



FONDAZIONE
CESIFIN
ALBERTO PREDIERI

centro per lo studio delle istituzioni finanziarie
promosso dall'ente cassa di risparmio di firenze

**LE NUOVE FRONTIERE
DELL'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA:
PROBLEMI, RIFLESSIONI E PROSPETTIVE**

***THE NEW FRONTIERS
OF MANDATORY INSURANCE:
PROBLEMS, THOUGHTS AND PERSPECTIVES***

a cura di
SARA LANDINI

cesifin on line

www.cesifin.it

ISBN 978-8898742011



9 788898 742011

La pubblicazione prende spunto dal Convegno
promosso dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri
Le nuove frontiere dell'assicurazione obbligatoria: problemi, riflessioni, prospettive
Firenze venerdì 7 febbraio 2014 e dai *Pomeriggi assicurativi incontri su temi di
attualità giuridica ed economica* (venerdì 4 aprile e venerdì 16 maggio 2014).

LE NUOVE FRONTIERE DELL'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA: PROBLEMI, RIFLESSIONI E PROSPETTIVE

THE NEW FRONTIERS OF MANDATORY INSURANCE: PROBLEMS, THOUGHTS AND PERSPECTIVES

Indice

UNA PANORAMICA DEL CONGRESSO.....	p. 7
AN OVERVIEW OF THE CONGRESS	p. 8
Sara Landini	
LA REGOLAZIONE E LA VIGILANZA NELLE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE	p. 11
Michele Siri	
SANZIONI IN MATERIA DI OBBLIGO A CONTRARRE.....	p. 21
Enrico Galanti	
LE NUOVE FRONTIERE DELL'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA: PROBLEMI, RIFLESSIONI E PROSPETTIVE.....	p. 31
Massimo Palazzo	
ASSICURAZIONE SANITARIA: IL MODELLO AUTOASSICURATIVO È LA SOLUZIONE?	p. 35
Emilia Giusti	

COMPENSATION FOR DAMAGES IN EVENT OF DEATH IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM.....	p. 47
Ilaria Garaci	
L'ASSICURAZIONE DEL CREDITO LOCATIVO	p. 59
Sara Landini	
I DANNI AL LAVORATORE.....	p. 69
Caterina Silvestri	

UNA PANORAMICA DEL CONGRESSO*

Sara Landini**

Il congresso Aida Toscana 2014 è stato dedicato al tema dell'assicurazione obbligatoria.

In tempi recenti si vanno moltiplicando le previsioni di assicurazione obbligatoria. Non intendiamo riferirci solo all'abusato tema dell'assicurazione della responsabilità professionale, ma, anche per dirne altre, alle polizze fideiussorie obbligatorie per la vendita di edifici in costruzione di cui al d.lgs. n. 122 del 20 giugno 2005, all'assicurazione responsabilità dell'amministratore di condominio di cui al novello articolo 1129 che riconosce la possibilità per l'assemblea di subordinare gli effetti della nomina alla presentazione di una polizza per la responsabilità civile per atti compiuti nell'esercizio del mandato.

La garanzia assicurativa viene individuata come primario strumento di allocazione dei costi il che risulta in linea con la più volte ricordata funzione sociale dell'assicurazione e in particolare dell'assicurazione della responsabilità civile.

Nei mercati assicurativi l'allocazione spontanea delle risorse ha talvolta proprietà insufficienti rispetto a ragionevoli obiettivi sociali. Ciò si verifica a causa delle articolate asimmetrie di informazione tra assicurato ed assicuratore, come ha sottolineato Michele Siri. La varietà delle ragioni che giustificano l'intervento di regolamentazione nel settore assicurativo spiegano allo stesso modo il fatto che tale intervento possa concretizzarsi attraverso un notevole spettro di misure, di volta in volta complementari o sostitutive tra di loro. Un "legislatore strabico" (sono parole di Pierpaolo Marano) che perseguendo una simile prospettiva perde di vista gli attori del gioco e l'evoluzione dei fenomeni sociali.

Perde di vista, nell'assicurazione della responsabilità professionale obbligatoria, i differenti profili di rischio che caratterizzano i professionisti coinvolti.

Durante il convegno da più parti si è richiamata la necessità di una concertazione e di un maggior coinvolgimento dei differenti *stakeholders*. In termini di una necessaria "coralità" si è espresso, in apertura del convegno, il Prof. Francesco Donato Busnelli. Il Prof. Massimo Franzoni ha parlato di "un diritto che deve essere accettato". Della centralità delle categorie professionali,

* Conclusioni presentate in occasione del Convegno *Le nuove frontiere dell'assicurazione obbligatoria: problemi, riflessioni, prospettive*, tenutosi a Firenze, Palazzo Incontri, il 7 febbraio 2014.

** Università di Firenze; Chairman Motor Insurance WP-AIDA World.

che devono venir incontro ai loro iscritti nella scelta di adeguate coperture anche attraverso meccanismi di stipulazione di polizze in forma collettiva, ha parlato la prof.ssa Albina Candian.

Si perde di vista la realtà dei fenomeni colti nella loro evoluzione sociale, economica e politica. Si perdono di vista le nuove frontiere della responsabilità civile e la necessità *in primis* di ripensare ad alcune distorsioni della stessa in relazione alla prova del nesso di causalità, alla duplicazione delle poste risarcitorie, ai danni punitivi, alla necessità di rivedere lo stesso principio dell'integrale risarcimento.

I magistrati che si vanno confrontando con questi aspetti non mancano di evidenziare la necessità di considerare i singoli problemi assicurativi tenuto conto delle attività degli assicurati (così nella relazione di Patrizia Pompei).

Si aprono nuove frontiere dell'assicurazione obbligatoria che devono essere ricercate "in un diritto privato aperto al sociale" (sono parole di F.D. Busnelli).

Non è difficile in sintesi ricordare una celebre frase di Paolo Grossi

"Il diritto non è una dimensione sradicata dall'esperienza, come una nuvola galleggiante sopra un paesaggio terrestre".

Il volume raccoglie anche alcuni contributi collegati al tema e presentati in incontri Aida successivi: l'assicurazione del rischio locativo talvolta prevista come obbligo a carico del conduttore, il rischio sanitario e l'assicurazione professionale dei medici, le nuove frontiere del danno in materia di assicurazione obbligatoria per responsabilità civile automobilistica, la copertura dei danni al lavoratore.

AN OVERVIEW OF THE CONGRESS

The main topic of Aida Tuscany Congress 2014 was: mandatory insurance.

In recent times we assist at an increasing number of hypothesis of mandatory insurance. We don't mean only the well known topic of mandatory professional liability insurance, but also, for instance, mandatory insurance provided by legislative decree 20 June 2005, n. 122 in case of buying houses that have yet to be built and mandatory liability insurance for the condominium manager established by the new article 1129 of the civil code providing that the condominium assembly can agree that the designation of the condominium manager is conditioned upon such liability insurance contract.

The insurance contract becomes the primary instrument to allocate costs according to the social function of insurance and, in particular, of liability insurance.

The spontaneous allocation of resources in the insurance markets sometimes causes poor results with respect to reasonable social objectives. This occurs because of the structured asymmetries of information between the

insured and insurer, as pointed out by Michele Siri. The variety of reasons for regulatory intervention in the insurance industry explain the fact that such an intervention could materialize through a remarkable range of measures, from time to time additional or substitute each other. Or a “cross-eyed” legislator (as Pierpaolo Marano said during the present congress) losing sight of the different stakeholders and of the changing society.

During the present Congress all speakers focused on the necessity of a plan and of a more constructive involvement of all stakeholders.

Francesco Donato Busnelli talked about a “choral plan”. Massimo Franzoni talked about the necessity of “a law accepted by the society”. Albina Candian talked about the importance of professions. They should help professionals in finding adequate insurance coverages also using instrument like group insurance.

It is evident the risk of losing sight of reality and of social, economic and political evolution. It is evident the risk of losing sight of the new frontiers of civil liability and of some distortions of torts law taking into account recent case law regarding the juridical causal nexus between tort and damages, damages multiplication, emerging punitive damages and the review of the principle of integral restoration of torts.

Magistrates too, as Patrizia Pompei during the congress, are considering the above mentioned problems and put in evidence the necessity of considering them taking into account the different insured activity.

New frontiers are opening up in the mandatory insurance creating a “private law social oriented” (as Francesco Donato Busnelli said during the present Congress).

It is instinctive at this point to remember a famous quotation of Paolo Grossi (Emeritus Professor at University of Florence and Judge of the Constitutional Court) “The juridical dimension can’t be eradicated from experience, the law it is not like a cloud floating over lands”.

The book collects also some contributions related to the main topic exposed during other Aida meetings: the insurance of tenant’s liability that in some cases is mandatory by contract, the sanitary risk and the insurance covering medical malpractice, new frontiers of damage compensation in case of car accidents and motor insurance, insurance workers.

LA REGOLAZIONE E LA VIGILANZA NELLE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE

Michele Siri*

SOMMARIO: 1. L'intervento pubblico nel settore assicurativo. - 2.1. La regolazione in senso proprio del settore assicurativo. - 2.1.a. Regolazione dell'organizzazione d'impresa. - 2.1.b. Regolazione dei premi e dei contratti. - 2.1.c. Regolazione degli obblighi di copertura. - 2.2 Regolazione della solvibilità. - 6. Considerazioni conclusive. - Bibliografia

1. L'intervento pubblico nel settore assicurativo

Le ragioni dell'intervento pubblico nel mercato assicurativo sono giustificate dai c.d. "fallimenti del mercato assicurativo", cioè le situazioni nelle quali il funzionamento di un libero mercato non garantisce esiti accettabili (Kwon, 2011 - Buzzacchi - Siri, 2007).

Una prima categoria di fallimenti del mercato può essere attribuita alla presenza di selezione avversa. Quando l'informazione circa il rischio individuale è più raffinata per l'assicurato che per l'assicuratore, quest'ultimo propone necessariamente una tariffa commisurata al rischio medio, e così facendo determina un sussidio incrociato ai soggetti più rischiosi della media da parte di quelli meno rischiosi della media, mentre l'assicurato stesso è consapevole se riceve o versa tale sussidio. I soggetti meno rischiosi hanno dunque minore incentivo ad acquistare copertura, e l'assicuratore che si conformasse a tale strategia tariffaria finirebbe per selezionare un portafoglio più rischioso della media. Questa situazione può condurre alla scomparsa del mercato, o comunque ad un insufficiente meccanismo di riallocazione dei rischi.

Le imprese in modo autonomo possono (e hanno incentivo a) combattere questa situazione, progettando in modo opportuno i contratti. Innanzitutto, esse personalizzano le tariffe, cioè condizionano i premi a variabili osservabili, purché correlate con il rischio inosservabile. Secondariamente, le imprese possono adottare meccanismi di *screening*, cioè offrire menu di contratti opportunamente costruiti in modo tale che gli assicurati scelgano in modo differente in funzione della propria rischiosità. Si realizza quindi un meccanismo di autoselezione, che risolve almeno in parte i problemi di asimmetria informativa.

I meccanismi di personalizzazione e quelli di *screening* riducono entrambi i sussidi incrociati tra differenti tipologie di assicurati e sono usualmente

* Università di Genova.

utilizzati in modo complementare; associata a queste strutture contrattuali si genera quindi presso la collettività un'attribuzione dei costi di copertura che necessariamente è (benché imperfettamente) correlata alla rischiosità individuale. Il meccanismo di mercato non può ripartire i costi sociali del rischio secondo altri profili; qualora si volessero implementare meccanismi distributivi alternativi, sarebbe necessario attivare strumenti di regolamentazione *ad hoc*.

Una seconda categoria di fallimenti del mercato può essere attribuita alla presenza di azzardo morale dell'assicurato. Come si è detto, a seguito della stipula del contratto di assicurazione si vengono a modificare gli incentivi alla prevenzione ed al consumo da parte dell'assicurato, nella direzione di una minore attenzione a ridurre le determinanti del rischio: i soggetti, una volta assicurati, tendono cioè a mostrarsi più rischiosi. Le imprese hanno ovviamente incentivo a gestire questa situazione, e le soluzioni a questo fallimento sono ancora improntate al *design* contrattuale: coperture incomplete per mantenere un adeguato rischio sull'assicurato (ma allora la riallocazione del rischio è solo parziale) e personalizzazione. Sovente, tuttavia, le variabili di personalizzazione utilizzate dalle imprese hanno scarsa efficacia nel contenimento del rischio aggregato: il problema dell'assicuratore, infatti, non è prioritariamente quello di minimizzare il rischio, quanto la capacità di anticipare nel premio l'azione nascosta dell'assicurato e/o selezionare rispetto alla concorrenza gli assicurati meno rischiosi (*cream skimming*).

Una terza categoria di fallimenti del mercato può essere attribuita alla presenza di azzardo morale dell'intermediario in sede di investimento. Come si è evidenziato, senza interventi normativi *ad hoc*, l'assicuratore investe inosservato i premi raccolti, ma in virtù della propria responsabilità limitata risponde delle promesse di risarcimento solo entro il limite del patrimonio dell'impresa. Ci può creare incentivi a politiche di investimento dei premi non finalizzati a garantire una soglia sufficientemente elevata di probabilità di solvenza. Peraltro, va sottolineato come la recente teoria del comportamento dell'assicuratore (Rees-Kessner, 1999) suggerisca che: a) nel gioco ripetuto, in condizioni di trasparenza informativa circa le scelte di investimento dell'assicuratore, la massimizzazione dei profitti di quest'ultimo coincide con la minimizzazione della probabilità di fallimento; e comunque b) il dissesto di un assicuratore non ha gli effetti sistemici tipici del settore dei depositi bancari (si veda la rassegna in Freixas-Rochet, 1997), ossia non minaccia la stabilità dell'intero settore.

Una quarta categoria di fallimenti del mercato può essere attribuita alla presenza di azzardo morale dell'assicuratore in sede di distribuzione. Il contratto assicurativo è un prodotto spesso assai complesso, la cui totale comprensione sfugge al normale assicurato, che non è in grado di apprezzarne né il valore, né l'adeguatezza alle proprie esigenze. La scelta da parte dell'impresa riguardo alla forma istituzionale della distribuzione assicurativa (integrazione

verticale, cioè distribuzione diretta, oppure disintegrazione verticale tramite agenti mono-mandatari oppure brokers) e della remunerazione di tale servizio, peraltro, risponde ovviamente ad una logica di massimizzazione dei profitti. Vi è chi sostiene in letteratura che l'incentivo per l'impresa a controllare la qualità del servizio distributivo conduce ad esiti inferiori a quanto ritenuto desiderabile da un punto di vista collettivo. Il problema specifico in ambito assicurativo, discusso in Buzzacchi (2004), è un problema che investe in realtà tutta l'industria dell'intermediazione finanziaria.

Da ultimo, la complessità dei mercati assicurativi e le tipicità nazionali derivanti dalle differenti normative e dai consolidati comportamenti sono causa di un fallimento assai peculiare, ossia la naturale impermeabilità dei differenti mercati nazionali – pur con gradi differenti al variare dei rami – al processo di unificazione del mercato comunitario, il che naturalmente significa un più circoscritto (e quindi meno efficace) meccanismo concorrenziale, oltre al valore politico che assume l'obiettivo di integrazione dei mercati.

Quanto fin qui presentato costituisce quindi un insieme di situazioni nelle quali la mano invisibile del mercato assicurativo non è in grado di spingere autonomamente verso soluzioni ideali per la collettività. Questi problemi nascono essenzialmente dall'asimmetria informativa a favore dell'assicurato circa la propria intrinseca rischiosità e le azioni intraprese dopo la stipula del contratto, dall'imperfetto *commitment* dell'assicuratore circa la propria solvibilità ed infine dalla complessità contrattuale e dalla necessità di garantire una tutela particolare all'assicurato. Alcuni di questi problemi colpiscono anche i profitti delle compagnie assicurative, oltre al benessere collettivo, e dunque ci si può attendere uno sforzo da parte delle prime per raggiungere soluzioni di *second best* che vadano anche a vantaggio della stessa collettività. Ma l'obiettivo dell'assicuratore privato deve indirizzarsi verso la massimizzazione dei profitti nel lungo periodo, e non è garantito che tale obiettivo sia sempre allineato con le istanze di benessere sociale. È in questo spazio che si giustifica economicamente l'intervento della mano visibile dello Stato. L'intervento pubblico nel settore assicurativo può essere proposto in diversi stadi del gioco di produzione assicurativa. Tali interventi, inoltre, spesso interferiscono tra loro con segno variabile e vanno dunque armonizzati con precisione. Va infine notato che, naturalmente, alcuni dei fallimenti presentati sono di intensità variabile con il ramo cui si riferiscono: ecco quindi che alcuni strumenti di intervento pubblico finiscono per essere specifici di segmento, mentre altri più generali riguardano contestualmente tutti i rami assicurativi.

L'intervento pubblico più semplice da interpretare, sul quale non ci si soffermerà in questa sede, è quello nel quale lo Stato si propone direttamente come produttore di servizi assicurativi. Questo orientamento può a sua volta prevedere il monopolio pubblico di uno specifico segmento, oppure la semplice presenza di assicuratori pubblici e privati. Il monopolista pubblico —

tipicamente non configurato come compagnia assicurativa in senso stretto – è in grado di offrire coperture a prezzi inferiori ai costi o addirittura a prezzi nulli, sussidiati dalla fiscalità generale, e risponde quindi prioritariamente a logiche distributive, che si realizzano facendo sostenere a tutta la collettività il costo della copertura di un particolare rischio. Questo in molti Paesi è il caso di una parte delle coperture sui rischi sanitari e previdenziali.

Un secondo campo di intervento pubblico in grado di influenzare il funzionamento di un mercato assicurativo comprende gli investimenti e le normative finalizzati a ridurre lo specifico rischio sottostante ad una particolare copertura. La logica di questi interventi richiede che si incentivino attività di prevenzione (ovvero si limitino le scelte di consumo) qualora si ritenga che i singoli cittadini non abbiano stimolo ad intraprenderle autonomamente, benché i benefici di tali attività superino i relativi costi. Questa situazione è abitualmente associata a condotte di consumo o prevenzione caratterizzate da significative esternalità, per cui ci si aspetta prevalgano effetti individuali di *free riding*.

Un terzo ambito di intervento pubblico che va citato riguarda la normativa indiretta, cioè non esplicitamente riferita al contesto assicurativo, ma comunque in grado di influenzare significativamente questo mercato. Tra tutti gli interventi, in questa breve rassegna, si ritiene opportuno ricordare in modo particolare la normativa contrattuale che regola i sistemi di responsabilità. Se è vero che le attività di consumo e prevenzione intraprese a titolo individuale sono incentivate/disincentivate dalla responsabilità individuale, attribuire una responsabilità dei rischi – pur riconoscendone la componente aleatoria – al soggetto maggiormente cruciale, in relazione alla sua discrezionale attività di contenimento del rischio è efficiente, prima ancora che giusto. Si pensi ad esempio ai sistemi di responsabilità dei professionisti, alla responsabilità civile delle imprese riguardo i prodotti che commercializzano o al sistema di responsabilità civile associata all'uso dei veicoli. Ora, le regole per l'attribuzione della responsabilità dei danni a qualche specifico individuo o al caso, influenzano le tipologie contrattuali che possono essere offerte dalle compagnie, ad ognuna delle quali possono essere associati effetti più o meno desiderabili dal punto di vista collettivo. Specularmente, è stato notato che, a sua volta, la presenza di un mercato assicurativo che offre copertura relativamente ad un sistema di responsabilità socialmente desiderabile, distorce comunque il sistema di incentivi messi in atto dal legislatore. Le scelte e le valutazioni in quest'ambito vanno perciò viste come fortemente complementari.

2.1. La regolazione in senso proprio del settore assicurativo

Si intende con regolazione in senso proprio del settore assicurativo la normativa specifica che vincola le azioni di assicurati ed assicuratori in quanto

tali. Dal punto di vista della tipologia dell'azione che viene regolata, è possibile una classificazione dei principali interventi di regolazione in quattro classi, corrispondenti ad altrettanti stadi del gioco di produzione (Buzzacchi - Siri, 2007). Nel seguito essi vengono discussi separatamente, evidenziandone le finalità più evidenti e dirette; si tratta comunque naturalmente della descrizione di un ampio insieme di interventi, dal quale le normative effettivamente applicate nei vari mercati combinano variamente un sottoinsieme di elementi.

