

Sara Landini

**LA RIASSICURAZIONE NELLA
TEORIA E PRASSI DEI CONTRATTI
DEL COMMERCIO
INTERNAZIONALE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

PROBLEMI DI ATTUALITÀ

SARA LANDINI

LA RIASSICURAZIONE NELLA TEORIA E PRASSI DEI CONTRATTI DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

1. Premessa. — 2. La disciplina del fenomeno. Il dominio delle prassi internazionali. — 3. La distinzione rispetto al contratto di assicurazione. — 4. Riassicurazione e Coassicurazione. — 5. Le forme della riassicurazione. — 6. Clausole tipiche dei contratti di riassicurazione e *long term business*. — 7. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Nel descrivere le caratteristiche dei contratti internazionali si evidenziano due tendenze che parrebbero in contraddizione tra loro: da un lato l'intento dei contraenti di regolare compiutamente e dettagliatamente gli effetti del contratto in modo da evitare fenomeni di eteronomia⁽¹⁾. Da un'altra parte vi è l'intento di costruire il contenuto del contratto in modo da renderlo adattabile ad eventuali sopravvenienze che potrebbero portare ad una rottura del rapporto.

I rapporti contrattuali, in specie quelli di durata come in genere sono i contratti del commercio internazionale, possono trovare, nel tempo intercorrente tra la loro stipulazione e la loro esecuzione, una serie di sopravvenienze che sono idonee ad incidere sull'economia del contratto ovvero sugli interessi condivisi dalle parti nella formazione del vincolo contrattuale⁽²⁾. Per sopravvenienze si intendono una serie di circostanze

⁽¹⁾ Si osserva come nei contratti internazionali vi siano differenti spazi all'autonomia privata rispetto ai contratti che vedono parti di identica nazionalità. Gli operatori del commercio internazionale hanno maggiori spazi di libertà avuto riguardo alla scelta della legge applicabile, alla scelta del foro, della procedura arbitrale, alle tipologie contrattuali. In particolare gli operatori del commercio internazionale utilizzeranno tali spazi per "evitare riferimenti concettuali e normativi propri di uno specifico ordinamento statale e, dall'altro, adottare soluzioni *widely accepted by national legal systems and by practice of international tribunals*": così S.M. CARBONE, *Autonomia privata e commercio internazionale*, Milano, 2014, p. 2 ss.

⁽²⁾ Sul punto G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, i, p. 227 e 1944, I, p. 17; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano,

non previste e non prevedibili idonee a produrre effetti in relazione all'esecuzione del contratto ovvero su quell'insieme di interessi, sottesi ad una data operazione, che le parti hanno ritenuto di condividere nel dettare regole del loro rapporto ⁽³⁾.

Si tratta di tendenze tra loro, almeno a prima vista, in opposizione in quanto una rigida e dettagliata regolamentazione degli effetti del contratto dovrebbe ostacolare processi interpretativi/integrativi del contenuto del contratto che agevolano l'adeguamento della regola posta in via di autonomia privata al mutare delle situazioni ⁽⁴⁾.

Vi sono però forse possibili conciliazioni tra tali opposte tendenze attraverso una maggiore condivisione degli obiettivi contrattuali da parte dei contraenti secondo un "*non-formalist contract enforcement approach*" ⁽⁵⁾.

Un esempio può essere trovato nelle prassi del fenomeno della riassicurazione ⁽⁶⁾. Parliamo di fenomeno e non di contratto in quanto, come preciseremo, è difficile individuare una causa unitaria riassicurativa. La

1992, p. 96 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 4 ss.; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali, tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 7 ss.; L. DE GAUDIO, *L'obbligo di take or Pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Contratti*, 2013, p. 605.

⁽³⁾ Si veda S. PIMONT, *L'économie du contrat*, Aix En Provence, 2004, p. 25.

⁽⁴⁾ Sull'importanza di gestire convenzionalmente le sopravvenienze A. FRIGNANI, *Il diritto del commercio internazionale*, Milano, 1990, p. 3 ss. il quale si richiama a G. SACERDOTI-P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982; Th. FLORY, *Les obstacles non tarifaires aux échanges*, in *DPCI*, 1975, p. 257.

⁽⁵⁾ L'espressione è di LUANDA THOMAS-HAWTHORNE, *Communication: Harmonisation of Contract Law Characterized by Formality and Strong Enforcement Mechanisms Imperative for Economic Development*, in *Rev. dr. unif.*, 2008, p. 507. Il riferimento più diretto è alle clausole di rinegoziazione proprie dei c.d. *relational contracts* caratterizzati dalla durata e dalla solidarietà fra i contraenti. Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 60; M. TIMOTEO, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1998, p. 620. S. MACAULEY, *Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in 28 *Am. Soc. Rev.*, 1963, p. 55 e più recentemente G. BAKER, R. GIBBONS e K. MURPHY, *Relational contracts and the theory of the Firm*, June 2, 2001, in <http://econ-www.mit.edu/files/1052>. I "Relational Contracts" si distinguono pertanto dai contratti, ma anche dagli altri accordi in fase di trattativa. In caso di "Relational Contracts" siamo di fronte a meri patti privi di forza vincolante sul piano dell'ordinamento giuridico.

Tra gli autori che più recentemente hanno legato le teorie di incompletezza economica all'idea di *relational contracts* v. A. SCHWARTZ, *Relational Contracts in the Courts: An Analysis of Incomplete Agreement and Judicial Strategies*, in 21 *J. Legal Stud.*, 1992, p. 271 ss.; A. SCHWARTZ e J. WATSON, *The Law and Economics of Costly Contracting*, in *J. L. ECON & ORG.*, 2004, p. 20; S. BAKER, *The Law and Economics of incomplete contracts*, in *Annual review of Law and social science*, 2006, p. 279. In Italia il tema è stato affrontato, in particolare, secondo un'indagine completa e diffusa nei suoi termini economici e giuridici da G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2001, p. 67. Sul tema anche A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.

⁽⁶⁾ Sul punto F. GALGANO-F MARELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Milano, 2010, p. 642. Sul ruolo dell'autonomia privata nei contratti di assicurazione internazionali si veda M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, 1990, in part. p. 215; M.S. CARBONE, *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 890, 203.

riassicurazione è piuttosto un fenomeno economico che risponde ad esigenze gestionali dell'impresa di assicurazione e trova espressione a livello giuridico in differenti "forme" (7) contrattuali.

2. *La disciplina del fenomeno. Il dominio delle prassi internazionali.*

Le ragioni che stanno alla base della stipulazione di contratti di riassicurazione sono di tipo tecnico/gestionale: per quanto riguarda le operazioni del ramo danni, vi è la ripartizione del rischio, l'aumento della capacità di sottoscrizione, l'equilibrio del portafoglio, la stabilità dei risultati, il rafforzamento della solidità finanziaria, la necessità di ridurre le fluttuazioni relative all'andamento dei rischi assunti ed in particolare la fluttuazione in senso crescente dovuta al verificarsi di uno o più sinistri di entità molto rilevante e la oscillazione del danno aggregato annuale in comparazione con il valore atteso.

Nel ramo danni gli assicuratori si trovano ad assumere rischi non aventi caratteristiche che consentono un buon livello di *risk pooling* e in particolare una sufficiente omogeneità di rischi sia qualitativa (dal punto di vista dello stato dei rischi coperti) sia quantitativa (dal punto di vista delle somme assicurate). Risulta infatti nel concreto impossibile formare un portafoglio perfettamente omogeneo e l'assicuratore ha necessità di liberarsi dell'onere derivante dal capitale eccedente rispetto al c.d. pieno di conservazione (8).

Nel ramo vita diverse sono le motivazioni tecniche che portano alla riassicurazione. L'assicurazione sulla vita è un "*long term business*" con una funzione combinata di risparmio e previdenza. Ne segue che, a differenza di quanto abbiamo osservato per il ramo danni, il problema di fluttuazione è legato non solo all'eventuale divergenza tra le probabilità poste alla base delle tariffe e le frequenze effettivamente realizzatesi, ma anche alla misura del capitale esposto al rischio.

