



FONDAZIONE
CESIFIN
ALBERTO PREDIERI

centro per lo studio delle istituzioni finanziarie
promosso dalla fondazione cassa di risparmio di firenze

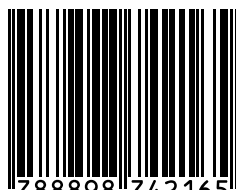
NUOVI ATTORI E NUOVI RUOLI NELLO SCENARIO DEL DIRITTO DEL MERCATO ASSICURATIVO

a cura di
SARA LANDINI

contributi di
MARCO FRIGESSI DI RATTALMA, EMILIA GIUSTI, SARA LANDINI
GIANLUCA ROMAGNOLI, LYDIA VELLISCIG, LUIGI G. VIGORITI

cesifin on line

www.cesifin.it



9 788898 742165

La pubblicazione prende spunto dai Convegni svoltisi nel corso del 2016 sotto l'egida di



centro per lo studio delle istituzioni finanziarie
promosso dalla fondazione cassa di risparmio di firenze



ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE DI DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI
ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT DES ASSURANCES
INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR INSURANCE LAW
INTERNATIONALE VEREINIGUNG FÜR VERSICHERUNGSRECHT
ASOCIACION INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS

SEZIONE TOSCANA

© 2017 Fondazione CESIFIN Alberto Predieri

ISBN 978-88-98742-16-5

Cesifin on line
Luglio 2017

NUOVI ATTORI E NUOVI RUOLI NELLO SCENARIO DEL DIRITTO DEL MERCATO ASSICURATIVO

Indice

PREMESSA Sara Landini	7
L'ARBITRATO E IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE Marco Frigessi di Rattalma.....	11
SANITÀ INTEGRATIVA E POLIZZE SANITARIE COLLEGATE AI MUTUI Emilia Giusti.....	29
NOVITÀ E PROSPETTIVE DI RIFORMA IN AMBITO DI INTERMEDIAZIONE NELL'ASSICURAZIONE CONTRO LA RESPONSABILITÀ CIVILE AUTOMOBILISTICA Sara Landini	37
UN'IPOTESI DI RIFORMA DELLA VIGILANZA SUGLI INTERMEDIARI ASSICURATIVI. PROFILO, COMPETENZE E CRITICITÀ DELL'ORGANISMO PER GLI INTERMEDIARI ASSICURATIVI E RIASSICURATIVI ORIA Gianluca Romagnoli.....	47
L'AUTOASSICURAZIONE COME TECNICA ALTERNATIVA DI MITIGAZIONE DELLE CONSEGUENZE ECONOMICO-PATRIMONIALI DEGLI EVENTI DANNOSI Lydia Velliscig.....	61
ARBITRATO BANCARIO FINANZIARIO E PRODOTTI ASSICURATIVI Luigi Vigoriti.....	81
GLI AUTORI	89

PREMESSA

Il volume raccoglie riflessioni maturate durante i convegni AIDA Toscana – Cesifin nel 2016 in cui sono stati considerati temi come l'intermediazione assicurativa dopo IDD, la sanità integrativa, la c.d. "autoassicurazione".

Il mercato assicurativo cambia i propri connotati con l'assunzione di un ruolo sempre più di rilievo di fenomeni giuridici alternativi al contratto di assicurazione come la ritenzione del rischio o con nuovi "strumenti" incidenti sulla distribuzione dei prodotti come i *robot advisor*, l'uso dei *big data* nella discriminazione dei rischi, ma anche con un rinnovamento di fenomeni giuridici noti come i prodotti finanziari emessi con "finalità assicurativa", i fondi mutualistici nella crescente attenzione alla sanità integrativa e alle sinergie tra Banche e Imprese di assicurazioni come nel caso delle polizze sanitarie collegate ai mutui. Non mancano nel volume prospettive *de iure condendo*. Si pensi al ruolo che potrebbero avere nell'ambito del contenzioso assicurativo collegi arbitrali e procedure analoghe a quelle sviluppate da Banca d'Italia con l'ABF. Si pensi ancora a tentativi di prevedere nuovi organismi che possano svolgere parte delle funzioni di IVASS.

Si intende qui prendere atto di tali fenomeni in evoluzione con una riflessione sul futuro del mercato assicurativo che si va sempre più uniformando, anche da punto di vista ordinamentale, ai mercati finanziari/bancari e che si presenta particolarmente recettivo rispetto alle sfide tecnologiche.

Sara Landini

INTERVENTI

L'ARBITRATO E IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE*

Marco Frigessi di Rattalma

SOMMARIO: 1. La clausola arbitrale nel contratto di assicurazione. - 2. I vantaggi dell'arbitrato ove applicato alla risoluzione delle liti assicurative. - 3. I profili di diritto comparato. - 4. I profili soggettivi della lite. - 5. Il progetto CAM-AIDA. - 6. L'arbitrato nei contratti stipulati dagli assicurati-consumatori. - 7. La perizia contrattuale. - 8. Un ABF assicurativo?

1. La clausola arbitrale nel contratto di assicurazione

Al contratto di assicurazione, come ad ogni altro contratto tipico od atipico, sottoposto al diritto italiano od ad altro sistema giuridico, possono validamente inerire una clausola compromissoria o un distinto compromesso, per risolvere tramite arbitrato le controversie giuridiche che eventualmente insorgessero, sulla conclusione, interpretazione ed esecuzione di tale contratto, tra le parti contraenti (assicurato e assicuratore)¹.

In questo caso si ha totale sovrapposibilità tra l'area contrattuale, abbracciata dal contratto di assicurazione, e l'area della eventuale litigiosità che può riferirsi esclusivamente ad elementi compresi nella suddetta area contrattuale. Le parti litiganti sono le medesime parti che hanno stipulato il contratto, l'oggetto della lite riguarda aspetti regolati da tale contratto e l'arbitrato può riportare chiarezza sulla situazione giuridica regolata con il contratto.

Tuttavia, come si dirà più oltre, per certi contratti di assicurazione, la suddetta coincidenza tra area della contrattualità e area della litigiosità non si realizza. Come si evidenzierà questa discrasia costituisce uno dei principali punti di debolezza per la diffusione dell'arbitrato nelle controversie assicurative.

* Versione integrata del saggio *L'arbitrato e il contratto di assicurazione* pubblicato in *Assicurazioni*, 2016, n. 2, 237 ss.

¹ Si veda R. CAPOTOSTI, *L'arbitrato nelle assicurazioni: rapporto assicurativo e rapporto litigioso*, in *PQM*, III, 1995, 109 ss. Il presente scritto non affronterà la tematica della riassicurazione (cfr. in materia S. LANDINI, *La riassicurazione nella teoria e prassi dei contratti del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 1005 ss.) dove, come noto, il ricorso all'arbitrato è assolutamente prevalente nella pratica.

2. I vantaggi dell'arbitrato ove applicato alla risoluzione delle liti assicurative

Da un punto di vista generale non è dubbio che in linea di principio anche le liti assicurative potrebbero trarre giovamento dalla loro composizione mediante arbitrato anziché mediante ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria.

Un vantaggio che lo strumento arbitrale presenta rispetto al processo ordinario, è costituito dal fattore-tempo. Il processo civile soffre per il fatto che il numero dei processi si dilata, che l'organico dei magistrati ordinari non è sufficiente a far fronte ai nuovi giudizi, che la litigiosità è notevolmente accresciuta. In questo contesto, il legislatore italiano non sembra aver sviluppato una precisa strategia volta a porre rimedio al costo, anche economico oltre che di immagine, anche nei confronti degli spesso più virtuosi Stati membri dell'UE, che una siffatta realtà produce. I rimedi via via introdotti con le varie riforme al procedimento civile, caratterizzati dalla contrazione delle udienze, dall'inasprimento delle barriere preclusive, dalla riduzione dei termini processuali e dalla riforma delle impugnazioni, non sono serviti a migliorare in modo significativo la situazione, non riducendo la durata dei procedimenti.

Per altro verso questi rimedi possono essere considerati pregiudizievoli nella prospettiva dell'equo processo dell'art. 6 CEDU in quanto recano il pericolo di contrarre le garanzie della giurisdizione senza che ciò sia bilanciato da effettivi benefici in termini di riduzione della durata dei processi².

Posto a confronto con il giudizio civile, l'arbitrato si erge come strumento di soluzione della lite sicuramente più rapido, anche perché la durata del procedimento arbitrale può essere "dosata" dalle parti, che hanno il potere di fissare il termine di pronuncia del lodo e contenere così maggiormente il periodo di pendenza dell'arbitrato, specialmente quando, per peculiari ragioni inerenti alla vita delle imprese (si pensi all'obbligo per le compagnie di assicurazioni di appostare adeguate riserve in considerazione dei sinistri denunciati), risulti esiziale raggiungere con rapidità la decisione (art. 820 c.p.c.).

Un ulteriore vantaggio rinveniente dalla scelta dello strumento arbitrale si situa sul terreno fiduciario che viene a caratterizzare il rapporto tra parti ed arbitri, che trova la propria ragion d'essere nella particolare competenza dei giudici arbitrali. Questo peculiare rapporto costituisce, a sua volta, la premessa dell'elevata percentuale di esecuzione spontanea dei lodi arbitrali.

Un ulteriore vantaggio della scelta dell'arbitrato riposa sul fatto che esso è tendenzialmente risolutivo, essendo più difficilmente impugnabile di una sentenza di primo grado, venendo infatti in rilievo esclusivamente i motivi di nullità sanciti

² Sul ruolo del contraddittorio nell'arbitrato si veda, per tutti, A. CHIZZINI, *Arbitrato rituale, principio del contraddittorio e art. 101, 2° comma c.p.c.*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, Jovene, 2010, 207 ss.

dall'art. 829 c.p.c.³.

Un ulteriore profilo che può influenzare la scelta in favore dell'arbitrato, è quello della segretezza: mentre le sentenze dei giudici sono di regola accessibili ai terzi (che potranno leggerle sulle riviste specializzate o ottenerne copia presso l'organo giudicante), ciò non avviene per le sentenze arbitrali, che di regola rimangono confidenziali, salvo nei casi in cui le parti stesse acconsentano a renderle note oppure quando le parti inizino una procedura di impugnazione o di esecuzione davanti ad un tribunale nazionale, rendendo così la sentenza di dominio pubblico.

Se questi sono gli indubbi vantaggi da tempo riconosciuti all'arbitrato posto a confronto con la giustizia statale, è importante sottolineare che le recenti riforme hanno definitivamente messo da parte quella sorta di minore forza quanto ad efficacia della decisione, che connotava il lodo arbitrale rispetto alla sentenza. Il nuovo art. 824-*bis* c.p.c. ha finalmente sostanzialmente parificato il lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario, anche se rimangono singoli aspetti di discrepanza (l'esecutorietà, la possibilità di essere trascritto o di iscriverne ipoteca sui beni del debitore). Tale nuovo assetto qualificativo del lodo arbitrale è stato poi ampiamente posto in rilievo dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. ord. n. 24153/2013) e della Corte costituzionale (cfr. Corte cost. n. 223/2013).

3. I profili di diritto comparato

Se quelli sopra descritti sono i vantaggi che, non solo in Italia, ma internazionalmente si tende a riconoscere all'arbitrato, un recente studio di diritto comparato specificamente riguardante l'arbitrato nelle assicurazioni consente di aggiungere alcune interessanti considerazioni.

Si tratta del *Report* ad opera del Prof. Piero Bernardini⁴, dallo stesso illustrato il 30 settembre 2014 in occasione dell'*AIDA-Association de droit des assurances World Congress* tenutosi a Roma⁵, che riprende criticamente le risposte date dai vari comitati nazionali di AIDA all'accurato questionario predisposto dal Prof. Sergio Maria Carbone.

Ebbene dal *Report* emerge, forse non del tutto sorprendentemente, che la

³ Quanto alla circolazione internazionale dei lodi si veda R. MURONI, *Commento agli artt. 839-640 Riconoscimento ed esecuzione lodi stranieri*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, t. III, Milano, Ipsoa, 2010, 2104 ss.

⁴ Il documento è pubblicato nel sito www.aida.org.

⁵ Si vedano P. MONTALENTI, *Il diritto delle assicurazioni tra ordinamenti nazionali e globalizzazione*, in *Assicurazioni*, 2014, 393 ss., G. VOLPE PUTZOLU, *Relazione generale, Trasparenza delle condizioni contrattuali; Informazione precontrattuale e buona fede nelle trattative*, in *Assicurazioni*, 2013, I, 193 ss.

maggior parte delle delegazioni nazionali non sono dell'opinione che l'arbitrato si coniughi bene con l'assicurazione. Tra i motivi più spesso ripresi sul punto, vi è il fatto che spesso la lite assicurativa coinvolge più soggetti, solo alcuni dei quali sono vincolati dalla clausola arbitrale. Ciò determina un'oggettiva difficoltà per l'adozione dello strumento arbitrale.

Un altro motivo addotto, per esempio dal comitato tedesco, sarebbe il fatto che il ricorso all'arbitrato potrebbe essere utilizzato da taluni assicuratori per privare gli assicurati dei loro legittimi diritti, ciò che sembra riflettere l'idea che i tribunali tedeschi siano meglio attrezzati di quelli arbitrali per decidere liti assicurative.

Peraltro dalla lettura del *Report* sembra emergere che la diffidenza verso lo strumento arbitrale non stia tanto nell'atteggiamento delle parti del rapporto assicurativo, quanto in precise norme ostative o limitative all'arbitrato in assicurazione adottate in varie giurisdizioni dai rispettivi legislatori nazionali.

Così si apprende che per esempio in Argentina vi è un generale divieto di prevedere una clausola arbitrale nel contratto di assicurazione, mentre numerosi paesi escludono l'utilizzabilità dello strumento arbitrale in tutte le fattispecie in cui l'assicurato sia qualificato come consumatore. In particolare in Belgio mentre sino al 1992 l'arbitrato era il metodo largamente preferito per risolvere le controversie tra assicuratore ed assicurato, anche quando quest'ultimo era un consumatore, a partire da tale data l'arbitrato è ammesso nelle liti con l'assicurato-consumatore – come in Danimarca – solo se in virtù di un compromesso posto in essere dalle parti dopo che la lite sia sorta. Tuttavia l'arbitrato resta ampiamente ammesso quando si tratti di "grandi rischi" ai sensi della definizione contenuta nelle direttive assicurative.

Anche il legislatore francese ha adottato un approccio molto restrittivo escludendo tout court il ricorso all'arbitrato nei contratti con assicurati-consumatori e, si noti, nei contratti di assicurazione sulla vita. Anche in alcuni Stati degli USA vi è il divieto della clausola arbitrale nei contratti di assicurazione sulla vita. Interessante è il sistema di Taiwan, dove l'arbitrato in assicurazione è sì ammesso ma solo nel contesto di quello amministrato nel sistema FOI, che oltre alle assicurazioni, comprende, *inter alia*, banche e società di investimento.