2.1.a. Regolazione dell'organizzazione d'impresa

Un primo ambito di intervento pubblico può riguardare i vincoli posti all'organizzazione economica e finanziaria dell'impresa, cui viene condizionata l'autorizzazione ad operare nello specifico mercato. Si tratta essenzialmente di vincoli patrimoniali, vincoli sulla separazione contabile tra i vari segmenti per le imprese multi-ramo e vincoli sulle caratteristiche che deve assumere la rete di vendita e di liquidazione. Regolare l'organizzazione dell'impresa, quale condizione per partecipare al mercato, significa che il soggetto pubblico ritiene di doversi rendere garante presso gli assicurati circa un grado minimale di solvibilità e di qualità del servizio offerto. L'atteggiamento del regolatore – analogamente a ciò che avviene sui mercati finanziari – è in questo senso orientato alla stabilità del sistema, ma anche a fissare degli *standard* minimi che garantiscano accettabili prospettive anche ad un assicurato che non sia in grado di valutare autonomamente le imprese ed i prodotti. Si rende accessibile il mercato ad una più vasta clientela, il che ha evidenti vantaggi sia in termini di equità, che di efficienza. In generale, tuttavia, un eccesso di requisiti per l'entrata, può finire per costituire una barriera all'ingresso e un ostacolo all'innovazione organizzativa.

2.1.b. Regolazione dei premi e dei contratti

Questo ambito di intervento prevede misure variegata, che possono essere da poco a molto intrusive sulla competizione di breve periodo tra le imprese. Il regolatore potrebbe decidere di porre dei vincoli sul meccanismo di formazione dei prezzi, sulla natura e la varietà dei contratti, o infine sugli obblighi dell'assicuratore nei confronti della clientela in fase di contrattazione.

Un meccanismo di fissazione di prezzi minimi e/o di limitazione delle politiche di sconto viene abitualmente inteso come un elemento complementare alle politiche per la solvibilità. Un meccanismo di fissazione di prezzi massimi è il classico strumento di disciplina dei settori nei quali si ritiene la concorrenza inefficace. Questo intervento, nelle esperienze passate italiane, ha anche avuto

l'obiettivo di contenimento dell'inflazione. Queste regole rischiano di favorire pratiche collusive ed inoltre distorcono gli incentivi competitivi delle imprese.

Gli interventi che prevedono qualche forma di standardizzazione dei contratti offerti, hanno invece finalità differenti. La letteratura microeconomica spiega l'utilità di un intervento pubblico volto al contenimento della varietà contrattuale (standardizzazione). Il tipico modello di competizione assicurativa con rischi eterogenei prevede che le imprese adottino all'equilibrio strategie di selezione dei rischi; tali pratiche si realizzano attraverso la classificazione e lo *screening*, che in linea di principio hanno un effetto procompetitivo, in quanto risolvono i principali problemi di asimmetria informativa. Il *cream skimming*, tuttavia, può generare una varietà contrattuale eccessiva dal punto di vista della valutazione di efficienza, e può condurre verso strutture tariffarie indesiderate sul versante dell'equità oppure caratterizzate da eccessiva *misclassification* (cioè l'attribuzione imperfetta della rischiosità individuale). Ancora sul versante dell'efficienza, l'imposizione da parte del soggetto pubblico di talune variabili di classificazione e il divieto di altre, potrebbe essere finalizzato a generare specifici incentivi alla riduzione del rischio da parte degli assicurati. L'assicuratore, infine, potrebbe essere obbligato ad attenersi a specifici comportamenti nei confronti dell'assicurato in sede di contrattazione. Stante la complessità del mercato e la varietà delle tariffe, per ridurre i *search costs* e rafforzare la competizione, potrebbero essere richieste all'assicuratore particolari procedure di pubblicizzazione delle tariffe. Oppure, può essere introdotto l'obbligo a contrarre, ossia l'impossibilità da parte dell'assicuratore di rifiutare la copertura ad un cliente.

2.1.c. Regolazione degli obblighi di copertura

Alcuni rami assicurativi sono talvolta caratterizzati dall'obbligo di copertura per ogni individuo soggetto al rischio. Due sono le ragioni che giustificano tale intervento: da un lato, l'obbligatorietà della copertura risolve il problema di selezione avversa, e in questo senso si otterrebbe una superiore efficienza del sistema; dall'altro, per il caso di coperture di responsabilità, si consideri che esse garantiscono al generico cittadino sottoposto al rischio derivante dall'attività di terzi di non correre il pericolo di subire il danno da un soggetto insolvente: la copertura obbligatoria per i rischi di responsabilità civile elimina questo pericolo, ed interviene perciò con finalità di natura distributiva.

L'obbligo di copertura interferisce con il problema complementare citato al punto precedente: è accettabile imporre una specifica copertura se poi c'è il rischio che l'assicurato non trovi chi è disposto ad offrire tale copertura? La risposta potrebbe essere affermativa (semplicemente, chi non trova una copertura sarebbe costretto in questo caso ad astenersi dall'attività che genera

il rischio), oppure negativa. Nel secondo caso è quindi ritenuto implicitamente un diritto svolgere l'attività sorgente del rischio, ed è quindi un problema del regolatore quello di trovare il meccanismo in grado di garantire tale esito.

Due sono le strade usualmente intraprese: da una parte l'obbligo a contrarre; dall'altra, la costituzione di un assicuratore speciale – un soggetto pubblico, oppure un consorzio obbligatorio tra imprese (*pool*) – che si impegni ad assumere tutti i rischi rifiutati dal mercato regolare [circa i vantaggi e gli svantaggi delle due soluzioni, si veda Buzzacchi e Siri (2001)].

2.2 Regolazione della solvibilità

La legge dei grandi numeri garantisce che la varianza dei risarcimenti aggregati tenda a zero al crescere del numero di rischi indipendenti assunti. Ciononostante, è impossibile che tale varianza si annulli, perché i portafogli hanno comunque dimensione finita e perché i rischi non sono mai del tutto indipendenti. Date le distribuzioni dei rischi, è quindi possibile individuare un livello della somma tra capitale versato e margini di garanzia (le riserve tecniche e matematiche), che renda inferiore ad una certa soglia desiderata la probabilità dell'impresa di non essere in grado di fronteggiare i risarcimenti associati alla realizzazione dei sinistri. La regolazione di solvibilità prevede che le imprese mantengano un valore sufficientemente basso di probabilità di fallimento investendo una quota adeguata di fondi in *assets* caratterizzati da un rischio adeguatamente basso ed alta liquidità.

La scelta di fissare probabilità di fallimento sufficientemente basse per ogni impresa garantisce stabilità al sistema e protezione agli assicurati. Questi due obiettivi, in realtà, non sono che in parte allineati: la protezione degli assicurati, come si è già osservato, potrebbe infatti essere conseguita con strumenti alternativi alle garanzie di solvibilità delle imprese (per esempio costituendo un fondo collettivo per garantire i risarcimenti ai clienti delle imprese fallite, pur accettando una significativa probabilità di fallimento per ogni impresa e mutualizzando così tra tutti gli assicurati il rischio di insolvenza delle imprese); e, d'altro canto, se l'obiettivo di stabilità si giustifica in termini di efficienza, non bisogna dimenticare che gli strumenti a tutela della solvibilità tendono a rendere meno efficaci i meccanismi selettivi di mercato e facilitano la presenza di extraprofiti (vedi Rees- Kessner, 1999).

In conclusione di questo *excursus* sulla natura dei possibili interventi di regolamentazione del mercato assicurativo si è discusso come vari interventi possano – in modo complementare o sostitutivo – essere utilizzati per perseguire medesime finalità. D'altro canto, molti di questi interventi hanno effetti collaterali in direzioni differenti dalle ragioni per le quali essi vengono introdotti. Ne consegue che gli obiettivi perseguiti dal soggetto pubblico tendono

a non essere separabili, cioè a dire, gli interventi di regolazione finiscono per utilizzare una molteplicità di strumenti variamente declinati – anche solo in sottomercati differenti di uno stesso sistema economico – che vanno valutati congiuntamente e che necessariamente forniscono un risultato di compromesso considerate le diverse finalità di interesse.

6. Considerazioni conclusive

In questo lavoro si sono innanzitutto illustrate le ragioni teoriche a sostegno della tesi che nei mercati assicurativi l'allocazione spontanea delle risorse ha talvolta proprietà insufficienti rispetto a ragionevoli obiettivi sociali. Ciò si verifica a causa delle articolate asimmetrie di informazione tra assicurato ed assicuratore e dei complessi intrecci tra meccanismi di competizione di prezzo e meccanismi di competizione fondati sulla differenziazione contrattuale. La varietà delle ragioni che giustificano l'intervento di regolamentazione nel settore assicurativo, spiegano allo stesso modo il fatto che tale intervento possa concretizzarsi attraverso un notevole spettro di misure, di volta in volta complementari o sostitutive tra di loro.

La liberalizzazione del settore assicurativo, in corrispondenza del processo di integrazione comunitaria, è stata realizzata in un contesto nel quale l'intervento pubblico diretto e indiretto (in particolare gli aspetti fiscali e la legislazione contrattuale) nei differenti mercati nazionali si presentava estremamente eterogeneo. La convergenza verso un modello di regolamentazione comune è stata giudicata opportuna per eliminare gli effetti discriminatori di una regolamentazione asimmetrica tra le imprese di diverse nazionalità. Tale modello di regolamentazione comune è stato individuato – anche al fine di limitare la conflittualità sul piano politico – in un modello di intervento specifico molto leggero, prevalentemente incentrato su strumenti di vigilanza prudenziale, a fronte dei quali si promuove la libertà contrattuale delle imprese quale meccanismo fondamentale garante dell'efficienza del meccanismo concorrenziale (Buzzacchi - Siri, 2007).

Dal punto di vista teorico, in altri termini, nel *trade-off* tra massima opportunità di apertura dei mercati e massimo controllo dei possibili fallimenti di mercato si è scelto di privilegiare il primo aspetto. L'evidenza empirica mostra fenomeni di mobilità delle imprese assai modesti ed inoltre l'integrazione non sembra aver ridotto in misura significativa i differenziali di prezzo nei diversi mercati nazionali. La competizione transfrontaliera attorno alla quale le terze direttive avevano disegnato il regime della libertà di prestazione di servizi non sembra quindi operare in modo efficace. Peraltro, la dinamica concorrenziale nel mercato domestico sembra comunque discontinua nel consentire esiti pienamente soddisfacenti per la collettività.

Il principio di libertà contrattuale delle imprese non preclude un apposito spazio a specifici interventi di controllo dell'organizzazione d'impresa, dei prezzi e della varietà contrattuale. Non ci si riferisce naturalmente ad ipotesi di ritorno ad un regime di prezzi amministrati e di contratti secondo clausole uniformi, ma all'opportunità di introdurre strumenti che favoriscano in modo virtuoso alcune evidenti esigenze di standardizzazione e coordinamento delle strategie d'impresa al fine di risolvere i peculiari problemi di distribuzione asimmetrica dell'informazione.

Bibliografia

Buzzacchi L., *Distribuzione assicurativa e concorrenza nel mercato italiano*, in *Economia e Politica Industriale*, 2004, 121, 161-184.

Buzzacchi L. - Siri M., *Bad Company: quali indicazioni per il mercato italiano sulla base del confronto internazionale*, in *Quaderni CERAP*, 21, Università Bocconi, giugno 2001.

Buzzacchi L. - Siri M., *Efficienza ed equità nel mercato dell'assicurazione obbligatoria R.C. auto: ri-regolamentare per liberalizzare?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 3, 161-84.

Buzzacchi L. - Siri M., *Concorrenza e regolazione nel mercato assicurativo*, in *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, a cura di S. Pammolli - C. Cambini - A. Giannaccari, Bologna, 2007, 269-304.

Buzzacchi L. - Valletti T., *Strategic Price Discrimination in Compulsory Insurance Markets*, in *Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, 2005, 30, 71-97.

Freixas X. - Rochet J.C., *Microeconomics of Banking*, MIT Press, Cambridge, MA, 1997.

Kwon W.S., *The Economic Rationale for Insurance Regulation*, in P.M. Liedtke - J. Monkiewicz (a cura di) *The Future on Insurance Regulation and Supervision. A Global Perspective*, London, 2001, 23-40.

Rees R. - Kessner E., *Regulation and Efficiency in European Insurance Markets*, in *Economic Policy*, 1999, 29, 363-92.

SANZIONI IN MATERIA DI OBBLIGO A CONTRARRE*

Enrico Galanti**

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'obbligo a contrarre nell'ordinamento giuridico italiano. - 3. La sentenza della Corte di giustizia CE del 2009. - 4. Il confronto con l'elusione tributaria. - 5. L'azione dell'autorità di controllo in materia di elusione dell'obbligo a contrarre. - 6. Criticità emerse in sede di controllo giudiziale. - 7. Proposte per un loro superamento

1. Premessa

Ringrazio la prof.ssa Landini per avermi invitato a questo incontro, che costituisce per me la prima occasione di riflessione tecnica pubblica su di un argomento specifico, da quando ho assunto, nel settembre scorso, la responsabilità dell'Ufficio Legale dell'IVASS dopo 25 anni di permanenza nell'analoga struttura della Banca d'Italia. Permanenza che ha, ovviamente, plasmato la mia professionalità e le mie categorie logiche che, in questi mesi, ho cercato di riconvertire, adattandole al nuovo contesto, approfittando anche di occasioni come questa che risultano particolarmente utili.

Dividerò questo mio intervento in due parti ideali. La prima, dedicata ad una ricostruzione del fondamento e delle caratteristiche dell'obbligo a contrarre previsto all'art. 132 c.a.p., come delineati dalla dottrina e dalla sentenza della Corte di giustizia CE del 2009. Mi scuso se nel far questo ritornerò su alcuni concetti già toccati da altri nel corso della mattinata (in particolare dal prof. Frigessi di Rattalma), ma trovo questo riepilogo propedeutico alla seconda parte nella quale mi soffermerò sull'iniziativa intrapresa dall'autorità di controllo per rendere effettivo l'obbligo codicistico ed, in particolare, sull'utilizzo dello strumento sanzionatorio previsto dall'art. 314 c.a.p. per reprimere l'elusione dell'obbligo a contrarre. Mi soffermerò, in particolare, sulle criticità di questo utilizzo, che risultano da una sua recente applicazione che ha dato luogo ad un contenzioso presso il giudice amministrativo ancora in essere, per poi individuare alcune possibili modalità di superamento di tali nodi, *de iure condendo*.

Per quanto ovvio, mi preme di sottolineare che le opinioni espresse in questo intervento sono esclusivamente mie e non impegnano l'Istituto di appartenenza.

* L'autore ringrazia l'avv. Dario Zamboni, la dott.ssa Giulia Holzer e la dr.ssa Marina Mieli per i preziosi suggerimenti dati in sede di revisione critica del testo.

** Avvocato, IVASS Ufficio Consulenza Legale.

2. L'obbligo a contrarre nell'ordinamento giuridico italiano

Il tema dell'obbligo a contrarre sembra sempre attuale come testimoniano le voci che, anche in questo convegno, ne hanno auspicato, per coerenza, l'estensione ad altri campi dell'assicurazione obbligatoria oltre a quello della R.C. Auto, come quella professionale (medici, avvocati, notai, ecc.) .

L'articolo 132 del Codice delle Assicurazioni, nel riprendere il contenuto dell'articolo 11 della legge 24 dicembre 1990, n. 690, impone alcune fondamentali regole di comportamento a carico delle imprese nella costruzione delle tariffe RC auto.

Già in sede di lavori preparatori dell'articolo 126 del d.lgs. n. 175/1995 (che aveva modificato il testo del citato art. 11 legge n. 990/1969, poi rifiuto nell'art. 132 del Codice) era stato previsto che, a fronte dell'obbligo generalizzato a carico all'utenza di assicurarsi per la responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, dovesse essere imposto un corrispondente obbligo nei confronti degli assicuratori di accettare tutte le proposte loro presentate, secondo le condizioni di polizza e le tariffe dagli stessi preventivamente determinate. Ciò, al fine di rendere concretamente realizzabile l'obbligo a contrarre che, evidentemente, avrebbe potuto essere facilmente eluso ove fosse stato consentito alle imprese di applicare premi privi di qualsivoglia giustificazione tecnica.

A ben vedere, il legislatore, nell'introdurre un obbligo siffatto a carico delle imprese, ha principalmente avuto riguardo al consumatore, il quale ha diritto a non essere ingiustamente discriminato nell'accesso al prodotto assicurativo R.C. Auto predisposto dalla compagnia, pur ovviamente nella diversità di tariffa a seconda del rischio assicurato sulla base di criteri tecnico-attuariali.

L'obbligo legale a contrarre non si pone quindi in contraddizione con l'autonomia negoziale: l'impresa rimane infatti libera di individuare il contenuto del contratto e di applicare il premio, sia pur nell'ambito di tariffe dalla stessa determinate *ex ante* in coerenza con le proprie basi tecniche, sufficientemente ampie ed estese per almeno cinque esercizi (art. 35.1 c.a.p.).

La soluzione scelta dal nostro ordinamento rispecchia la valorizzazione del profilo della mutualità, in una prospettiva solidaristica e costituzionalmente orientata, volta a garantire l'effettività della copertura assicurativa per tutte le auto ed i natanti e ad evitare la ricaduta su alcune categorie di assicurati di tariffe ingiustificatamente più alte.

Non va dimenticato, al riguardo, che l'assetto regolamentare della r. c. auto, oggi emergente dal codice delle assicurazioni, rappresenta il punto di arrivo di un'articolata serie di interventi legislativi seguiti alla prima liberalizzazione (1994) proprio per far fronte ad un generalizzato incremento delle tariffe e ad un'elaborazione delle condizioni di polizza che, di fatto, aveva reso proibitiva la conclusione dei contratti in intere aree del nostro Paese, con conseguente previsione di meccanismi sanzionatori volti appunto a perseguire la fattispecie

dell'elusione. Quest'ultima è stata introdotta dall'art. 4 l. 5.3.2001, n. 57 - che ha inserito nella legge n. 990/1969 sulla R.C. Auto un nuovo art. 12-*quater* poi trasferito nel c.a.p. con modifiche sostanziali per quanto riguarda l'ammontare della sanzione – proprio perché il legislatore si era reso conto di come fosse estremamente facile aggirare l'obbligo a contrarre tramite la fissazione di una tariffa alta per determinate zone e categorie di assicurandi.

In questo senso, l'obbligo a contrarre è strumentale al raggiungimento del fine sociale sotteso all'obbligatorietà dell'assicurazione R.C. Auto: quello di evitare che le vittime di sinistri legati alla circolazione di veicoli e natanti restino prive di tutela risarcitoria. Esso – analogamente agli obblighi a contrarre previsti per il monopolista legale (art. 2597 c.c.) e per il concessionario di servizi di trasporto di linea (art. 1679 c.c.) - può quindi agevolmente inquadrarsi in quei controlli e limiti che la legge può imporre all'iniziativa economica privata per indirizzarla e coordinarla a fini sociali, ai sensi dell'art. 41 Cost. Si differenzia da essi perché, in questo caso, non deve essere garantita la parità di trattamento ma l'applicazione di una tariffa non discriminatoria e coerente con le basi tecniche dell'impresa.

Questo diviene quindi il concetto fondamentale che riesce a coniugare la libertà tariffaria con i fini sociali ed il divieto di discriminazione irragionevole. Il punto delicato è che esso implica complesse valutazioni tecnico-discrezionali dell'autorità di controllo sull'adeguatezza della tariffa sottoposte poi al vaglio del giudice amministrativo.

3. La sentenza della Corte di giustizia CE del 2009

È interessante notare come l'obbligo a contrarre di cui all'art. 132 c.a.p. sia stato ritenuto conforme ai Trattati dalla nota sentenza della Corte di giustizia CE del 2009¹. Si tratta di una pronuncia fondamentale perché con essa è stata stabilita la coerenza dello strumento prescelto dall'ordinamento italiano per dare effettività all'obbligo di assicurazione R.C. Auto con una fondamentale fonte di rango superprimario che si affianca, in materia economica, alla nostra Costituzione.