Con ciò l'assicuratore, attraverso i meccanismi riassicurativi, non procede a trasferire la propria posizione contrattuale ad altra impresa di assicurazione, ma piuttosto "cerca di ridurre dal punto di vista delle possibili perdite materiali, i rischi che ha accettato. Quando una macchina, che dispone di un ammortizzatore, passa su un percorso accidentato, tale dispositivo addizionale non rende la strada liscia, ma sicuramente consente ai passeggeri di avvertire di meno le asperità della strada. Lo stesso accade

(7) Il termine "forme" è qui usato nel senso di "*forms of contract*" ovvero il contenuto standard del contratto.

(8) Il pieno di conservazione viene individuato principalmente in dipendenza dei seguenti fattori: capitale e riserve libere; dimensioni del portafoglio; tipo di affari trattati; margine di sicurezza caricato sul premio; prezzo che la compagnia è disposta a pagare per la riassicurazione; probabilità di rovina; politica di investimento della compagnia; tipo di riassicurazione; orizzonte temporale. Cfr. R.L. CARTER, *Reinsurance*, London, 1979, p. 10 ss.

con la riassicurazione; non annulla le perdite, ma rende più agevole alla compagnia “cedente” di sopportare le conseguenze dei sinistri” (9).

Si tratta di contratti che in genere vedono come parti contraenti grandi imprese e che di norma sono stipulati tra imprese aventi sede in differenti Stati. Si tratta pertanto di contratti tipicamente internazionali.

Dal punto di vista terminologico si parla, con riferimento all’impresa che “cede” i propri rischi (o sinistri) o parte di questi, di “cedente”, anche se non si tratta di una cessione del contratto o del credito. Il riassicuratore non acquista i crediti del riassicurato/cedente (i premi degli assicurati sono pagati al riassicurato e questi a sua volta paga un premio determinato autonomamente al riassicuratore), né la posizione contrattuale del riassicurato. In base all’art. 1929, infatti, “Il contratto di riassicurazione non crea rapporti tra l’assicurato e il riassicuratore, salve le disposizioni delle leggi speciali sul privilegio a favore della massa degli assicurati” (10).

La riassicurazione rappresenta così uno strumento negoziale, o forse è meglio dire un insieme di strumenti negoziali, di ripartizione di rischi o di danni al fine di gestire perdite economiche inerenti all’esercizio dell’attività assicurativa (11).

Quanto alla individuazione della disciplina applicabile ai contratti con cui si realizza l’operazione riassicurativa sembra che ancora oggi le regole di tali rapporti riposino prevalentemente nella prassi.

Il legislatore italiano del 1882 nel codice del commercio dedicava al fenomeno unicamente una disposizione: l’art. 422, ove si sanciva che “l’assicuratore può fare assicurare da altri cose che ha assicurato”. Movendo da tale base normativa, secondo l’orientamento dominante del tempo, si inquadrava la riassicurazione nel tipo “contratto di assicurazione” (12), lasciando alle prassi internazionali la relativa disciplina per

(9) Così E.L. TUMA, *The economics theory of reinsurance*, in *Journal of the Insurance Institute of London*, 1933, 3.

(10) Dubbi sulla sussistenza di diritti degli assicurati verso il riassicuratore potevano comunque sorgere dal fatto che, da un punto di vista economico, il contratto di riassicurazione importa una cessione del rischio al riassicuratore, senza però che questo realizzi una cessione del contratto in senso giuridico con gli effetti che ne seguono.

Ancora fonte di perplessità sui rapporti tra riassicuratore e assicurato è l’evidente interesse, per quanto puramente economico, dell’assicurato alla riassicurazione che può rappresentare uno strumento di finanziamento all’assicuratore per assolvere ai suoi obblighi verso gli assicurati.

Come osservato dalla dottrina, invece, l’unità del procedimento assicurativo, di cui la riassicurazione è parte in quanto strumento di ripartizione dei rischi, non importa la costituzione di alcuna posizione giuridica degli assicurati verso il riassicuratore, né viceversa. R. CAPOSTI, *Commento sub art. 1929*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, diretto da Volpe Putzolu, cit., p. 152.

(11) Cfr. A. BRUNETTI, *Diritto marittimo italiano privato*, Torino, 1938, p. 222 il quale richiama in proposito un documento del 1370 riportato da P.E. BENSÀ, *Il contratto di assicurazione marittima nel medioevo*, Genova, 1884, p. 203.

(12) Sul punto C. VIVANTE, *Riassicurazione e cessione del portafoglio*, in *Assicurazioni*, 1934, I, p. 22 ss.; C. PERSICO, *La riassicurazione*, Città di Castello, p. 1926; C. PISACANE, *La*

quanto non regolato in via analogica dalle disposizioni sul contratto di assicurazione.

Il codice civile del 1942 contiene unicamente quattro norme (artt. 1928-1931), relative ad aspetti particolari della riassicurazione e inserite nel capo relativo al contratto di assicurazione. Si disciplina così la forma del contratto di riassicurazione (art. 1928), l'efficacia del contratto di riassicurazione nei confronti dei terzi assicurati (art. 1929), i diritti del riassicurato (cedente) in caso di liquidazione coatta di quest'ultimo (art. 1930), la compensazione dei crediti e debiti in caso di liquidazione coatta amministrativa del riassicurato (cedente) (1931). Da una simile scelta sistematica la dottrina ha a lungo dedotto una continuità tra i due codici riconoscendo nella riassicurazione un contratto riconducibile, da un punto di vista tipologico, al contratto di assicurazione (13).

Una definizione di attività di riassicurazione è invece contenuta nell'art. 2 della direttiva 2005/68/CE ove si legge che "l'attività (di riassicurazione) consiste nell'accettare rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o da un'altra impresa di riassicurazione. Nel caso dell'associazione di sottoscrittori denominata Lloyd's, per riassicurazione si intende anche l'attività consistente nell'accettazione di rischi ceduti da qualsiasi membro dei Lloyd's da parte di un'impresa di assicurazione o di riassicurazione, diversa dall'associazione di sottoscrittori denominata Lloyd's".

La direttiva fu pubblicata dopo l'emanazione del codice delle assicurazioni, da qui la necessità di un coordinamento con la direttiva avvenuta con il d.lgs 29 febbraio 2008, n. 56 (14).

Attualmente una definizione di riassicurazione è contenuta nel titolo V del "codice delle assicurazioni" (d.lg. 209/2005) (15), disciplinante l'accesso all'attività di riassicurazione, ove all'art. 57 è previsto che: "L'attività di riassicurazione consiste nell'accettazione di rischi ceduti da un'impresa di assicurazione o da un'altra impresa di riassicurazione ed è riservata alle imprese di riassicurazione". Nelle disposizioni successive sono poi dettate norme relative alle condizioni di accesso.

Ciò posto, deve concludersi che oggi, come nella vigenza del codice di commercio del 1882, il contratto di riassicurazione risulta disciplinato, non

ripartizione dei rischi, Napoli, 1926. In giurisprudenza Cass. 7 marzo 1933, in *Foro it.*, 1933, I, 1517.

(13) Cfr. V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1966, p. 430.

(14) Sul punto G. AFFERNI, *La riassicurazione nel mercato europeo*, Padova, 1995.

(15) Con tali disposizioni è stata recepita la direttiva 2005/68/CE relativa alla riassicurazione dettata in modifica alle precedenti direttive 73/239/CEE e 92/49/CEE del Consiglio nonché alle direttive 98/78/CE e 2002/83/CE. Sul punto R. CAPOTOSTI, *Riassicurazione: il completamento comunitario dell'ordinamento assicurativo (direttiva 2005/68/Ce del 16 novembre 2005)*, in *Assicurazioni*, 2006, I, p. 31; I. RIVA, *La direttiva 2005/68/CE in materia di riassicurazione*, in *Contr. Impr. Europa*, 2006, p. 533.

tanto dalla legge (abbiamo poche norme peraltro di natura dispositiva), quanto da prassi, prevalentemente internazionali ⁽¹⁶⁾.

È vero che la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, hanno cercato di colmare i vuoti normativi, riconducendo il contratto di riassicurazione ad uno di tipi legali di contratto per operare attraverso processi analogici nella determinazione della disciplina applicabile.