4. I profili soggettivi della lite

Come si è più sopra notato, il punto più critico del rapporto tra rapporto assicurativo e arbitrato è quello della dimensione soggettiva della lite⁶.

Nelle controversie in parola la lite è sovente caratterizzata dalla plurilateralità.

⁶ Sull'arbitrato con più parti si veda, per tutti, L. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova, Cedam, 1999.

La lite non coinvolge infatti esclusivamente l'assicuratore e l'assicurato. Certo vi sono controversie inerenti a polizze riguardanti determinati eventi in cui la lite investe esclusivamente la validità e/o l'esecuzione del contratto di assicurazione nel rapporto tra assicuratore ed assicurato.

Ma in numerose altre fattispecie, normalmente collegate ai contratti di assicurazione contro la responsabilità civile (1917 c.c.), la lite investe altresì un terzo (terzo danneggiato o anche terzo responsabile).

In questi ultimi casi l'area della litigiosità può dilatarsi e coinvolgere, accanto ai soggetti contraenti, anche soggetti non contraenti, ciascuno dei quali è titolare di diritti ed interessi giustapposti: l'assicuratore, l'assicurato responsabile e il terzo danneggiato. Questi soggetti sono legati tra loro da vincoli giuridici diversi: obbligazioni contrattuali discendenti dal contratto di assicurazione quelle costituite tra assicuratore e assicurato e obbligazioni extra-contrattuali, od anche contrattuali ma non mai discendenti dal contratto di assicurazione, quelle insorte tra responsabile del danno e danneggiato⁷.

Una clausola arbitrale riferita al contratto di assicurazione può operare soltanto sull'eventuale lite tra le parti contraenti, assicurato e assicuratore; non può operare sull'eventuale lite per responsabilità extra-contrattuale o contrattuale tra danneggiato e responsabile del danno, perché tale diversa lite si situa al di fuori dell'area contrattuale assicurativa e le parti litiganti non risultano vincolate dalla clausola arbitrale che inerisce a tale contratto.

In questi casi l'efficacia dell'arbitrato è ridotta e per così dire posposta. L'arbitrato può agire in una seconda fase, dopo che sia stata risolta la lite tra danneggiato e responsabile, quando quest'ultimo potrà avvalersi, quale assicurato, della clausola arbitrale per comporre la lite con l'assicuratore, in merito al suo diritto al rimborso di quanto dovuto al terzo-danneggiato.

Naturalmente esistono strumenti che possono evitare questo inadeguato spezzettamento del processo di accertamento del diritto. Infatti nell'ordinamento italiano l'art. 816-*quinquies* c.p.c. prevede che l'intervento volontario di terzi e così pure la chiamata dei terzi sono possibili, se vi sia il consenso di tutte le parti e anche del terzo.

Il sopra citato *Report* conferma come lo stesso valga anche nelle altre giurisdizioni considerate.

Quindi il punto debole di siffatte soluzioni normative è dato dal loro carattere volontario e non obbligatorio.

Proprio per indicare una via su come favorire, non potendo certo imporre, una riconduzione ad unità delle liti, pur distinte ma indubbiamente collegate, tra assicuratore, assicurato e terzo merita di riportare un'interessante esperienza

⁷ Si veda ancora R. CAPOTOSTI, *op. cit.*

settoriale, ossia quella sviluppata dal gruppo di lavoro CAM-AIDA⁸.

Si è già detto che nel sistema generale dell'arbitrato il principio generale è, successivamente alla riforma del 2006, con il nuovo 816-*quinquies* c.p.c., che l'intervento volontario di terzi e così pure la chiamata dei terzi sono possibili, ma soltanto se vi sia il consenso di tutte le parti e anche del terzo.

Proprio per agevolare tale "riconduzione ad unità" la clausola CAM-AIDA supera già il primo degli ostacoli, in quanto prevede che "le parti acconsentono sin da ora all'intervento e alla chiamata di terzi nel procedimento arbitrale". In questo modo si eviteranno ab origine atteggiamenti strumentali ad opera di una delle due parti. A fini di ulteriore garanzia è poi sancito sotto questo profilo un controllo da parte del Tribunale arbitrale: "il Tribunale Arbitrale decide a riguardo tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti".

Peraltro l'ostacolo potenzialmente più insidioso alla suddetta *reconductio ad unum* è rappresentato dalla posizione del terzo, che potrebbe comunque rifiutare la partecipazione al giudizio arbitrale.

A tale scopo, per favorire l'intervento del terzo nel giudizio arbitrale, la clausola della CAM-AIDA contiene la previsione per la quale, ove il terzo acconsenta a devolvere la controversia in arbitrato, l'assicuratore si obbliga, in caso di decisione che accerti il suo obbligo a corrispondere l'indennità, ad eseguire il pagamento direttamente al terzo danneggiato, laddove tale impegno è condiviso anche dall'assicurato mediante l'adesione alla clausola.

Nel corso dei lavori CAM-AIDA si è sottolineata - sempre per agevolare il più possibile la suddetta *reconductio ad unum* - l'importanza dell'inserimento, ove il rapporto tra assicurato e terzo abbia a sua volta fonte contrattuale, nel contratto di uno specifico richiamo alla stessa clausola arbitrale, che il terzo sottoscrive e si impegna a sua volta a rispettare.

Sempre nel senso di favorire la penetrazione dell'arbitrato nel settore delle assicurazioni si connota la proposta avanzata in dottrina di prevedere la promessa al pubblico di devolvere le liti all'arbitrato. Questo interessante e precursore modello, prevede, con specifico riferimento all'assicurazione della responsabilità civile auto, l'impegno da parte dell'assicuratore nei confronti di soggetti danneggiati, ancora sconosciuti, che agiranno contro di lui, di offrire agli stessi un procedimento arbitrale per l'accertamento del diritto al risarcimento. L'operazione si fonderebbe sullo schema dell'offerta al pubblico, quale negozio unilaterale regolato dagli artt.

⁸ Ai lavori hanno partecipato, lato AIDA-Sezione Lombarda, oltre all'Autore di questo scritto, Vincenzo Del Re, Carlo Galantini, Alessandra Caniglia, Fabio Maniori, Cristina Pagni, Emilio del Vecchio, Francesca Romanin Jacur, Roberto Pontremoli, lato CAM, Nicola Giudice, Rinaldo Sali, Benedetta Coppo, Federica Invernizzi, Orsola Arianna. Su tali lavori vd. F. DANOVÌ, *L'arbitrato, in Mediazione e arbitrato nelle assicurazioni: la proposta AIDA-CAM per le imprese*, Milano 13 giugno 2014; E. DEL VECCHIO - N. GIUDICE, *Gestire le controversie assicurative: un'opportunità con mediazione e arbitrato*, in *Broker*, novembre-dicembre, 2014, 34.

1989 e 1990 c.c.

Attraverso una promessa al pubblico, l'assicuratore, quale soggetto promittente, potrebbe obbligarsi pubblicamente ed irrevocabilmente, nei confronti di chiunque venisse a trovarsi in condizione di poter reclamare un risarcimento per danno da circolazione stradale provocati da un proprio assicurato, a deferire, a titolo di prestazione promessa, la soluzione della controversia ad un terzo estraneo⁹.

5. Il progetto CAM-AIDA

Il progetto CAM-AIDA si caratterizza per qualche ulteriore interessante profilo.

Innanzitutto il progetto è partito dall'indubbia premessa che le controversie assicurative sono tra quelle che più di altre richiedono una specifica competenza.

Di conseguenza, nelle clausole CAM-AIDA questo profilo è espressamente posto in rilievo laddove si specifica che "il Tribunale Arbitrale sarà composto da un arbitro unico esperto della materia assicurativa e/o riassicurativa". Ove le parti optino invece per un collegio arbitrale, quest'ultimo sarà composto da "tre membri esperti".

La garanzia dell'*expertise* degli arbitri serve a consentire una più efficiente gestione del procedimento e una più ponderata valutazione dei diritti soggettivi oggetto del lodo arbitrale. Si noti che nel progetto l'arbitro dovrebbe tendenzialmente essere unico, ciò al fine di contenere il costo dell'arbitrato. Interessante e da menzionare è che la scelta dell'arbitro unico sarà eterodiretta, in quanto la stessa verrà rimessa non alle parti ma alla CAM, che procederà in unione con AIDA all'individuazione di indipendenti ed esperti arbitri assicurativi.

A lungo si è discusso in seno ai lavori preparatori di CAM-AIDA circa l'opportunità o meno di prevedere nella clausola-tipo di mantenere l'impugnazione "per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia". Per un verso vi era chi osservava come naturalmente la decisione arbitrale si sostanzia in un giudizio e come tutti i giudizi pronunciati in prima istanza possa essere opportuno istituire un controllo. Per altro verso si temeva che questa apertura avrebbe potuto dare il via libera ad impugnazioni pretestuose e strumentali.

Alla fine la scelta della clausola è stata quella di mantenere l'impugnazione "per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia", autorizzando

⁹ R. CAPOTOSTI, *op. cit.*, a pag. 113 osserva che "Si spezzerebbe così l'equilibrio, che porta alla non scelta, delle posizioni di reciproca libertà circa l'adozione di una soluzione compromissoria delle controversie tra terzo danneggiato e assicuratore del responsabile del danno. L'assicuratore si vincolerebbe "a priori", su base unilaterale, a mettere a disposizione dei danneggiati un centro indipendente e credibile, attrezzato per la composizione delle controversie derivanti dalla circolazione automobilistica (es. Camere Arbitrali istituite presso la C.C.I.A.A.), e ad accettarne le decisioni, mentre ai danneggiati sarebbe lasciata la scelta di aderire o meno all'offerta".

in tale modo quel controllo che l'art. 829 c.p.c. attribuisce alla volontà delle parti, ovvero all'espressa previsione di legge.

Dato che l'arbitrato è amministrato secondo il Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, in mancanza di espressa contraria indicazione, ne segue che trattasi di arbitrato rituale di diritto. È parsa così coerente con la natura dello stesso la scelta di ammettere l'impugnazione suddetta, tenuto anche conto che l'impugnazione per nullità prevede una limitata casistica di possibili censure e ciò al fine di consentire un controllo sulle norme di diritto che sono state applicate alla fattispecie assicurativa.

È bensì vero che la possibilità di impugnazione del lodo "per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia", può, purtroppo, determinare l'ingresso di un giudizio anche di lunga durata, ma si ricorda che, pur nella pendenza dell'impugnazione, il lodo arbitrale in ogni caso è passibile di dichiarazione di esecutività e l'efficacia esecutiva può essere sospesa soltanto ad esito di un esame ad opera della Corte d'appello e solo per gravi motivi (art. 830, 4° comma c.p.c.).

6. L'arbitrato nei contratti stipulati dagli assicurati-consumatori

Come è noto, nell'intento di conseguire un'armonizzazione delle legislazioni nazionali, all'interno dell'area europea, delle differenti forme di protezione del consumatore che si riscontravano all'interno dei singoli Stati¹⁰, la direttiva n. 93/13/CEE del 5 aprile 1993 "concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori"¹¹, ha il preciso scopo di fornire al contraente debole effettivi strumenti di tutela per riequilibrare l'asimmetria del rapporto contrattuale prevenendo la possibilità che il professionista tragga vantaggio dal proprio potere contrattuale imponendo al consumatore limitazioni all'esercizio dei suoi diritti.

La direttiva, che ha posto l'accento sull'importanza di una politica di informazione e di protezione dei consumatori attraverso disposizioni armonizzate a livello comunitario¹², contiene un elenco di clausole abusive che sono da ritenersi non

¹⁰ Esse potevano quindi generare distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni e i prestatori di servizi in caso di commercializzazione in altri Stati membri, limitando lo sviluppo del mercato interno.

¹¹ Attuata in Italia con legge n. 52/1996 che ha introdotto nel c.c. il capo XIV-bis dedicato ai "Contratti del consumatore", artt. da 1469-bis a 1469-sexies, poi confluiti nel Codice del consumo, approvato con il d.lgs. n. 206/2005. Attualmente nel codice civile è rimasta una sola norma, l'art. 1469-bis, che stabilisce che le norme del codice civile sul contratto in generale si applicano anche ai contratti del consumatore, se non sono derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore.

¹² Riconoscendo però la possibilità solo di un'armonizzazione parziale essendo lasciata agli Stati membri la possibilità di garantire un più elevato livello di protezione per i consumatori

vincolanti per i consumatori. Precisamente, secondo l'art. 3 della direttiva, "1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se (...) determina a danno del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto (...) 3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive".

Tra la clausole del citato allegato, merita attenzione la lett. q) "clausole che hanno per oggetto o per effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche (...)".

Le norme riguardanti la protezione del consumatore sono confluite, in Italia, nel d.lgs. n. 206/2005 "recante il riassetto delle disposizioni in materia di tutela del consumatore", codice del consumo, creato con il fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti attraverso la riorganizzazione e l'armonizzazione della corposa normativa esistente¹³. La normativa in esame è fondata su presupposti soggettivi differenti, legati alla diversa posizione delle parti dovuta alla loro appartenenza a categorie eterogenee; nello specifico è necessario che il contratto sia concluso tra un professionista – definito all'art. 3 lett. c) c. cons. "professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario" – e un consumatore – definito all'art. 3 lett. a) c. cons. "consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"¹⁴; con il d.l. n. 1/2012, convertito in legge n. 27/2012, è stata inserita anche la figura della c.d. microimpresa, alla quale sono destinate alcune delle disposizioni previste a tutela del consumatore.

Il codice del consumo ha come perno della sua disciplina quella del contenuto del contratto e, in particolare, le clausole vessatorie definite come "clausole che determinano a carico del consumatore uno squilibrio rilevante dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 33, 1° comma, c. cons.), ad esclusione di quelle che dovessero risultare oggetto di trattativa individuale: la legge incide sullo sbilanciamento che può crearsi tra diritti e obblighi delle parti. Posta la generale definizione, la legge procede all'individuazione di due categorie di clausole

mediante disposizioni nazionali più severe rispetto a quelle della direttiva stessa.

¹³ Si veda V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2011, 846 ss.; V. CUFFARO, *Codice del consumo*, Milano, Giuffrè, 2012, 259 ss.

¹⁴ Sulla nozione di consumatore e per ulteriori approfondimenti in tema di applicazione della disciplina pertinente al settore delle assicurazioni si veda specialmente M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, vol. I, Padova, Cedam, 2011, 1071 ss.

vessatorie: quelle che sono sempre ritenute vessatorie (*black list*) e quelle che la legge presume vessatorie (*grey list*) fino a prova contraria, contenute in un corposo elenco non esaustivo, per le quali ultime è concessa al professionista la possibilità di dimostrare o che le clausole in oggetto non sono state imposte unilateralmente ma sono state oggetto di trattativa individuale oppure che la clausola, valutata sia singolarmente sia nel contesto nel quale è inserita, non determina una rilevante sproporzione tra diritti e obblighi posti a capo delle parti.