In estrema sintesi, la Corte ha ritenuto che, in effetti, l'obbligo di contrarre restringa la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi costituendo un'ingerenza sostanziale nella libertà di contrarre di cui godono, in linea di principio, gli operatori economici ma che tale restrizione è giustificata in quanto risponde a ragioni imperative di interesse pubblico consistenti nell'obiettivo di

¹ Corte Giust. CE, Grande sez., sentenza 28 aprile 2009 in causa C-518/06, *Commissione CE contro Repubblica Italiana*, sostenuta da Repubblica di Finlandia.

protezione sociale delle vittime di incidenti stradali ed è adeguata a garantire il conseguimento di tale scopo non superando quanto necessario per il suo raggiungimento. Il giudice comunitario ha infatti ritenuto che una limitazione dell'obbligo di contrarre alle sole regioni meridionali avrebbe fatto sorgere una situazione giuridicamente dubbia in termini di disparità di trattamento, nei confronti dei proprietari di autoveicoli residenti in altre Regioni.

È interessante notare come la Corte abbia esplicitamente ritenuto l'opportunità di un obbligo legale per le imprese di contrarre al fine di evitare che esse si ritirino dalla parte meridionale del Paese, privando in tal modo i proprietari di autoveicoli ivi residenti della possibilità di concludere l'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile auto.

Secondo la Corte tale obbligo di contrarre non impedisce alle imprese di assicurazioni di calcolare una tariffa più elevata per un contraente residente in una zona caratterizzata da un numero rilevante di sinistri rispetto ad un contraente residente in una zona a rischio meno elevato.

Tale regola non impone necessariamente alle imprese di assicurazione di orientare le loro tariffe in base alla media del mercato e non realizza un sistema di previa autorizzazione o di comunicazione sistematica delle tariffe stesse ed è quindi conforme ai principi europei della libertà tariffaria.

4. Il confronto con l'elusione tributaria

Se raffrontiamo l'elusione dell'obbligo di contrarre e quella degli obblighi tributari, notiamo delle significative differenze. Nel primo caso, infatti, la legge non qualifica o definisce in alcun modo quando l'elusione si presuma avvenuta mentre, nel secondo, la norma fornisce all'amministrazione finanziaria elementi ben precisi in base ai quali impostare l'avviso di accertamento con cui dichiara che i comportamenti elusivi non le sono opponibili². Per quanto riguarda l'obbligo a contrarre, invece, non essendoci parametri legislativi cui far riferimento, vi è maggior discrezionalità da parte dell'autorità di controllo ma il suo esercizio è più difficile, legato com'è alla dimostrazione di un premio eccessivamente alto costruito tramite una tariffa non congrua rispetto alle basi tecniche.

² Il riferimento è all'art. 37-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 che fornisce sia una serie di elementi qualitativi (assenza di ragione economica, finalità di aggirare obblighi e divieti o ottenere benefici indebiti) che una lista di operazioni con le quali il comportamento elusivo deve essersi attuato.

5. L'azione dell'autorità di controllo in materia di elusione dell'obbligo a contrarre

Sembra ora opportuno dar conto dell'iniziativa dall'autorità di controllo di fronte a questa precisa indicazione del legislatore di ritenere l'obbligo a contrarre importante ed alla consapevolezza relativa alla facilità della sua elusione. Parlerò al riguardo in termini generali e con la dovuta cautela atteso che l'azione di vigilanza ha dato luogo a controversie ancora in corso dallo svolgimento delle quali è però già possibile trarre alcuni spunti.

L'ISVAP nel 2011 ha avviato un'analisi sulle tariffe del ramo R.C. Auto all'esito della quale, ritenendo che per 14 imprese i premi applicati con riferimento ad alcune categorie di assicurati risultassero significativamente elevati ed incoerenti rispetto alle basi tecniche, sono stati avviati i procedimenti sanzionatori relativi all'elusione dell'obbligo di contrarre.

Per fare solo qualche esempio, in un caso, il premio applicato nella provincia di Napoli per il tipo 1 (diciottenne di sesso maschile, assicurato per la prima volta, *bonus malus*, massimale minimo di legge, automobile 1300 cc, benzina, in classe d'ingresso) era risultato pari ad euro 6.157,00, detto premio aveva subito incrementi del 97 e del 41% rispetto ai due anni precedenti. Inoltre detto premio era superiore del 40% rispetto a quello praticato dalle 16 compagnie rappresentative del mercato scelte dalla stessa assicurazione per un raffronto. In un altro, il premio applicato per il tipo 4 (diciottenne di sesso maschile assicurato per la prima volta con un motociclo 250 c.c.) era risultato pari ad euro 4.127 nelle province di Bari, Napoli e Reggio Calabria e pari ad euro 2.033 nelle province di Firenze, Genova Palermo e Roma.

In materia di elusione dell'obbligo a contrarre anche gli attuari incaricati erano stati destinatari autonomi di ordinanze sanzionatorie ai sensi dell'art. 310, 1° comma, c.a.p. per la violazione dell'art. 34, 3° e 4° comma, in relazione alla mancata/erronea verifica della coerenza dei premi di tariffa con le basi tecniche per singole classi di tariffazione. Con sentenza del 16 gennaio 2013, il Tar Lazio ha tuttavia ritenuto che nel sistema del c.a.p. - il cui art. 325 consente l'irrogazione di sanzione alle persone fisiche solo in casi determinati - le uniche sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili agli attuari incaricati concernano l'omissione, da parte degli stessi, delle comunicazioni nei confronti dell'autorità di controllo previste da specifiche disposizioni del Codice stesso. L'Istituto, nonostante esistessero dei margini di dubbio, essendo la sentenza del Tar correttamente motivata in ordine al principio di stretta legalità, ha ottemperato annullando in autotutela anche le ordinanze impugnate con altri ricorsi. È questo uno dei casi in cui dal controllo giudiziale rivengono indicazioni utili alle autorità di controllo.

6. Criticità emerse in sede di controllo giudiziale

Nei giudizi relativi alle sanzioni per elusione dell'obbligo di contrarre nei confronti delle imprese, invece, sono state disposte CTU. Credo che al riguardo vadano evidenziate alcune problematiche.

Il Tar Lazio ha sposato la tesi del controllo intrinseco del giudice esteso alla: "verifica diretta di attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed al procedimento applicativo". Sappiamo che il giudice amministrativo (così come quello civile in sede di sanzioni nei confronti delle autorità di controllo) non sempre è così propenso ad entrare nel merito di scelte delle autorità di controllo connotate da forti elementi di discrezionalità³. In un altro settore molto delicato ad esempio, come le sanzioni bancarie per mancata appostazione a voce propria di crediti anomali, non risulta che richieste di CTU siano mai state accolte non solo dalla Corte di appello di Roma ma anche dal Tar Lazio, nel breve periodo in cui queste sanzioni sono state sotto la sua giurisdizione. La decisione di adottare un controllo intrinseco incisivo può essere dipesa sia dalla materia (la tutela dei consumatori ed i rapporti interprivati più che la vigilanza prudenziale sulle imprese e la stabilità) che dal fatto che l'impresa ha difeso la propria impostazione facendo riferimento al lavoro effettuato dal proprio attuario e quindi ad un elaborato che, dal punto di vista della dignità scientifica, può in qualche modo assimilarsi agli accertamenti tecnici dell'autorità di controllo.

³ Sui limiti del controllo del giudice amministrativo sui provvedimenti manifestazione di discrezionalità tecnica delle *authority* si sono di recente pronunciate le sez. un. della S.C. che decidendo un ricorso *ex* 362 c.p.c. (quindi sulla giurisdizione) avverso una sentenza del Consiglio di Stato che aveva deciso su di una sanzione dell'Antitrust ha enunciato il seguente principio di diritto: "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità di tale provvedimento, ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità – come nel caso delle definizioni di mercato rilevante nell'accertamento di intese relative della concorrenza – detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti limiti." (Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, Pres. Rovelli, Est. Rordorf). Mi sembra che questo autorevole *dictum* giurisprudenziale sia ben applicabile anche all'elusione dell'obbligo a contrarre della quale si sta discutendo. Si ricorda che nel nostro ordinamento non esiste una dottrina dell'*administrative deference* (USA Corte suprema caso Chevron 1987) ma spesso i giudici amministrativi sono arrivati a conclusioni simili negando che il controllo intrinseco possa essere di carattere "forte" o sostitutivo delle valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione.

Il giudice si è trovato di fronte quindi a due ricostruzioni altamente tecniche e fortemente strutturate e non a valutazioni dell'autorità di controllo solo genericamente criticate in sede di ricorso. Di qui, quindi il ricorso alla figura del CTU quale tecnico *super partes* al quale tentare di far dirimere la questione.

È interessante notare come, in una di queste ordinanze istruttorie la CTU sia stata disposta per stabilire se “i rilievi effettuati dall'ISVAP siano tecnicamente sostenibili”. Il quesito è poi molto articolato e chiede di verificare se: “i premi di tariffa praticati e che ISVAP ha ritenuto elusivi nel provvedimento impugnato, trovino invece adeguata giustificazione secondo la comune tecnica assicurativa ed attuariale, e siano coerenti con le metodologie adottate dalla stessa impresa e seguite dall'attuario professionista nella costruzione del proprio tariffario e, così, con le relative basi tecniche ed i coefficienti, tecnici e commerciali attuativi, la cui adeguatezza andrà egualmente appurata, così come andranno individuati i premi praticati da analoghe imprese assicurative per classi di rischio corrispondenti”. Va sottolineato come nell'impostazione del Giudice, il raffronto con quanto praticato da altre imprese presenti sul mercato sia importante.

Un elemento problematico di questo tipo di CTU è proprio la scelta del perito cui affidare l'incarico, testimoniata dalla circostanza che i Collegi giudicanti si sono rivolti al Consiglio dell'Ordine degli attuari o all'Università e che queste ultime hanno, a volta, avuto problemi ad individuare figure adatte. Si è infatti di fronte da un lato alla mancanza di un organo pubblico terzo (oltre quindi l'IVASS) dotato di competenze attuariali in campo assicurativo (sembra che esse infatti non siano presenti in ISTAT) tale da poter ricorrere al diverso mezzo istruttorio della verifica (cfr. art. 66 c. proc. amm.) e, dall'altro, ad una comunità scientifico professionale particolarmente ristretta.

L'altro elemento critico di questo tipo di CTU è che la determinazione della tariffa è la risultante di una serie di parametri complessi, alcuni di origine aziendale altri di mercato, che vengono utilizzati e combinati fra di loro sulla base non di una procedura rigida e predefinita, nella quale ci sono ampi margini di discrezionalità. Si pensi alla scelta ed alla combinazione, fra di loro, delle le c.d. variabili di personalizzazione che può portare a risultati molto diversi aventi tutti una loro coerenza interna. Non vi sono, in altre parole, una metodologia e delle procedure di costruzione della Tariffa normativamente stabilite. Esiste tuttavia una tecnica attuariale, rigorosa e scientificamente condivisa, che stabilisce i criteri generali da rispettare nell'applicazione dei metodi anche per la determinazione delle tariffe. Esiste inoltre, come punto di riferimento, la metodologia applicata nell'ex tariffa ministeriale (c.d. “Tariffa Filippi”, ultima versione 1994) che ha posto le basi per la costruzione sulla quale si sono poi innestate altre metodologie. Rimane comunque il rischio che il Giudice possa trovarsi di fronte ad un risultato non univoco e che possano rimanere dubbi sulla correttezza anche della soluzione non accolta dal CTU.

Un parziale antidoto pratico a tale inconveniente è l'adesione alla scansione procedimentale prevista dall'art. 67.2 del c.p.a. per l'effettuazione delle perizie che prevede che il CTU, nella Relazione finale, debba prendere "*specificatamente posizione*" sulle osservazioni e conclusioni formulate dai CTP sullo schema provvisorio di relazione. Il CTU, di fronte a critiche motivate della propria impostazione, dovrà cioè considerarle ad una ad una e non limitarsi ad elencarle, o rigettarle implicitamente seguendo la sua metodologia. Solo in questo modo potrà arriversi ad un risultato che sia, nello stesso tempo, rispettoso del contraddittorio ed utile al Giudice.

7. Proposte per un loro superamento

È presto, visto lo stato ancora aperto delle controversie, per trarre delle indicazioni dal controllo giudiziale sull'azione dell'autorità di controllo a tutela dell'effettività dell'obbligo a contrarre. La vicenda che si è brevemente delineata suggerisce però già da ora qualche riflessione, su possibili miglioramenti da introdurre *de iure condendo*, che potrebbero riguardare:

a) un maggior coinvolgimento e responsabilizzazione degli attuari attraverso la chiara enunciazione anche della loro responsabilità personale dal punto di vista sanzionatorio, in caso di erronea verifica della coerenza dei premi di tariffa con le basi tecniche per singole classi di tariffazione che abbia portato, di fatto, a premi elusivi. Qui ricordo che con il recepimento della Direttiva *Solvency II* la figura dell'attuario incaricato come persona fisica dovrebbe venir meno per essere sostituita dalla funzione attuariale. Siccome si sta però riflettendo a delle modifiche di aggiornamento del c.a.p. che tocchino anche il sistema delle sanzioni all'interno delle quali prevedere, in alcuni casi e al verificarsi di determinati presupposti, una maggior responsabilizzazione delle persone fisiche responsabili dell'illecito (esponenti, dirigenti, dipendenti e collaboratori) non è detto che a una maggior coinvolgimento, anche sanzionatorio, del responsabile della funzione attuariale non possa arriversi per questa via.

b) per quanto riguarda i tentativi di definire meglio quando può verificarsi elusione è ancora presto per fare anticipazioni che abbiano una qualche precisione. In IVASS si sta infatti ancora lavorando ad una soluzione, per quanto possibile condivisa con la professione attuariale, tramite un Tavolo tecnico, ma si è ancora lontani dall'aver raggiunto un'intesa anche se il dialogo continua. Il confronto riguarda sia il miglior strumento al quale affidare questa specificazione. Qui le opzioni possono essere la fissazione di parametri di scostamento dalla media delle tariffe oppure l'individuazione di alcuni *alert* aventi lo scopo di facilitare le verifiche sul processo di costruzione della tariffa. Il dialogo attiene però anche al "veicolo" con il quale introdurre queste precisazioni. E qui le opzioni possibili vanno da strumenti più di *soft law*, come

delle *guidelines* deontologicamente vincolanti per la professione, ovvero più cogenti come un intervento IVASS a livello di normativa secondaria.

Ma, come dicevo, non è possibile, in questo momento, fare anticipazioni troppo precise. L'auspicio è, ovviamente, che si possa arrivare ad una soluzione condivisa che riesca a definire meglio quando può considerarsi avvenuta un'elusione, dando così effettività ad un precetto legislativo importante per la tutela dei diritti dell'assicurato.

LE NUOVE FRONTIERE DELL'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA: PROBLEMI, RIFLESSIONI E PROSPETTIVE. INTERVENTO

Massimo Palazzo*

1. Alla mancata o inesatta osservanza dei numerosi obblighi posti a carico del notaio dall'ordinamento giuridico è connessa la problematica, complessa, delicata e, in taluni casi, estremamente discussa, responsabilità del notaio, ripartita, secondo una antica distinzione, in civile, penale e disciplinare. A questa triplice distinzione aggiungerei anche la responsabilità fiscale in ragione della sua rilevanza tipica e sempre più frequente nell'ambito dell'attività notarile.

2. La responsabilità civile del notaio si colloca nell'ambito della responsabilità contrattuale. Si pensi, ad esempio, al ricevimento di un atto pubblico di trasferimento immobiliare, attività di tipica competenza notarile. In questo caso, quale professionista incaricato dal cliente di svolgere un determinato incarico professionale (inquadabile nel contratto di mandato), il notaio risponde oltre che del proprio operato anche di quello dei propri ausiliari. Ma di cosa risponde il notaio? Varie sono le situazioni che devono essere analizzate dal notaio, il quale opera non solo come filtro dell'attuazione di regole civilistiche (preventiva verifica della legittimazione a stipulare l'atto e dei poteri rappresentativi, della libertà e disponibilità del bene e più in generale, delle risultanze dei registri immobiliari) ma anche dell'attuazione di regole tecniche appartenenti ad altre discipline (regolarità edilizia, urbanistica e catastale, contenimento dei consumi energetici, messa a norma degli impianti).

Pur essendo il notaio tenuto ad una prestazione qualificabile come di mezzi e non di risultato, l'attività che deve svolgere non si riduce al mero accertamento della volontà delle parti, ma si estende al controllo di legalità su tutte le clausole e sull'atto nel suo complesso, nonché a quelle attività preparatorie e successive, necessarie perché sia assicurata la certezza degli effetti giuridici del contratto ed in particolare la sua attitudine ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico di esso e del risultato pratico voluto dalle parti.

Ne consegue che, secondo il corrente orientamento giurisprudenziale, l'inosservanza anche di uno solo di detti obblighi dà luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento del contratto di opera professionale. Inoltre, come ripetutamente deciso dalla Corte di Cassazione, la funzione del notaio si estende all'attività di consulenza, anche fiscale.

* Consiglio Nazionale del Notariato.

Scorrendo i repertori di giurisprudenza degli ultimi dieci anni, è agevole osservare che la latitudine della responsabilità civile del notaio si sia notevolmente allargata in parallelo con l'incremento dei doveri allo stesso attribuiti.

Ciò avviene in tutti i settori dell'attività notarile: dalle compravendite ai mutui, in relazione ai quali viene sovente contestata al notaio la omissione o la inesatta esecuzione delle c.d. "visure ipocatastali", agli adempimenti conseguenti alla propria attività, fino alla consulenza giuridica e in particolare alla conseguenza in materia fiscale.

All'allargamento delle fattispecie di responsabilità concorre l'orientamento giurisprudenziale che ritiene che il danno prodotto dalla attività notarile possa essere contestato nel termine di dieci anni dal momento in cui una sentenza abbia accertato l'eventuale pregiudizio.

Tanto rigore si giustifica probabilmente proprio in ragione del fatto che l'attività notarile costituisce esercizio di una pubblica funzione.

Inoltre il rigore mostrato dai giudici nello specificare le condotte del professionista generatrici di responsabilità trova ulteriore giustificazione nella tendenza alla internalizzazione dei costi, in linea con gli insegnamenti di analisi economica del diritto, in quanto il notaio è visto come l'agente che può più facilmente assicurare il buon esito della operazione.

Tuttavia, ragionando in termini di analisi economica del diritto, verrebbe da domandarsi come mai il notaio venga individuato come l'assicuratore totale del buon fine dell'operazione, mentre altri operatori economici che conseguono compensi che vanno da otto a sedici volte l'onorario notarile, vadano di fatto esenti da ogni responsabilità, come ad esempio gli agenti immobiliari.

Volendoesemplificarealcuniatteggiamentigiurisprudenziali particolarmente rigorosi verso la categoria notarile potrebbe ricordarsi la vicenda che ha visto il notaio condannato per essersi limitato a eseguire le visure fino al giorno prima dell'atto senza preoccuparsi di verificare manualmente le formalità presentate il giorno stesso¹.

Analogamente il notaio è stato ritenuto responsabile per l'esistenza di un gravame che peraltro non risultava dai registri immobiliari come ha deciso recentemente il Tribunale di Roma, sezione distaccata di Ostia, con una sentenza depositata l'11 luglio 2013.

In merito alla severità esibita dai giudici in tema di responsabilità notarile merita ricordare Cass.24867/2010 che ritenendo nulla la clausola compromissoria contenuta in atti societari la quale preveda il deferimento delle controversie al giudizio di arbitri nominati dalle parti ha ritenuto il notaio disciplinarmente responsabile aprendo la strada al risarcimento del danno da

¹ Trib. Genova, 21 aprile 1995, in *Gius. civ.*, 1995, 3879.

responsabilità civile.

E ciò sebbene altre sentenze e molteplici opinioni dottrinali, anteriori e successive alla citata pronuncia siano nel senso che le disposizioni di cui agli articoli 34 ss. del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 devono essere interpretate nel senso che le medesime non precludono alle parti di valersi di clausole compromissorie di diritto comune.

Insomma appare ragionevole imporre al notaio di essere padrone tra l'altro, dell'arte divinatoria? E ancora occorrerebbe chiedersi quale tipo di responsabilità dovrebbe generarsi in capo ai giudici di merito che avevano ritenuto legittimo l'inserimento negli statuti di clausole redatte secondo le regole dell'arbitrato di diritto comune?

3. A mio avviso un discorso consapevole sul complesso tema della responsabilità civile del notaio, dovrebbe muovere da una adeguata riflessione sulla figura giuridica del notaio nell'amministrazione pubblica nella fase attuale.