Si è così cercato, come detto, anche per ragioni sistematiche, di ricondurre il fenomeno alla disciplina del contratto di assicurazione ⁽¹⁷⁾. All'interno di questa posizione deve distinguersi chi riconduce il contratto ad un'assicurazione contro il danno al patrimonio del riassicurato che si determina a seguito del sinistro ⁽¹⁸⁾ e chi riconduce il fenomeno ad un'assicurazione avente lo stesso oggetto di quella assicurata ⁽¹⁹⁾. A queste posizioni ne possiamo aggiungere una terza che considera la riassicurazione una particolare forma di assicurazione a cui si applicherebbero le norme del contratto di assicurazione coerenti con la sua causa e il suo oggetto ⁽²⁰⁾.

Una tesi risalente tendeva a ricondurlo ad una sorta di associazione tra riassicurato e riassicuratore. Si tratta di una prospettiva rimasta isolata che merita riflessione tenuto conto, come avremo modo di vedere nel prosieguo del discorso, di quella che è stata nel tempo l'evoluzione del fenomeno e delle prassi ad oggi dominanti ⁽²¹⁾.

Altri proponeva, solo per poi escludere tale proposta, di vedere nella riassicurazione una forma di cessione della posizione contrattuale dell'assicuratore. Contro tale tesi si osserva che, in base ad una simile ricostruzione, dovrebbe crearsi un rapporto tra assicurato della "cedente" e riassicuratore in contrasto con quanto previsto dal già citato articolo 1929 ⁽²²⁾.

Una posizione più recente mette in evidenza come il contratto di riassicurazione abbia ad oggetto una ripartizione di rischi o danni e fuoriesca pertanto dalla definizione di contratto di assicurazione di cui all'art. 1882. Si tratterebbe pertanto di un contratto innominato (o forse

⁽¹⁶⁾ Per tali considerazioni si veda S. FORNI, *Assicurazione e impresa*, Milano, 2009, p. 500; A. F. BOGLIONE, *La riassicurazione*, Milano 2012, p. 280 ss.

⁽¹⁷⁾ Cass. 7 marzo 1933, cit.; Cass. S.U., 29 aprile 1967, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 261. In dottrina C. PERSICO, *Riassicurazione*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 855; L. BUTTARO, *Riassicurazione*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, P. 376; M. IRRERA, *La riassicurazione*, in CAGNASCO, COTTINO, IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, X, Padova, 2001, p. 118.

⁽¹⁸⁾ L. BUTTARO, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁹⁾ Così Cass. 11 settembre 1993, n. 9841, in *Foro it.*, 1993, I, 3257. Afferma in sentenza la Suprema Corte che: "essendo unico il presupposto (il rischio assicurato) e unica la natura giuridica (poiché anche la riassicurazione è in contratto di assicurazione), non si comprende perché ai fini tributari la riassicurazione dovrebbe avere un presupposto diverso".

⁽²⁰⁾ Cfr. V. SALANDRA, *op. ult. cit.*, p. 431.

⁽²¹⁾ La tesi è avanzata da V. SALANDRA, *op. ult. cit.*, p. 430 solo per essere contestata sul piano normativo.

⁽²²⁾ Sul punto V. SALANDRA, *op. ult. cit.*, p. 433.

come avremo modo di precisare di contratti innominati) “a tipicità essenzialmente sociale”⁽²³⁾, ovvero di un contratto innominato di particolare rilevanza economica e sociale che trova il proprio riconoscimento giuridico sul piano della meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322.

3. *La distinzione rispetto al contratto di assicurazione.*

Guardando alle prassi nazionali e internazionali ci sembra di dover concludere nel senso di una pluralità di schemi negoziali con cui si attua la riassicurazione che non sarebbe un tipo contrattuale, ma piuttosto un fenomeno tecnico attuato attraverso differenti schemi contrattuali che non sono ascrivibili *tout court* alla definizione di contratto di assicurazione di cui all’art. 1882.

In maniera sintetica, rinviando ad una disamina più approfondita delle forme di riassicurazione, si può dire che: in alcuni casi si prevede che il riassicuratore intervenga a copertura di una data percentuale dei rischi della “cedente”; in altri casi è possibile che vengano ripartiti non i rischi, bensì i danni. In questa ipotesi il riassicuratore potrà intervenire per i sinistri che eccedono un certo valore oppure quando l’importo complessivo degli indennizzi, in un determinato arco temporale di riferimento, supera un certo valore⁽²⁴⁾.

Il riassicurato sarà in genere tenuto a corrispondere un premio determinato: in caso di riassicurazione per una certa quota di rischio, in misura proporzionale ai premi incassati; negli altri casi, tenuto conto della quota dei premi corrispondente alla probabilità che si verifichino sinistri di un certo valore.

Si osserva così che il riassicuratore non copre un evento che ha una certa probabilità di accadimento, secondo la definizione di cui all’art. 1882, ma si impegna in genere a versare una determinata somma relativa alla ripartizione di rischi o di sinistri pattuita⁽²⁵⁾.

Il vero rischio che il riassicuratore assume è piuttosto un rischio di impresa relativo alle condizioni del mercato. Simili considerazioni troverebbero peraltro conferma con quanto previsto nelle norme relative alle riserve tecniche e agli attivi a copertura delle stesse che risultano improntate a contenere sopravvenienze legate all’andamento del mercato piuttosto che a far fronte alla sinistralità occorsa⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ Cfr. R. CAPOTOSTI, *La riassicurazione. Il contratto e l’impresa*, Torino, 1991, p. 246; Id., *Commento sub art. 1928*, in *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, diretto da Volpe Putzolu, cit. p. 151.

⁽²⁴⁾ V. SALANDRA, *op. cit.*, p. 434. La giurisprudenza sul punto è risalente essendo attualmente la questione risolta in via convenzionale nei singoli trattati. Si veda comunque C. App. Torino, 15 gennaio 1924, in *Rep. Foro it.*, 1924, *Assicurazione*, n. 42.

⁽²⁵⁾ Così R. CAPOTOSTI, *op. loc. citt.*

⁽²⁶⁾ Così in merito alle riserve si prescrive che le stesse debbano avvenire in misura

Va detto che anche l'assolutezza di una simile conclusione merita di essere rivista tenuto conto delle diverse forme in cui si attua il fenomeno riassicurativo. Come vedremo, nelle riassicurazioni non proporzionali il riassicuratore svolge una funzione indennitaria eventuale che ha portato parte della dottrina a qualificarlo come contratto avente un funzione assicurativa in senso stretto⁽²⁷⁾. Va detto che in ragione della possibile collaborazione del riassicuratore nella gestione del sinistro⁽²⁸⁾, e quindi del rischio che l'impegno del riassicuratore divenga attuale, nonché del collegamento tra il contratto di riassicurazione e i contratti riassicurati, l'operazione riassicurativa viene a distinguersi da una assicurazione perdite patrimoniali.

La riassicurazione per come sin qui descritta è parziale in quanto il riassicurato "cede" una quota di rischi o di danni.

Si discute dell'ammissibilità di forme di riassicurazione totale (c.d. *fronting*) con cui il riassicuratore assume tutti i rischi coperti dal riassicurato. Al riguardo la dottrina ha rilevato, infatti, che in caso operazioni *fronting*, mancando una ripartizione di rischi, verrebbe meno la causa del contratto di riassicurazione⁽²⁹⁾.

Pur riconoscendo il peso di una simile posizione, si può rilevare come risulterebbe quantunque difficile negare validità ad una siffatta convenzione per totale assenza di causa.

Cercando di qualificare l'operazione si può dire che non siamo in presenza di una cessione di contratto, in quanto l'assicurato non entra in rapporto con il riassicuratore.

Non siamo neppure in presenza di un contratto di assicurazione in quanto il rischio che viene ceduto non è un rischio del riassicurato-*"cedente"*.

Siamo in presenza di un contratto a-tipico volto a perseguire interessi

adeguata rispetto agli impegni assunti al lordo dei rischi retrocessi ad altri riassicuratori. Ai fini della determinazione delle riserve si fa riferimento a parametri diversi rispetto a quanto previsto in materia di assicurazione danni all'art. 37 del codice delle assicurazioni ove si sancisce che per l'esercizio dell'attività di assicurazione dei danni le riserve devono essere "sufficienti a far fronte, per quanto ragionevolmente prevedibile, agli impegni derivanti dai contratti di assicurazione".