Come noto, la conseguenza che deriva dalla sottoscrizione di un contratto avente clausole ritenute vessatorie è la nullità della clausola stessa ma non dell'intero contratto; pertanto il contratto rimarrà valido, producendo gli effetti consapevolmente stabiliti e voluti dalle parti: si tratta di nullità di protezione parziale e relativa poiché è disposta a tutela di una sola parte, il consumatore.

Nello specifico, tra le varie clausole ritenute presumibilmente vessatorie, vi sono le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di "sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi." (art. 33, 2° comma, lett. t) c. cons.).

L'arbitrato, al quale è stato fatto riferimento nei paragrafi precedenti, è uno strumento attraverso il quale le parti decidono, per ragioni che tra loro possono essere differenti¹⁵, di sottrarre la decisione di una lite al giudice ordinario affidandola a privati cittadini. Si possono distinguere due tipologie di arbitrato: quello rituale, che ricorre quando è stata demandata agli arbitri una funzione sostitutiva a quella del giudice e che si conclude con la pronuncia di un lodo al quale possono essere collegati gli stessi effetti di una sentenza, e quello irrituale o libero, al quale è dedicata una sola norma (art. 808-ter c.p.c.), statuente che la controversia può essere definita dagli arbitri attraverso l'adozione di una decisione destinata ad acquistare tra le parti esclusivamente valore negoziale, che le parti s'impegnano ad accettare riconoscendola come espressione diretta della loro volontà¹⁶.

Presupposto per lo svolgimento dell'arbitrato, oltre alla disponibilità dei diritti, da riferirsi a quello azionato, e alla legittimazione a disporne, è la convenzione

¹⁵ Si veda E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale: il sistema*, in F. CARPI, *Arbitrato*, Bologna, Zanichelli, 2008; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. III, Bari, Cacucci, 2010, 153 ss.

¹⁶ Il principio di autonomia della clausola arbitrale rispetto al negozio di riferimento vale in relazione all'arbitrato rituale ma non vale per l'arbitrato irrituale o libero, avendo questo natura negoziale e consistendo nell'adempimento del mandato, conferito dalle parti, di integrare la loro volontà dando vita ad un negozio di secondo grado che trae origine dal negozio nel quale la clausola è inserita; si veda Cass. civ. n. 8222/2000 e Cass. civ. n. 9230/2008. Sull'arbitrato irrituale si veda M. BIN, *Il compromesso e la clausola compromissoria in arbitrato irrituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 373 ss.

d'arbitrato – per la quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, pena la nullità – avente natura strumentale e distinguibile in a) compromesso (art. 807 c.p.c.), il quale ha ad oggetto controversie definite perché già sorte tra le parti; b) clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.), la quale differisce dal primo perché ha ad oggetto le future ed eventuali controversie che potrebbero insorgere tra le parti.

La clausola compromissoria è specificamente richiamata tra quelle che necessitano della doppia firma essendo qualificata come vessatoria dagli artt. 1341 e 1342 c.c.; nello specifico, l'art. 1341 c.c. è relativo alle condizioni generali di contratto che sono predisposte unilateralmente da una delle parti al fine di regolare in modo uniforme e rapporti giuridici di natura identica con altri soggetti¹⁷: queste sono efficaci nei confronti dell'altra parte solo se, al momento della conclusione del contratto, questa le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza; la prova della conoscenza o della conoscibilità delle clausole dev'essere fornita dalla parte che intende avvalersene. Il secondo comma dello stesso articolo disciplina le clausole vessatorie stabilendo che, per essere valide, vincolanti e avere effetto, le stesse devono essere approvate specificamente per iscritto. La mancata specifica sottoscrizione per iscritto ne comporta la loro nullità¹⁸.

Per quanto riguarda la relazione tra arbitrato e contratto di assicurazione, è opportuno procedere ad una breve valutazione della disciplina del citato contratto tipico, che si può rinvenire in fonti normative differenti, ma che tra loro convivono: il codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209/2005) e il codice civile, con riferimento sia alla parte speciale (artt. 1882 c.c. e ss.) sia alla parte dedicata ai contratti in generale (artt. 1321 c.c. e ss.)

L'art. 165 c. ass. nello specifico prevede che si crei un rapporto da legge speciale a legge generale: il codice delle assicurazioni rappresenta una legge speciale che deroga alla legge generale costituita dal codice civile. Ne consegue che le disposizioni del codice delle assicurazioni, in caso di divergenze rispetto a quanto stabilito dal codice civile, prevalgono.

La coesistenza di tali normative richiede, per quanto concerne la tutela dell'assicurato, di analizzare le due diverse posizioni di a) soggetto debole, destinatario delle norme del codice civile e della normativa assicurativa, e di b) consumatore, che vedrà applicarsi non solo le norme del codice civile e quelle del codice delle assicurazioni private, ma anche quelle previste dal Codice del consumo; le due normative, quella assicurativa e quella a protezione del

¹⁷ La contrattazione standardizzata – ossia la predeterminazione del contenuto contrattuale che i clienti possono soltanto accettare o rifiutare – è lo strumento più utilizzato nel settore assicurativo, con la conseguenza che la negoziazione delle clausole è piuttosto rara. In generale sul fenomeno vedasi specialmente G. ROMAGNOLI, *Contratti di impresa e clausole arbitrali*, in *Giur. comm.*, 1995, 953 ss.

¹⁸ Sul tema vedi specialmente A. DONATI - G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 11a esima edizione, Milano, Giuffrè, 2016, 137 ss.

consumatore, sono entrambe speciali rispetto alle norme contenute nel codice civile: di conseguenza non si instaura tra le stesse un rapporto di specialità ma, al contrario, esse concorrono a disciplinare la fattispecie che trova rispondenza in entrambe.¹⁹

Nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un "semplice" assicurato, la normativa a cui fare riferimento sarà, come precisato poc'anzi, sia il codice delle assicurazioni private, sia il codice civile; l'assicurato-consumatore beneficia invece altresì della tutela prevista dal codice del consumo²⁰, usufruendo di tale protezione aggiuntiva, tra cui quella offerta nei confronti delle clausole vessatorie, all'interno delle quali si situa appunto la clausola di "deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria" (art. 33, 2° comma, lett. t) c. cons.)²¹. Con riferimento a questa ultima si rammenta che la vessatorietà della clausola è solo presunta, in quanto il professionista ha la possibilità di dimostrare che il patto derogatorio alla suddetta competenza non sia vessatorio.

Il problema concernente la eventuale qualificazione della clausola arbitrale contenuta in un contratto di assicurazione come vessatoria si incentra sulla opacità che si riscontra nella normativa: mentre nella direttiva europea 93/13/CEE, alla lettera q) dell'allegato si parla di clausole a favore di "una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche", il Codice del consumo cita le clausole di "deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria", lasciando incertezza interpretativa.

Certamente non si può propendere per un rifiuto totale dell'arbitrato nel settore del consumo, poiché ciò sarebbe in contrasto con la politica settoriale europea e la relativa normativa²² e certamente, per contro, è necessario che il consumatore

¹⁹ Si vedano le appropriate considerazioni di P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, fasc. 9, 1749 ss.

²⁰ Si veda G. ALPA, *La codificazione dei diritti dei consumatori. Aspetti di diritto comparato in Economia e dir. terziario*, 2009, fasc. 1.

²¹ Vi è da precisare che in Italia manca, nel settore assicurativo, un sistema alternativo di risoluzione delle controversie in grado di offrire agli assicurati un'alternativa più rapida rispetto a quella statuale, elemento che invece è presente nel settore bancario e finanziario. Su di esso si veda CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'arbitro bancario finanziario*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 2014, 161 ss. A. PIERUCCI, *L'arbitrato bancario e finanziario: l'esperienza applicativa*, in *Giur. comm.*, 2014, 811 ss.

²² Si veda la direttiva n. 2013/11/UE in modifica al regolamento n. 2006 del 2004 e alla direttiva n. 2009/22/Ce, concepita allo scopo di realizzare concretamente procedure "indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie", utilizzabili dal consumatore in qualità di attore. Nell'accezione "Adr" rientra anche il procedimento "che impone una soluzione", ossia l'arbitrato. Si veda già, del resto, il *Libro Verde* del 16 novembre 1993 relativo ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia

possa svincolarsi dal patto arbitrale, quando questo non sia conseguenza di una scelta ponderata e consapevole, così come sancito anche dalla Corte di giustizia²³.

La questione relativa alla natura e alla validità della convenzione d'arbitrato non è stata risolta in modo uniforme in dottrina, potendosi rinvenire al suo interno diversi orientamenti: mentre parte della dottrina ritiene sia necessario considerare sempre vessatoria ex art. 33, 2° comma, lett. f) c. cons. la clausola arbitrale senza che rilevi la distinzione tra clausole che prevedano l'arbitrato rituale e quelle che prevedano l'arbitrato irrituale²⁴ - perché in ogni caso vi sarebbe una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria -, altra parte invece ritiene che siano da ritenere vessatorie solo clausole che sanciscano il ricorso all'arbitrato irrituale²⁵, in quanto tali sarebbero così considerate dalla direttiva 93/13/CEE. Infine vi è chi ritiene l'arbitrato sempre compatibile col rapporto di consumo²⁶.

In realtà ci pare preferibile quell'orientamento dottrinale che sottolinea

civile e commerciale.

²³ Si veda la sentenza *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium sl* (C-168-05) pronunciata il 26 ottobre 2006 dalla Corte di Giustizia, la quale ha stabilito, nello specifico, che la direttiva n. 93/13/CEE deve essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale deve rilevare la nullità dell'accordo arbitrale e annullare il lodo nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

²⁴ In siffatto senso, anche nei regimi precedenti al Codice del consumo, si veda fra gli altri G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, Ipsoa, 1996, 26; R. MARENGO, *Clausola compromissoria e contratti dei consumatori*, in *Riv. arb.*, 2006, 73; S. LA CHINA, *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, Milano, Giuffrè, 2011, 38; E. D'ALESSANDRO, *Clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione inibitoria nei contratti dei consumatori*, in *Giust. civ.*, 1999, 1211, in nota sost. conf. a Trib. Roma, 8 maggio 1998 (anche in *Foro it.*, 1998, I, c. 1989; in *Danno e resp.*, 1998, 800, con nota di Granieri; in *Giur. it.*, 1998, 2297), che argomenta nel senso che la clausola arbitrale (irrituale) implichi la rinuncia forzata alla giurisdizione statale; v. anche sempre con riguardo all'arbitrato irrituale Trib. Roma, 18 agosto 2006, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, I, II, 110, con nota di Mancini; G.d.p. S. Anastasia, 6 dicembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, 1929; G.d.p. Ancona, 28 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 307.

²⁵ Si veda G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, fasc. 1, 1993, 555 ss.; DE CRISTOFARO, in C. CONSOLO-M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, 468 ss.

²⁶ Così S. FAILLACE, *Contratti stipulati con i consumatori*, in *Contr. e impr.*, 1996, 359 ss.; Trib. Monza, 21 gennaio 2003, in *Giur. mil.*, 2003, 149, afferma che "il ricorso ad una procedura arbitrale – sia rituale, sia irrituale – non comporta la riduzione della tutela che l'ordinamento (anche in forza del disposto degli art. 1469-bis ss. c.c.) garantisce al consumatore. Tale valutazione è suffragata anche dal Libro verde del 16 novembre 1993, sull'accesso dei consumatori alla giustizia, che indicava proprio l'arbitrato come uno degli strumenti idonei per rimediare alle insufficienze della giurisdizione ordinaria" (si veda anche Trib. Monza, 27 febbraio 2007, in *Dejure*). Vedasi anche M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 429.

come l'interesse alla tutela del consumatore non si soddisfi attraverso un rifiuto dell'arbitrato ma dipenda dalla tecnica arbitrale prescelta, ossia dalle caratteristiche che tale metodo di risoluzione presenta – valutazione che è necessario condurre caso per caso –, e dall'aver fornito al consumatore un'informazione precisa sulle caratteristiche dello strumento di soluzione prescelto²⁷. Le liti che coinvolgono i consumatori sono dunque pienamente arbitrabili ma l'arbitrato, per essere valido o, per meglio dire, la clausola compromissoria per non essere considerata vessatoria, deve riferirsi a un arbitrato che dia adeguate garanzie di tutela al consumatore.

7. La perizia contrattuale

Figure differenti rispetto all'arbitrato sono l'arbitraggio e la perizia contrattuale²⁸; per quanto concerne l'arbitraggio, tale istituto differisce dall'arbitrato poiché è un patto - vincolante per le parti - accessorio e strumentale rispetto al contratto cui è riferito che ha come scopo l'integrazione di un elemento che le parti non erano state in grado o non avevano voluto determinare²⁹. Con l'arbitraggio le parti incaricano il terzo o i terzi non di risolvere una controversia nascente da un rapporto giuridico già completo e valido – come accade nell'arbitrato – ma di definire tramite un negozio di diritto sostanziale a sé stante un elemento mancante, anche non essenziale.

Per quanto concerne la perizia contrattuale³⁰, essa presuppone che esista una controversia ma il suo scopo è quello di procedere ad una definizione corretta

²⁷ Così il convincente studio di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, Tutela arbitrale e tecnica del processo: la clausola compromissoria nei contratti di consumo, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, fasc. 3, 2014, 997 e ss. Per un approccio simile in giurisprudenza, si veda Cass. civ. n. 13312/2015 che ha statuito che: "In materia di contratto di assicurazione, la clausola compromissoria, inserita nelle condizioni generali di contratto, che prevede un meccanismo di corresponsione dell'onorario agli arbitri correlato al valore della causa, ma non in misura proporzionale, e indipendente dall'esito della controversia (nella specie, concretizzato nell'obbligo di pagare il compenso dell'arbitro rispettivamente nominato e di metà di quello dovuto al terzo), ha natura vessatoria se limita il diritto dell'assicurato ad essere sollevato dalle conseguenze pregiudizievoli del sinistro, esponendolo (soprattutto nelle controversie di modesto valore) all'esborso di rilevanti somme per gli onorari degli arbitri, non proporzionate a quelle riconoscibili a titolo risarcitorio, con valenza dissuasiva dal ricorso all'arbitrato, così da favorire comportamenti dilatori dell'assicuratore in pregiudizio del diritto di difesa dell'assicurato"

²⁸ Si veda F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2008, 243 ss.

²⁹ Si veda M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, Cedam, 2010, 31 ss.