E' noto infatti che la figura giuridica del notaio oscilla, secondo la concezione più diffusamente ricevuta, tra libera professione e pubblico ufficio.

Occorre peraltro segnalare come la dottrina più avvertita (Carnelutti, Satta, Nigro) abbia da tempo messo in evidenza che l'attività notarile sia tutta e sempre esercizio di una pubblica funzione, alla quale il notaio è tenuto per la soddisfazione di interessi pubblici e generali e per tale ragione egli è sottoposto a penetranti controlli da parte della pubblica amministrazione (Ministero Giustizia e Amministrazione Finanziaria) della Procura della Repubblica, oltre a quelli interni, che vanno ben oltre la sfera deontologica, e che sono svolti dagli organi della categoria (Consiglio Notarile).

Come sopra accennato una riflessione consapevole sulla responsabilità notarile non dovrebbe prescindere da un chiarimento sulla figura giuridica del notaio.

Già negli anni cinquanta del secolo scorso F. Carnelutti osservava: "non vi è dubbio che il notaio fa la stessa cosa del giudice: giudica l'uno, come l'altro. Ma la differenza consiste in ciò che il giudice giudica in presenza di un inconveniente che si è già verificato, mentre il notaio giudica affinché l'inconveniente non si avveri".

Questo assunto si salda e risulta irrobustito dalla riflessione ermeneutica sviluppata nel Novecento da Esser, Gadamer, Lombardi Vallauri, Mengoni per citare solo alcuni studiosi assai noti, secondo i quali l'interpretazione e cioè l'attribuzione di significato ad un enunciato normativo si sostanzia sempre in una attività di scelta tra i possibili significati e, in definitiva in un'attività creativa del giurista che partecipa attraverso il procedimento di interpretazione/applicazione alla creazione del diritto vivente. L'attribuzione di significato risulta in definitiva sempre relativa in quanto fondata sulla relatività della

visione del suo autore.

Qualora la giurisprudenza avesse maggiormente presente l'unitarietà della figura del giurista, sia esso giudice o notaio, avremmo probabilmente delle valutazioni dei parametri che fanno scattare la responsabilità notarile decisamente più equilibrate. La ricostruzione giurisprudenziale della responsabilità notarile per errore nell'interpretazione nelle norme di diritto dovrebbe rivolgersi verso approdi meno rigorosi ove fosse recuperata la consapevolezza del valore subiettivo dell'interpretazione giuridica, in coerenza con l'idea di circolo ermeneutico gadameriano o più semplicemente mettendo in parallelo i confini della responsabilità del giudice e del notaio.

Appare ovvio infatti che nessuna categoria, né i magistrati né i notai, possa costituire una autocrazia e sottrarsi ad una adeguata responsabilità, secondo il principio riassunto nella formula tedesca "*keine Herrschaft ohne Haftung*" specialmente quando il proprio agire sia idoneo a incidere nel profondo sui diritti dei cittadini.

D'altro canto nessuna categoria professionale dovrebbe essere chiamata ad una responsabilità tanto dilatata da configurarsi come responsabilità oggettiva.

ASSICURAZIONE SANITARIA: IL MODELLO AUTOASSICURATIVO È LA SOLUZIONE?

Emilia Giusti*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La polizza assicurativa tra il medico e la struttura prima della legge Balduzzi - 3. La polizza assicurativa tra il medico e la struttura dopo la legge Balduzzi. Il d.l. n. 90/2014 - 4. Il modello autoassicurativo è la soluzione?

1. Premessa

L'assicurazione è uno strumento che accompagna la società di oggi per curarne ogni aspetto, per sostenerne i rischi e lasciare gli assicurati indenni. Questo strumento di sicurezza, questo “ombrello” come tante volte definito negli articoli incontra i suoi limiti nel sistema sanitario.

Negli ultimi tempi è cresciuto esponenzialmente il contenzioso negli ospedali. Tanti i casi di ingenti risarcimenti da parte delle strutture sanitarie e dei medici, la cui causa è stata analizzata e concretizzata in più punti: la mancanza di linee guida mediche valide a livello nazionale e riconosciute a livello giudiziale, la mancanza di procedure di *risk management* omogenee a livello nazionale per prevenire i sinistri, mancanza di una chiara definizione di rischio clinico ospedaliero.

Questo aumento dei sinistri ha imposto alle compagnie assicurative di scegliere fra “fuggire” perché non disposte più a perdere soldi nella malasana ospedaliera o redigere nuove polizze con un grosso aumento del premio assicurativo.

L'aumento è stato giustificato dalla crescente complessità tecnica nel definire il giusto premio, data anche dall'altrettanta difficile stima del rischio ospedaliero.

Questo complicato quadro tra le compagnie assicurative e la struttura sanitaria è stato il motivo che ha spinto queste ultime a trovare ulteriori soluzioni per coprire l'attività ospedaliera.

* Università di Firenze.

2. La polizza assicurativa tra il medico e la struttura prima della legge Balduzzi

Il dubbio ricorrente oggigiorno, quando si parla di polizza assicurativa sanitaria è sulla esistenza o meno di un obbligo assicurativo per la struttura e per il medico esercente.

Le aziende ospedaliere in passato erano tutte provviste di una polizza per visione di un obbligo sancito nel d.p.r. n. 130/1969 che, a tal proposito, all'articolo 29 precisava che "le amministrazioni ospedaliere debbono garantire l'ente e il personale, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile delle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, ivi comprese le spese di giudizio relativamente alla loro attività di servizio ospedaliero, senza diritto di rivalsa, salvo i casi di colpa grave o dolo".¹

Le amministrazioni quindi, secondo quanto scritto nella normativa, assicuravano la struttura ospedaliera ed il personale della stessa da tutti i possibili sinistri, in un ruolo di essenziale ammortizzatore protettivo.

Tale obbligo di polizza se non adempiuto avrebbe prodotto un ulteriore obbligo per l'azienda sanitaria, che sarebbe stata onerata a pagare i danni derivati dal proprio inadempimento².

Ogni pregiudizievole conseguenza di carattere patrimoniale che poteva esser subita dai dipendenti da parte di terzi avrebbe dato luogo ad una richiesta di risarcimento nei confronti dell'ente inadempiente.

Tale previsione durò poco, già solo dieci anni dopo, con il d.p.r. n.761/1979, all'art. 28 si superava l'obbligo previsto precedentemente per le aziende sanitarie con una semplice "facoltà" per le USL "di garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile, dalle eventuali conseguenze derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi, ivi comprese le spese di giudizio, relativamente alla loro attività, senza diritto di rivalsa salvo i casi di colpa grave o dolo".

Con tale norma veniva abbandonato l'obbligo legale della copertura assicurativa delle aziende sanitarie e dei suoi dipendenti.

Fecero seguito, quindi, molti contratti collettivi per poter regolarizzare la posizione assicurativa del singolo dipendente, tra questi il C.C.N.L. del personale della dirigenza medico-veterinaria del servizio sanitario, redatto l'8 giugno del 2000, ove fu previsto l'obbligo per le aziende sanitarie di garantire la responsabilità civile dei dirigenti.

Ancor di più, l'accordo del 6 maggio 2010 per la dirigenza sanitaria, che non solo si occupò dell'assicurazione del personale ma riprese anche implicitamente

¹ M. HAZAN-D. ZORZIT, *Responsabilità sanitaria ed assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2012

² Tar Puglia-Lecce, 25 febbraio 1992, n.113, Mas. Red. Giuffrè, 1992.

l'obbligo assicurativo della struttura stessa. All'art. 17 fu richiesto, infatti, alle Aziende di "dotarsi di sistemi e strutture per gestione del rischio, costituite da professionalità specifiche ed adeguate secondo gli atti di indirizzo regionali in materia, e, nell'ottica di fornire trasparenza e completezza al processo di accertamento dei fatti, coinvolgano il professionista interessato nel sinistro in esame", inoltre le Aziende "ricercano mediazioni stragiudiziali e potenziano la trattazione del contenzioso, mediante lo sviluppo di specifiche , competenze legali e medico-legali, nonché, senza oneri aggiunti, di appositi Comitati per la valutazione dei rischi"

L'obbligo di assicurazione per la struttura sanitaria non fu più trattato dopo l'accordo del 6 maggio 2010, lasciando libertà alle aziende di organizzarsi nel migliore dei modi.

Mentre quindi, la copertura degli enti ospedalieri rimaneva in sospeso, quella dei professionisti avanza con il decreto legge n. 148 del 2011 che, capovolgendo quanto fino ad ora visto, introduceva un obbligo di assicurazione a carico degli operatori del comparto sanitario.

Il sistema passava da un interesse a che l'attività del medico si svolgesse serenamente, in quanto era la struttura che si faceva carico di tutti i sinistri, salvo il caso in cui fosse stato il medico ad agire con colpa grave e dolo, ad un sistema ove invece il "riflettore" veniva puntato proprio su quell'operato del medico tanto preservato.

3. La polizza assicurativa tra il medico e la struttura dopo la legge Balduzzi

La svolta doveva essere data dal decreto Balduzzi n. 189/2012, che riprendendo ambedue i temi, il medico ed la struttura ed il loro rapporto con il mondo assicurativo, avrebbe dovuto colmare quei vuoti e risolvere tutti gli interrogativi che fino ad ora erano stati creati.

Il decreto n. 189/2012, in realtà, ha affrontato il tema sanitario ma senza apportare profonde riforme.

C'è chi ha scritto a tal proposito come i "profili di rilevanza assicurativa nella riforma Balduzzi siano stati di poca coerenza e scarsa attenzione al sistema"³.

³ M. GAGLIARDI *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma Balduzzi: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. leg.*, 2013, n. 2, 771 ss. "Il legislatore ha messo mano a una riforma teoricamente di più ampia portata ("Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela alla salute" recita il titolo della legge), dedicando poche e (troppe) scarse disposizioni alla responsabilità medica ed alla relativa assicurazione, che danno adito a molteplici problemi interpretativi e che forse, non disegnano neanche un quadro d'insieme sufficientemente coerente." cit.

L'aspetto assicurativo nella legge Balduzzi è stato sviluppato in particolar modo in relazione: all'obbligo di copertura assicurativa per i medici e la previsione di un fondo di copertura.

La riforma trattando della copertura assicurativa e riprendendo l'art. 3, 5° comma, lettera e) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che introduceva l'obbligo di assicurazione per la responsabilità professionale per i professionisti, inclusi quelli della sanità, sanciva all'art. 3 comma 2 il medesimo obbligo, in una ottica di favore nei confronti del paziente.

Questo obbligo assicurativo è stato accolto con riserva da parte dei medici: per i medici operanti nel privato sicuramente ha creato un aggravio, visti i costi delle polizze assicurative, aggiornate ai sempre più numerosi rischi; per i medici operanti nell'ente pubblico ha, viceversa, aggiunto una seconda assicurazione.

I medici del servizio sanitario sono già protetti da una copertura assicurativa erogata dalle Asl di appartenenza secondo quanto previsto dall'articolo 21 del contratto collettivo di lavoro della dirigenza del SSN, sottoscritto il novembre 2005 e tutt'ora in vigore. I sanitari sono assicurati dall'ente in caso di colpa lieve e non in caso di dolo e colpa grave. Il dolo infatti non è assicurabile, la colpa grave è assicurabile a discrezione del medico che o si assicura in modo del tutto indipendente o si fa assicurare sempre dall'ente facendosi detrarre il costo per questa copertura aggiuntiva dallo stipendio.

Trovarsi quindi con una doppia assicurazione, di cui una a proprio carico, non trovava una chiara giustificazione.

A tal proposito è intervenuto il d.l. n. 90 del 24 giugno 2014 "il decreto semplificativo" che con l'art. 27 ha apportato alcune modifiche all'articolo 3 della legge 13 settembre 2012 n. 158 (c.d. "decreto Balduzzi"), con l'obiettivo di chiarire che ai dipendenti pubblici esercenti le professioni sanitarie nell'ambito del SSN non sarebbe stato applicato l'obbligo di polizza di responsabilità civile professionale sancito per tutti i professionisti dal d.lgs. n. 138 del 2011, convertito con legge n.148/2011.

I medici ospedalieri non sono stati quindi ricompresi nell'obbligo assicurativo, che invece è rimasto tale e quale per i medici esercenti la professione privatamente.

La ratio dell'obbligo di copertura, comunque, risiedeva e tutt'ora risiede per i medici che lavorano privatamente nella tutela del paziente, che entrando in contatto con il professionista potrebbe conseguire un danno ed altresì per il medico che, se tutelato, può lavorare con più serenità.

Altro aspetto interessante trattato dalla legge Balduzzi è il fondo di copertura, di cui all'art. 3, 2° comma, lettera a) della medesima normativa.

Sulla natura di tale fondo sono stati sollevati dubbi, in quanto non è risultata da subito chiara la sua funzione. Sono state formulate delle ipotesi: il fondo come fondo di garanzia, per coprire i danni non coperti dalle singole polizze di responsabilità, oppure, il fondo come ente contraente, al fine di conseguire

quelle polizze risultanti inarrivabili o difficili da recuperare su mercato per i singoli professionisti appartenenti a categorie con un alto livello professionale di rischio.⁴

Di nuovo, il d.l. n. 90/2014, è intervenuto sulla materia, e ne ha definito la ratio: sarà un fondo a cui potranno rivolgersi i medici che sul mercato hanno difficoltà a trovare coperture assicurative, sarà soprattutto rivolto verso tutti quei medici non contrattualizzati o precari che svolgono mansioni lavorative nella struttura sanitaria ma che non sono stati regolarizzati nella stessa. Il fondo rischi sanitari fornirà, nei limiti delle risorse in esso presenti, un rimborso per integrare la differenza fra un prezzo standardizzato e quello concretamente richiesto al professionista dall'impresa assicuratrice, una garanzia per taluni rischi aggravati o per attività che potrebbero comportare dei rischi che la compagnia assicurativa non copre o non prevede di coprire⁵.

In merito al finanziamento la normativa ha stabilito che il fondo verrà finanziato "dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta" e da un contributo delle compagnie operanti nel ramo della responsabilità civile medica, in misura non superiore al 4% dei premi del ramo incassati nell'anno precedente.

È stata introdotta anche una specie di *bonus-malus*⁶, in quanto è stato previsto che le polizze sottoscritte con il nuovo fondo prevedano alla scadenza una variazione del premio versato in relazione al verificarsi o meno dei sinistri. Infine, per il sanitario che reitera una condotta colposa accertata con sentenza definitiva, è prevista la possibilità di una eventuale disdetta della polizza sottoscritta con il fondo in questione.

La legge Balduzzi attendeva ed attende il regolamento ministeriale che ne disciplini i contenuti ma ad oggi non è ancora stato ultimato, è stata fatta solo qualche bozza di regolamento pubblicata su delle riviste specializzate per chiarirne alcuni punti, come per esempio il contenuto delle polizze assicurative stesse.

Il principale problema infatti, quando si tratta di assicurazioni per la struttura sanitaria e per il medico è proprio il contenuto delle stesse e delle clausole ivi previste.

È ritenuto infatti che "...Nel settore assicurativo, la negoziazione delle singole clausole è un evento assai raro, perlopiù limitato alle ipotesi di contratti

⁴ M. GAGLIARDI, *Profili di rilevanza assicurativa nella riforma Balduzzi: poca coerenza e scarsa attenzione al sistema*, in *Riv. it. leg.*, 2013, n. 2, 771 ss.

⁵ ANIA, ASSICURAZIONE NAZIONALE FRA LE IMPRESE ASSICURATRICI, *Malpractice il grande caos*, luglio 2014, n. 2.

⁶ ANIA, ASSICURAZIONE NAZIONALE FRA LE IMPRESE ASSICURATRICI, *Malpractice il grande caos*, luglio 2014, n. 2.

stipulati da imprese per la copertura dei grandi rischi industriali, e ciò spiega come da più parti si sia individuato in tale settore il terreno di elezione delle condizioni generali uniformi ma anche il terreno di coltura delle clausole abusive⁷. Del resto, vi sono clausole, in ambito assicurativo che di contro all'assicurato, danno possibilità all'assicuratore di recedere dopo il sinistro.

Questa clausola, c.d. "clausola di recesso a primo sinistro" tratterebbe il caso dell'assicurato, che nel corso del rapporto assicurativo, denunciato un sinistro alla Compagnia, veda quest'ultima esercitare il diritto di recesso, previsto in contratto, interrompendo il rapporto assicurativo.

L'assicurato vedrà "...letteralmente vanificati tutti i pagamenti effettuati, in favore della Compagnia di assicurazione, per anni ed anni, giacché dal momento della ricezione della comunicazione del recesso sarà sfornito ipso facto di copertura assicurativa per qualsiasi danno avesse procurato nella vigenza della polizza ormai non più operativa"⁸ ed avrà anche l'onere di doversi trovare una nuova compagnia assicuratrice.

Altra clausola che ha dato luogo a problemi di effettività della copertura è la clausola *claims made*⁹.

La clausola *claims made*¹⁰ prevede che l'assicuratore risponda per le

⁷ M. GAZZARA *Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, n. 2, 461 ss. cit.

⁸ S. MONTICELLI *La clausola claims made tra abusi del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e Resp.*, 2013, n. 7, 708 ss. cit.

⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *La clausola claims made ecc.*, in *Assicurazione*, 2010, n. 1, 2 ss. "La clausola claims made prevede che l'assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate all'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia della garanzia assicurativa. Si tratta quindi di una deroga al primo comma dell'art. 1917 che incide sul periodo di efficacia della garanzia. La garanzia è prestata, non per le richieste di risarcimento conseguenti a fatti illeciti verificatisi nel corso del contratto, ma per le richieste di risarcimento presentate nel corso del contratto. L'oggetto della garanzia resta comunque quello previsto dall'art. 1917 del c.c., l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto deve pagare al terzo danneggiato in dipendenza della responsabilità dedotta in assicurazione".

¹⁰ S. MONTICELLI, *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, in *Danno e responsabilità*, 2013, n. 7. "La claims made, infatti, consentirebbe di esonerare l'assicurato dalla prova della individuazione dell'esatto momento di scaturigine del sinistro, considerato che la copertura assicurativa, in ragione della clausola de qua, è connessa alla denuncia di esso indipendentemente da quando si sia verificato. Come si legge al riguardo nelle stesse definizioni adottate dall'ANIA il tratto distintivo della clausola in oggetto è rappresentato dal fatto che introduce una definizione convenzionale di sinistro, conferendo rilevanza non già alla data di accadimento del fatto che è causa del danno (che può essersi verificato anche prima della stipulazione della polizza) ma alla data della richiesta di risarcimento inoltrata alla Compagnia. Di qui il proclamato vantaggio ulteriore

conseguenze negative dei fatti illeciti, per i quali la richiesta di risarcimento del terzo sia pervenuta all'assicurato in costanza di contratto anche se commessi anteriormente. Si differenzia dalla polizza con formula tradizionale o c.d. *loss occurrence*, ove invece sono coperti i sinistri avvenuti nel periodo del rapporto assicurativo, nonostante la richiesta risarcitoria possa essere arrivata in un secondo momento, quando ancora il contratto assicurativo era ormai non più vigente tra le parti.

La clausola *claims made* ha creato maggiori difficoltà in ambito sanitario. La delimitazione temporale del rischio assicurato contrasta con tutti quei casi di illeciti permanenti o in cui vi sia una forte distanza di tempo tra la commissione del fatto illecito e la manifestazione del danno: i c.d. “danni lungo latenti”¹¹.

I c.d. “danni lungo latenti” sono quegli accadimenti per cui la richiesta risarcitoria potrebbe manifestarsi anche in un momento assai più lontano del previsto, fuori dal rapporto contrattuale assicurativo. A tal proposito sono stati introdotte formule quali il “claims made and reported”¹² con la quale è stato previsto che l'assicurato notifichi tutte le circostanze che fanno pensare ad una possibile richiesta di risarcimento del danno. Se, tale notifica è fatta nei tempi e da quelle circostanze, a rapporto assicurativo ormai scaduto, ne perviene la richiesta risarcitoria, il fatto di aver notificato quegli stessi accaduti precedentemente, fa sì che la richiesta stessa sia come se fosse stata effettuata in costanza di assicurazione.