Ancora nella scelta degli attivi a copertura delle riserve si prevede che il riassicuratore debba non solo realizzare condizioni di sicurezza, redditività e liquidità degli investimenti, ma altresì garantire la sufficienza, la qualità e la congruenza di detti investimenti tenuto conto della natura, dell'ammontare e della cadenza dei pagamenti dei sinistri attesi. L'impresa riassicuratrice è inoltre tenuta "ad una adeguata e diversificata dispersione degli attivi, in modo tale che essa possa rispondere al cambiamento delle condizioni economiche ed in particolare all'andamento dei mercati finanziari e immobiliari o all'impatto dei sinistri catastrofali". Si dà così rilevanza, a differenza di quanto sancito all'art. 38, I comma del "codice delle assicurazioni", all'andamento del mercato assicurativo in genere.

⁽²⁷⁾ V. *infra* nota 36.

⁽²⁸⁾ V. *infra* p. 1040.

⁽²⁹⁾ Così R. CAPOTOSTI, *op. loc. ult. cit.* Per contro E. ROPPO, *Qualificazione giuridica e liceità della riassicurazione totale ("fronting")*, in *Giur.it.*, 1992, IV, p. 275.

meritevoli di tutela, al pari degli altri contratti di riassicurazione, che dovrebbe rientrare nel concetto di attività riassicurativa.

Analoghi problemi si pongono per la retrocessione ovvero la nuova riassicurazione contratta con un altro riassicuratore per una quota o per l'intera massa dei rischi riassicurati ⁽³⁰⁾.

4. *Riassicurazione e Coassicurazione.*

Tra i meccanismi di gestione e ripartizione dei rischi tra assicuratori vi è anche la coassicurazione che in questa prospettiva risulta assimilabile alla riassicurazione.

A norma dell'art. 1911, a differenza della riassicurazione per come fin qui descritta, con la coassicurazione uno stesso rischio viene assunto con le medesime modalità e per lo stesso periodo di tempo da più assicuratori i quali ripartiscono fra loro la quota di rischi e la relativa quota di indennità senza che si costituisca un vincolo solidale fra loro.

Sebbene, come nell'assicurazione plurima di cui all'art. 1910, si abbiano una pluralità di assicuratori, a differenza di questa, la coassicurazione si fonda su di un accordo tra imprese assicuratrici avente ad oggetto la ripartizione *pro quota* del rischio assunto. A ben vedere la vicinanza tra coassicurazione e assicurazione plurima è solo sistematica (per vicinanza tra gli articoli del codice ad esse rispettivamente dedicati), dal punto di vista funzionale la prima è piuttosto accostabile al fenomeno della riassicurazione. La coassicurazione è infatti ordinata a una finalità di omogeneizzazione e ripartizione dei rischi tra una pluralità di imprese assicuratrici ⁽³¹⁾, che si realizzerà attraverso un contratto unitario tra l'assicurato e

⁽³⁰⁾ Cfr. M. IRRERA, *op. cit. loc. ult. cit.*

⁽³¹⁾ Sul punto S. SOTGIA, *Assicurazione plurima, coassicurazione, doppia assicurazione*, in *Assicurazioni*, 1953, I, 3 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1987, 80; M. RICOLFI, *La coassicurazione*, Milano, 1997, 37 ss.; E. BOTTIGLIERI, p. cit. *Dell'assicurazione contro i danni*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 167 ss.

La coassicurazione ha attirato l'attenzione dell'autorità antitrust in quanto consentirebbe fenomeni idonei a limitare la concorrenza. Il problema si pone con particolare riguardo in ipotesi di coperture di rischi che ciascuna impresa poteva coprire da sola per le quali lo strumento coassicurativo non trova giustificazione. Attraverso contratti di coassicurazione, infatti, le imprese potrebbero dar vita a vere proprie intese anticoncorrenziali per dividersi il mercato con vantaggi per le imprese che hanno già una posizione di forza. In argomento M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit., p. 46.; R. CAPOTOSTI, *Pools, coassicurazione, antitrust*, in *Assicurazioni*, 1999, II, 1, p. 152; M. FRIGNANI, *I pools di coriassicurazione nei rischi da inquinamento e la normativa antitrust*, in *Danno e Resp.*, 1998, p. 105.

È del resto tenuto conto di queste considerazioni che la Commissione Europea ha dato rilevanza al fenomeno della coassicurazione in alcuni suoi regolamenti in tema di concorrenza sleale.

In particolare all'art. 18 del regolamento della Commissione Ce 358/2003 si prevede che la "costituzione di consorzi di coassicurazione o di coriassicurazione (detti spesso "pool") può consentire agli assicuratori e ai riassicuratori di assicurare o riassicurare rischi per i quali la copertura che sarebbero in grado di offrire sarebbe insufficiente se il consorzio non esistesse.

uno degli assicuratori il quale agirà in nome proprio e per conto di altri coassicuratori in base alla delega da questi ricevuta ⁽³²⁾.

Nel contratto di coassicurazione è di norma inclusa la «clausola di delega» (o «di guida»), con cui i coassicuratori conferiscono ad uno solo di essi l'incarico di compiere gli atti relativi allo svolgimento del rapporto assicurativo. Come precisato dalla giurisprudenza una simile pattuizione, anche quando è accompagnata dalla previsione in base alla quale pure la denuncia del sinistro può essere fatta all'assicuratore delegato, non fa venir meno la caratteristica peculiare della coassicurazione consistente nell'assunzione *pro quota* dell'obbligo di pagare l'indennità.

La clausola di delega non è quindi idonea a costituire in capo alla delegata una responsabilità solidale nei confronti dell'assicurato, in quanto

Essi possono anche contribuire a far acquisire alle imprese di assicurazione e di riassicurazione esperienza di rischi con i quali non hanno familiarità. Tuttavia questi consorzi possono comportare restrizioni di concorrenza, quali la standardizzazione delle condizioni di assicurazione e persino dell'ammontare della copertura e dei premi. E quindi opportuno stabilire le circostanze nelle quali i consorzi possono beneficiare dell'esenzione³² dall'applicazione dell'art. 81 del Trattato CE in tema di intese anticoncorrenziali.

Questa previsione deve essere letta tenuto conto di quanto affermato all'art. 10 del Regolamento della Commissione 3932/92: "la costituzione di consorzi di coassicurazione o di coriassicurazione, destinati a garantire, un numero indeterminato di rischi, deve essere considerata favorevolmente in quanto permette ad un elevato numero di imprese di entrare nel mercato col risultato di accrescere la capacità di garantire, in particolare, rischi difficilmente garantibili per la loro dimensione, rarità o novità".

Sembra pertanto possibile concludere, in adesione alla giurisprudenza italiana sul punto formatasi, nel senso che la coassicurazione, per quanto in astratto possa rappresentare uno strumento restrittivo della concorrenza, risulta sicuramente giustificata quando ha ad oggetto la copertura di rischi altrimenti difficilmente assicurabili per la loro dimensione, rarità o novità Cfr. Cons. Stato, 2 marzo 2001, n. 1187, in *Foro Amm.*, 2001, 606. In particolare la giurisprudenza amministrativa italiana ha avuto modo di pronunciarsi sul punto con riferimento ad alcuni provvedimenti dell'autorità Antitrust emessi rispetto ad accordi di coassicurazione.

Si è così ammesso che il contratto di assicurazione, per quanto regolato dal codice civile, che dunque ne riconosce la liceità e la meritevolezza, non è esente da sindacato dell'autorità Antitrust sotto il profilo della sua anticoncorrenzialità. Lo scopo della normativa antitrust è quello di reprimere qualsiasi atto o comportamento che possa alterare o restringere la concorrenza, a prescindere dalla sua qualificazione formale. Non può quindi escludersi a priori che il contratto di coassicurazione — per quanto tipicamente, e in astratto, preordinato ad assolvere una funzione meritevole di tutela secondo la disciplina codicistica — sia in concreto concluso per realizzare un risultato anticoncorrenziale. In tal senso T.a.r. Lazio, 6 luglio 1999, n. 1522, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, 287.

Sulla base di quanto disposto a livello di diritto comunitario, la giurisprudenza italiana tende ad escludere che in concreto la coassicurazione realizzi un'intesa anticoncorrenziale nel caso in cui il rischio non rientri nell'usuale prassi dell'impresa, oppure quando, per le dimensioni del rischio assicurato, sia necessario suddividerlo in base alla legge di probabilità di avveramento dei sinistri.