³⁰ Si veda F. CAMPIONE, *La perizia contrattuale*, in *Rivista dell'arbitrato*, fasc. I, 2014, 53 ss.

di elementi di importanza tecnica: sua primaria caratteristica è infatti la ricerca di una soluzione tecnica, mancante di qualsiasi determinazione discrezionale, che è chiamata a fornire e che viene devoluta al terzo o a terzi dotati di particolare competenza tecnica: i periti sono dunque chiamati non a risolvere una controversia ma ad esprimere un giudizio tecnico che vada a sostituire la volontà dei contraenti, vincolando le parti (e il giudice) al loro accertamento³¹. Essa può essere impugnata tramite azioni di annullamento e di risoluzione dei contratti³² ma non tramite l'azione di nullità del lodo arbitrale ex art. 828 c.p.c. (si veda Cass. civ. n. 9392/2004).

È importante sottolineare che la perizia contrattuale differisce sia dall'arbitrato³³, poiché il suo oggetto consiste nella formulazione di un apprezzamento tecnico e non nella soluzione di una controversia giuridica, sia dall'arbitraggio, dato che l'arbitratore è chiamato ad integrare un contratto mentre il perito deve utilizzare le proprie conoscenze al fine di formulare un apprezzamento tecnico³⁴.

Merita di essere citata Cass. civ. n. 7531/2014, la quale sancisce che all'interno di un contratto di assicurazione che preveda una perizia contrattuale è insita la temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale dei diritti nascenti dal rapporto contrattuale³⁵, nel senso che durante il corso della procedura e prima della sua conclusione le parti non possono proporre davanti al giudice le azioni derivanti da tale rapporto³⁶; nei contratti assicurativi tale improcedibilità è valida nell'ipotesi in cui la domanda abbia ad oggetto l'accertamento della misura dell'indennizzo e l'operatività della polizza, mentre non può ritenersi operante in presenza di questioni aventi ad oggetto questioni diverse dalla stima dell'indennizzo.

La perizia contrattuale non rientra, in linea di principio, tra le clausole vessatorie di cui all'art. 1341 c.c. perché essa non ha carattere compromissorio o derogatorio della competenza, non interferendo sulla proponibilità davanti all'autorità giudiziaria delle possibili controversie e non comportando limitazioni di responsabilità o condizioni limitanti: per tale motivo non rientra tra le clausole da approvarsi specificatamente per iscritto a pena di nullità ex art. 1341, 2°

³¹ È significativo considerare che essa è diffusa soprattutto nell'ambito dei contratti di assicurazione, in particolare nelle polizze infortuni e più in generale nei rami danni.

³² Si veda L. VIOLA, *Il contratto. Validità, inadempimento, risarcimento*, vol. I, 2009, 42 ss.

³³ Si veda P. MARIOTTI - A. SERPETTI, *Le clausole vessatorie nei contratti di assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2011, 90.

³⁴ Si veda F. CARINGELLA - G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2008, 243 ss.; G. IUDICA, *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2012, 14-15.

³⁵ Si veda R. CALVO - A. CIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2011, 393.

³⁶ La sentenza afferma inoltre che l'obbligo della rinuncia deve ritenersi cessato quando l'espletamento della perizia arbitrale non sia più oggettivamente possibile per essere venuto meno l'oggetto.

comma c.c.³⁷ Inoltre non è da considerare vessatoria ai sensi del codice del consumo, avendo la stessa l'effetto di devolvere al terzo solo un accertamento tecnico e non comportando un significativo squilibrio contrattuale, a meno che la clausola contrattuale subordini il diritto dell'assicurato di agire in giudizio al previo esperimento di una perizia contrattuale arbitrale sulla quantificazione dei danni³⁸: in questo caso si verificherebbe un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto.

Tuttavia, nel caso in cui, con completezza e trasparenza nell'esposizione della clausola, sia previsto che gli arbitri debbano decidere all'unanimità, che il procedimento arbitrale sia gratuito per l'assicurato e che debba essere concluso in tempi rapidi e certi, la clausola arbitrale può essere ritenuta non vessatoria (si veda Cass. civ. n. 7176/2015, la quale afferma che "la clausola contenente l'obbligo di procedere a perizia contrattuale per la valutazione dei danni configura gli estremi della clausola abusiva ex art. 1469-bis, 1° comma c.c. provocando, la stessa, uno squilibrio nei diritti e negli obblighi delle parti. Tuttavia ciò deve essere valutato alla luce delle singole fattispecie. (...) La clausola arbitrale peritale la quale preveda che gli arbitri debbano decidere all'unanimità; che il procedimento arbitrale sia gratuito per l'assicurato e che debba essere concluso in tempi rapidi e certi, ben potrebbe sottrarsi al giudizio di abusività. Ove per contro sia disposto – come nel caso di specie – che la decisione arbitrale è presa a maggioranza ed è definitivamente vincolante per tutti; che grava in ogni caso sull'assicurato l'onere di pagare per intero le spese del proprio arbitro e per il 50% quelle del terzo; che il Collegio medico ha la facoltà di rinviare la sua decisione ad epoca da definirsi (...) senza che sia disposto alcun limite ai tempi e alle ragioni del rinvio e senza che sia previsto alcun minimo all'importo dell'anticipo, la clausola arbitrale peritale (...) giustifica l'addebito di abusività".).

³⁷ Si veda Cass. civ. n. 11876/2007, la quale ha dichiarato: "La giurisprudenza di questa Corte è ferma nel ritenere che la clausola di un contratto di assicurazione con la quale le parti conferiscano ad una o più persone il potere di effettuare una perizia contrattuale con un accertamento sostitutivo della loro volontà e per esse vincolante, non ha carattere compromissorio o, comunque, derogativo della competenza del giudice ordinario per cui non rientra tra quelle da approvarsi specificatamente per iscritto a norma degli artt. 1341 e 1342 cod. civ."

³⁸ Si veda F. CARINGELLA, *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, Giuffrè, 2008, 373; D. VALENTINO, *Commentario del codice civile. Dei singoli contratti: Art. 1861-1986*, Torino, Utet, 2011, 156.

8. Un ABF assicurativo?

Veniamo adesso ad alcune riflessioni sulla possibilità di “importare” nella soluzione delle controversie in ambito assicurativo il modello dell’arbitro bancario e finanziario (ABF).

Come noto l’ABF è stato istituito da Banca d’Italia nel 2009 in attuazione dell’art. 128-*bis* del d.lgs. n. 385/1993 (TUB), ove si è previsto che nel settore bancario e finanziario operino sistemi stragiudiziali di risoluzione delle controversie alternativi rispetto alla giustizia ordinaria.

L’ABF è un sistema di risoluzione delle controversie di tipo decisorio in caso di controversie tra cliente e intermediario di valore contenuto, rimessa ai Collegi. La decisione è assunta secondo diritto sulla base delle domande formulate dal ricorrente e dei documentazione presentati dalle parti.

Si tratta di uno strumento che deve essere distinto da altri strumenti di soluzione delle controversie.

Stante la natura non vincolante delle pronunce dei Collegi, l’ABF si differenzia dall’arbitrato previsto dal Codice di procedura civile.

L’ABF inoltre è altro rispetto ai procedimenti di mediazione disciplinati dal d.lgs. 28/2010 i quali si concludono con un verbale di conciliazione della controversia, sottoscritto dalle parti e dal mediatore e non da una decisione di un collegio.

L’ABF deve essere distinto anche dalla negoziazione assistita disciplinata con DL 132/2014 (convertito con modificazioni dalla legge n. 162/2014) che richiede l’assistenza legale per il raggiungimento di un accordo di composizione della lite (c.d. “convenzione di negoziazione assistita”). Anche questa procedura, come la mediazione, appartiene alla categoria dei sistemi ADR di tipo facilitativo-consensuale in ciò distinta dall’ABF che come detto ha carattere decisorio.

Differenti sono anche le negoziazioni paritetiche disciplinate da ultimo dal d.lgs. 130/2015 di recepimento della direttiva UE/2013/11, che si fondano su protocolli di intesa stipulati tra le imprese e le associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative a livello nazionale.

Infine l’ABF si distingue dall’istituto previsto dall’art. 185-*bis* c.p.c., che consente al giudice di formulare una proposta conciliativa.

L’ABF è uno strumento che ha avuto un buon successo come dimostrano i dati riportati nella relazione annuale pubblicata nel 2016 da Banca d’Italia³⁹.

Nell’anno 2015 sono giunti a decisione 10.450 ricorsi, oltre 1.800 in più rispetto al 2014; ogni mese i Collegi hanno mediamente esaminato 950 ricorsi (nel 2014 poco meno di 800). Nel 68% dei casi l’esito è stato sostanzialmente favorevole per i clienti, con accoglimento totale o parziale delle richieste formulate (41% dei

³⁹ Relazione sull’attività dell’arbitro bancario e finanziario, giugno 2016. <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/pubblicazioni/relazioniAnnuali/relazione-abf-2015.pdf>.

casi) oppure con dichiarazione della cessazione della materia del contendere, conseguente alla soddisfazione del ricorrente nel corso della procedura (27%).

Quali gli aspetti problematici dell'impiego dello strumento dell'ABF nel settore assicurativo e quali le soluzioni che si possono proporre.

Un primo aspetto riguarda i costi che possono derivare dalla necessità, per ragioni tecniche nella liquidazione dei sinistri, di affrontare spese elevate per consulenze tecniche. Facciamo presente che tali costi non sono proporzionati al valore della controversia e diventa difficile compiere una individuazione a monte delle controversie con alti costi di CTU in modo, ad esempio, da escluderle dalla procedura. Sicuramente da escludere la riassicurazione e i contratti grandi rischi. Sembra comunque difficile riuscire a proporre procedure davvero contenute nei costi per gli utenti.

Sarà necessario avere degli arbitri che presentino competenze trasversali tenuto conto che i conflitti nell'ambito assicurativo possono concernere aspetti relativi anche all'accertamento di responsabilità civile, ai prodotti finanziari, all'intermediazione assicurativa, ecc. Inutile dire che le competenze richieste agli arbitri in tale ambito sono particolarmente elevate tenuto pure conto della complessità delle fonti (codice civile, codice delle assicurazioni, regolamenti IVASS, direttive comunitarie).

La complessità e varietà dei casi rende peraltro difficile riuscire a prevedere meccanismi di uniformazione delle decisioni essenziali al fine ridurre il contenzioso essendo la soluzione in molti casi legata alla situazione concreta in decisione. Può non essere sufficiente creare banche dati delle decisioni, ma occorrerebbe forse una formazione mirata, incontri periodici, redazione di *guidelines* al fine di avere quanto meno una uniformazione nel metodo decisorio.

SANITÀ INTEGRATIVA E POLIZZE SANITARIE COLLEGATE AI MUTUI

Emilia Giusti

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Polizze collegate ai mutui. - 3. Gli interventi di IVASS e normativi per superare i conflitti di interessi. - 4. Il difficile ruolo di “intermediaria di fatto” della banca: la responsabilità dell’ente creditizio e la soluzione americana.

1. Premessa

È interessante osservare le modalità di espressione dell’autonomia privata nel settore assicurativo in cui è stato fatto sempre più ricorso a strumenti negoziali che alla loro funzione tradizionale hanno associato il rafforzamento della garanzia del credito.¹

Le polizze sanitarie collegate ai mutui ne sono espressione ed offrono lo spunto per un’indagine sulla difficoltà di conciliare il rapporto tra la regolamentazione del settore bancario e di quello assicurativo.

2. Polizze collegate ai mutui

Oggigiorno è frequente l’utilizzo di contratti di assicurazione in funzione di garanzia diretta del credito.

In Italia, la forma più conosciuta e diffusa è quella delle polizze vita collegate ai contratti di mutuo che, anche se polizze facoltative e non obbligatorie, vengono proposte alla clientela o da parte di intermediari o come quasi sempre accade da parte della stessa banca.²

Come è stato scritto in dottrina, si tratta di quella prassi ormai consolidata in ambito bancario per cui si fa sottoscrivere al cliente che chiede l’erogazione di un mutuo una polizza assicurativa, detta anche *credit protection insurance*³ che rientra in quel settore ormai definito *bancassurance*⁴. Queste manifestazioni

¹ O. CALEVO, *Polizze assicurative connesse ai mutui e garanzie del credito*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 11.

² C. PAGNI, *Polizze abbinate e finanziamenti (PPI): le criticità rilevate da IVASS e Banca d’Italia le indicazioni congiunte al mercato*, Simmon & Simmons, ottobre 2015

³ Sull’utilizzazione dell’assicurazione in funzione di garanzia del credito D. CERINI, *Assicurazione e garanzia del credito. Prospettive di comparazione*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*.

⁴ GAMBARO, *La bancassurance e le aspettative della clientela*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, 579

negoziali sono ben note nella tradizione anglosassone del *credit protection insurance o payment protection insurance*⁵ e si sono diffuse nel nostro paese per la sempre maggiore rilevanza economica dei problemi di accesso al credito e gestione dell'indebitamento per i privati e le imprese.⁶

Normalmente, quindi, la banca al momento della stipula del contratto di finanziamento opera anche come intermediario⁷ nei confronti del cliente per offrirgli il prodotto predefinito da un'impresa assicuratrice con la quale lo stesso ente creditizio ha rapporti e dalla quale percepisce una commissione di distribuzione in base al valore del premio. I beneficiari della polizza sono i mutuatari e solo nell'eventualità di un sinistro i beneficiari utilizzeranno l'indennizzo per la banca e quindi a tutela dell'investimento⁸.

La banca, attraverso l'inserimento di una specifica clausola contrattuale (c.d. "appendice di vincolo")⁹ funge da beneficiaria della prestazione prevista in casi di sinistro.

Il ricorso a tale meccanismo assicurativo è dato dal fatto che sia il privato che contrae il mutuo, sia l'ente che fornisce il credito desiderano proteggere l'operazione economica dall'eventualità che la stessa non possa essere portata a termine per la morte di coloro o colui che ha contratto il prestito.

Introducendo questo strumento è ridotto il rischio di insolvenza, il cliente riesce a fronteggiare meglio situazioni di difficoltà finanziaria, la banca rafforza il suo sistema creditizio ed infine il sistema finanziario alleggerisce le condizioni di accesso al credito.

Se da una parte, però, questo sistema ha assolto ed assolve una funzione

ss.; D. PIRILLI, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra tutela del cliente ed equilibrio del mercato*, in *Contratti*, 2013, 10, 943 ss.; A. GAMBARO, *La bancassurance e le aspettative della clientela*, in *Dir. ec. ass.*, 2011, 579 ss.; S. MONTICELLI, *Accesso al credito e tutela del consumatore: questioni nuove e problemi irrisolti*, in *Giust. civ.*, 2012, 11-12, 527 ss.

⁵ M. BURRONI - F. POLI, *Credito alle famiglie e payment protection insurance: quali prospettive di sviluppo in Italia?*, in G. BRACCHI - D. MASCIANDARO (a cura di), *Banche italiane e governo dei rischi. Imprese, famiglie, regole*, XIII Rapporto della Fondazione Rosselli, Milano, 2008, 323 ss.