Si realizza una “ripresa del passato” che dovrebbe essere prevista anche nell'atteso regolamento ministeriale, attuativo della legge Balduzzi che sembrerebbe, da alcune bozze dello stesso pubblicate su giornali, regolerà i sinistri e come indennizzarli. È stato infatti scritto nelle bozze ministeriali che “Per le denunce presentate per la prima volta all'assicurato e denunciate all'assicuratore entro il periodo di validità del contratto, la copertura dovrà prevedere un tempo di retroattività fino alla data di approvazione del d.p.r. che ha reso obbligatoria la copertura assicurativa dei rischi di Responsabilità civile per i professionisti con il limite massimo quindi di dieci anni e con una ultrattività estesa ad altrettanti dieci anni in caso di cessazione dell'attività”¹³.

per l'assicurato che acquisirebbe in copertura tutti i danni potenzialmente già in atto causati da errori professionali antecedenti rispetto al momento della stipula del contratto di assicurazione essendo l'operatività della polizza legata al momento della denuncia del sinistro.”

¹¹ D. PIRILLI *La polizza assicurativa tra la responsabilità del medico e responsabilità della struttura*, in *Assicurazione*, 2012, n. 3, 443 ss.

¹² D. PIRILLI, *La polizza assicurativa tra la responsabilità del medico e responsabilità della struttura*, cit., 44 ss.

¹³ ANIA, ASSICURAZIONE NAZIONALE FRA LE IMPRESE ASSICURATRICI,

Tale dilatazione temporale sarebbe la soluzione per le difficoltà ospedaliere ed un punto di incontro tra l'assicuratore ed l'assicurato, ove quest'ultimo se medico, avrebbe una garanzia maggiore nel contrarre la polizza assicurativa, soprattutto per quei casi in cui il soggetto che si assicura è prossimo alla pensione.

4. Il modello autoassicurativo è la soluzione?

Ripercorso quindi quello che è stato ed è il sistema normativo sanitario ed assicurativo, lo sguardo non può che volgere infine verso i nuovi sistemi di copertura che stanno pian piano diffondendosi nelle regioni.

Lo studio è in particolar modo per il modello autoassicurativo che sembra oggi essere la soluzione più utilizzata dall'ente ospedaliero.

Come abbiamo detto in premessa, in questo momento è molto alto negli ospedali il tasso di "med-mal", in italiano "malasanità" e medicina difensiva che comportano ingenti risarcimenti e spese ingiustificate nella struttura ospedaliera.

Il perché è addebitabile ad una mancanza di modelli organizzativi.

Le linee guida e le buone pratiche di cui tratta l'art. 3 della legge Balduzzi non possono essere le sole a riequilibrare un sistema che ormai vive di contenziosi. Le linee guida¹⁴ sono "raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare i medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche"¹⁵, ma non possono essere da sole sufficienti ad organizzare una struttura sanitaria. Quello che manca soprattutto è la conoscenza di cosa è rischio clinico ospedaliero¹⁶ e cosa non lo è. Nessuna certezza vi è sui rischi direttamente presi in carico dalle diverse regioni che hanno imboccato la strada dell'autoassicurazione e nessuna certezza vi è anche in ordine alla qualificazione del danno, legata alla frequente evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali.

Le assicurazioni per tutelarsi e tutelare il loro sistema assicurativo

Malpractice *il grande caos*, cit., 36 ss.

¹⁴ L. NOCCO, *Le linee guida e le "buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica" nella "legge Balduzzi": un opportuno strumento di soft law o un incentivo alla medicina difensiva?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, n. 2, 781 ss.

¹⁵ M.J. FIELD-K.N. LOHR, *Guideline for Clinical Practice: From Development to Use*, Washington Institute of Medicine, National Academy Press, 1992, 35.

¹⁶ G. PONZANELLI, *La responsabilità medica ad un bivio: assicurazione obbligatoria, sistema residuale no-fault o risk management?*, in *Danno e Resp.*, 2003, 428 ss.

hanno alzato il premio assicurativo, imponendo quindi all'ente di valutare se assicurarsi o se ricorrere a metodi di autogestione del rischio, possibile soluzione per diminuire la spesa pubblica.

Certo è che, leggendo la storia anche di talune compagnie assicuratrici, osserviamo che forse, anche la scelta di passare a metodi del tutto autodidattici non sembrerebbe essere del tutto sbagliata.

Vi sono stati negli anni duplici casi di compagnie assicuratrici fallite. Una fra queste il caso Faro che, da piccola compagnia locale è divenuta un problema per molti ospedali che a quest'ultima si erano rivolti per coprire gli errori sanitari. La compagnia è poi fallita lasciando le aziende a dover sistemare tutti quei sinistri che solo in parte erano stati precedentemente risolti.

Il caso della City Insurance¹⁷, che il 2 luglio 2012 fu bloccata da ISVAP (il regolatore assicurativo) in quanto erano state riscontrate irregolarità, poi certificate anche dal Consiglio di Stato, tra cui la registrazione di ingenti premi assicurativi poi non versati nelle casse della società ma indirizzati in altri affari.

Se da una parte, quindi, vi è un arretramento da parte delle compagnie assicuratrici nel volersi far carico degli enti ospedalieri a causa dei troppi sinistri, dall'altra non si può non sottolineare che non mancano casi di poca organizzazione e gestione all'interno delle compagnie assicuratrici stesse che portano a non realizzare quella fiducia tra l'assicurato e l'assicuratore.

Sicuramente, non risulta facile per gli enti accogliere la strada della polizza assicurativa¹⁸ e questo è certificato dalle stesse regioni. Nonostante il modello autoassicurativo¹⁹ sia quello maggiormente utilizzato, esistono anche sistemi misti, ove si passa dalla scelta della sola autoassicurazione, ad una copertura composta da una polizza rischi catastrofali ed un fondo regionale, o assicurazione ed autoassicurazione. Insomma, molte le ipotesi di copertura di responsabilità professionale estese nel nostro paese.

Una regione che ha iniziato il percorso autoassicurativo è stata la regione Sicilia che ha accolto tale soluzione con l'istituzione anche di un fondo di garanzia.

I motivi per cui le regioni si stanno spingendo verso tale direzione è dovuto, oltre ai premi assicurativi troppo alti di cui abbiamo già detto, anche a causa di una gestione del sinistro troppo controllata da parte delle compagnie

¹⁷ ANIA, Assicurazione Nazionale fra le imprese assicuratrici, *Malpractice il grande caos*, cit.

¹⁸ G. PONZANELLI *Le limitazioni del risarcimento del danno da responsabilità sanitaria. Problemi e prospettive*, in *Assicurazioni*, 2013, n. 4, 597 ss.

¹⁹ S. LORUSSO - R. CANGIANO, *Autoassicurazione da responsabilità civile verso terzi delle Aziende ed Enti del SSR Basilicata: aspetti contabili*, in *Sanità pubblica e privata*, 2013.

assicuratrici e di conseguenza poco seguita dalle aziende ospedaliere.

Il desiderio è quello di riappropriarsi della gestione dei contenziosi.

Ma anche il modello autoassicurativo come tutti i modelli ha le sue lacune.

Un problema è l'amministrazione delle risorse a disposizione.

Se fino ad ora, erano le assicurazioni a pagare nel caso di sinistri avvenuti per colpa grave da parte del sanitario per poi esercitare un diritto di rivalsa sul medico, adesso con il sistema auto assicurativo, le aziende sanitarie devono tener conto del fatto che i soldi stanziati per i risarcimenti sono pubblici e da rendicontare alla Corte dei Conti. Alla luce di ciò, nel momento in cui vengono stanziati dei soldi, per coprire un errore dovuto a colpa grave da parte del sanitario, dovranno, al fine di non incorrere in richiami, obbligatoriamente agire in rivalsa nei confronti del dipendente. I casi di colpa grave negli ospedali, fino ad ora, non sono mai stati molti anche perché, come detto dalla Corte dei conti "al fine di configurare la colpa grave non basta un comportamento non perfettamente corrispondente alle regole della scienza e dell'esperienza, ma occorre che il soggetto agente abbia avuto la possibilità quasi di prevedere e di prevenire l'evento. Occorre proprio un'inescusabile approssimazione nello svolgimento dell'attività professionale. In mancanza non si configura danno erariale"²⁰.

Applicando questo nuovo modello di gestione della copertura autogestita, la domanda è se i casi di colpa grave rimarranno sempre pochi o se visto che la colpa lieve è assicurata dall'ospedale senza diritto di rivalsa, i casi considerati fino a ieri colpa lieve non si trasformino in casi di colpa grave.

Sulla distinzione tra colpa grave e lieve in ambito sanitario, del resto, non sono stati ancora forniti elementi di chiarezza, rimane un ambito incerto e problematico.

L'idea potrebbe essere, come già richiesto, quella di esentare i medici dal dover rispondere in caso di colpa grave. Forse una richiesta troppo difficile ma sicuramente potrebbe essere una buona soluzione per tenere il sistema dei sinistri sanitari sotto controllo.

Un altro problema attiene alla conoscenza o meno del meccanismo assicurativo stesso.

Il meccanismo assicurativo è conosciuto dalle compagnie assicuratrici che amministrano e coprono i rischi ospedalieri. Il modello in autoassicurazione, per funzionare, ha bisogno che chi lo applica conosca tali meccanismi assicurativi al fine di non incorrere in esiti negativi.

Il problema attiene proprio a questo: si procede all'applicazione del modello in autoassicurazione ma non si hanno gli strumenti conoscitivi per attuarlo al

²⁰ ANIA, ASSICURAZIONE NAZIONALE FRA LE IMPRESE ASSICURATRICI, *Malpractice il grande caos*, cit., 39 ss.

meglio, si potrebbe fallire così come hanno fallito molte compagnie assicuratrici non organizzate, che non hanno controllato e gestito i sinistri al punto di vedersi completamente prive di liquidi per poter coprire i risarcimenti. Per applicare l'autogestione assicurativa bisogna non solo avere le nozioni assicurative ma anche eventuali sistemi che aiutino in caso di errori dovuti a mal gestione.

Ci sono state regioni che, a tal, proposito hanno istituito un fondo rischi, la cui funzione è appunto quella di supplire in caso di errori nella gestione dei pagamenti dei sinistri.

Possibile soluzione potrebbe essere anche quella di creare un ponte tra le assicurazioni e le regioni.

Tale modello potrebbe essere un “contratto di consulenza assicurativa”. Una consulenza che potrebbe essere fornita anche dagli stessi broker che normalmente assistono le regioni nel trovare la migliore soluzione assicurativa. Non si vende una polizza assicurativa ma si fornisce un servizio di consulenza, soprattutto per tutte quelle regioni in cui manca un'indicazione di politica regionale sulla scelta assicurativa e che delegano alle singole aziende ospedaliere

Se da una parte, infatti, ci sono regioni che impongono un determinato modello di copertura assicurativa, ve ne sono molte altre che lasciano completamente libere le aziende di decidere.

Il problema si presenta comunque in ambedue i casi, in quanto quasi sempre manca una conoscenza su come strutturare il sistema della gestione dei rischi.

In conclusione, l'autoassicurazione non è stata una libera scelta da parte delle regioni, degli enti o delle aziende ma una scelta obbligata, il risultato di un sistema disordinato. Si sceglie un modello che non si conosce per evitare di acquisire polizze assicurative, ci si assicura da un rischio senza nome, si costituiscono più fondi con diverse funzioni e per diversi pericoli.

Quello che manca è il concetto stesso di sanità. Prima di tutto fornisce un servizio al cittadino e solo in un secondo momento ci si tutela da eventuali pretese risarcitorie.

Oggi è completamente l'opposto.

Prima ci si assicura e solo dopo si pensa alla qualità della prestazione data. Forse, se si rileggesse l'art. 32 della Carta costituzionale si capirebbe, invece, che la strada da seguire è diversa: non è il “diritto alla salute assicurata” ma, solo e semplicemente “il diritto alla salute”.

COMPENSATION FOR DAMAGES IN THE EVENT OF DEATH, IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

Ilaria Garaci*

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Main legal issues considered by the Italian courts in relation to the recognition of damages resulting from death caused by tort - 3. The debate related to the “thanatological” damages - 4. “Scarano” decision - 5. Conclusions

1. Introduction

The discussion on the right to compensation for damages resulting from the death of a member of the family, caused by the wrongful act of another, has for many years divided, from multiple perspectives, both legal commentators¹ and case law in Italy.

In today’s paper, it is my intention to identify the main legal issues that form part of the current debate in Italy, and which has flared up following a recent ruling of the Italian Court of Cassation². The judgment, known as the “Scarano” decision - after the Judge-Rapporteur – conflicts with prior long-standing case law and introduces the principle that damages for instantaneous loss of life caused by injuries suffered as consequence of a car accident, gives rise to a direct right of compensation in favor of the heirs. Considering the conflict with prior, the Court of Cassation, in plenary session, has now been called on to take a position on this legal issue in order to provide a harmonized interpretation within the Court. A decision of the plenary court is expected soon.

* Università Europea Roma.

¹ Among many comment: G. GIANNINI, *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, Giuffrè, 1986; *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, Giuffrè, 1991; R. CASO, *Uccidere è più conveniente che ferire: la distruzione della vita tra paradossi, irrazionalità e costi del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale*, in www.jus.unitn.it; M.BONA, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno e Resp.*, 1999, 623 ss. G. ARNONE, *Danno tanatologico: l'imperituro barrage della Cassazione*, in *Danno e Resp.*, 2010, 808; N. LIPARI, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, 523; C.M.BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1498 ss. A.GALASSO, *Il danno tanatologico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, 25 ss.; A. PALMIERI-R.PARDOLESI, *Di bianco o di nero: la “querelle” sul danno da morte*, in *Foro it.*, I, 2014, 760; P.ZIVIV, *Grandi speranze (per il danno non patrimoniale)*, in *Resp. civ. e previd.*, 2014, 380.

² Court of Cassation, sez. III, Civ., 23 January 2014 n. 1361, in *Danno e Resp.*, 2014, 363.

2. Main legal issues considered by the Italian courts in relation to the recognition of damages resulting from death caused by tort.

A first set of questions regards the capacity to institute legal proceedings to request non-pecuniary damages by the relatives of the deceased victim.

It is generally accepted that the so-called second-degree victims of a unlawful act, i.e. the relatives of the victim, have a legal right to recover non pecuniary damages suffered in their own personal sphere related to the death of a kinsman i.e. so-called “relative damages” (“*Danni riflessi*”). The prerequisite commonly accepted by legal commentators and by consolidated case law, consists in the prerogative of a qualified relationship with the victim that generally corresponds to the ordinary connection under a family affiliation, though this is as such not sufficient, since the relative is also required to demonstrate a particular *de facto* affective connection. In fact, the existence of a family affiliation under the legal framework is neither necessary nor sufficient. On the one hand, it is by now fully accepted that an “institutional” family affiliation is no longer required because *de facto* relations are able to establish intensive affective interaction and solidarity as well³; on the other hand, it is not sufficient in view of the fact that the courts will assess, on a case by case basis, both the actual importance of the affective bond as well as the impact of the prejudice suffered by the primary victim on the relationship of the relative, to the extent of even jeopardizing its existence⁴.

In relation to the *locus standi* of the relatives not pertaining to the traditional nuclear family, i.e. grandparents, grandchildren, son-in-law, sister-in-law and so on, there exists conflicting positions in the case-law: a first older opinion⁵ subordinates the right of compensation, besides the legal affiliation, to the prerequisite of cohabitation, whereas a second more recent ruling⁶ no longer requires such condition on the grounds that the lack of cohabitation may be attributable to specific circumstances of life, but does not affect the continuity of an affective bond and psychological affinity with the deceased

³ As recently recalled by the Court of Cassation 16 June 2014, no. 13564, the legitimacy to claim compensation for damages due to a wrongful death of a relative does not only pertain to the members of the legitimate family, but also to those who are part of a so-called “natural” family, provided that the latter can establish the existence of a stable and lasting affective relationship with the deceased which, considering the significant sharing of life experience and sentiments, is considered equivalent to a family by marriage (in the same terms, see also Cass. 16 September 2008, no. 23725; Cass. 7 June 2011, no. 12278 and Cass. 21 March 2013, no. 7128).

⁴ In these terms Cass. Plenary Session, 1 July 2002, no. 9556.

⁵ Cass. sez. III, Civ., 23 June 1993, no. 6938.

⁶ Cass. sez. III, Civ. 15 July 2005, no. 15019.

relative. Recently the Court of Cassation⁷ endorsed the former principle by confirming that, in order to qualify as damages able to harm family members not belonging to the nuclear family, (grandparents, grandchildren, son-in-law, sister-in-law and so on), cohabitation is mandatory as a minimum requirement through which the intimacy of the larger parental relationship is expressed.

A second set of questions regards the recognition of pecuniary damages, although the legal issues are relatively limited. Compensation for damages, under the Italian Civil Code (art. 1223), includes both the *damnum emergens*, *i.e.* costs actually incurred (*e.g.* health care expenses such as treatment and hospitalization costs of the victim, funeral expenses, value of the goods of the deceased victim destroyed during the unlawful act), as well as the *lucrum cessans*, *i.e.* lost future income (*e.g.* contributions, subsidies or other benefits which could have been available to the deceased person under the statutory rules or by family solidarity, victim's future earnings until retirement, other expected services, protection, care and/or assistance for the survivors/beneficiaries). In this context, the relatives might encounter difficulties in providing evidence of the existence and the extent of the income and/or contributions that the deceased person would have received.

A third set of questions regards the more complex identification and quantification of non-pecuniary damages, suffered both by the first-degree victim of the wrongful act and possibly transferable to the heirs, under the profile *iure hereditatis*, as well as directly by the relatives with an autonomous right, *iure proprio*.

The Italian statutory rules do not provide for a definition of non-pecuniary damages but provides for a right of compensation under art. 2059 of the Civil Code, with some limitations.

This is not the place to analyze the broad interpretation of this article, which over time evolved up to including, besides damages arising from criminal or unlawful acts, any kind of prejudice caused by the impairment of inviolable personal rights recognized in the Constitution.

Conversely, it seems important to underline that more recent court decisions have reconsidered the former principles which gave rise to a particularly complex unclear framework, resulting *de facto* in a unfair treatment between different victims of an unlawful event causing death, in particular, in respect of those damage profiles whose recognition is entrusted to the equitable evaluation of the single courts.

The damages profiles which emerge from the case law can be summarized as follows:

- 1) The right to compensation pertaining to the first degree victim, and

⁷ Cass. sez. III, Civ., 16 March 2012 no. 4253.

possibly transferable to the heirs, in principle to:

a) biological damages suffered by the deceased, *i.e. de cuius*, which can be recognized, as set forth below, only in very limited cases and solely if there was a noteworthy lapse of time between the events of the wrongful act and the death;

b) moral damages suffered by the victim where the latter was aware of the catastrophic consequences of the wrongful event leading to the loss of his/her own life, *i.e. catastrophic damages*;

c) damages for loss of life, *i.e. thanatological damages*, recognized to date only occasionally by the lower Italian Courts and by a part of legal commentators.

2) The relatives, under a profile *iure proprio*, are entitled to:

a) biological damages, in case the distress from the loss of someone close has evolved into a “*temporary or permanent injury to a person’s physical and mental integrity which can be identified through a medico-legal assessment and which has a negative impact on the activities of daily life and on the dynamic and interpersonal aspects of the life of the injured party, regardless of any repercussions on his/her capacity to produce income*”. The same concept is applied in the Italian Code of Private Insurance (article 138) and it is commonly accepted that this has a general extension;

b) moral damages, intended as a state of anxiety or psychological distress as result of the loss of a relative;

c) the controversial existential damages, mostly correlated to the damages due to the loss of a parental relationship⁸ which, according to recent changes in

⁸ It is important to highlight a decision of 11 November 2008 of the Plenary Session of the Italian Court of Cassation, which excluded the concept of existential damages (subsequently confirmed by the decision nos. 26973, 26974 and 26975, known as the “San Martino” rulings) (see Cass., sez. un., 11 November 2008, no. 26973, *Foro it.*, 2009, I, 120 ss; among the many comments, F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite ed il danno non patrimoniale*, *R.d.civ.*, 09, 97; F. D. BUSNELLI, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in F.D. Busnelli - S.Patti (a cura di), *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 59 ss.), which has reconsidered the system of non-pecuniary damages, by stating that all suffered prejudices must necessarily be connected to a sole notion of non-pecuniary damages, as a macro-category for the purpose of preventing the duplication of claims for compensation. However, immediately after the publication of the above mentioned decisions, a process of revision of such ruling has begun, which include critical efforts of legal commentators made with the aim to take the self-sufficiency of the different compensatory damage claims into consideration and to restore the classical division containing three types of damage (biological, moral and existential damage) which was formally transposed in the decisions of the 2003 Plenary Session of the Court of Cassation. More recently, the Italian Court of Cassation, by decision no. 19402 of 22 August 2013, has confirmed “biological damage, moral damage and damage to the relationship respond to different evaluation perspectives in respect to the same prejudice, that may involve, for the victim and his/her relatives, documented medical damages, internal grief and a modification of lifestyle, by which the courts must examine all different aspects of the harmful event, avoiding at the same time, duplication, but also non-compensated

the case law, might exist when the relative of the deceased victim can establish that, upon the harmful event, his/her ordinary living habits were seriously disturbed to the point of being compelled to change lifestyle.