⁽³²⁾ La giurisprudenza riconduce unanimemente il fenomeno all'istituto della rappresentanza. V. in particolare recentemente Cass., 16 marzo 2005, n. 5678, in *Mass. Foro it.*, 2005.

rimane ferma la parziarietà delle obbligazioni assunte dalle imprese assicuratrici *ex art.* 1911 ⁽³³⁾.

Ne segue che, nel caso in cui il delegato non abbia ricevuto procura generale, la prescrizione del diritto all'indennizzo nei confronti del coassicuratore delegante, non viene interrotta dalla costituzione in mora del delegato. Allo stesso modo la prescrizione non rimane interrotta dalla citazione in giudizio del delegato non munito di rappresentanza processuale *ex art.* 77 c.p.c. ⁽³⁴⁾.

Problematica è la situazione che si viene a determinare, per l'assicurato, nell'ipotesi in cui l'assicuratore, che ha agito come "delegato", non sia munito di valida "delega". La giurisprudenza ritiene applicabile al caso *de quo* la norma contenuta nell'art. 1398 disciplinante il caso del rappresentante senza potere. Ne segue che l'assicuratore che abbia sottoscritto la polizza in nome e per conto di altro coassicuratore, in assenza di una valida procura o di successiva ratifica, può essere chiamato a rispondere nei confronti dell'assicurato a titolo di responsabilità contrattuale solo nei limiti della quota di sua pertinenza. Resta comunque la responsabilità del *falsus procurator*: l'assicuratore, che abbia agito come "delegato", non essendo munito di valida "delega", sarà infatti tenuto a risarcire il danno che l'assicurato abbia subito avendo confidato nella validità dell'intero contratto in base alla regola contenuta nell'art. 1398 ⁽³⁵⁾. La coassicurazione, per quanto rappresenti una forma di ripartizione del rischio tra assicuratori, si distingue dalla riassicurazione perché simile ripartizione avviene costituendo comunque rapporti diretti tra i coassicuratori e l'assicurato.

5. *Le forme di riassicurazione.*

Cercando di ordinare sistematicamente le prassi sopra enunciate si può

⁽³³⁾ Tra le pronunce più recenti Cass., 28 gennaio 2005, n. 1754, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 12 luglio 2005, n. 14590, *ibidem*.

⁽³⁴⁾ *Ex multis* Cass., 28 gennaio 2005, n. 1754, cit.; Cass., 9 giugno 2003, n. 9194, *Assicurazioni*, 2003, II, 2, 132; Cass., 22 giugno 2001, n. 8605, in *Mass. Foro it.*, 2003.

⁽³⁵⁾ Così Cass., 13 gennaio 1997, n. 261, in *Foro it.*, 1997, I, 444. In tal senso v. anche Cass., 9 febbraio 1987, n. 1372, in *Mass. Foro it.*, 1987; Cass., 1 febbraio 1994, n. 1008, in *Giur.it.*, 1994, I, 1, 1749 con nota M. RICOLFI, *Qualificazione del rapporto coassicurativo e responsabilità «pro quota» della delegataria* e in *Resp. civ. prev.*, 1996, 710 con nota di S. PIZZOTTI, *La responsabilità del «falsus procurator» nella coassicurazione con clausola di delega*; Cass., 9 maggio 1996, n. 4348, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2935.

Il problema riguarda la determinazione del *quantum debeatur* a titolo di risarcimento. La responsabilità del *falsus procurator* è infatti ricondotta all'ambito della responsabilità extra-contrattuale. In tal senso Cass., 29 settembre 2000, n. 12969, in *Foro it.*, 2001, I, 1658, con nota critica di P. PARDOLESI, *La responsabilità del «falsus procurator»: opportunità perduta nell'ambito dell'interesse negativo?*. In questa pronuncia la Suprema Corte afferma che: "la responsabilità del *falsus procurator*, nei casi in cui non sia intervenuta la ratifica, è di natura aquiliana e comporta il risarcimento dell'interesse negativo (spese e perdite dipendenti dalle trattative, vantaggio conseguibile dal contraente in buona fede per il tramite di altre contrattazioni)".

in primis distinguere una riassicurazione facoltativa da una obbligatoria. Entrambe tali categorie possono poi essere a loro volta distinte in riassicurazioni proporzionali o non proporzionali ⁽⁵⁶⁾.

La riassicurazione facoltativa (sia essa proporzionale che non) ha ad oggetto un singolo rischio offerto ad uno o più potenziali riassicuratori, i quali sono del tutto liberi di accettare o rifiutare l'offerta dell'assicuratore.

Solitamente si ricorre a questa forma di riassicurazione per rischi speciali e/o di particolare pericolosità, nonché per gestire rischi che non sono normalmente trattati dal riassicurato/cedente che intende avvantaggiarsi del *know how* e dell'*expertise* di riassicuratori specializzati.

Come detto la riassicurazione facoltativa può essere proporzionale o non.

Si dice proporzionale la forma di riassicurazione facoltativa quando si ha una proporzionalità tra rischio ceduto; premio pagato dalla "cedente"; sinistro "recuperato".

Il collocamento del rischio assicurativo è preceduto dalla presentazione del rischio ai riassicuratori, solitamente con un riassunto dei dati essenziali contenuti in un documento chiamato *placement slip* o *offerta di collocamento del rischio*.

Il riassicuratore paga una commissione alla "cedente" a titolo di rimborso delle spese sostenute per produrre l'affare (acquisto) e per le spese di gestione.

Di norma l'assicuratore invierà mensilmente o trimestralmente un documento di conferma (*closing document* o *documento di cessione*) riepilogando i dati principali dei rischi accettati dal riassicuratore insieme ai conti relativi a quel periodo. Questi conti solitamente includono i premi meno le commissioni ed i piccoli sinistri avvenuti nel periodo intercorrente tra l'inizio del rischio e l'invio dei conti. I sinistri importanti invece vengono regolati per cassa immediatamente dopo il pagamento dell'assicuratore all'assicurato.

Le forme della riassicurazione proporzionale sono il *quota share* in cui l'assicuratore cede al riassicuratore una percentuale identica di tutti i rischi sottoscritti. In tal modo il riassicuratore condivide tutti i sinistri proporzionalmente e riceve la stessa proporzione dei premi meno le commissioni; la surplus con cui viene "ceduta" la parte di rischio eccedente un importo determinato (c.d.pieno di conservazione).

Si garantisce così una migliore omogeneità quantitativa del portafoglio

⁽⁵⁶⁾ Si tratta di classificazioni ormai consolidate a livello internazionale si veda J.F. WALHIN, *Reassurance*, Bruxelles, 2012; A.F. BOGLIONE, *op. cit.*, p. 430 ss.; P. LIEBWEIN, *Klassische und moderne Formen der Rückversicherung*, Karlsruhe, 2009, p. 59 ss.; A. SCHWEPCKE, *Rückversicherung*, Karlsruhe, 2004, p. 111 ss.; G. ANGELI, *La riassicurazione*, Milano, 1996; A. SCHULTE, *Rückversicherung in Deutschland und England*, Karlsruhe, 1990; M. PROSPERETTI-E.A.APICELLA, *La riassicurazione*, Milano, 1990, p. 74 ss.

in quanto le polizze con i capitali assicurati al di sotto o pari al pieno di conservazione rimangono a carico della “cedente”.

Per contro si parla di riassicurazione facoltativa non proporzionale quando non si ha proporzionalità tra premio, rischio “ceduto” e sinistro “recuperato” (37).

Il limite monetario del rischio trattenuto dall’assicuratore è detto franchigia o priorità mentre la parte del rischio a carico del riassicuratore è detta portata.

Il premio viene indicato come percentuale del premio originale. In questo caso i riassicuratori non riconoscono commissioni all’assicuratore.

L’esposizione al rischio valutata dal riassicuratore è quantificabile attraverso il *rate on line* detto anche tasso/esposizione dato dal rapporto tra il premio corrisposto al riassicuratore e la portata (la porzione di rischio a carico del riassicuratore).