⁶ M. FABIANI, *Crescita economica, crisi e sovra-indebitamento*, in *Corriere giur.*, 2012, 449 ss.

⁷ La banca è intermediario quando è remunerata con provvigioni assicurative. A. POLIZZI - A. STEINHAUS (Studio legale Jenny & Partners), *Le novità in tema di contratti assicurativi accessori a mutui o finanziamenti (le c.d. polizze CPI)* in *Approfondimenti Assicurazioni*, 10 settembre 2012.

⁸ O. CALEVO, *Polizze assicurative connesse ai mutui a garanzia del credito, Obbl. e contr.*, 2012, 11.

⁹ G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2009, 141; E. BOTTIGLIERI, *Il Codice Civile Commentato*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, *Dell'assicurazione contro i danni*, Milano, Giuffrè, 2010, 84.

equilibratrice nei confronti delle parti, dall'altra non ha mancato e non manca di produrre problemi¹⁰.

Si sono infatti, negli anni, presentati dubbi sia in relazione alla figura dell'ente creditizio che non riesce a trovare una sua unica collocazione (ora intermediario per poi diventare eventualmente beneficiario del credito assicurato), sia in relazione al meccanismo stesso attraverso il quale lo stesso ente offre i prodotti assicurativi nel caso in cui concluda un contratto di mutuo. La banca infatti, molte volte peccando di trasparenza e facendo gravare il costo della polizza sul cliente con la richiesta di provvigioni assai onerose anche sproporzionate con quelle delle compagnie esterne alle banche, mantiene in sicurezza i propri interessi.

Si è assistito e si assiste tutt'ora ad una forte autoregolamentazione della materia da parte degli operatori del settore e quindi a interventi per cercare di riordinare questo difficile ambito ed evitare conflitti di interesse tra la banca, il cliente con cui stipula il mutuo e l'impresa assicuratrice.

3. Gli interventi di IVASS e normativi per superare i conflitti di interessi

Un primo intervento è stato quello dell'Autorità di settore¹¹ che ha cercato di fissare il divieto per gli enti creditizi di poter assumere direttamente o indirettamente la contemporanea qualifica di beneficiario o vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto di assicurazione legato al mutuo.

Tale regola è stata però annullata dal Tar del Lazio¹² per il quale l'ISVAP nell'adottare tale norma regolamentare aveva omesso di coinvolgere tutte le parti interessate alla conoscibilità della normativa.

È stata comunque rinnovata da ISVAP che con l'art. 48 provv. ISVAP n.2946/2011 ha riconfermato il divieto per gli intermediari assicurativi (compreso le banche e gli intermediari finanziari) di assumere direttamente o indirettamente la qualifica contemporanea di distributori delle polizze e beneficiari delle stesse.

¹⁰ EUROPEAN COMMISSION, *Pre-Contractual Information for Financial Services. Qualitative Study in The 27 Member States, Summary Report*, January, 2008.

¹¹ Art. 52 regolamento ISVAP n. 35/2010 che ha modificato l'art. 48 che disciplinava i casi di conflitti di interessi degli intermediari dei contratti di assicurazione del regolamento ISVAP 16 ottobre 2006, n. 5, introducendo il comma 1-bis "è comunque fatto divieto di assumere, direttamente od indirettamente, anche attraverso uno dei rapporti di cui al 1° comma, primo periodo, la contemporanea qualifica di beneficiario o di vincolatario delle prestazioni assicurative e quella di intermediario del relativo contratto in forma individuale o collettiva".

¹² Tar Lazio, 27 ottobre 2010, n. 33044, in *www.federalismi.it*, con osservazioni di G. NATALI, *Regolare fa rima con partecipare. Brevi note a Tar Lazio 27 ottobre 2010, n.33044*; C. RUSSO, *L'art.32 del Regolamento Isvap n.35/2010 tra le decisioni del Tar e le finalità perseguite dall'Isvap. Problemi interpretativi e operativi in Assicurazioni*, 2010, I, 623 ss.

Oltre a questi due interventi, è da ricordare l'art. 36-*bis*¹³ del d.l. n. 201/2011, che nell'ambito della disciplina del codice del consumo sulle pratiche sleali, ha allargato le c.d. "pratiche ingannevoli."

Ha qualificato come pratica commerciale scorretta il comportamento di banche, istituti di credito ed intermediari finanziari che, per stipulare un contratto di mutuo, obbligano i clienti a sottoscrivere una polizza assicurativa emessa dallo stesso soggetto con il quale si conclude il mutuo. Ancora il provvedimento di Banca d'Italia del 2011 in materia di trasparenza¹⁴ delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari con il quale ha previsto l'obbligo di assicurare al cliente un'informazione corretta, chiara ed esauriente che agevoli la comprensione delle competenze, dei rischi, dei costi dei prodotti offerti e che consenta di prendere una decisione informata e consapevole.

Nonostante quanto sopra, è stato necessario il "Decreto Liberalizzazioni", d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha fortificato la disciplina in materia: se le banche e gli altri intermediari finanziari influenzano l'erogazione del mutuo alla stipula di una polizza vita, dovranno obbligatoriamente esporre al cliente almeno due preventivi di contratti vita presentati da due diversi gruppi assicurativi. Il consumatore può cercare, comunque, individualmente sul mercato la copertura che dovrà poi essere acquisita, senza alterarne le condizioni, dalle banche e dagli intermediari finanziari. Inoltre, per facilitare il consumatore il regolamento n. 40/2012, entrato in vigore il 2 luglio 2012 (pubblicato nel sito dell'IVASS) ha delimitato gli elementi di cui si deve costruire il preventivo standard e fissato i contenuti minimi della polizza vita, attraverso i quali il consumatore può ricercare sul mercato una copertura a lui più adeguata. Se la polizza scelta è in linea con i contenuti minimi, la banca è obbligata ad accettarla per l'erogazione del finanziamento.¹⁵

Questo il panorama sulla materia che si è concluso con le modifiche fatte dal ddl. Concorrenza che è intervenuto per più fronti sull'art. 28 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1.

L'art. 25 del ddl. concorrenza ha eliminato al 1° comma dell'art. 28 del d.l. n.1/2012 le parole "sulla vita" ed ha aggiunto "ovvero qualora l'offerta di un contratto di assicurazione sia contestuale all'erogazione di un mutuo o di un finanziamento".

¹³ O. CALEO, *Le polizze assicurative connesse ai mutui tra regolamentazione e mercato in Obbl. e contr.*, 2012, 12.

¹⁴ M. BIN, *La trasparenza dei "prodotti" emessi dalle imprese di assicurazione tra principi generali e nuovo regolamento Isvap*, in *Assicurazioni*, 2010, 611 ss.

¹⁵ IVASS, *Le polizze connesse ai mutui e ai finanziamenti*, pubblicato on line il 20 dicembre 2014 su www.ivass.it, 9 ss.

Con questa modifica quindi si è allargata¹⁶ l'applicazione della norma per cui l'onere di esporre due preventivi, infatti, non sarà più solo limitato alle polizze di assicurazione sulla vita ma a qualsiasi polizza collegata all'emanazione di un credito. Sempre l'art. 25 del ddl. concorrenza ha introdotto ancora al comma 1-*bis* dell'art. 28 la previsione per cui se non sono presentati i suddetti due preventivi assicurativi a colui o coloro che intendono concludere il contratto di mutuo è previsto l'irrogazione da parte di IVASS di una sanzione secondo quanto previsto dall'art. 324 del Codice delle assicurazioni private. In conclusione, sempre il ddl. concorrenza ha trattato l'aspetto della trasparenza delle polizze connesse ai mutui ed ai finanziamenti nell'art. 28, comma 3-*bis* rafforzando e sottolineando il dovere di informativa da parte degli istituti di credito verso il cliente.

4. Il difficile ruolo di “intermediaria di fatto” della banca: la responsabilità dell'ente creditizio e la soluzione americana

Quanto ripercorso sopra in termini provvedimentali e normativi è l'*iter* seguito per cercare di regolare questo rapporto “a tre” che ormai fa parte della prassi bancaria.

L'ente creditizio si pone come un intermediario rispetto al cliente con cui conclude il mutuo ed allo stesso propone di assicurare quel rapporto. Fino ad ora abbiamo visto quelle che sono le regole del “gioco” tra la Banca, il cliente e l'assicurazione e quindi il dovere che la banca oggi ancor più di ieri ha di non mettere in condizioni di svantaggio il cliente facendogli sottoscrivere polizze assai onerose ma soprattutto il divieto di assumere concretamente la posizione di intermediario percependo quindi direttamente o indirettamente delle provvigioni da quel rapporto.

Regole assai dettagliate quelle scritte ma ancora non sufficienti. Il problema, infatti, si sposta non tanto sul come si pone la banca, quindi sull'essere o non essere intermediario o beneficiario dell'assicurazione ma su quello che fa, nonostante non intermedii e non percepisca compensi.

Il riferimento è a tutte quelle informazioni che l'ente, al fine di poter far preparare la polizza all'impresa assicuratrice si trova a dover percepire dal contraente senza riflettere sul fatto invece che sarebbe molto più consono che fossero prese direttamente dall'impresa assicuratrice che, svolgendo attività assicurativa, ha maggiore consapevolezza di quelle che possono essere considerate “circostanze rilevanti” per determinare il livello di rischio del contraente e quindi redigere

¹⁶ L. D'OSTUNI, *Ddl Concorrenza: le novità in tema di polizze connesse a mutui e finanziamenti* in <http://www.diritto24.ilsole24ore.com>, 5 marzo 2015.

un questionario¹⁷ che il soggetto andrà a riempire al fine di addivenire alla sua copertura assicurativa¹⁸.

La Corte di cassazione¹⁹ ha sottolineato in una sua recente pronuncia l'importanza del ruolo dell'impresa assicuratrice e del questionario mettendo in evidenza come la mancanza di determinate informazioni da parte del contraente perché non richieste dall'assicuratore è da ricondursi ad un atteggiamento di indifferenza di quest'ultimo che può legittimare una esclusione di responsabilità dell'assicurato, da non considerarsi su quelle informazioni come reticente.

Quindi, parafrasando quanto sopra detto e prendendo in esame la prassi che vede l'istituto bancario quale "finto intermediario" tra il contraente e l'impresa assicuratrice, si dovrebbe ritenere che ogni volta che le informazioni sono mal raccolte o risultano insufficienti e quindi possono creare delle divergenze tra l'assicurazione e l'assicurato, sarebbe da considerare responsabile l'ente stesso che, nonostante il suo ruolo di non intermediario, si pone molte volte come "ponte" tra le esigenze del cliente e dell'impresa assicuratrice.

Il cliente, infatti, nel caso in cui si dovesse trovare sfornito di una adeguata²⁰ polizza o non potesse contare sulla stessa polizza richiederebbe chiarimenti alla compagnia assicuratrice, senza considerare che in realtà tutte le informazioni necessarie erano state in precedenza raccolte dall'ente creditizio, responsabile per il comportamento tenuto da chi per lui lavora, in questo caso il promotore finanziario.

La giurisprudenza, ha elaborato in riferimento a ciò, al fine di poter tutelare la parte più debole del rapporto il concetto di "occasionalità necessaria"²¹, per cui è riconosciuta la responsabilità della banca in tutti i casi in cui l'agire del promotore

¹⁷ Per facilitare l'assunzione di informazioni da colui che vuole contrarre la polizza assicurativa, questi risponde per iscritto a un questionario predisposto dall'assicuratore.

¹⁸ V. SANGIOVANNI, *Dichiarazioni inesatte del contraente e termine per l'annullamento del contratto di assicurazione*, in *Contratti*, 2011, 8; 9, 781 (nota a sentenza, Trib. Novara, 27 gennaio 2011).

¹⁹ Sulla sentenza di Cass., 24 novembre 2003, n.17840, in *www.leggid'italiaprofessionale.it*, Arch. civ., 2004, 1071; N. LIPARI - P. RESCIGNO, *Diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni*, III, *I contratti*, Milano, Giuffrè, 2009, 978; A. TARANTINO, *Rilevanza delle dichiarazioni precontrattuali rese dall'assicurando all'agente assicurativo privo dei poteri di rappresentanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 332 s.

²⁰ Il codice delle Assicurazioni oggi prevede e richiede all'art. 183 che le imprese acquisiscano dai contraenti le informazioni necessarie per valutare le loro necessità assicurative.

²¹ M. GERBI, *La responsabilità delle banche tra principi generali e norme speciali-il commento*, in *Danno e responsabilità*, 2016, 8-9, 844 (nota a sentenza Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2016, n.806; Cass. civ. sez. III, 18 dicembre 2015; sul concetto di occasionalità necessaria si vedano anche Trib. Prato 23 gennaio 2011, n. 211, in *Guida dir.*, 2011, 24, 50, Corte app. L'Aquila, 21 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1946, V Cass., sez. III, 12 marzo 2008, n. 6602, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 3, 409.

sia uno strumento attraverso il quale essa organizza la sua attività di impresa, in tal caso l'erogazione del mutuo.

L'ente, infatti, più che come intermediario, tra l'assicurazione ed il cliente dovrebbe solo assolvere funzioni informative, di assistenza al cliente con il quale completa le operazioni bancarie. Del resto, già in tema di servizi di investimento, è stato sottolineato²² come la banca, in quel caso "intermediaria", prima di far effettuare ed effettuare qualsiasi operazione debba fornire all'investitore una informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto in base alle caratteristiche personali del cliente.²³

Si potrebbe seguire il sistema americano, che nonostante non menzioni specificatamente la facoltà assicurativa del mutuo in termini di polizza vita ed equivalenti ha introdotto la figura del *Mortgage Broker*²⁴ cioè quel professionista che collabora con le principali banche ed istituti di credito oltre che con le compagnie assicuratrici e quindi in grado di assistere i clienti nella ricerca e nella scelta di finanziamenti o mutui più vantaggiosi in base alle caratteristiche della persona ed in base al mercato.

È interessante scoprire come questa figura venga pagata direttamente dalle banche e dagli istituti di credito così da non diventare un costo aggiuntivo per colui che vuole contrarre il mutuo. Viene verificata, prima di procedere con l'operazione l'idoneità del soggetto alla concessione del mutuo e nel corso del primo colloquio, il richiedente il mutuo (nel caso italiano anche la polizza) sarà chiamato a compilare uno specifico modulo che in America è nominato *Uniform Residential Loan Application* in cui si richiedono al soggetto più cose tra cui: la verifica della tessera della previdenza sociale e documento identità, copia delle ultime mensilità, copia delle ultime tasse, documenti relativi ad eventuali investimenti in atto, copie di eventuali polizze sulla vita ecc.

Quanto sopra, quindi potrebbe essere una soluzione per cercare di ovviare al comportamento di "intermediario di fatto" che nel nostro Paese è ormai attribuito alle banche creando questa nuova figura che finalmente, in modo istituzionale fornisca quel servizio assicurativo-creditizio che difficilmente è conseguito dai clienti. Si separa il momento valutativo, di idoneità del candidato rispetto al momento esecutivo-concessivo e si responsabilizza il *mortgage broker* per quanto dichiarato sulla capacità del richiedente il mutuo.