3. The debate related to the “thanatological” damages.

Having introduced the main legal issues related to damages for wrongful death, I would like now to focus on the ongoing debate concerning the controversial legal figure of thanatological damages. Compensation for this type of damage has systematically been rejected in prior decisions of the Italian Court of Cassation⁹ as well as by the Constitutional Court in 1994¹⁰. The main reasons rejecting the right of compensation to damages for instantaneous loss

damages, and, with particular regard to damages to family relationships, the judge must assess whether the relative of the deceased victim has established that, following the harmful event, the surviving relatives have suffered a disturbance of their normal living habits to the extent of being compelled to change lifestyle. The Scarano decision is framed according to the same division into three types of damages, though affirming to uphold a formal continuity with the Plenary Session ruling of 2008, basically by recognizing the principle of complete compensation of the damage, *de facto* it has set forth different approaches by which it can implement such principle. The decision confirms: (a) the sole category of non-pecuniary damages is confirmed by affirming however its complex nature which entails an autonomous compensatory right available for the three damage types (biological, moral and existential damage) which can be distinguished on the basis of the concrete evidence acquired during the proceedings and which can contribute to identify the content of the non-pecuniary damages. In addition, the decision represents that moral damage must be deemed inclusive of an additional and specific aspect related to the dignity of the person; (b) the autonomous qualification of the existential damages where the suffering and sorrow do not remain within the intimate sphere, but evolve in prejudices of such significance as to create a disturbance to the existence (c) the need to ensure a complete compensation for damages by means of a comprehensive assessment of the case under examination; (d) the principle of compensatory right *iure hereditario* in case of damages for immediate loss of life

⁹ In a decision of the Court of Cassation there is an opening, though only *obiter dictum*, in which it has been recognised that, in case of wrongful death, together with the moral damage of the deceased person and the biological damages relating to the non-instantaneous death of the deceased person, both transferable *jure hereditatis*, the right to compensation also exists for “damages for death such as loss of integrity and expectation of a biological life related to the prejudice to the inviolable right to life, protected under art. 2 of the Constitution. In such terms Cass. 12 July 2006, no. 15760.

¹⁰ Cass. 27 October 1994 no. 372 which rejected the constitutional legitimacy argument related to articles 2043 and 2059 c.c., for the reason that such provisions do allow the compensation of non-pecuniary damages deriving from the death of a relative in a car accident.

of life include: 1) the application of the civil liability regime requires not only a prejudice to a personal legal position but also a suffered loss connected to this prejudice. A situation of instantaneous death impedes, *per se*, that the wrongful event can produce an actual loss for the offended person who is no longer in life¹¹; 2) health and life belong to two substantially different legal categories, so that compensatory treatment based on biological damage related to damage to health cannot be applied to damage for loss of life. For this reason, a compensatory right exists only in the event of damage to health prolonged over time; 3) an heir cannot inherit indirectly something that was never an established right for the person who lost his life, i.e. the *de cuius*, considering that the loss of life involves the loss of legal capacity¹²; 4) the function of providing a remedy and comfort related to the compensatory regime of a wrongful act cannot be applied in case of a death since this would be regarded as punitive which is not admitted under the civil liability regime.

On the other hand, some influential legal commentators, in particular Nicolò Lipari, have argued in favor of the right to compensation including in cases of instantaneous loss of life, both on the assumption that a death represents the maximum impairment possible to an individual's rights to good health and, in such terms, should give rise to a right to damages as well as, from a more visionary perspective, on the assumption that the destruction of a human life not only constitutes evident harm to the victim but also an "offense to his core family and results in a "very high cost to the society"¹³. This interesting viewpoint qualifies life, once destroyed, as a good to be defended not only in the interest of the person and his/her family, but also in the interest of the collectivity.

More generally, it is interesting to note that for quite some time, there have been some remarkable court decisions that advocate the idea of a wider social justice by introducing solutions capable of compensating the lack of restitution of a loss of life and, consequently, of balancing the well known contradictory

¹¹ As previously confirmed by Cass. 22 December 1925 no. 3475.

¹² Cfr. Cass. sez. un. Civ., no. 3475 22 December 1925, in *Foro it.*, 1926, I, 328, as well as Cass 16 May 2003, no. 7632.

¹³ In these terms N. LIPARI, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 527, who maintains that the traditional opinion that does not recognize the figure of damages for death is heavily conditioned by the way in which the categories of damage have been framed *a priori*, so that it is necessary to call into question our traditional schemes by modifying its structure and providing for a new classification. Among the legal commentators in favour to compensation for the instantaneous loss of life: C.M. BIANCA, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1498 ss. A. GALASSO, *Il danno tanatologico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, 25 ss; M. BONA, *E' risarcibile iure successioni la perdita della vita? (una risposta positiva)*, in *Giur. it.*, 2000, 1200.

aphorism “it is cheaper to kill a person than to wound him”. Hence, by establishing that damages for death fall outside the succession system, the courts have preferred to give a major weight to the prejudice of the parental relationship establishing as such a right to non-pecuniary damages *iure proprio*¹⁴.

Additionally, in order to validate the transferability of damages linked to the death of the victim, the case law has, on several occasions, considered that “terminal biological damages” are capable of being compensated where death was caused by the injuries suffered and that between the occurrence of such injuries, which affected the psychological and physical integrity of the deceased victim, and death, there elapsed a “considerable period of time”. The main legal questions in the case law are mostly focused on the analysis of the adequate time period required to give rise to a lawful right to compensation. This has resulted in an uncertain and vague system also considering that the judge must necessarily make a case by case evaluation, under equitable principles, with specific regard to the assessment of the daily psychophysical damages suffered and that these were the cause of death.

Other examples are the so-called “catastrophic damages” or terminal moral damages, consisting of the sufferance of the victim when aware of the future fatal outcome. The right to compensation has also been recognized by the courts in the event that the victim survives, even only briefly, the injury and on the basis that the victim’s suffering was caused by the full awareness of the “tragic consequences of the injuries”¹⁵. As a result, there is no eligible right for compensation if the harmful event is followed by immediate coma and the victim was not conscious prior to death.

This approach has been criticized on the basis that it is inconsistent because it would entail that a gravely injured person who went immediately into coma and died soon afterwards has no right to compensation whereas a person remaining conscious and dying soon afterwards, would have such a right.

Recognition of “catastrophic damages” might even qualify as unfair treatment if we consider a recent decision of the Court of Cassation of 28 January 2013, no. 1871 related to the Ustica Air Crash, that denied to the relatives of the victims the right to be compensated for the prejudice of the right to life suffered by the passengers, for the reasons that a deceased victim can not possibly acquire a right deriving from his/her own death and, on the other hand, given the lack of evidence of the existence of a state of consciousness for the victim in the brief period between the wrongful event and death”.

¹⁴ Cass. 19 August 2003, no. 12124, in *Foro it.*, 2004, I, 434; Cass. 8828/03.

¹⁵ Cass. 31 May 2005, no. 11601; Cass. 6 August 2007, no. 17177; Cass., sez. un. 11 November 2008, no. 26772; Cass., sez. un. 11 November 2008, no. 26773.

4. “Scarano” decision of the Court of Cassation

In this context, the recent “Scarano” decision of the Court of Cassation comes to a completely different solution, in that it considers the above elements of damage (i.e. terminal biological damage catastrophic damage) as mere artificial loopholes to overcome the absence of a right to compensation for damages due to instantaneous loss of life.

The facts of the case can be summarized as follows:

A woman, married with two children, was involved in an motor vehicle accident and dies shortly after. Her husband, also present during the accident, survives despite his serious injuries but evidently cannot stand the grief of the death of his wife and, after two years, commits suicide. The relatives of the wife and husband (i.e. the children, the mother and sister of the deceased women) initiate legal proceedings against the author of the car incident by claiming compensation for non-pecuniary damages suffered both under a “*iure proprio*” and a “*iure hereditatis*” profile. The damages claim, *iure hereditatis*, was rejected in first instance and on appeal on the ground that the time between the incident and the death (approximately three and a half hours) was insufficient to grant the victim rights transferable to her heir. The appeal decision was challenged before the Court of Cassation which overrules the decisions of the lower courts, and recognizes the principle of the immediate acquisition by the victim of rights to compensation with respect her loss of life and, as a consequence, the possibility to transfer this to the heirs *pro quota*.

In the grounds of the decision, the Court reasoned that the lack of the right to compensation for loss of a person’s own life constitutes a response that “does not correspond to the commonly-held feeling in this given historical moment”, since “the loss of life cannot lack civil protection”.

Based on this statement, the Court accepted the right to compensation *per se* for the damages of (instantaneous) loss of life, i.e. thanatological damages.

These damages are distinct from damages for loss of health and therefore differ from terminal biological damages and terminal (or catastrophic) moral damages of the deceased victim. Indeed, according to the High Court, the “loss involves compensation regardless of the consciousness of the victim, without the need to consider the requirements of both the persistence of life for a considerable period of time after the prejudice, as well as the criterion of the intensity of the suffering caused by the awareness of the inevitable forthcoming end of life”. The prerequisite that a significant period of time should elapse between the prejudice and death is therefore considered unacceptable, since victims of a fatality should not receive different treatment on the basis of the criterion of the time of survival, given that the pertinent question relates not to the daily loss of integrity until the event of death but rather to the loss of life, assessed *a priori* and not *a posteriori*.

The High Court goes on to reason that the right to compensation for loss of life is acquired by the victim immediately at the time of fatal accident and is consequently transferable to the heirs. This motivation has introduced an exception to the principle of the impossibility to compensate damages for the mere occurrence of a damaging event, whereas such right exists to compensate the consequences of such event, “considering that the death event has as a consequence, the loss of not only something but of everything; not only one of many goods but the loss of the supreme good of life.”¹⁶

The right to compensation is acquired before the time of death and, according to the Court, such mechanism safeguards the principle of the remedial or relief function of compensation, considering that “the victim’s credit related to the loss of his/her own life due to the wrongful act of another, increases his/her estate”. As a result, as stated by the Court, the punitive function is not recognized, as this would be contrary to our civil liability regime.

The personalistic perspective adopted by the Court is particularly clear in this case where the defined principles are strictly functional to the granting of additional fundamental rights to the person, but is also very innovative for the Italian legal civil liability system. Notwithstanding the affirmation of the Court of Cassation of the existence of a compensatory and relief function of compensation for instantaneous death, it is difficult not to perceive some kind of punitive effect in the decision

The Scarano ruling tackles another important aspect related to the criteria for quantifying the non-pecuniary damages and ultimately those connected to the (instantaneous) death.

There emerges from the decision a certain suspicion towards the tables system. It is to be noted that the payment method in Italy for compensation of damages to persons is mainly the result of the outcome of court decisions which, starting from the last decade of the twentieth century, has given rise to the development of a tables system in various tribunals, to ensure a higher level of certainty and of equal treatment, even if the amount of compensation is still determined case by case.

The tables prepared by the Milan Tribunal were given particular importance in a recent decision of the Court of Cassation that regarded them as a reliable guideline for the quantification of damages throughout Italy, as they are believed to be the most appropriate guide to guarantee of an equitable compensation of

¹⁶ The Courts, by placing the emphasis on the exception, appear to support a continuity of the principle set forth by the Plenary Sessions of 2008, by which only the damage-consequence gives rise to compensation but not the damage-event.

motor vehicle incident damages and, more in general, of the safeguarding of the principle of equal treatment. However, the Scarano ruling considers that the current state of the art of the “collective equity” included in the tabular system of Milan, is not always a guarantee to implement the so-called personalization requirement for the quantification of damages.

By specifying the fundamental distinction between damages for loss of life and damages for loss of health, the former not being provided for in the tables of the Milan Tribunal, the Scarano ruling states that the courts on the merits have a discretionary right to identify the proper evaluation criteria that allow to come to an equitable compensation, considering for example age, health conditions, future life expectations, the occupation and the personal and family conditions of the victims.

Under this profile, the reservations expressed by legal commentators¹⁷ on a system that fosters equity rather than certainty and predictability can be shared. By conferring to each court the task of determining an equitable compensation on a case by case basis, it is very difficult to reconcile the complex network of interests involved in civil liability and this means that the final amount of compensation cannot be determined by “independent variables”¹⁸, which would alter the fundamental need of certainty. This uncertainty that would lead to a higher level of compensation is likely to involve an increase in insurance premiums to the prejudice of the economically weaker sectors of society¹⁹.

Even if damages for loss of life is recognized, it would be difficult not to include such events in a table system in order to achieve a reasonable balance between the value of the human life of the prejudiced person and the interest of the author of the wrongful act not to have his assets excessively aggravated. It is useful to recall that the predictability and certainty of the possible damage types is considered crucial for the proper administration of compensation by insurance companies. The table system is certainly a useful instrument for insurance companies for this purpose, provided that it is structured to ensure

¹⁷ G.PONZANELLI, *La sentenza “Scarano” sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e Resp.*, 2014, 400; F.MARTINI, *La volontà di realizzare una rivoluzione copernicana si scontra con la mancanza di solide basi giuridiche*, in *Guida al diritto*, 2014, fasc. 7, 30 ss.

¹⁸ G.PONZANELLI, *La sentenza “Scarano” sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e Resp.*, 2014, 394.

¹⁹ G. PONZANELLI, *La sentenza “Scarano” sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, cit., 394.

an adequate level of discretion so that each case can be evaluated on its own merits.

5. Conclusions

As a general conclusion, the Scarano Ruling remains an interesting, though controversial, decision considering its clear ambition for a higher “social justice”, but it is doubtful that it can resist the verification by the Plenary Court.

The main obstacle is, in my opinion, related to the extinction of the legal capacity of the victim: indeed as long as the person is alive, although agonizing, there is no prejudice to his life but to his health. Furthermore, once the victim passes away, he can no longer acquire any right since the moment of death correspond to the moment of the loss of legal capacity. Hence, the damages for death apparently have a punitive effect, which is not in line with the principles adopted by the Italian civil liability system. In this respect, it seems important to consider a recent decision of the Court of Cassation that affirms that “under the current regime, the right to compensation for damages related to the prejudice of a personal right is not recognized if this has a punitive effect or objective – considering that the idea of punishment or sanction as a response to a civil liability event does not belong to our system and this regardless of the importance of the wrongful event – but must be related to the actual prejudice suffered by the holder of the impaired right, considering that enrichment without any justifying cause is not possible²⁰.”

The issue related to the recognition of damages for loss of life raises also some important philosophical and ethical questions. Is it really possible to value life? In setting the level of compensation for a lost life, does this not involve an unfair treatment on the basis of the specific social background of the victims, considering for example their jobs, personal life and familiar conditions? Hence, is it correct to value a blessed life (e.g. successful business, a large family, a rewarding social life) also more favorably at the time of death in respect to a person who was less fortunate?

²⁰ In this respect, see Cass. sez. I Civ., decision no. 1781 of 8 February 2012.

ASSICURAZIONE DEL RISCHIO DEL CREDITO LOCATIVO

Sara Landini*

SOMMARIO: 1. Il rischio del credito locativo - 2. Gli strumenti di gestione e trasferimento del rischio presenti sul mercato - 3. Polizze fideiussorie e assicurazioni.

1. Il rischio del credito locativo

Tra le cause di stagnazione del mercato immobiliare vi è la scarsa fiducia dei proprietari rispetto alla affidabilità degli inquilini e alla continuità dei pagamenti dei canoni di locazione

Il codice civile prevede *norme a tutela del locatore* per il caso della perdita e deterioramento della cosa locata nonché per i danni da ritardata consegna, individuando crediti risarcitori che dovrebbero avere la funzione di incentivare condotte rispettose delle obbligazioni contratte da parte del conduttore.

Così l'art. 1588 prevede che il conduttore risponda della perdita o deterioramento della cosa locata, che *ex art. 1590* si presume ricevuta in buono stato di manutenzione, salvo che non provi che tali pregiudizi sono avvenuti per causa a lui non imputabile.

Secondo la nostra giurisprudenza la concorrenza di una forza maggiore non esclude la responsabilità del conduttore¹.

* Università di Firenze; Chairman Motor Insurance WP-AIDA World.

¹“La prova della mancanza di colpa per la perdita o il deterioramento della cosa locata, della quale l'art. 1588 c.c. (applicabile anche all'affitto di azienda, in quanto norma generale delle locazioni non incompatibile con la disciplina specifica dell'affitto, che della locazione è una *species*) onera il conduttore, deve essere piena e completa; con la conseguenza che, in caso di perdita o deterioramento dei beni derivante da un disastro naturale, non è sufficiente la prova di ciò, ma è necessario provare, più ampiamente, che il conduttore ha adempiuto diligentemente il suo obbligo di custodia (art. 1177, 1587, n. 1, e 1590, 1° comma, c.c.), il quale non è assorbito dall'evento naturale, in considerazione della eventuale possibilità che il danno conseguente a quell'evento sia comunque prevenuto o impedito dalla diligente condotta dell'obligato”: Cass., 12 maggio 2006, n. 11005, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5.

La giurisprudenza peraltro include nei danni non solo quelli all'immobile, ma anche quelli all'edificio. “Nel caso di deterioramento di bene locato, il danno risarcibile - conseguente alla configurazione della responsabilità disciplinata dall'art. 1588 c.c. - si identifica non solo con quello che si riferisce alla cosa locata, considerata nella sua individualità, ma deve comprendere anche i danni derivanti dagli accadimenti concernenti la stessa cosa locata, come quelli alle parti comuni dell'edificio in cui l'immobile è ubicato, trattandosi di danni derivanti da inadempimento di obbligo contrattuale, in relazione al disposto di cui all'art.

Il conduttore è inoltre responsabile per omessa comunicazione al locatore di stati di pericolo.

In considerazione del fatto che la responsabilità per danni da cose in custodia si fonda su una relazione oggettiva tra il custode e la cosa, in proprietà o, anche, in possesso e detenzione, il locatore conserva la responsabilità per i danni arrecati dalle strutture murarie e dagli impianti in esse conglobati (cornicioni, tetti, tubature idriche), salva rivalsa nei confronti del conduttore per omessa comunicazione tempestiva della situazione di pericolo. Dall'altro lato il conduttore, al quale viene trasferita la disponibilità della cosa locata e delle sue pertinenze, risponde, a titolo di responsabilità extracontrattuale, per i danni arrecati a terzi dalle parti ed accessori del bene locato²).

Quanto ai danni da tardivo rilascio dell'immobile la Suprema Corte ha avuto modo, anche recentemente, di precisare che la mancata percezione dei canoni non rappresenta un danno e l'art. 1591, il quale obbliga il conduttore in mora rispetto all'obbligo di riconsegna della cosa locata a versare il corrispettivo convenuto fino alla restituzione, non configura un'ipotesi risarcitoria. Diversamente "un danno correlato alla mancata percezione del canone dopo il rilascio può, invece, configurarsi se, per le concrete condizioni in cui si trova l'immobile, la restituzione del bene non abbia consentito al locatore di poter esercitare, né in via diretta né in via indiretta, il godimento di cui si era privato concedendo il bene in locazione, commisurandosi in tal caso la perdita al tempo occorrente per il relativo ripristino quale conseguenza dell'inesatto adempimento dell'obbligazione di rilascio nei sensi dell'art. 1590 cod. civ."³.

La durata delle procedure e dei processi insieme all'incertezza del diritto hanno spinto i proprietari a rinunciare a concedere in locazione i propri immobili o a cercare strumenti di gestione del rischio.

2. Gli strumenti di gestione e trasferimento del rischio presenti sul mercato

Il primo strumento di gestione dei rischi locativi sopraprecisati può essere

1218 c.c., i quali sono complessivamente individuati nell'art. 1223 dello stesso codice.": così Cass. 21 ottobre 2005, n.20357, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 10.