All’interno delle riassicurazioni facoltative non proporzionali collochiamo quelle per eccesso di danno (“*excess of loss*”), che si hanno quando il riassicurato individua un ammontare di perdite per ciascun rischio (o per ciascun evento) assicurato per il quale ritiene di non avere un’efficiente capacità di copertura. Se i sinistri si concentreranno in una data zona, ad esempio per il verificarsi di un evento catastrofico, le perdite totali saranno superiori alla suddetta quota e la parte eccedente sarà trasferita al riassicuratore.

La forma *excess of loss* si distingue da quella *stop loss*. Nella prima il riassicuratore indennizza la “cedente” di tutta quella parte dei singoli danni che eccede una certa somma fissa. Nella seconda il riassicuratore indennizza la “cedente” di una certa percentuale dei sinistri rispetto ai premi incassati.

Ad esempio l’intervento del riassicuratore è previsto se i sinistri di competenza dell’anno superano un prefissato ammontare od una predeterminata percentuale dei premi di competenza dell’anno.

La riassicurazione obbligatoria (sia essa proporzionale che non) si ha in presenza di trattati con i quali l’assicuratore si impegna a “cedere” e il riassicuratore ad accettare ad esempio una certa quota prefissata di ogni rischio.

Abbiamo poi i trattati facoltativi/obbligatori ovvero accordi con cui la “cedente” ha la facoltà di “cedere” i rischi mentre il riassicuratore ha l’obbligo di accettare una quota dei rischi specifici sottoscritti dalla “cedente”.

All’interno dei trattati distinguiamo quelli proporzionali da quelli non proporzionali. Il trattato proporzionale è un contratto in cui un’ impresa di

(37) Sulla riassicurazione non proporzionale in generale si osserva come essa sarebbe caratterizzata da una “funzione assicurativa” assunta dal riassicuratore che andrebbe a coprire un danno subito dall’assicuratore. Cfr. M. PROSPERETTI- E.A. APICELLA, *op. cit.*, p. 74.

assicurazioni si impegna a cedere e il riassicuratore ad accettare una quota prefissata di ogni rischio originariamente sottoscritto dalla “cedente”. La copertura in riassicurazione si ha pertanto automaticamente per tutti i rischi aventi le caratteristiche previste dal trattato ⁽³⁸⁾.

Il riassicuratore condivide proporzionalmente premi incassati al netto delle commissioni corrisposte alla “cedente”, i sinistri e tutte le spese sostenute dalla “cedente” e non ha il potere di rifiutare un rischio se questo ha le caratteristiche previste dal trattato.

Pure in caso di riassicurazione proporzionale, i rapporti di proporzionalità sono instaurati tra i seguenti valori: premio pagato, rischio ceduto e sinistro recuperato.

Si prevede poi anche una riassicurazione non proporzionale e in particolare la c.d. *accident accumulation XL* in base alla quale, se uno stesso evento assicurato provoca una serie di sinistri da lui dipendenti (ipotesi tipica degli eventi catastrofali), allora i sinistri eccedenti un certo numero saranno rimborsati dal riassicuratore.

Oltre ai modelli sopra descritti della riassicurazione facoltativa e obbligatoria, dobbiamo ricordare la riassicurazione mediante pool di riassicuratori.

In quest’ultimo caso la ripartizione dei rischi avviene mediante un contratto tra imprese di assicurazione volto a costituire appunto quello che

⁽³⁸⁾ Cfr. N. D’ORTONA, *Sulla vantaggiosità dei trattati di riassicurazione*, Esi, 2004. L’autore pone in luce come le modalità di limitazione delle alee di portafoglio, diverse a seconda delle caratteristiche del ramo e del tipo di attività esercitata dall’impresa, danno luogo a forme riassicurative differenti in rapporto all’oggetto e alla struttura. Si tratta di trovare, in relazione al genere di attività, la copertura che meglio risponde alle esigenze tecniche e finanziarie dell’impresa. Si determina per quest’ultima un tipico problema economico di decisione in condizione di incertezza che si può così riassumere: «vedere qual è la ripartizione di responsabilità con i riassicuratori che realizza, a parità di sacrificio, la massima riduzione del rischio» (Così B. DE FINETTI, *Impostazione individuale e impostazione collettiva del problema della riassicurazione*, in *Giornale dell’Istituto Italiano degli Attuari*, 1942, p. 28). L’impresa, dunque, tende a ricercare, secondo un apprezzamento utilitaristico, la forma, misura e modalità riassicurativa che realizza uno stato di optimum, necessariamente armonizzabile con le aspettative del riassicuratore e con le esigenze di una gestione attiva (così anche G. OTTAVIANI, *Sul problema della riassicurazione*, in *Giornale dell’Istituto Italiano degli Attuari*, 1952, p. 72). “La posizione unilaterale del problema decisionale (nell’obiettivo e nei vincoli) dà luogo a strategie unilateralmente ottime di riassicurazione; di contro, formulando obiettivi cooperativi, ovvero esplicitando vincoli sia dal lato della domanda che dell’offerta del servizio riassicurativo, si formalizzano strategie di tipo collettivo o bilaterali. In questo contesto, se cedente e riassicuratore valutano l’operazione aleatoria sottostante al trattato mediante le rispettive funzioni di utilità e adottano il criterio di scelta fondato sul confronto fra le utilità attese, per tener conto dell’atteggiamento soggettivo verso il rischio, i premi di indifferenza delle parti definiscono, sotto opportune assunzioni, una restrizione sull’intervallo di variabilità del prezzo di riassicurazione ed un margine di contrattazione per il conseguimento di situazioni Pareto-ottimali. Nel presente lavoro si continua lo studio del problema della vantaggiosità del trattato di riassicurazione dal punto di vista di entrambi i contraenti, sulla base di particolari ipotesi che riguardano: la struttura delle preferenze delle parti, la legge di formazione del prezzo di riassicurazione e la distribuzione di probabilità delle variabili casuali associate ai rischi da riassicurare”. Così N. D’ORTONA, *Sul problema della riassicurazione*, in www.researchgate.net Aug. 2015.

in gergo tecnico è definito un *Insurance Pool*. L'accordo sottostante tra le imprese assicuratrici aderenti al *Pool* prevede che ognuna versi una parte dei premi per una particolare categoria di rischi in un fondo comune e che si ripartisca il totale dei danni accaduti nella stessa proporzione dei premi versati o secondo altri criteri.

Ricordiamo infine quei fenomeni che fuoriescono dai canoni tradizionali della riassicurazione. Possiamo citare le riassicurazioni *Finite*. Si tratta di contratti su misura, solitamente più complessi dei tradizionali contratti di riassicurazione in quanto la copertura è estesa su più settori e/o per una durata di parecchi anni. Le particolarità rispetto alla riassicurazione c.d. standard riguardano anche la disciplina convenzionale delle conseguenze della fluttuazione dei sinistri: se l'andamento dei sinistri è positivo, la controparte del riassicuratore (ovvero il "cedente") beneficia di una partecipazione agli utili; se, invece, l'andamento è negativo il riassicuratore ottiene un premio supplementare. In ragione di quest'ultima caratteristica si tende, in talune ipotesi, a qualificare detti contratti come operazioni di finanziamento.

La dottrina riconduce al fenomeno della riassicurazione anche la c.d. "*Financial Reinsurance*"⁽³⁹⁾, la quale si configura come una copertura di alcune poste di bilancio e rendita finanziaria. Si tratta di uno strumento con cui un'impresa di assicurazioni si assicura contro il rischio di certi livelli di fluttuazione nei profitti da un anno ad un altro pagando un premio, che viene peraltro restituito in tutto o in parte a seconda che, e nella misura in cui, vi sia stata una fluttuazione da coprire.

6. *Clausole tipiche dei contratti di riassicurazione e long term business.*

Come detto il contratto di riassicurazione trova una nota caratterizzante nell'aver sullo sfondo un *long term business* in quanto, come in genere avviene nei contratti del commercio internazionale, i costi della contrattazione richiedono di essere ammortizzati in un lungo periodo. Si tratta insomma di un rapporto che nasce con una prospettiva di continuità e che deve essere perciò in grado di superare sopravvenienze nell'assetto degli equilibri economici degli impegni assunti dalle parti.