²² Cassazione civ., sez. I 25 giugno 2008, n. 17340 in *Il Caso.it*, sez. Giurisprudenza, 1344, pubb. 16 ottobre 2008

²³ S. LANDINI, "Oggetto oscuro" e tutela del consumatore, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 10, 10878 (nota a sentenza Corte giustizia Unione Europea sez. III, 23 aprile 2015, n. 96; direttiva 05 aprile 1993, n. 93/13/CEE, art. 4); C. BOVINO, *Polizze assicurative legate ai mutui: I A Corte UE sull'obbligo di trasparenza*, in *Leggi d'Italia* 29 aprile 2015, 1.

²⁴ S. LINARES, *Le procedure di acquisto di un immobile negli Stati Uniti d'America e, in particolare, nella città di New York*, in *Immobili e proprietà*, 2015, 11, 619.

NOVITÀ E PROSPETTIVE DI RIFORMA IN AMBITO DI INTERMEDIAZIONE NELL'ASSICURAZIONE CONTRO LA RESPONSABILITÀ CIVILE AUTOMOBILISTICA

Sara Landini

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Nuovi "attori" nella distribuzione dei prodotti. - 3. Novità normative e prospettive *de iure condendo*. - 4. *Big data* in funzione di prevenzione delle frodolenze?

1. Premessa

Le novità in ambito di intermediazione dei prodotti della assicurazione della responsabilità civile automobilistica (da ora R.C.A.) muovono più dalle prassi del mercato che non da novità di tipo normativo/regolatorio per il momento.

La stipula di contratti in via telematica ha incrementato il fenomeno di contratti di assicurazione che non esiterei a definire inesistenti prima che nulli, mancando un'impresa assicuratrice autorizzata come controparte.

Anche IVASS, facendo seguito ai comunicati stampa del 3 gennaio 2012 e del 25 novembre 2014, ha reso noto che sono stati segnalati, soprattutto nella regione Campania, casi di commercializzazione di polizze R.C.A. contraffatte, di "Great Lakes Reinsurance (UK) SE" società inglese abilitata ad operare in Italia anche nel ramo 10 - R.C. Auto.

Le polizze riportavano anche l'intestazione: "Great Lakes Reinsurance (UK) Ltd" e "Great Lakes Reinsurance (UK) Plc", che risultano essere le vecchie denominazioni della stessa impresa "Great Lakes Reinsurance (UK) SE".

La maggior parte di queste polizze false risulterebbero acquistate via internet tramite siti web non autorizzati all'intermediazione assicurativa. Inutile dire che la personalizzazione telematica del rapporto favorisce simili pratiche¹.

¹ Il tema si lega a quello dall'abusivismo assicurativo. Con il d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, in attuazione della Legge Delega n. 229/2003, il Governo ha dato vita al "Codice delle Assicurazioni", attraverso il quale si è provveduto non solo ad ordinare le norme in materia ma altresì ad innovare in maniera significativa una serie di profili disciplinari secondo una logica non meramente consolidatoria ma, per una serie di aspetti, codificatoria in senso proprio. Tra le disposizioni ivi contenute, che rappresentano un *quid novi* rispetto al previgente sistema normativo in materia di assicurazioni private, vi sono gli articoli del capo I, titolo XVIII in tema di abusivismo assicurativo.

Nello specifico la norma contenuta nell'art. 305 individua tre fattispecie di reato: al 1° comma si sanziona con la reclusione da due a quattro anni e con la multa da euro ventimila a euro

2. Nuovi “attori” nella distribuzione dei prodotti

Si osserva poi la diffusione dei comparatori ovvero di banche dati organizzate per indicare ai consumatori “la miglior polizza” con problemi relativi alla distinzione tra “migliore” (in base a cosa? Al premio senza considerare le condizioni di polizza?) e “adeguata” secondo la dizione legale che impone di valutare la rispondenza della copertura all’interesse assicurativo del cliente².

Gli istituti di vigilanza (Ivass e Consob) hanno imposto l’obbligo, sia per l’intermediario che per l’impresa assicurativa, prima di far sottoscrivere un contratto, di valutare se il contratto è adeguato alle esigenze del cliente.

Tale obbligo è previsto sia dalla normativa IVASS attraverso la valutazione

duecentomila chiunque svolga attività assicurativa o riassicurativa in difetto di autorizzazione; al 2° comma si sanziona con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da diecimila a centomila euro chiunque eserciti un’attività di intermediazione assicurativa in difetto di iscrizione al registro di cui all’art. 109 del codice delle assicurazioni medesimo; infine chi eserciti l’attività di perito di assicurazione in difetto dell’iscrizione a ruolo di cui all’art. 156 del codice delle assicurazioni è punito secondo quanto disposto dall’art. 348 c.p. per il reato di abusivo esercizio della professione.

All’art. 306 è prevista inoltre la pena alla reclusione fino a due anni e la multa da diecimila a centomila euro per chiunque, fuori dai casi previsti dall’art. 2638 c.c., “ostacola le funzioni di vigilanza con il rifiuto dell’accesso ai locali o con il diniego all’ordine di esibizione della documentazione concernente l’attività assicurativa o riassicurativa o di intermediazione assicurativa o riassicurativa, che viene opposto ai funzionari dell’Isvap incaricati di accertare i fatti che possono configurare una violazione dell’art. 305”.

L’abuso di denominazione assicurativa è invece punito ex art. 308 c. ass. con una mera sanzione amministrativa pecuniaria.

² I concetti di adeguatezza e appropriatezza dei prodotti proprie della *suitability rule* trovano riscontro nel testo di MIFID e nel regolamento Consob 16190 del 2007.

Qui si dice, all’art. 40, che “gli intermediari, sulla base delle informazioni ricevute dal cliente e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito, devono valutare se la specifica operazione consigliata o realizzata nel quadro della prestazione del servizio di gestione di portafogli soddisfi i seguenti criteri cui è improntato il giudizio di valutazione della adeguatezza:

a) corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente; b) sia di natura tale che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all’investimento compatibilmente con i suoi obiettivi di investimento; c) sia di natura tale per cui il cliente possieda la necessaria esperienza e conoscenza per comprendere i rischi inerenti all’operazione o alla gestione del suo portafoglio.” La *suitability rule* in ambito assicurativo trova riscontro da ultimo nell’art. 20 della direttiva IDD (Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa) ove si richiede che “qualsiasi contratto proposto deve essere coerente con le richieste e le esigenze assicurative del cliente”. Si tratta di un obbligo che l’art. 20 pone a carico di assicuratore e di intermediario in quella logica di co-gestione del “prodotto assicurativo” che porta a vedere in una chiave unitaria produzione e distribuzione.

dell'adeguatezza di una polizza assicurativa (Circolare 551/D del 2005 e regolamento n. 5 del 2006), che dalla normativa Consob attraverso la valutazione di un contratto di natura finanziaria, con la c.d. MiFID, (deliberazione Consob del 2007, n. 15961, recante modifiche ed integrazioni al regolamento n. 11522 del 1998).

E così del resto nel provvedimento di AGCM 25420/2015 l'autorità ha rilevato a carico di un comparatore le seguenti pratiche scorrette.

Sull'home page del sito internet del comparatore era prospettata, con notevole evidenza grafica, la possibilità di conseguire consistenti risparmi sulla copertura R.C.A. senza fornire indicazioni che consentissero di comprendere i criteri di quantificazione di tale risparmio e senza chiarire se esso derivasse dalla semplice comparazione delle offerte delle compagnie presenti sul mercato oppure dal canale distributivo.

Dalle informazioni presenti sul sito non era inoltre possibile comprendere pienamente aspetti essenziali per un processo decisionale consapevole del consumatore: la natura dell'attività economica svolta dal comparatore (se è il distributore, da chi e in base a quali criteri è remunerato), il perimetro di comparazione preso a riferimento (quali sono le compagnie considerate), la valenza anche in termini di continuo aggiornamento della comparazione, il canale distributivo.

AGCM compie anche osservazioni sulla comparabilità. Affermando che "I prodotti confrontati non appaiono sempre omogenei tra di loro e quindi la loro confrontabilità appare limitata. Inoltre, le polizze proposte non appaiono sempre conformi rispetto alle richieste che il consumatore ha inserito nel form".

Quanto ai nuovi soggetti non si può dimenticare la crescente attenzione del mercato finanziario nella allocazione dei prodotti per i *robo advisor*.

I *robo advisor* sono costituiti essenzialmente da un algoritmo, cioè un complesso insieme di regole che serve ad inquadrare il profilo del cliente. Al momento sono utilizzati nell'ambito dell'intermediazione finanziaria. In tale ambito l'algoritmo è costruito per elaborare informazioni relative al profilo del cliente (tolleranza al rischio; patrimonio posseduto; obiettivi finanziari).

Sulla base delle informazioni fornite dal cliente, l'algoritmo proporrà uno o più portafogli (*asset allocation*) adatti alla situazione, ovvero combinazioni di strumenti finanziari.

Si tratta di uno strumento che potrebbe essere impiegato anche per i prodotti assicurativi soprattutto in caso di prodotti fortemente standardizzati.

3. Novità normative e prospettive *de iure condendo*

Quanto alle novità normative non possiamo dimenticare la direttiva europea 2016/97 del 20 gennaio 2016 nota come IDD.

La direttiva sottopone alla vigilanza assicurativa non solo intermediari ma la

totalità dei soggetti presenti nella filiera della distribuzione assicurativa, ivi compresi, quindi, le reti di vendita diretta da parte delle Compagnie e i siti comparatori.

Questo ampliamento consente finalmente di mettere sullo stesso piano tutti coloro che intervengono a vario titolo nella distribuzione assicurativa a favore della concorrenzialità del mercato.

Si rivedono norme sulla remunerazione aprendo agli onorari in una chiave di riduzione di potenziali conflitti di interesse.

Al *considerando 57* si prevede che “per garantire che qualsiasi onorario, commissione o beneficio non monetario connesso alla distribuzione di prodotti di investimento assicurativi percepito o pagato da un qualsiasi soggetto, diverso dal cliente o da una persona che agisce per conto del cliente, non si ripercuota negativamente sulla qualità del pertinente servizio al cliente, il distributore di prodotti assicurativi dovrebbe mettere a punto meccanismi adeguati e proporzionati per evitare tali ripercussioni negative. A tal fine, il distributore di prodotti assicurativi dovrebbe elaborare, adottare e riesaminare regolarmente le politiche e le procedure relative ai conflitti di interessi al fine di evitare ogni ripercussione negativa sulla qualità del pertinente servizio al cliente e garantire che quest’ultimo sia adeguatamente informato in merito agli onorari, alle commissioni o ai benefici”.

Per quanto concerne la trasparenza delle remunerazioni, la direttiva prevede che gli intermediari dovranno obbligatoriamente, prima di ciascuna vendita, informare i loro clienti circa le modalità con cui verranno remunerati senza, tuttavia, fornire le cifre in dettaglio (art. 19). Lo stesso obbligo ricade anche sulle reti di vendita dirette delle imprese di assicurazione e delle banche.

Infine, non sarà più possibile distribuire prodotti assicurativi obbligatoriamente abbinati alla vendita di altri beni o servizi senza offrire al consumatore la possibilità di poter acquistare gli uni separatamente dagli altri (art. 24). Nell’intermediazione dei prodotti R.C.A. questo esclude l’abbinamento obbligatorio di polizze alla vendita del veicolo.

In una visione di prospettiva consideriamo:

1- Il par. 2 dell’art- 12 della IDD sancisce che “Le autorità di cui al presente articolo, paragrafo 1, possono essere sia pubbliche autorità sia enti riconosciuti dal diritto nazionale o da pubbliche autorità espressamente abilitate a tal fine dalla legislazione nazionale. Esse non comprendono le imprese di assicurazione o riassicurazione o le associazioni i cui membri includono direttamente o indirettamente imprese di assicurazione o riassicurazione o intermediari assicurativi o riassicurativi, ferma restando la possibilità di collaborazione tra le autorità competenti e altri organismi, per quanto riguarda la tenuta del registro”

Il MISE, con un regolamento attualmente solo in bozza, intende affidare non solo la tenuta del Registro, ma anche la vigilanza sugli iscritti ad un organismo di autoregolamentazione (*self-regulatory body*) costituito come ente privato

associativo, formato dalle associazioni di categoria rappresentative delle varie tipologie di operatori che sono per legge autorizzati a svolgere intermediazione assicurativa. Anche le associazioni delle imprese di assicurazione possono far parte dell'ORIA³.

Lo schema prevede all'art. 7 intitolato "Funzioni dell'Organismo" alla lett. a) che l'organismo "cura la formazione e la gestione del registro, dell'elenco annesso degli intermediari comunitari ..."

All'art. 7, lett. e) si precisa che "l'organismo vigila sull'osservanza delle leggi, del presente regolamento, del Codice e delle relative norme di attuazione, nonché delle disposizioni dell'Unione europea direttamente applicabili, da parte degli intermediari, sulla legittimità dei comportamenti degli stessi ed esercita i poteri sanzionatori... nel rispetto del principio del contraddittorio...".

Questa esternalizzazione pare in contrasto con il combinato disposto degli artt. 3 n. 1 e 12 della IDD⁴, che dovrà essere recepita entro il 2018.

³ Si veda infra saggio L. Romagnoli.

⁴ Art. 3, 1 "1. Gli intermediari assicurativi e riassicurativi e gli intermediari assicurativi a titolo accessorio devono essere registrati presso un'autorità competente nello Stato membro d'origine.

Le imprese di assicurazione e riassicurazione e i loro dipendenti non sono tenuti a registrarsi a norma della presente direttiva.

Fatto salvo il primo comma, gli Stati membri possono prevedere che le imprese di assicurazione e riassicurazione, gli intermediari assicurativi e riassicurativi o altri organismi possano collaborare con le autorità competenti nella registrazione degli intermediari assicurativi e riassicurativi e degli intermediari assicurativi a titolo accessorio nonché nell'applicazione dei requisiti di cui all'articolo 10.

In particolare, gli intermediari assicurativi e riassicurativi e gli intermediari assicurativi a titolo accessorio possono essere registrati da un'impresa di assicurazione o riassicurazione, da un intermediario assicurativo o riassicurativo o da un'associazione di imprese di assicurazione o riassicurazione o di intermediari assicurativi o riassicurativi, sotto il controllo di un'autorità competente.

Un intermediario assicurativo o riassicurativo o un intermediario assicurativo a titolo accessorio può agire sotto la responsabilità di un'impresa di assicurazione o di riassicurazione o di un altro intermediario. In tal caso, gli Stati membri possono prevedere che l'impresa di assicurazione o riassicurazione o altro intermediario sia responsabile di garantire che l'intermediario assicurativo o riassicurativo o l'intermediario assicurativo a titolo accessorio rispetti le condizioni di registrazione, comprese quelle stabilite al paragrafo 6, primo comma, lettera c).