² "Il proprietario dell'immobile beato conservando la disponibilità giuridica e, quindi, la custodia, delle strutture murarie e degli impianti in esse conglobati, su cui il conduttore non ha il potere - dovere di intervenire, È responsabile, in via esclusiva, ai sensi degli artt. 2051 e 2053 c.c., dei danni arrecati a terzi da dette strutture ed impianti (salvo eventuale rivalsa, nel rapporto interno, contro il conduttore che abbia ommesso di avvertire della situazione di pericolo)": così Cass. Civ., 9 febbraio 2004, n. 2422, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 901.

³ Così Cass. 10 dicembre 2013, n. 27614, in *Giust. civ. Mass.*, 2013.

quello di affidare ad investigatori privati, solitamente gli agenti immobiliari, uno *screening* della situazione debitoria e creditoria del potenziale inquilino.

Altri strumenti riposano in norme di legge e nella autonomia privata.

Si pensi alla previsione di un deposito cauzionale, che secondo l'art. 11 della legge n. 392/78 non può superare le tre mensilità e produce interessi legali. La norma è derogabile nelle locazioni abitative per le quali l'ammontare del deposito può esser determinato dalle parti⁴.

In base alle norme contenute nell'art. 79 della legge n. 392/1978 (per le locazioni commerciali) e nell'art. 13 della legge n. 431/1998 (per le locazioni ad uso abitativo) dubbi si possono avanzare sulla validità di previsioni relative a condizioni economiche onerose per il conduttore. Del problema parleremo con riferimento della stipulazione di polizze con oneri a carico dell'inquilino.

3. Polizze fideiussorie e assicurazioni

È inoltre possibile la richiesta di una garanzia ulteriore o aggiuntiva attraverso una polizza *fideiussoria*.

In questo caso al contratto di locazione si aggiungerà un ulteriore contratto che potrà essere una vera e propria fideiussione caratterizzata da accessorietà al rapporto di base oppure una polizza fideiussoria che è invece un contratto autonomo di garanzia. Il vantaggio per il locatore, in quest'ultimo caso, è dato dall'inserimento di una clausola, che connota l'autonomia del rapporto fideiussorio, in base alla quale il pagamento da parte dell'istituto di credito o della compagnia assicurativa avviene a prima richiesta del locatore (anche prima della convalida dello sfratto per morosità).

La conclusione della polizza fideiussoria e del contratto di locazione è di solito contestuale.

Si può comunque anche pattuire che la fideiussione sia conclusa entro un certo termine, trascorso il quale il contratto di locazione si risolve per inadempimento grave.

Volendo precisare la natura di tali contratti si deve considerare che le polizze cauzionali, sono quei negozi con cui l'impresa assicuratrice (o l'istituto di credito) si impegna a pagare quanto dovuto, anche a titolo di sanzione, da parte del soggetto assicurato verso il corrispettivo di un premio rinunciando al beneficio di escussione e salvo il diritto di regresso verso l'assicurato stesso.

Al fine di qualificare il negozio come fideiussorio non è sufficiente che sia previsto il pagamento a prima richiesta in deroga all'art. 1945 e/o che sia escluso

⁴ V. BOSSO, *Locazioni abitative: deposito cauzionale e derogabilità dell'art. 11, legge 27 luglio 1978, n. 392; locazioni "libere" e "regolamentate"*, in *Arch. loc.*, 2004, 2.

il beneficio di preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944⁵.

Polizze fideiussorie e fideiussione, pur accomunate dalla medesima funzione generale ed astratta di offrire al creditore-beneficiario la garanzia dell'esito positivo di rapporto obbligatorio, si distinguono perché le prime appartengono alla categoria delle cd. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle cd. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto.

Il fenomeno delle polizze fideiussorie ha trovato da tempo espressione con riferimento ai diritti doganali per il cui pagamento operano spesso polizze cauzionali mediante le quali l'impresa assicuratrice si impegna per le spese di ogni specie dovute dall'assicurato a norma di legge anche per inadempienze ed irregolarità relative alle operazioni descritte nella polizza.

La dottrina da tempo distingue le polizze aventi funzione cauzionale (polizze fideiussorie), volte a coprire l'inadempimento, dalle polizze aventi funzione assicurativa (assicurazioni del credito), volte a garantire il creditore dal rischio di insolvenza del debitore.

Nel primo caso non si avrebbe un contratto di assicurazione anche ove il "prodotto" sia emesso da un'impresa assicuratrice in quanto questa non

⁵ Si veda da ultimo Cass. Civ., 20 marzo 2014, n. 6517, in *Diritto & Giustizia*, 2014, 21 marzo "Costituisce causa concreta del contratto autonomo di garanzia il trasferimento da un soggetto ad un altro del rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, atteso che caratteristica fondamentale che differenzia il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è la carenza dell'accessorietà." La Suprema Corte si ispira ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite (Cass. Civ. sez. un. 18 febbraio 2010, n.3947, in *Giust. civ. Mass.* 2010, 2, 237) affermando che "proprio alla luce dell'insegnamento contenuto nella sentenza delle Sezioni Unite sopra riportata, nel caso in esame il testo stesso del contratto - riportato, in parte, nel primo motivo di ricorso - dimostra la correttezza dell'interpretazione della Corte d'appello. E' vero che il contratto oggetto di causa conteneva l'indicazione per cui il pagamento avverrà dietro semplice presentazione alla banca di richiesta scritta, ma è altrettanto vero che esso non prevedeva una clausola senza eccezioni ed anzi riconosceva espressamente che la banca presta la propria garanzia con formale rinuncia al beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944 del codice civile. Tali elementi, benché non adeguatamente valorizzati nella sentenza impugnata - la cui motivazione va sul punto integrata - appaiono decisivi al fine di ritenere che la garanzia prestata dalla Banca Mediolanum, benché contenente la clausola a semplice richiesta, non era un contratto autonomo di garanzia, bensì un contratto di fideiussione, al quale andava applicato, come bene ha fatto la Corte di merito, il disposto dell'art. 1956 c.c. Manca, infatti, la completezza dei requisiti che, secondo le Sezioni Unite, orientano nel senso di un inquadramento nel contratto autonomo di garanzia."

garantisce un rischio, ma si limita a pagare un debito altrui⁶.

Come precisato puntualmente dalla dottrina la distinzione in concreto non è così facile. È possibile che si copra il rischio di insolvenza qualificando la stessa nei termini di un inadempimento prolungato nel tempo. È anche possibile che un'assicurazione del credito veda il pagamento del premio da parte del debitore che non sarebbe il soggetto assicurato. Nulla vieta sappiamo, però, la stipulazione di assicurazioni per conto *ex art.* 1891.

Sarà invece importante porre attenzione sul fatto che la polizza copra le incerte vicende del credito (ad esempio diminuzione del valore dei beni sottoposti a garanzia o incapacienza del ricavato dalla loro vendita) e non importi l'assunzione dell'obbligo a pagare un debito altrui.

“In conclusione, la differenza tra assicurazione del rischio del credito e assicurazione fideiussoria non può essere basata soltanto sugli elementi che comportano l'inserimento del contratto nel ramo crediti o viceversa nel ramo cauzioni, secondo la prassi del mercato e le direttive della circolare ministeriale. Si tratta infatti di elementi non decisivi ai fini della individuazione della natura del contratto e della sua disciplina civilistica”⁷.

Il mercato delle polizze fideiussorie è entrato in crisi per il rischio di infruttuosa azione di regresso o di surroga, che l'assicuratore (o l'istituto di credito emittente) si assume. Proprio per ovviare a tale rischio nel mercato si trovano in commercio polizze fideiussorie a cadenza annuale con previsione di rinnovo automatico salva disdetta da parte di uno dei contraenti.

Sono poi possibili anche altre tipologie di copertura. Si pensi a polizze di tutela legale, che offrono un indennizzo, solitamente predeterminato, a copertura delle spese legali sostenute per l'esercizio di diffida stragiudiziaria o di azioni giudiziarie.

Appetibili potrebbero essere anche forme di *payment protection insurance* (in specie pagamento del canone e indennità da ritardata consegna *ex art.* 1591). Ovvero polizze che coprono il rischio di insolvenza del conduttore-debitore rispetto a crediti del locatore. Ben diverse, come abbiamo detto, dalle polizze fideiussorie in cui l'assicuratore o l'istituto di credito non assume un rischio ma contrae un'obbligazione di prestare garanzia.

Tra i crediti locativi si può annoverare il credito del canone, ma anche le

⁶ Sul punto A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 37; M. FRAGALI, voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958, 528 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Garanzie fideiussorie e attività assicurativa*, in *Assic.*, 1981, I, 502 ss.; M. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. Civ.*, 1986, II, 138 ss.; M. SESTA, *Polizze fideiussorie e cauzionali*, in *Digesto sez. comm.*, 1995, vol. XI, 174 ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, Giuffrè, 1997, 43 ss.

⁷ Così G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, Il Mulino, 1992, 168.

altre poste creditorie-risarcitorie di cui agli artt. 1588 e 1591.

In questo caso l'assicuratore non si obbliga a pagare un debito altrui assumendosi il rischio di una infruttuosa azione di regresso o surroga *ex art.* 1203, n. 3., ma si obbliga a pagare un indennizzo, commisurato al danno patito dal creditore, nel caso in cui si abbia insolvenza del debitore oppure si abbia un evento futuro ed incerto che incide sulla solvibilità del debitore (perdita del lavoro, malattia grave, crisi di sovraindebitamento ecc.). L'assicuratore coprirebbe la traslazione del rischio creditizio con i premi incassati.

In pratica il locatore potrebbe coprirsi dal rischio che un eventuale screening positivo della posizione debito/creditoria del conduttore sia inficiato da un evento successivo imprevedibile (ad esempio la perdita del lavoro) che dà luogo ad una situazione di insolvenza del debitore non dipendente da sua volontà.

Le *payment protection insurance* sono all'attenzione delle autorità di controllo con particolare riguardo alle polizze connesse ai mutui.

È comunque importante, per possibile affinità di problematiche, ripercorrere le osservazioni da ultimo compiute da Corrado Baldinelli su "regolamentazione e autoregolamentazione. La tematica delle PPI" (www.ivass.it).

Il segretario generale IVASS ha focalizzato la propria attenzione in particolare su:

- possibili conflitti in caso di prodotti venduti dalle Banche ai propri correntisti laddove la compagnia faccia parte del gruppo bancario o si tratti di polizze emesse dalle banche. L'attenzione in questi casi è posta sulla determinazione delle provvigioni.
- vendita di prodotti assicurativi "fatui" ovvero non adeguati. Ad esempio una polizza che comprenda delimitazioni del rischio che finiscono per rendere i contraenti (o gli assicurati) inassicurabili in termini di rischio o che finiscono per rendere inoperativa in concreto la copertura (si pensi ad oneri di difficile attuazione inutili addossati all'assicurato/contraente ai fini della soddisfazione del proprio credito indennitario).
- vendita di una pluralità di coperture secondo un combinato standardizzato che non risponde alle esigenze del singolo contraente/assicurato.

Vi sono poi iniziative, apprezzate dall'Authority, di autoregolamentazione con protocolli di intesa sottoscritti da soggetti portatori di interessi confliggenti. Nel caso delle polizze del rischio del credito locativo gli *stakeholders* sono gli assicuratori e le associazioni dei proprietari.

Infine abbiamo polizze che coprono i danni all'immobile locato presenti ormai da tempo nel mercato. Si tratta di polizze vendute anche in forma multirischio che coprono danni da incendio, responsabilità civile da custodia, furto, ecc.

Queste polizze possono coprire il proprietario, ma possono essere stipulate anche dal locatario per proprio conto e nel proprio interesse.

Si dice che anche in tal caso non mancherebbe l'interesse all'assicurazione

sebbene l'assicurato sia un soggetto diverso dal proprietario⁸.

Nel caso in cui le polizze del rischio locativo siano stipulate dal proprietario a carico di questi resta il pagamento del premio. Non solo, ma l'assicuratore non ha possibilità di agire in funzione deterrente attraverso *bonus/malus* (ad esempio) nei confronti del responsabile ovvero il conduttore.

Con riferimento alla copertura dei danni alla cosa locata imputabili al conduttore è possibile prevedere la stipula di una polizza della responsabilità civile del conduttore. Su quest'ultimo graverebbe il pagamento del premio e su lui graverebbe anche l'eventuale applicazione di *malus*.

È anche possibile ipotizzare altre polizze (polizza danni alla cosa locata, *payment protection insurance*) stipulate dal locatario nell'interesse del locatore. Il premio in tal modo sarebbe versato dal conduttore. Titolare del credito indennitario sarebbe invece il locatore.

Del resto nei contratti di locazione, più frequentemente in quelli di locazione ad uso commerciale, è possibile trovare un rinvio alla polizza stipulata dal conduttore con l'inserimento della clausola:

“Il Conduttore si impegna a stilare polizza assicurativa con primaria compagnia a favore del Locatore per rischio locativo sull'immobile ricevuto in locazione per l'importo di Euro ...,00 (...../00) e per l'intera durata del contratto di locazione. Il Conduttore dovrà consegnare al Locatore copia della suddetta polizza nonché di tutte le quietanze annuali per attestare l'avvenuto pagamento del premio”.

Dubbi in merito a questa pratica si potrebbero sollevare al riguardo con riferimento all'applicazione dell'art. 79 della legge n. 392/1978 e dell'art. 13 della legge n. 341/1998.

Quest'ultima norma concerne le locazioni abitative libere o regolamentate e sancisce la nullità di “ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato. ...Per i contratti di cui al comma 3 dell'art. 2 è nulla ogni pattuizione volta ad attribuire al locatore un canone superiore a quello massimo definito, per immobili aventi le medesime caratteristiche e appartenenti alle medesime tipologie, dagli accordi definiti in sede locale.”

Parte della giurisprudenza ritiene che la disposizione abbia ad oggetto solo le previsioni relative al canone e non altre previsioni che vanno altrimenti

⁸ Così Cass., 3 ottobre 2007, n. 20751, in *Assicurazioni*, 2008, II, 102.

In giurisprudenza è stato affermato il principio per cui “l'interesse richiesto dall'art. 1904 c.c., ai fini della validità del contratto di assicurazione contro i danni (nella specie, trasporto di capi d'abbigliamento), è ravvisabile non solo in relazione al diritto di proprietà o ad altro diritto reale sulla cosa assicurata, ma anche in relazione a qualsiasi rapporto economico-giuridico per il quale il titolare sopporti il danno patrimoniale per effetto di un evento dannoso” (Cass., 19 maggio 2004, n. 9469, in *Assicurazioni*, 2005, II, 2, 10).

ad incidere sulla posizione del debitore. Il Tribunale Firenze ha così previsto che “Se in un contratto di locazione abitativa si pattuisce una clausola di forfezzazione degli oneri accessori a carico del conduttore in aggiunta al canone propriamente detto, l’importo pattuito resta invariabile ed è indifferente alla effettiva entità ed all’esistenza degli oneri, senza che possa configurarsi a carico del locatore l’onere di dimostrare e documentare l’entità degli oneri, ed anche nel caso che questi non siano stati effettivamente sostenuti, e senza che possa ritenersi attribuita al conduttore la facoltà di dimostrare che le spese sono state inferiori al forfait o non sono state effettuate. Siffatta clausola non contrasta con il disposto dell’art. 13, 1° e 4° comma, legge n. 431/1998, anche se la sua effettiva applicazione, disancorata dalla effettiva incidenza degli oneri accessori, conducesse all’attribuzione al locatore di un supplemento di canone, sfuggito all’applicazione dell’imposta di registro”⁹.

Parte della giurisprudenza è di contrario avviso¹⁰.

Non risultano comunque pronunce relative al pagamento del premio di polizze da parte del conduttore. Sembra al momento dominante e preferibile l’interpretazione liberale e letterale della norma che prevede la nullità solo per le pattuizioni incidenti sulla determinazione del canone.

Per le locazioni commerciali l’art. 79 della legge n. 392/1978, prima della riforma del 1998 applicabile anche alle locazioni abitative, prevede: “È nulla ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dagli articoli precedenti ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della presente legge.

Il conduttore con azione proponibile fino a sei mesi dopo la riconsegna dell’immobile locato, può ripetere le somme sotto qualsiasi forma corrisposte in violazione dei divieti e dei limiti previsti dalla presente legge”.

Pare invero difficile ritenere che il pagamento del premio da parte del conduttore per coprire rischi locativi sia un vantaggio per il locatore “in contrasto con le disposizioni della presente legge”. Non abbiamo giurisprudenza sul punto specifico. Ricordiamo al riguardo quanto sancito dalla Cassazione recentemente: “La nullità dei patti contrari alle disposizioni imperative della legge n. 392/1978, sanzionata dall’art. 79 della stessa legge, si riferisce alle sole convenzioni tendenti a escludere preventivamente i diritti del conduttore e non anche alla disposizione di tali diritti effettuata nel corso del rapporto”¹¹.

A ciò quindi intendeva riferirsi il legislatore quando parlava di pattuizioni che attribuiscono al locatore “altro vantaggio in contrasto con le disposizioni

⁹ Così Trib. Firenze, 8 marzo 2007 in *Arch. locazioni* 2008, 4, 394 (s.m.) (nota di: Nucera).

¹⁰ Si veda Trib. Genova, 5 ottobre 2012, *www.ilcaso.it*.

¹¹ Così Cassazione civile, 11 ottobre 2012, n. 17322, Guida al diritto 2013, 4, 36 (s.m.).

della presente legge”. Il riferimento è alle pattuizioni in deroga ai diritti del conduttore quale in diritto all’indennità di avviamento.

Pare così di poter concludere nel senso che il pagamento del premio a carico del conduttore sia ammissibile sia nelle locazioni ad uso abitativo sia in quelle ad uso commerciale.

Con riguardo alle assicurazioni del rischio locativo sembra comunque che vi siano ancora spazi di riflessione alla luce delle attuali esigenze del mercato immobiliare.

I DANNI AL LAVORATORE NELLA PROSPETTIVA DEL DIRITTO COMPARATO

Caterina Silvestri*

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La nozione di infortunio sul lavoro e il novero delle malattie professionali - 3. L'estensione dei diritti del lavoratore: il mobbing e le sofferenze psicologiche

1. Introduzione

La mutevole varietà di orizzonti offerti dal tema dei danni del lavoratore, ancor maggiore se considerata nella prospettiva comparativa, impone di volgere lo sguardo almeno in prima battuta agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali, le quali costituiscono classi di assicurazione obbligatoria “trasversali” nel tempo e nello spazio.

Sul piano storico si tratta, invero, delle prime tipologie di danno per le quali è stato sentito il bisogno di apprestare una assicurazione sociale e che hanno, poi, trovato una notevole diffusione, trattandosi di categorie ricorrenti in moltissimi Paesi e pressoché in quasi tutti quelli europei.

La *ratio* sottesa a questa protezione, costituita dalla necessità di assicurare un luogo di lavoro sano e sicuro, rende, inoltre, la stessa un paradigma naturale cui guardare per la gestione delle situazioni emergenti di tutela o, comunque, non propriamente tradizionali, scaturenti dal progresso tecnologico, dalle conoscenze scientifiche e, non da ultimo, da una rinnovata sensibilità sociale verso i danni alla persona che spesso ha trovato nella materia lavoristica la sua prima cellula¹. Gli ordinamenti tendono, in altre parole, ad estendere i criteri di “sicurezza e salubrità” dell’ambiente di lavoro e della relativa tutela anche oltre i confini propri dell’assicurazione obbligatoria della malattia professionale o dell’infortunio, ovvero ad ampliare le relative nozioni per ricomprendervi nuovi danni.

Nell’ambito dell’Unione europea la malattia professionale e l’infortunio sul lavoro rientrano nell’assicurazione sociale obbligatoria (spesso, tuttavia, l’assicurazione obbligatoria e quella volontaria convivono), ma guardando di là

* Università di Firenze.

¹ M.P. MONACO, *I danni non patrimoniali da demansionamento*, Riv. it. dir. lav., 2009, II, 803 ss.; V. LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 80 ss.; N. SAPONE, *I danni nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2008, in particolare 178 ss.; AA.VV., *I danni alla persona del lavoratore*, Milano, Giuffrè, 2007, dove sono affrontate varie tipologie di danno nel confronto tra lavoristi e civilisti.

da alcuni profili generali di comunanza, la regolamentazione adottata registra da Paese a Paese differenze notevoli che hanno posto la necessità di adottare disposizioni comuni sul coordinamento della sicurezza sociale, coerentemente alla libertà di stabilimento, al fine di garantire al lavoratore che si sposti una copertura adeguata (regolamento 883/2004 e regolamento 987/2009, che hanno sostituito i regolamenti CEE 1408/71 e 574/72)².