Al fine di garantire tale continuità sono instaurate prassi collaborative tra riassicurato e riassicuratore; sono inoltre previste clausole volte a gestire le sopravvenienze in funzione conservativa del rapporto⁽⁴⁰⁾.

Ricordiamo che il contratto di riassicurazione rappresenta un con-

⁽³⁹⁾ Sul punto R. CAPOTOSTI, *Commento art. 1928*, cit., p.151.

⁽⁴⁰⁾ Un testo recente in cui è possibile trovare la trattazione delle clausole più comuni nei contratti di riassicurazione anche da un punto di vista tecnico è J.F. WALHIN, *Reassurance*, Bruxelles, 2012.

tratto *uberrimae fidei* ⁽⁴¹⁾. Come detto nella riassicurazione viene a sussistere, in virtù della ripartizione dei rischi, una comunione di interessi tra riassicuratore e riassicurato per cui tra i medesimi deve esservi aperta cooperazione ⁽⁴²⁾.

Teniamo presente che tale generale dovere di correttezza trova spesso riscontro in apposite clausole contrattuali che ad esempio prevedono, in caso di errori e omissioni in buona fede, non uno scioglimento del contratto, bensì una rettifica appena ne sia contestata l'esistenza. Si parla al riguardo di clausola errori e/o omissioni.

Vi è poi la clausola sinistri sconosciuti in base alla quale si prevede l'obbligo per la "cedente" di dichiarare di non essere a conoscenza di alcun sinistro avvenuto. Questa clausola implica la cancellazione "*ab initio*" della copertura riassicurativa, qualora venga provato che la "cedente" era a conoscenza di un avvenimento a carico della copertura stessa alla data del collocamento del rischio ⁽⁴³⁾.

Ancora, anche se un tale obbligo può dirsi implicito nel dovere di buona fede, si prevede espressamente che la "cedente" ha l'obbligo di ripartire con i suoi riassicuratori ogni recupero ottenuto da terzi ad esempio agendo in surroga contro il responsabile del danno oggetto del sinistro coperto ⁽⁴⁴⁾.

Una simile cooperazione tra le parti nella fase esecutiva del contratto è consolidata da clausole contrattuali contenenti obblighi di comunicazione a carico della "cedente" in relazione ai sinistri occorsi e il pagamento a favore di questa di commissioni varianti in rapporto lineare o a scalare rispetto al rapporto P/S (premio/sinistri). Quest'ultima condizione viene in particolare a creare un interesse della "cedente" alla non verifica del sinistro e quindi al compimento di attente indagini al momento dell'assunzione del rischio e ad una miglior gestione del rapporto con l'assicurato.

A favore della "cedente" è previsto il pagamento di una "commissione" ovvero una percentuale dei premi riassicurati che può essere determinata a priori (commissione fissa) o a posteriori (commissione a scalare) ⁽⁴⁵⁾.

Mentre la commissione fissa compensa la "cedente" per i costi sostenuti, la commissione c.d. a scalare è in parte compensativa dei costi sostenuti ed in parte premiante per la "cedente" in caso di sinistralità bassa

⁽⁴¹⁾ Cfr. S. FORNI, *op. cit.*, p. 511; A.F. BOGLIONE, *op. cit.*, p. 174.

⁽⁴²⁾ Sul punto L. BUTTARO, *op. ult. cit.*, p. 388.

⁽⁴³⁾ Sul problema dell'asimmetria informativa e della "conoscenza del vero stato delle cose" nei rapporti di riassicurazione si veda A.F. BOGLIONE, *op. cit.*, p. 252 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. A.F. BOGLIONE, *op. cit.*, p. 345.

⁽⁴⁵⁾ Potrà essere a scalare in ragione del variare del rapporto tra Sinistri e Premi (per esempio ad ogni variazione percentuale entro certi valori corrisponde una data variazione della commissione. Se il rapporto S/P è tra il 60 e il 62% il tasso di commissione sarà 39%; se il rapporto S/P è tra il 62 e il 64% il tasso di commissione sarà 38% e così via) oppure si può prevedere un incremento lineare per ogni punto di variazione S/P. Si veda A.F. BOGLIONE, *op. cit.*, p. 773.

e quindi può ricollegarsi alla partecipazione agli utili. Al riguardo, sempre nella prospettiva di instaurare prassi collaborative tra riassicurato e riassicuratore, nei trattati proporzionali è di norma previsto che una parte del profitto conseguito dal riassicuratore venga pagato alla compagnia “cedente” allo scadere del periodo di un anno. Si tratta di una partecipazione agli utili che viene pagata alla “cedente” in aggiunta alla commissione normale riconosciuta dal riassicuratore.

Attraverso la previsione di una partecipazione agli utili e di commissioni a scalare è possibile creare una maggiore sinergia tra le parti contraenti costituendo negoziabilmente una condivisione di interessi.

L’obbligo di cooperazione trova massima espressione laddove nel contratto sia prevista una “*Cooperation Clause*” attraverso la quale si prevede un intervento di assistenza del riassicuratore nella gestione dei singoli sinistri, senza che ciò importi il costituirsi di un rapporto tra riassicuratore e assicurati ⁽⁴⁶⁾.

In particolare si prevede la facoltà del riassicuratore di intervenire nella valutazione e determinazione di un sinistro. In questo modo il riassicuratore è in grado di contribuire con il proprio *know how* alla gestione del sinistro da parte della “cedente” prevenendo ipotesi di *mala gestio*. Si tratta di una clausola tipica delle riassicurazioni non proporzionali in cui l’impegno del riassicuratore trova una variabile nella stessa corretta gestione del sinistro ceduto.

In alcuni casi si ha una collaborazione limitata. Si pensi alla clausola controllo sinistri con cui si dà diritto al riassicuratore di intervenire solo nella perizia e valutazione del danno.

Sempre a sottolineare il carattere *uberrimae fidei* del contratto sono previsti particolari obblighi di *disclosure* a carico del “cedente” non impliciti negli obblighi assunti da quest’ultimo. Si pensi alla cosiddetta clausola di conservazione netta. Quando prevista essa obbliga il “cedente” a comunicare l’entità di quanto resta a suo carico dei rischi coperti. Se risulta che la parte conservata dalla “cedente” è inferiore a quella stabilita contrattualmente si prevede il diritto di recesso del riassicuratore.

È poi possibile la previsione di una clausola “No claim bonus” in virtù della quale, se nel periodo assicurativo non vi sono stati sinistri a carico del riassicuratore, il premio a carico della “cedente” sarà ridotto di una percentuale prefissata per il periodo successivo.

Con riferimento alle clausole regolative delle sopravvenienze ricordiamo la clausola di cumulo. È infatti possibile che un evento si determini in concreto dando vita a sinistri oggetto di distinti contratti riassicurati. In questo caso il riassicuratore si può trovare di fronte ad esposizioni sconosciute derivanti da uno stesso evento. Con la clausola di cumulo si protegge

⁽⁴⁶⁾ Sulla *Claims Cooperation Clause* A.F. BOGLIONE, *op. cit.*, p. 580.

l'impresa di riassicurazione, in aggiunta alla limitazione di responsabilità attraverso l'apposizione di massimali contrattuali, prevedendo che, nell'ipotesi in questione la "cedente" rimanga esposta una sola volta entro il limite conservato.

Ancora le sopravvenienze possono essere gestite attraverso la clausola di disdetta speciale solitamente prevista nei trattati. Con essa si prevede il diritto di recesso immediato in capo al riassicuratore in presenza di eventi particolari che possono riguardare le parti (liquidazione, passaggio sotto altro controllo, perdita di capitale, ecc.) oppure eventi politici nazionali e/o internazionali (guerra, ecc.).

Si tratta però di una clausola che non consente la gestione della sopravvenienza in modo da consentire la prosecuzione del rapporto come fanno altre previsioni contrattuali.

Più interessanti sono le clausole che consentono un adeguamento del valore delle prestazioni (in particolare premio, commissioni, "priorità") alle fluttuazioni monetarie o alla inflazione ove queste superino un certo indice.