Gli Stati membri possono inoltre disporre che l'impresa di assicurazione o riassicurazione o altro intermediario che si assume la responsabilità per l'intermediario assicurativo o riassicurativo o per l'intermediario assicurativo a titolo accessorio registri tale intermediario o intermediario a titolo accessorio.

Gli Stati membri non sono tenuti ad applicare la prescrizione di cui al primo comma a tutte le persone fisiche che lavorano per un intermediario assicurativo o riassicurativo o per un intermediario assicurativo a titolo accessorio ed esercitano un'attività di distribuzione assicurativa o riassicurativa.

2- Novità in tema di intermediazione nel settore R.C.A. si possono trovare anche nel ddl Concorrenza (S. 2085 - approvato dal senato il 5 maggio 2017), il quale, se aggiornato alla luce delle novità introdotte da IDD, avrebbe potuto rappresentare una prospettiva di innovare nel settore dell'intermediazione.

Il ddl concorrenza dedica una norma anche alla "intermediazione", norma che poteva essere coordinata con la direttiva IDD che ormai parla di "distribuzione" e con la normativa vigente che già contiene disposizioni sulla trasparenza e informativa sulle condizioni di polizza in particolare su quelle che segnano l'equilibrio economico del contratto.

Si introduce invece l'art. 132-*bis* nel c.a.p. (dlgs 209/2005 noto come codice delle assicurazioni private da ora in poi c.a.p.) con specifici obblighi di informativa sui premi perdendo di vista le altre condizioni economiche del contratto (franchise, massimali, esclusioni con possibile rivalsa della compagnia verso l'assicurato ex art. 144 c.a.p.).

Come detto occorrerebbe tenere già presenti le regole introdotte da IDD (artt. 20 ss.) che incidono sugli obblighi consulenziali e informativi degli intermediari. Qui si distingue una intermediazione con consulenza e una senza. Per i primi occorre formulare una "raccomandazione personalizzata". Vi è comunque la necessità di determinare il prodotto "coerente con le richieste e le esigenze assicurative del cliente" al cliente. Tale precisazione deve essere compiuta tenuto conto della complessità del prodotto e del tipo del cliente.

L'art. 132-*bis* impone all'intermediario di informare relativamente ai premi offerti "da tutte le imprese di assicurazione di cui sono mandatari". La norma non tiene conto che nella realtà è assai rara l'ipotesi del plurimandato per gli agenti.

Gli Stati membri garantiscono che i registri riportino il nome delle persone fisiche, in seno alla dirigenza del distributore di prodotti assicurativi o riassicurativi, che sono responsabili della distribuzione assicurativa o riassicurativa.

I registri indicano altresì gli Stati membri in cui l'intermediario opera in regime di libero stabilimento o di libera prestazione di servizi."

Art. 12: "1. Gli Stati membri designano le autorità competenti per l'attuazione della presente direttiva. Essi ne informano la Commissione indicando qualsiasi eventuale ripartizione di tali funzioni.

2. Le autorità di cui al presente articolo, paragrafo 1, possono essere sia pubbliche autorità sia enti riconosciuti dal diritto nazionale o da pubbliche autorità espressamente abilitate a tal fine dal diritto nazionale. Esse non comprendono le imprese di assicurazione o riassicurazione o le associazioni i cui membri includono direttamente o indirettamente imprese di assicurazione o riassicurazione o intermediari assicurativi o riassicurativi, ferma restando la possibilità di collaborazione tra le autorità competenti e altri organismi, laddove sia espressamente prevista dall'articolo 3, paragrafo 1.

3. Le autorità competenti devono disporre dei poteri necessari per l'esercizio delle loro funzioni ai sensi della presente direttiva. Qualora nel suo territorio esistano più autorità competenti, lo Stato membro provvede a far sì che queste operino in stretta collaborazione per garantire l'effettivo espletamento delle rispettive funzioni."

Nel caso in cui le polizze proposte non siano adeguate al profilo del proprio cliente sembra che, anche alla luce della direttiva IDD, l'agente non possa che limitarsi a dichiarare l'inadeguatezza del prodotto dell'impresa mandante.

L'art. 25 di IDD, in relazione al quale sono state emanate le linee guida, focalizza l'attenzione su quella che è stata definita la "Governance del prodotto".

Prevede la norma in esame, la cui applicazione è esclusa solo per le polizze grandi rischi, che: "Le imprese assicurative, così come gli intermediari che realizzano prodotti assicurativi da offrire in vendita ai clienti, adottano, gestiscono e controllano un processo di approvazione per ciascun prodotto assicurativo o per ogni modifica significativa di un prodotto assicurativo esistente, prima che sia commercializzato o distribuito ai clienti."

A tal fine l'impresa assicurativa, anche sulla base del flusso informativo che le proviene dai suoi intermediari, comprende e riesamina regolarmente i prodotti assicurativi che offre o commercializza, tenendo conto di qualsiasi evento che possa incidere significativamente sui rischi potenziali per il mercato di riferimento individuato, onde almeno valutare se il prodotto rimanga coerente con le esigenze del mercato di riferimento e se la prevista strategia distributiva continui a essere adeguata⁵.

Inefficiente è poi la soluzione del ddl concorrenza della nullità "di protezione" in caso di mancanza di dichiarazione del consumatore di aver ricevuto l'informativa relativa al premio.

Una simile soluzione porterà solo ad un incremento della documentazione. Le compagnie dovranno attrezzarsi adeguatamente ai nuovi obblighi. L'assicurato che non abbia avuto sinistri potrebbe avere addirittura interesse a far valere carenze di documentazione per ottenere la dichiarazione di nullità della polizza e la restituzione dei premi⁶.

⁵ Ad Aprile 2016 Eiopa, una delle 3 autorità responsabili del coordinamento della vigilanza dei mercati finanziari a livello Europeo, ha pubblicato un documento indirizzato alle autorità di controllo nazionali che mira a dare indicazioni su come procedere nel periodo transitorio tra l'emanazione e la trasposizione nella legge nazionale della direttiva IDD EU 2016/97 del 20 gennaio 2016. "Gli orientamenti preparatori" si legge al punto 1.1. delle linee guida "sono stati emanati al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi, efficienti ed efficaci con riguardo alle disposizioni in materia di governo e controllo del prodotto previste dall'articolo 25 dell'IDD, in attesa che tali disposizioni contenute nell'IDD siano pienamente applicabili".

⁶ Si riporta l'art. 132 bis del codice delle assicurazioni come da DDL Concorrenza "ART. 132-bis. – (Obblighi informativi degli intermediari). – 1. Gli intermediari, prima della sottoscrizione di un contratto di assicurazione obbligatoria per i veicoli a motore, sono tenuti a informare il consumatore in modo corretto, trasparente ed esaustivo sui premi offerti da tutte le imprese di assicurazione di cui sono mandatari relativamente al contratto base previsto dall'articolo 22 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, e successive modificazioni.

2. Al fine di cui al comma 1, gli intermediari forniscono l'indicazione dei premi offerti dalle

4. *Big data* in funzione di prevenzione delle frodolenze?

Con il termine “big data” si indica un complesso di grandi dimensioni di dati che possono essere utilizzati per formare nuove conoscenze attraverso le relazioni tra i dati conoscibili. I *big data* hanno un valore euristico in quanto rappresentano il punto di partenza per individuare le correlazioni che possono essere rilevanti per gli sviluppi futuri di conoscenza⁷. Va precisato che non esiste una definizione unica di big data. A volte l’aggettivo “big” si riferisce alla quantità di dati, altre volte è riferito alla loro estensione e all’analisi che possiamo effettuare su di essi. In generale, essi sono caratterizzati da grandi volumi: questo significa che la quantità di dati non può essere trattata con metodi tradizionali, come fogli di calcolo o data base. Un’altra caratteristica è la grande velocità riferita al rapido trasferimento di informazioni. Infine c’è l’aspetto di grande varietà di dati.

Ci sono varie tecniche utilizzate per compiere tali correlazioni che portano a poter estrarre nuova conoscenza dai big data:

- a) Il “data mining” è il processo di analisi dei dati provenienti da diversi punti di vista in modo da trarne informazioni utili. È il processo di ricerca di correlazioni o modelli tra dati raccolti in banche dati relazionali⁸;
- b) La “data fusion” è il processo di integrazione di molteplici dati e conoscenze.

imprese di assicurazione mediante collegamento telematico al preventivatore consultabile nei siti Internet dell’IVASS e del Ministero dello sviluppo economico e senza obbligo di rilascio di supporti cartacei.

3. L’IVASS adotta disposizioni attuative in modo da garantire l’accesso e la risposta per via telematica, sia ai consumatori che agli intermediari, esclusivamente per i premi applicati dalle imprese di assicurazione per il contratto base relativo ad autovetture e motoveicoli. Con le stesse disposizioni sono definite le modalità attraverso le quali, ottenuti i preventivi sulla base delle informazioni inserite nel servizio informativo di cui all’articolo 136, comma 3bis, è consentita la conclusione del contratto, a condizioni non peggiorative rispetto a quanto indicato nel preventivo stesso, o presso un’agenzia della compagnia ovvero, per le imprese che lo prevedano, attraverso un collegamento diretto al sito internet di ciascuna compagnia di assicurazione.

Atti Parlamentari

4. Il contratto stipulato senza la dichiarazione del cliente di aver ricevuto, ove prescritte, le informazioni di cui al comma 1 è affetto da nullità rilevabile solo a favore del cliente.”

⁷ J. MANYIKA-M. CHUI-B. BROWN et al., *Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity*, Report, The McKinsey Global Institute, 2011; A. MCAFEE-E. BRYNJOLFSSON, *Big Data: The Management Revolution*, in *Harvard Business Review*, 2012; S. FARO-N. LETTIERI, *Big data: una lettura informatico-giuridica*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. I, Padova, Cedam, 2016, 503 ss.

⁸ P. CABENA-P. HADJINIAN-R. STADLER-J. VERHEES-A. ZANASI, *Discovering Data Mining from Concept to Implementation*, Prentice Hall PTR, 1997; S. DULLI-S. FURINI-E. PERON, *Data Mining*, Berlin, Springer Verlag, 2009.

L'aspettativa è che i dati "fusi" contengano informazioni superiori ai dati originali⁹.

c) La procedura "clustering" ha l'obiettivo di raggruppare dati e di organizzarli in gruppi in modo che i dati contenuti nello stesso *cluster* sono tra loro più simili rispetto a quelli contenuti in gruppi (c.d.*cluster*) diversi;

d) La *regression analysis* è usata per stimare la forza e la direzione della relazione tra le variabili che sono in relazione lineare tra loro.

I *big data* possono essere utilizzati a fini di rilevamento e di prevenzione delle frodi assicurative non solo nel campo della R.C.A. Attraverso grandi tecnologie le aziende sono in grado di gestire per migliorare la loro capacità di rilevamento delle frodi. Un metodo efficace è quello di applicare un modello bayesiano in riconoscimento delle frodi in combinazione con tecniche di analisi dei *big data*. Possiamo indicare le seguenti fasi:

a) analisi della rete che identificherà ogni rapporto storico tra gli attori in una richiesta specifica, che potrebbe suggerire una propensione a commettere una frode.

b) una "clusterizzazione" (raggruppamento) degli attori e dei comportamenti correlati sulla base di un modello statistico di auto-apprendimento. Questo consente una migliore rappresentazione di relazioni e atteggiamenti nei confronti di una plausibile esistenza di frode.

Da un punto di vista di un uso legale simile tale metodo deve essere regolato per evitare che simili correlazioni permettano di attribuire la responsabilità senza valutare l'azione delle persone.

In breve, il rischio è che i soggetti siano ritenuti responsabili e puniti prima che essi abbiano agito. Una tale prospettiva sembra essere in contrasto con i valori di base di tutti i sistemi giuridici: equità e giustizia¹⁰.

L'uso della profilazione dei clienti al fine di prevenire le frodi nella c.d. fase della intermediazione e della assunzione del rischio da parte dell'impresa trova un limite nell'obbligo a contrarre bilaterale previsto nel settore R.C.A. L'assicuratore non potrà infatti negare copertura a soggetti che possano risultare a rischio frode. Anche la libertà tariffaria dell'assicuratore in tale ambito trova un limite nei casi in cui possa essere considerato uno strumento per aggirare l'obbligo a contrarre¹¹.

⁹ D.L. HALL-S.A.H. MCMULLEN, *Mathematical Techniques in Multisensor Data Fusion*, 2nd Ed., Norwood, MA, Artech House, Inc., 2004; H.B. MITCHELL, *Multi-sensor Data Fusion. An Introduction*, Berlin, Springer Verlag, 2007; S. DAS, *High-Level Data Fusion*, Norwood, MA, Artech House Publishers, 2008.

¹⁰ V. MAYER SCHONBERGER-K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, tr. it., Milano, Garzanti, 2013, 204.

¹¹ V. sul punto M. TAMBURINI, *L'obbligo a contrarre nelle polizze R.C.A.: riflessioni sul fenomeno elusivo alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2016, 2. Il saggio ripercorre la genesi normativa e giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, dell'obbligo a contrarre polizze per la responsabilità civile auto. Si gettano così

Occorrerebbe allora poter bilanciare l'obbligo a contrarre con le esigenze di lotta alle frodi considerati gli attuali strumenti che consentono profilazioni del rischio frodi con un alto livello di attendibilità.

fondamenta per affrontare con maggiore consapevolezza il problema dell'elusione dell'obbligo a contrarre. Si riflette dunque, sulle sanzioni amministrative pecuniarie che l'IVASS può irrogare alle compagnie assicuratrici, laddove le tariffe predisposte si dimostrino abnormi e finalizzate a negare la copertura assicurativa obbligatoria in determinate zone territoriali o con riferimento a singole categorie di assicurati. Questa analisi viene preceduta da alcune considerazioni circa la distinzione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica delle Autorità amministrative indipendenti, dimostrando una commistione tra diritto amministrativo ed assicurativo.

UN'IPOTESI DI RIFORMA DELLA VIGILANZA SUGLI INTERMEDIARI ASSICURATIVI. PROFILO, COMPETENZE E CRITICITÀ DELL'ORGANISMO PER GLI INTERMEDIARI ASSICURATIVI E RIASSICURATIVI ORIA *

Gianluca Romagnoli

SOMMARIO: 1. Le ragioni d'un intervento riformatore. - 2. La soluzione prospettata: delega al Governo all'adozione del regolamento d'attuazione dell'Organismo per gli intermediari assicurativi e riassicurativi. - 3. Dubbi in merito alla legittimità del percorso normativo indicato dal legislatore. - 4. Notazioni sulle caratteristiche organizzative di ORIA e sul rapporto con IVASS. - 5. Notazione sulle regole che ordinano l'azione di ORIA.

