed in particolare gli artt. da 33 a 38. Su questo specifico tema torneremo comunque a suo tempo quando tratteremo del contratto di assicurazione (*infra*, Parte II, Cap. VI, § 3).

§ 8. *Profili storici. Il diritto delle assicurazioni come ordinamento settoriale*

Sulla base di quanto si è andato sin qui ad illustrare, può affermarsi che la storia delle assicurazioni, intese nell'attuale significato tecnico-giuridico, coincide con la storia dell'impresa di assicurazione e, cioè, di quell'organizzazione basata su precise tecniche attuariali e finanziarie, che opera su una massa omogenea di rischi.

Ogni diverso tentativo di trasferire un rischio a terzi deve considerarsi, come detto, operazione di puro rischio lontana dal concetto di assicurazione.

Solo nella seconda metà del 1600 con la nascita dei *Lloyd's* di Londra, ma soprattutto con il *Gambling Act* del 1774, nasce la vera assicurazione, organizzata su basi scientifiche ed in grado di assicurare la solvibilità delle obbligazioni risarcitorie.

Il *Gambling Act* inoltre prevede espressamente l'assicurazione sulla vita altrui, a condizione che il contraente vi abbia interesse, così ponendo una precisa distinzione giuridica tra assicurazione e scommessa.

Con la codificazione napoleonica trovano disciplina le assicurazioni marittime e, successivamente, con le codificazioni europee della seconda metà del XIX secolo in poi, il contratto di assicurazione diviene una categoria generale.

Si fa strada pertanto il sistema di classificare le assicurazioni in una parte generale, suddividendo poi quelle speciali in assicurazioni contro i danni e assicurazioni sulla vita.

Infine, come detto, dagli inizi del secolo XX trova disciplina, oltre all'atto, anche l'attività, non più lasciata alla perizia ed al senso di responsabilità degli operatori, ma obbligatoriamente incanalata in schemi tecnico-giuridici che la rendono impresa di diritto speciale.

Il diritto delle assicurazioni, pur essendo disciplina privatistica in senso lato, soggetta alle norme generali del diritto privato e commerciale sia in tema di impresa che di contratto, costituisce pertanto un settore del diritto privato, avente una normativa speciale inderogabile che caratterizza atti e comportamenti.

Così, l'impresa di assicurazione, pur restando regolata in via generale dalle norme in materia di impresa e società, trova la sua disciplina specifica in norme di settore espressamente emanate per il fenomeno assicurativo. Ugualmente, con riferimento al contratto di assicurazione, alla disciplina generale, si sovrappone quella specifica – di cui peraltro parte è a sua volta di carattere generale – del contratto di assicurazione.

Ogniqualevolta si verifica un fenomeno legislativo come quello appena descritto si viene a creare un «ordinamento settoriale», e cioè un corpo di norme speciali dettate in funzione della importanza del settore socio-economico regolato e della sua complessità tecnica. Si riscontra di norma la presenza di un organo amministrativo di controllo e indirizzo con ampi poteri di intervento.

Tipici sono i casi del settore bancario, del mercato finanziario, ma anche di quello cooperativo e sportivo. Tipico è il caso del settore assicurativo, caratterizzato appunto dall'essere disciplinato da un sistema di diritto settoriale.