Una delle sopravvenienze più problematiche riguarda la modifica della legge. Si prevede nei trattati la revisione dei termini contrattuali ove siano intervenute modifiche legislative incidenti sui termini contrattuali con conseguenze sull'equilibrio del contratto. Il contratto prevede la possibilità per le parti di rinegoziare le condizioni della copertura al verificarsi di siffatte modifiche⁽⁴⁷⁾. In alcuni casi si ha una clausola speciale per i dati statistici con cui, in ipotesi di modifica sostanziale di dati statistici forniti al riassicuratore, relativi a periodi precedenti, questi ha diritto di rinegoziare i termini che lo hanno portato alla stipula del contratto.

Due i problemi: il primo riguarda cosa debba intendersi per modifiche della legge e se tra queste possano includersi anche le modifiche degli

(47) Sulle clausole di rinegoziazione si veda V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giust. Amm.*, 2006, 9. Si veda altresì V. M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p.13; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; Id., voce *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 431 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, 193; A. DE MAURO, *Principi di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2002, p. 491 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, ivi, pp. 701-724; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; E. C. ZACCARIA, *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 478 ss.; M. AMBROSOLI, *op. cit.*, p. 405; E. AL MUREDEN, *op. cit.* p. 160 ss.

orientamenti interpretativi. Tenuto conto che, con particolare riferimento a ordinamenti come quello italiano, l'interpretazione dei giudicanti presenta un alto livello di variabilità nel tempo e di incidenza sui contenuti degli atti normativi, riteniamo che sia opportuna una espressa previsione in tal senso.

In secondo luogo si pone il problema di dare rilevanza giuridica ad una clausola che prevede una mera facoltà di rinegoziazione. La facoltà di rinegoziare non ha necessità di essere prevista in quanto parte del principio di autonomia delle parti. Si tratterebbe allora di una clausola priva di rilevanza giuridica.

In realtà nei trattati tale clausola ha un effetto particolare se si considera che essa è comunque espressione di un intento delle parti di conservare il contratto anche in caso delle sopravvenienze suddette e che è solitamente accompagnata da un'espressa previsione che, ove nasca un conflitto sulla rinegoziazione, si avrà deferimento della controversia al collegio arbitrale che potrà intervenire in via integrativa a riequilibrare il rapporto. Ovviamente una simile conclusione necessita di essere valutata alla luce di quanto in concreto pattuito.

Veniamo così ad un'altra clausola che se ben costruita può evitare che i conflitti tra le parti possano condurre allo scioglimento del rapporto: la clausola compromissoria.

La miglior risposta, in caso di conflitti tra le parti anche al fine di evitare scioglimenti del rapporto, sembra rinvenibile, nella previsione di un rinvio ad un terzo che risolva, o adiuvi le parti a risolvere, il contrasto, sia esso un conciliatore, sia esso, nei casi di estremo e irresolubile conflitto, un arbitro.

Sarà infatti possibile la previsione di una clausola *multistep* che preveda in prima battuta una soluzione del contrasto in via di mera autonomia privata con l'intervento di un mediatore in funzione facilitativa dell'accordo e in seconda battuta, ove l'accordo non venga raggiunto, con ricorso ad una procedura arbitrale in cui sia previsto anche un intervento integrativo/riequilibratore degli arbitri magari secondo criteri predeterminati dalle parti.

Tra le clausole che consentono una prosecuzione degli impegni delle parti dopo la fine del contratto vi è la clausola di estensione di copertura con cui, nel caso il contratto scada mentre un avvenimento dannoso è in corso, la scadenza si intende prorogata e il riassicuratore è ritenuto impegnato sull'intero evento come se lo stesso si fosse consumato entro la scadenza contrattuale. Ovviamente tale prestazione sarà remunerata come da contratto.

7. Conclusioni.

La riassicurazione rappresenta una categoria più economica che giu-

ridica in quanto il dato unificante le forme giuridiche della sua attuazione risulta fondato su ragioni gestionali legate a differenti esigenze relative ai contratti che le imprese di assicurazione immettono nel mercato.

In tali differenti forme giuridiche si rinvengono però alcune note caratterizzanti di rilievo giuridico in quanto finiscono per trovare espressione in clausole contrattuali consolidate nelle prassi internazionali.

Nella riassicurazione viene a sussistere una comunione di interessi tra riassicuratore e riassicurato, che trova, come visto, espressione anche in specifiche clausole contrattuali. Collegato a questo aspetto vi è l'interesse di entrambe le parti a realizzare un *long term business* perché la complessità delle strutture gestionali attuate nella condivisione dei rischi ha un costo per entrambe che risulterebbe ingiustificato e insostenibile in caso di rapporti di breve durata.

La stretta e articolata regolazione del contratto viene così bilanciata da condizioni di *uberimae fidei* e da specifici obblighi contrattuali di cooperazione nell'attuazione del rapporto che vengono a conferire la necessaria elasticità alla regola posta nel contratto e creano, in via negoziale, una condivisione di interessi (si pensi alle commissioni a scalare e alla partecipazione agli utili) che incentivano anche modificazioni concordate del contratto in fase di esecuzione ai fini della tenuta della relazione. Si tratta di pattuizioni funzionali alla esecuzione del contratto che non ne modificano la qualificazione giuridica in quanto gli obblighi ulteriori previsti sono strettamente accessori alla causa dei differenti tipi di contratti di riassicurazione sin qui individuati.

Le parti del contratto nella sua esecuzione non si porranno in un rapporto antagonistico di dare e di avere ma piuttosto in una logica più propria dei contratti c.d. di comunione di scopo sebbene per le ragioni sopradette non sia corretto ascrivere le forme di riassicurazione ai contratti associativi.

Si potrebbe forse dire che i contratti di riassicurazione rappresentano uno dei fenomeni che pongono meglio in luce un possibile superamento della partizione netta tra contratti con comunione di scopo e contratti di scambio ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Secondo la manualistica corrente, nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte è a vantaggio della controparte mentre nei contratti associativi le prestazioni sono dirette al conseguimento di uno scopo comune. Cfr. A. TORRENTE-P. SCHELSINGER, *a cura di Anelli e Granelli, Manuale di diritto privato*, Milano, 2014, pag. 479. Qui viene evidenziato che nei contratti di comunione di scopo "le posizioni contrattuali delle parti non si presentano(..) contrapposte, a differenza dei contratti di scambio, ove la contrapposizione delle parti, costituisce il riflusso sul piano negoziale della originaria (..) situazione di conflitto". "Nei contratti(..) che hanno comunanza di scopo(..) non sussiste nemmeno quella complementarietà di interessi che riflette pur sempre una contrapposizione, per quanto non mai una divergenza.". In altre parole nei contratti di scambio gli interessi delle parti sono da prima contrapposti per poi divenire complementari. Analogamente a dirsi "nei contratti plurilaterali che non hanno comunione di scopo". Laddove invece vi è la comunanza di scopo vi è, come

In queste prassi troviamo inoltre una possibile soluzione alle istanze indicate in premessa: una riduzione degli apporti eteronomi alla regola contrattuale e una capacità di adattamento del contenuto contrattuale alle circostanze che si determineranno nel corso del rapporto. Attraverso le prassi sin qui elencate si viene a creare una “malleabilità” della regola contrattuale che la rende adattabile a nuove circostanze pur in presenza di un contenuto contrattuale dettagliato che limiti fenomeni di eteronomia.

L’adattamento sarà infatti attuato attraverso una attiva collaborazione tra le parti che le prassi contrattuali sin qui considerate mirano a creare o comunque ad incrementare.

sopra rilevato, coincidenza dell’interesse in gioco e in ciò una notevole differenza con i contratti di scambio. Cfr. S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani, volume IX*, Roma 1988, pag. 8. Sul problema del rapporto tra contratti di scambio e contratti con comunione di scopo si veda V. BARBA, *Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*, in *Rivista di Diritto Civile*, 4, 2010, pag. 531 e ss., in particolare 534, 541 e 542, 546 e 547. Per l’Autore il dato strutturale emerge dal confronto tra il concetto di scambio economico e quello giuridico, essendo il primo tale per cui un contratto può generare uno o più scambi, si pensi, rispettivamente, alla donazione e al leasing; mentre per scambio giuridico deve intendersi tanto la funzione classificatoria quanto quella antagonista alla comunione di scopo. Di contratto plurilaterale di scambio parla anche P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, in *Le reti di impresa e i contratti di rete* (a cura di) Iamiceli, Torino, 2009, pag. 393.