Gli ex Paesi socialisti tendono a ricondurre nella copertura obbligatoria della malattia professionale e dell'infortunio sul lavoro un numero di categorie maggiore rispetto a quanto avviene in Paesi a diversa tradizione. Tale scelta non implica il riconoscimento di una protezione maggiore, ma esprime soltanto una diversa articolazione del sistema di protezione sociale e forse una sensibilizzazione legata al lavoro dipendente visto come una sorta di categoria "universale" quale probabile segno del loro passato ideologico e sociale.

L'Olanda, al contrario, si segnala per l'assenza di una particolare assicurazione per gli infortuni e le malattie professionali e tali eventi rientrano nella copertura obbligatoria di sicurezza sociale.

Tra tali estremi si colloca la maggior parte degli altri Paesi i quali adottano sistemi misti in cui l'assicurazione malattie e infortuni coesiste con altre forme di assicurazione obbligatoria.

Tali caratteristiche ricorrono, ad esempio, in Germania ed in Francia che vantano la più antica tradizione nell'ambito delle politiche sociali e della protezione dei lavoratori.

La Germania del Cancelliere Bismarck (XIX sec.) è storicamente il primo Paese che intraprende una politica di riforme sociali miranti a proteggere il lavoratore e ad aiutarlo in caso di malattia, incidente di lavoro, invalidità e vecchiaia, seguita dalla Francia che, peraltro, già nella *Déclaration Française des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789 (art. 2), ed in maniera ancor più espressa in quella del 1793 (art. 21), aveva fatto della sicurezza sociale e del correlato dovere di soccorso pubblico uno dei punti strategici dello Stato moderno e della pace sociale.

In Germania rientrano nell'assicurazione obbligatoria malattia e infortuni (con possibilità di scelta tra diversi organismi assicurativi), almeno in linea di massima e salve alcune peculiarità per certe attività che tralascio, i dipendenti

² Per le osservazioni che seguono ho tratto molte informazioni dalle tavole comparative sulla protezione sociale elaborate dal *Sistema di informazione reciproca sulla protezione sociale nell'Unione europea* (MISSOC, ovvero *Mutual Information System on Social Protection*) a disposizione sul sito <http://ec.europa.eu/social>; si veda anche il sito <http://www.issa.int/>. AA.VV., *Droits sociaux dans les instruments européens et internationaux*, a cura di N. Aliprantis, Atene, 2010, 217 ss. in particolare per i profili comparativi; M. GUILLAUME, *La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes*, tomo I, Parigi, Comité d'histoire de la Sécurité Sociale, 2009.

e alcune categorie professionali autonome, i bambini alla scuola materna, gli alunni, gli studenti, alcune categorie di volontari, le persone in riabilitazione, gli aiutanti a domicilio.

Possono aderire volontariamente e su domanda al sistema di assicurazione sociale quegli imprenditori che non vi siano assoggettati obbligatoriamente, i loro congiunti che collaborano nell'impresa e le categorie assimilabili agli imprenditori ed anche un certo tipo di volontariato.

In Francia l'assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali si estende a tutti i lavoratori dipendenti e ad alcune categorie di lavoratori indipendenti, con ampia possibilità di adesione alla stessa su base volontaria. Il minor numero di categorie protette rispetto alla Germania è soltanto apparente poiché la Francia adotta una diversa articolazione della sicurezza sociale che riconduce la protezione di alcune categorie –ad esempio l'assicurazione malattia per gli studenti- in diverse branche dell'assicurazione sociale.

Una delle maggiori differenze che si segnalano tra i Paesi UE è costituita dalla possibilità di aderire volontariamente all'assicurazione obbligatoria (infortuni e malattie professionali): sia pure con diverse limitazioni prevedono tale possibilità, ad esempio, l'Austria, la Danimarca, la Spagna, la Francia, la Slovenia, l'Estonia, mentre è esclusa in Belgio e, almeno in linea di massima, dalla Grecia, dal Lussemburgo, dalla Polonia, dal Regno Unito.

2. La nozione di infortunio sul lavoro e il novero delle malattie professionali

Lo “infortunio sul lavoro”, è generalmente definito come l'incidente sopravvenuto “per il fatto o in occasione” dello svolgimento delle mansioni, ma il suo ambito effettivo è suscettibile di variazioni sensibili in ragione della riconducibilità o meno allo stesso di eventi accidentali incorsi durante le attività connesse, più o meno direttamente, a quella lavorativa.

Efficace esempio di tale correlazione, suscettibile di ampliare sensibilmente la nozione di infortunio sul lavoro, è costituito da quello che nel nostro ordinamento è usualmente indicato come “infortunio in *itinere*” -ma analogamente in Francia si parla di *accident de trajet*- locuzione con la quale s'intende riferirsi ai danni verificatisi per raggiungere il posto di lavoro o durante gli spostamenti connessi all'attività, che da molti, ma non da tutti i Paesi UE, sono ricondotti, a certe condizioni, nell'ambito dello “infortunio sul lavoro” e, pertanto, tutelati dalla relativa disciplina e copertura assicurativa.

Il Regno Unito, la Danimarca (almeno in linea generale) e l'Estonia, per fare un esempio, escludono interpretazioni estensive del concetto di infortunio, mentre la Lettonia include soltanto gli incidenti verificatisi se il lavoratore utilizza un mezzo di trasporto del datore di lavoro (dunque ad esclusione dei mezzi pubblici)

e anche Malta include soltanto gli incidenti che siano avvenuti nel corso del tragitto su mezzi forniti, pagati o comunque organizzati, dal datore di lavoro.

Rilevante ampiezza definitoria dell'infortunio sul lavoro si rinviene in Portogallo, dove l'assicurato è coperto per gli incidenti che possano verificarsi durante i tragitti entro:

a) i diversi luoghi di lavoro, se il lavoratore ha più occupazioni e dunque più datori;

b) il luogo di residenza abituale o occasionale e il luogo di lavoro o quello di riscossione della paga o quello in cui è seguito un trattamento o eseguita l'assistenza per un incidente precedente;

c) il luogo di lavoro e quello dove il lavoratore si reca per mangiare;

f) il luogo in cui il lavoratore, per indicazione del datore, svolge un'attività che è in relazione con l'attività lavorativa, il luogo di lavoro abituale e la sua residenza abituale o occasionale.

L'impostazione ricordata è simile a quella ricorrente nel nostro ordinamento dove, almeno a livello di principio, è accolta la nozione d'infortunio accorso "in occasione" del lavoro e non "a causa" dello stesso, sulla quale ha sensibilmente inciso l'art. 12 del d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38³.

³ Si ricorda che la disposizione ricordata nel testo ha aggiunto il terzo comma all'art. 2 del d.p.r. 30 giugno 1965 n. 112 (T.U. sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali), determinando, tra l'altro, un vero e proprio spartiacque tra la giurisprudenza precedente e quella successiva a tale intervento. L'art. 12 della legge 38/2000, intitolato «infortunio *in itinere*» prevede: «1. All'articolo 2 e all'articolo 210 del testo unico è aggiunto, in fine, il seguente comma: "Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempimento di obblighi penalmente rilevanti. L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato. Restano, in questo caso, esclusi gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni; l'assicurazione, inoltre, non opera nei confronti del conducente sprovvisto della prescritta abilitazione di guida"».

Sul tema, tra i molti: V. FERRARI, *Ontologia dell'infortunio in itinere*, *Foro it.*, 2012, I, 2296, in nota a Cass. civ., sez. lav., 10 luglio 2012, n. 11545; S. CAPONETTI, *Ancora sui (giusti) limiti per l'indennizzo dell'infortunio in itinere*, *Giur. it.*, 2011, 1839; E. MUROLO, *Infortunio in itinere: indennizzabilità*, *Dir. e pratica lav.*, 2012, 1363; A. GARLATTI, *Utilizzo del mezzo privato, indennizzabilità dell'infortunio in itinere e requisito giustificativo del diritto*, *Riv. critica dir. lav. privato e pubbl.*, 2010, 872.

Con riferimento alle malattie professionali, la latitudine della copertura assicurativa obbligatoria registra differenze rilevanti da Paese a Paese con riferimento, in primo luogo, all'ambito delle malattie coperte.

Molti Paesi UE hanno adottato un sistema fondato su una lista di malattie professionali concepita in via legislativa o regolamentare e aggiornata periodicamente.

Con riferimento alle malattie non comprese nella lista ufficiale, frequentemente -ma anche in questo caso non sempre- gli ordinamenti ammettono la possibilità di ottenere la copertura assicurativa obbligatoria, ma in questo caso l'onere di provare l'eziologia della patologia grava sul lavoratore o sui superstiti che domandano il risarcimento.

Questo sistema, definito "misto", segna una differenza notevole tra i vari Paesi: il Regno Unito, ad esempio, esclude il sistema misto con riferimento alla malattia professionale, ma la possibilità di recuperare alla copertura assicurativa anche situazioni dannose non incluse nella lista delle malattie professionali avviene attraverso l'adozione di una nozione più ampia di "incidente sul lavoro" tale da includere i danni personali sopravvenuti a carico del lavoratore "a causa e nel corso del lavoro".

Sistema analogo, fondato su una nozione più ampia di incidente sul lavoro, ricorre anche in Grecia ed in Spagna.

3. L'estensione dei diritti del lavoratore: il *mobbing* e le sofferenze psicologiche

Negli ultimi dieci anni si è assistito a un'estensione della tutela dei diritti del lavoratore e al correlato ampliamento della responsabilità del datore di lavoro, su cui grava il dovere di garantire un ambiente di lavoro "sano".

Il, così detto, *mobbing*, rappresenta l'esempio più significativo tra le condotte emerse al riconoscimento giuridico e alla tutela, rispetto ai fatti tradizionalmente dannosi per il lavoratore.

Costituisce una curiosità, la circostanza che termine *mobbing* con cui sono designati nel nostro ordinamento fenomeni di prevaricazione e prepotenza nell'ambiente di lavoro, sia stato usato per la prima volta da Konrad Lorenz (*On Aggression*, 1966) per descrivere atteggiamenti di sopraffazione tra animali.

In Inghilterra, a dispetto dell'origine anglofona del termine, analogo fenomeno è indicato con l'espressione *workplace bullying* coniata dal giornalista Andrea Adams in occasione di alcune trasmissioni radiofoniche dedicate al problema della violenza sul lavoro⁴.

⁴ Così ricorda H. HOEL, *Workplace bullying in United Kingdom*, in *Workplace Bullying and*

E', tuttavia, negli anni ottanta che la giurisprudenza inizia a censurare i comportamenti di pressione da parte del datore di lavoro, considerando implicito nel rapporto di lavoro – e dunque senza bisogno di espressa previsione contrattuale o normativa – il suo dovere di “fiducia e buona fede” verso il lavoratore⁵.

Nel tempo la casistica ha descritto manifestazioni riconducibili al *workplace bullying* (come pure al nostro *mobbing*) maggiormente sofisticate e diversificate, suscettibili di estrinsecarsi in almeno tre direzioni e, segnatamente, 1) tra lavoratori di pari livello (*mobbing* orizzontale); 2) contro lavoratori subordinati o 3) contro superiori (*mobbing* verticale discendente o ascendente). Noto è anche il *mobbing* esterno - anche a carico del datore di lavoro che può, ad esempio, subire pressioni da organizzazioni al di fuori del luogo di lavoro - e quello collettivo.

Ad oggi in Inghilterra manca una legge che disciplini il fenomeno nonostante le pressioni sociali in tal senso e la tutela riconosciuta trova il proprio fondamento nelle responsabilità delineate dalla *common law*, nella legislazione dettata in materia di tutela della sicurezza e della salute o in quella anti discriminazione, come pure nella regolamentazione dello *stalking* o nella tutela contro le molestie (*Protection from Harassment Act*).

Situazione sostanzialmente analoga si presenta negli Stati Uniti che hanno conosciuto un'elaborazione del concetto di *mobbing* solo in epoca recente e, come in Inghilterra, sotto l'espressione *workplace bullying*.

L'elaborazione di un concetto ampio di tutela del lavoratore contro l'atteggiamento del datore di lavoro, ha avuto origine con riferimento alle fattispecie già acquisite nella prassi statunitense di discriminazione sul luogo di lavoro per ragioni di sesso, *status* e razza per poi trarre stimolo e occasione di confronto con l'esperienza europea.

Recentemente ha conosciuto una certa diffusione la “legge modello” *Healthy Workplace Bill*, adottata in oltre venti Stati americani, la quale fornisce una base positiva alla fattispecie del *bullying*, nonché incentivi premiali (sul piano della riduzione della responsabilità) per quei datori di lavoro che predispongono misure preventive contro comportamenti di questo tipo⁶.

Ove manca una base di diritto positivo, si è tentato, con alterna fortuna, di

Harrassment, 2013 JILPT (The Japan Institute for Labour Policy and Training), Seminar on Workplace Bulling and Harrassment, Tokio, JILPT Report n. 12, 2013.

⁵ Così *Woods v WM Car Services (Peterborough) Ltd*, [1981] IRLR 347, EAT and [1982] IRLR, 413, CA; v. anche *St Budeaux Royal British Legion v Cropper*, EAT, Commercial Lawyer March, 1996, 55.

⁶ Per un ampio quadro: D.C. YAMADA, *Emerging American legal responses to workplacebullying*, *Temple Political & civil rights law rewiew*, 2013, vol. 22, n. 2, 329 ss.

inquadrare la fattispecie del *workplace bullying* all'interno della categoria di illecito *at common law* rappresentata dall'*intentional infliction of emotional distress*.

È oggetto di valutazione e discussione in dottrina e giurisprudenza anche il rapporto tra il *workplace bullying* e le normative statali c.d. di *workers' compensation*. Si tratta di leggi tese a regolare e limitare (in favore del datore) l'ambito dei danni che i lavoratori possono subire sul posto di lavoro e dai quali possono derivare richieste risarcitorie al datore (ciò non impedisce che il lavoratore diriga le proprie pretese contro i colleghi che si sono resi complici dell'illecito).

In altri Paesi Europei il fenomeno del *mobbing* ha, invece, trovato ingresso nel codice.

Così l'ordinamento francese, il quale mutua la locuzione *harcèlement moral* con cui definisce il fenomeno, dagli studi della psichiatra Marie-France Hirigoyen⁷.

L'espressione *harcèlement* significa letteralmente "molestia" e deriva dal verbo *harceler*, traducibile in italiano come vessare, tormentare, tartassare, angustiare ed è utilizzato in Francia anche per indicare fenomeni di sopraffazione tipo il bullismo (*harcèlement psychologique*) o le molestie sessuali (*harcèlement sexuel*).

Con riferimento alle turbative suscettibili di verificarsi nella sfera lavorativa, è lo stesso legislatore ad averne offerto una definizione nell'art. L1152-1 del *Code du Travail*, il quale definisce *harcèlement moral* a carico del lavoratore dipendente, gli atti aventi ad oggetto: "una degradazione delle sue condizioni di lavoro suscettibili di pregiudicare i suoi diritti e la sua dignità, d'alterare la sua salute fisica o mentale o di compromettere il suo futuro professionale"⁸.

⁷ In particolare, M-F. HIRIGOYEN, *Le harcèlement-moral: la violence perverse au quotidien*, Parigi, Syros, 1998; *Malaise dans le travail: harcèlement moral: démêler le vrai du faux*, Parigi, La Découverte, 2004.

⁸ La traduzione è mia. Il testo dell'art. L1152-1 letteralmente dispone: "Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel". La disposizione in questione è stata inserita nel *Code du Travail* dall'Ordonnance 2007-329 del 12.3.2007, ma la definizione era già contenuta nel previgente art. L122-49 dello stesso Codice, sostituito dall'ordinanza 2007-239).

F. BOCQUILLON, *Harcèlement professionnel, accidents du travail et maladies professionnelles*, *Rev. trim. droit soc.*, 2000, 550 ss.; B. LAPEROU, *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail*, *Rev. jurisprudence soc.*, 2000, 423 ss.; S. LICARI, *De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail*, *Droit soc.*, 2000, 492 ss.

La regolamentazione in vigore costituisce l'approdo di un'evoluzione giurisprudenziale e normativa influenzata anche dal diritto UE nel quale, peraltro, l'espressione *harcèlement* ricorre nell'accezione più generale di discriminazione.

I fatti costitutivi della fattispecie, come emerge dalla definizione sopra ricordata, sono: le turbative ripetute che abbiano per oggetto o per effetto il degrado delle condizioni di lavoro e la lesione dei diritti della persona.

Sul piano dell'onere della prova, l'art. L1154-1, *Code du Travail*⁹, stabilisce che spetta al salariato vittima di tali comportamenti provare i fatti su cui si fonda il preteso *harcèlement* (in linea con la regola generale stabilita dall'art. 1315 del *Code Civil*, omologo del nostro art. 2697, c.c.).

Di particolare interesse è la posizione del datore di lavoro che non sia autore dell'illecito in questione, il quale è considerato responsabile in ragione della sua obbligazione di risultato di garantire sicurezza sul luogo di lavoro, la quale gli impone di adottare tutte le misure necessarie per garantire la sicurezza e proteggere la salute dei lavoratori.

La personale assenza di colpa non esonera il datore di lavoro dalla responsabilità per il fatto dei suoi subordinati che abbiano commesso lo *harcèlement (salarié harceleur)*, rendendolo responsabile delle turbative commesse da coloro che esercitano un'autorità sui salariati e che sono sotto il suo controllo.

Il datore di lavoro deve, inoltre, intervenire per far cessare le turbative, anche eventualmente sanzionando il soggetto autore delle stesse.

Con riferimento all'elemento psicologico del soggetto agente, è richiesto il dolo e ciò tanto per la responsabilità penale, quanto per quella civile (*faute intentionnelle*).

Il Canada merita di essere ricordato in questo contesto per il movimento che da diversi anni promuove la parità di trattamento tra sofferenza psichica e fisica nella tutela della persona e che in ambito lavoristico si traduce in una tensione all'ampliamento del concetto di malattia verificatasi "a causa o in occasione del lavoro".

⁹ L'art. L1154-1, *Code du Travail*, dispone: "*Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L. 1152-1 à L. 1152-3 et L. 1153-1 à L. 1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.*

Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles".

Nell'*affaire Plesner*, caso che ha fatto assai discutere nella regione della Colombie-Britannique¹⁰, la corte d'appello ha definito "discriminatorie" alcune disposizioni della normativa provinciale che prevedevano l'indennizzo per *stress* psicologico soltanto quando quest'ultimo consistesse in una "reazione viva a un evento traumatizzante immediato ed imprevisto sopravvenuto a carico del lavoratore a causa e nel corso del lavoro"¹¹, ritenendo eccessivamente restrittiva la nozione di *stress* giuridicamente rilevante.

A fianco di tale percorso di riequilibrio tra il pregiudizio psichico e quello fisico, si rileva anche un ampliamento della nozione di sicurezza sul lavoro e della correlata responsabilità del datore, includendo nell'obbligo di quest'ultimo, quello di offrire al lavoratore dipendente un ambiente sano anche psicologicamente.

In tale ottica s'inquadra la legge dell'Ontario del 9 dicembre 2009 la quale ha espressamente aggiunto la protezione contro lo *harcèlement* agli obblighi del datore di offrire un luogo di lavoro sano sul piano psicologico¹².

¹⁰ C. App. Colombie-Britannique, *Plesner v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 2009, BCCA 188.

¹¹ La traduzione è mia. La frase in lingua originale è la seguente: «(...) *par une réaction vive à un événement traumatisant soudain et imprévu survenu du fait et au cours de l'emploi du travailleur*», tratta da: *Le Rapport Shain, Le stress au travail et les dommages psychologiques dans le contexte juridique canadien, Mise à jour 2010, Une bataille juridique tout à fait légitime. Des systèmes convergents exercent une pression à la hausse sur la création de milieux de travail sains sur le plan psychologique*, in www.commissionsantementale.ca.

¹² *Chapitre 23, Lois de l'Ontario*, 2009, in vigore dal 15 giugno 2010.