1. Le ragioni d'un intervento riformatore

La pubblicazione della direttiva UE/2016/97 sulla distribuzione assicurativa¹, per la sua profonda portata riformatrice/innovativa della disciplina, rende quanto più attuale una seria riflessione sul prossimo riassetto dell'organizzazione della vigilanza domestica.

L'atto d'armonizzazione europeo, infatti, tende ad allargare notevolmente la cerchia dei soggetti tenuti all'osservanza di diversi adempimenti informativi ed obblighi di comportamento "rinforzati", presupponendo un conseguente ampliamento ed intensificazione dell'intervento pubblico di regolazione e controllo, con un corrispondente, proporzionale, aumento dell'assorbimento di risorse dell'amministrazione. Infatti, è immediato che un più elevato ed effettivo livello di tutela degli "utenti" dei servizi assicurativi sia conseguibile solo se all'allargamento del catalogo dei doveri degli intermediari si accompagna la creazione di condizioni tali da rendere verosimile una quanto più incisiva azione pubblica di monitoraggio, orientamento e sanzione.

È, d'altronde, pacifico che il corretto adempimento agli obblighi d'appartenenza all'Unione non richieda solo un adeguamento di tipo normativo formale da parte degli stati membri, misurandosi anche – sul piano concreto – attraverso l'analisi del modo con cui le disposizioni d'armonizzazione vengono effettivamente applicate e, quindi anche avendo riguardo a come l'amministrazione opera ed intende i precetti europei². Da qui, dunque, la necessità di non trascurare le ricadute sui

* Contributo pubblicato anche in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2016.

¹ In *G.U. dell'Unione europea*, 22 febbraio 2016, L 26/16 .

² Cfr Cort. giust. UE, 7 settembre 2010, C-439/08, in *www.giustamm.it*, con cui il giudice dell'Unione, pur riconoscendo uno spazio esclusivo di ponderazione alle amministrazioni

carichi di lavoro che conseguono all'individuazione di nuovi obiettivi da perseguire.

Già una prima lettura delle recenti regole fa ragionevolmente immaginare un loro non trascurabile impatto. Tanto, invero, fa presagire non solo la complessità delle prescrizioni normative ma anche l'ampliamento dell'insieme dei soggetti passivi. Già, infatti, quando si avviò il dibattito relativo al superamento della direttiva 2002/92/CE si stimava che la successiva disciplina avrebbe interessato – a livello europeo – non meno di un milione di imprese prima escluse dall'orbita dell'atto d'armonizzazione allora vigente³.

Dunque, la novità europea offre una ragione in più per considerare ormai improcrastinabile la rivisitazione del assetto disciplinare domestico, di cui da tempo si chiede una profonda "manutenzione". In più occasioni lo stesso presidente di IVASS non ha, invero, mancato di rappresentare come una vigilanza estesa ad oltre 245.000 iscritti nel RUI risulti, di per sé, già difficoltosa, impegnando significative risorse in controlli e verifiche di tipo formale ed in una serie di attività di "microvigilanza" legate alla tenuta ed aggiornamento del registro⁴.

2. La soluzione prospettata: delega al Governo all'adozione del regolamento d'attuazione dell'Organismo per gli intermediari assicurativi e riassicurativi

La novità europea, dunque, può essere apprezzata come catalizzatore del processo riformatore della vigilanza sugli intermediari che – sulla carta – è stato già avviato con "passo di corsa". Infatti, il legislatore domestico, con una norma contenuta in un decreto legge – in attesa di attuazione regolamentare – aveva prospettato anche per l'ambito d'interesse un modello organizzativo che, sostanzialmente, replicava quello impiegato per ridisegnare il sistema dei controlli sui soggetti abilitati ad operare in altri segmenti del mercato finanziario⁵.

Già nella scorsa legislatura si era scelto d'incaricare della tenuta del registro un istituendo Organismo di diritto privato cui s'intendeva trasferite parecchie prerogative di regolazione oggi spettanti ad IVASS. Con una disposizione, la cui attuazione è affidata ad un successivo decreto governativo di delegificazione, si

nazionali competenti alla tutela d'uno specifico interesse, rileva come la sistematica inerzia dall'esercizio di determinate prerogative possa compromettere l'effetto utile delle norme al cui presidio è posta l'azione amministrativa.

³ Si veda la bozza di proposta di direttiva COM(2012) 360 *Final*, 3 luglio 2012, 5.

⁴ S. ROSSI, *La tutela del consumatore di prodotti assicurativi*, intervento all'assemblea nazionale ANIA, Roma 2 luglio 2015, 14-15, in www.ivass.it.

⁵ Per una panoramica si veda, R. LENER, *La disciplina degli organismi per la tenuta degli albi dei professionisti operanti nel settore bancario, finanziario e assicurativo: un'ipotesi di riorganizzazione normativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 27 ss.

prevede la nascita di una nuova entità privata cui, appunto, attribuire le competenze conformative non normative sugli iscritti, comprensive anche dei "(...) necessari poteri sanzionatori" (art. 13, 38° comma d.l. 6 luglio 2012, n. 95). Pertanto, a regime, ad IVASS – come già ad altre amministrazioni di settore (Banca d'Italia e Consob) – si riserverebbe una, sia pur incisiva, vigilanza di secondo grado sull'operato dell'Organismo di "autogoverno" degli intermediari.

Come spesso accade, però, all'impeto dell'avvio non ha seguito una capacità di tenuta d'un sostenuto ritmo di corsa. A distanza di tre anni dalla pubblicazione della disposizione abilitativa si sono seguite diverse ipotesi normative tutte destinate a cadere nel nulla. Perciò chi si vuole fare un'idea d'un futuribile assetto deve limitarsi ad esaminare l'ultima bozza di decreto⁶ che – a fine dello scorso anno – veniva indicata come di prossima approvazione da parte del governo e dunque d'invio al Consiglio di Stato per il prescritto esame istruttorio (art. 17, 2° comma, legge 23 agosto 1988, n. 400).

Nelle sue linee essenziali, il progetto prevedeva che l'Organismo – denominato ORIA – dotato di autonomia statutaria, organizzativa e finanziaria – avesse una base associativa formata dalle "(...) associazioni o le federazioni, rappresentative a livello nazionale delle categorie degli intermediari iscritti nel registro" in cui sono raccolti gli intermediari assicurativi e riassicurativi (art. 3, 1° comma).

La devoluzione dei poteri era poi la più ampia (art. 3, 6°-7° comma). L'ente privato era, infatti, chiamato alla tenuta e gestione del nuovo registro, ad esercitare le funzioni di vigilanza sugli intermediari ed "ogni altra attività strumentale o accessoria utile" al loro esercizio. Dunque gli si affidava una competenza assai ampia, tesa a verificare il rispetto, da parte degli iscritti, della normativa ed, in particolare, delle regole di trasparenza e correttezza dei comportamenti, nonché di ogni altra disposizione stabilita dalla legge o dall'IVASS, anche ai fini della tutela del consumatore.

Nel compiere una ricognizione delle funzioni dell'Organismo, lo schema di decreto (art. 7, 1° comma)⁷ ricorda quelle relative alle fasi prodromiche

⁶ Le riflessioni sviluppate nelle presenti note riguardano la bozza di d.p.r. 0257575.26-11-2015 del Ministero dello Sviluppo economico, che, ad oggi, rappresenta l'ultimo elaborato trasmesso alle categorie interessate dalla procedura di pubblica consultazione. In precedenza, il ministero dello sviluppo economico aveva divulgato due diversi schemi di provvedimento allegati, rispettivamente, alle note prot. 0034371 del 27 febbraio 2014 e prot. n. 0095552 del 19 maggio 2014.

⁷ Per comodità del lettore si riportano le competenze ed obblighi elencati dall'art. 7, 1° comma della bozza di decreto, secondo cui, l'Organismo: a) cura la formazione del registro unico; b) verifica la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione; c) fissa i criteri di aggiornamento sulla base delle direttive di IVASS; d) indice annualmente la prova di idoneità per l'iscrizione al registro; e) vigila sull'osservanza delle leggi, del regolamento, del codice delle assicurazione, delle norme di attuazione, sulla legittimità dei comportamenti degli intermediari stessi ed esercita i poteri

all'iscrizione e cancellazione dal registro (lett. *a, b, c*)), di verifica di "legittimità dei comportamenti degli stessi" (lett. *e*)) e, più in generale, quella di vigilanza sul rispetto di tutte le prescrizioni che delineano la "legittimità dei comportamenti" degli iscritti (lett. *e*)).

Nell'elencazione dei poteri, poi, ne viene incluso uno non avente carattere ispettivo ma utile al monitoraggio del comportamento degli iscritti. Infatti, l'Organismo è investito anche della competenza sui reclami che i legittimati possano presentare per l'accertamento dell'osservanza delle disposizioni del codice da parte dei vigilati (art. 7 c. ass.)⁸.

Per quanto concerne le prerogative strumentali si assegnano all'Organismo ampie potestà d'indagine o, comunque, di raccolta di elementi utili al compimento delle proprie valutazioni (art. 7, 2° comma)⁹. Può richiedere agli intermediari la comunicazione dei dati, notizie, documenti secondo modalità e termini dallo stesso fissati (lett. *a*)). Ai fini dell'adozione dei provvedimenti cautelari di sospensione e, poi, definitivi di divieto di impiego di pubblicità scorretta, può richiedere la trasmissione del materiale utilizzato dai vigilati (lett. *b*)). In fine, gli si riconosce il potere di procedere ad ispezioni negli uffici degli intermediari (lett. *c*)) nonché quello di disporre la convocazione degli intermediari persone fisiche e dei rappresentanti delle società intermediarie (lett. *d*)).

A completamento e chiusura delle funzioni di vigilanza, lo schema di decreto affida al Organismo i poteri sanzionatori, già intestati ad IVASS (artt. 20-23).

sanzionatori, nel rispetto dei relativi principi caratterizzanti il procedimento punitivo; f) compie indagini statistiche economiche; g) rilascia, a richiesta, attestazioni di iscrizione al registro; h) al fine di verificare il rispetto delle norme sull'intermediazione assicurativa riceve e gestisce le segnalazioni di consumatori ed utenti, trasmettendo ad IVASS le segnalazioni relative alle imprese; i) fissa i criteri per la trasmissione dei reclami nei confronti degli intermediari; l) scambia informazioni e tiene rapporti con altri organismi e autorità; m) pubblica annualmente la relazione sull'attività svolta; n) svolge ogni altra funzione e attività ad esso attribuita dalla legge o dall'IVASS.

⁸ Dunque, si mantiene in capo ad IVASS solo la competenza all'esame dei reclami aventi ad oggetto la correttezza della condotta delle imprese (lett. *h*)).

⁹ Per comodità di lettura, si trascrivono le prerogative strumentali attribuite ad Oria dall'art. 7, 2° comma, della bozza di decreto. Al fine dell'esercizio delle proprie funzioni all'Organismo dovrebbe spettare: a) il potere di richiedere agli intermediari ed alle imprese preponenti, la trasmissione di dati e notizie, la trasmissione di atti e documenti con le modalità fissate dallo stesso organismo; b) per l'esercizio dei poteri di cui al art. 182, 4°, 5°, 6° comma c. ass. (sospensione cautelare della diffusione di materiale pubblicitario, divieto definitivo di utilizzo per violazione delle regole di correttezza e trasparenza, divieto di commercializzazione di prodotti per violazione delle prescrizioni inibitorie del 4° e 5° comma, il potere di chiedere la trasmissione non sistematica del materiale pubblicitario utilizzato; c) il potere di procedere ad ispezioni presso gli uffici degli intermediari; d) il potere di convocazione degli intermediari, persone fisiche e i legali rappresentanti delle società di intermediazione.

Dunque gli attribuisce la potestà punitiva; per garantire l'osservanza delle fonti di regolazione può comminare sanzioni pecuniarie e disciplinari con provvedimenti impugnabili innanzi al giudice amministrativo.

3. Dubbi in merito alla legittimità del percorso normativo indicato dal legislatore

Per quanto auspicata dall'autorità di settore, ci si deve chiedere se quell'ampia rivisitazione dell'assetto della vigilanza sugli intermediari sia coltivata con strumenti compatibili – o si sviluppi lungo un percorso coerente – con le indicazioni normative tanto europee che domestiche.

Sul versante interno, un primo fondamentale interrogativo si pone per quanto concerne lo strumento che si vorrebbe impiegare per attuare la riforma poiché un'eventuale risposta negativa sembra destinata a riflettersi sulla stabilità del risultato finale.

Con riguardo al mezzo, dunque, ci si deve chiedere se sia stato corretto utilizzare il decreto legge per soddisfare un bisogno non avente un carattere contingente ed improcrastinabile. Quindi, ci si deve domandare se al momento d'esercizio del potere legislativo si versava in uno di quei "casi straordinari di necessità ed urgenza" che rappresentano il presupposto costituzionale di impiego dello speciale strumento normativo (art. 77, 2° comma Cost.).

Se non ci si inganna, la materia oggetto di intervento – così come le modalità ed i termini entro cui il riassetto doveva essere realizzato – ne escludono la sussistenza; da qui l'impressione di trovarsi innanzi ad uno di quei casi di "evidente mancanza dei requisiti costituzionali", condizione richiesta per l'eliminazione, da parte della Consulta, del prodotto normativo¹⁰.

Un secondo quesito di carattere interno riguarda la persistenza del potere normativo del governo. Si deve ricordare, infatti, che l'art. 13, 38° comma, d.l. n. 95/2012 vi poneva un limite temporale, prevedendone l'esercizio entro due anni decorrenti dalla vigenza della norma sulla normazione. Dunque, l'esecutivo potrebbe legittimamente adottare una nuova disciplina in un momento in cui quel termine è ampiamente scaduto?

Ora se si considera che il potere normativo, al pari di ogni altro potere pubblico, deve trovare il suo fondamento in una disposizione legislativa legittimante, la risposta dovrebbe essere negativa¹¹.

¹⁰ R. BIN-G. PETRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, 2a ed., Torino, Giappichelli, 2012, 143 ss.

¹¹ E ciò a prescindere da un'ulteriore considerazione di tipo politico dato che la delega era stata conferita in altra legislatura e la necessità dell'intervento riformatore non può giustificarsi, altrimenti, come mezzo necessario per il recepimento di disposizioni europee di cui sia scaduto

La lettura prospettata, peraltro, non trova sostegno solo nel dato formale risultando corroborata dal dato sostanziale rappresentato dal parallelismo corrente, rispettivamente, tra il fenomeno della legislazione delegata e della delega alla delegificazione. Entrambe, infatti, se pur diverse, sono, comunque, ipotesi derogatorie rispetto al canale costituzionalmente preferenziale di produzione normativa, rappresentato dalla legislazione parlamentare (art. 70 Cost.)¹².

L'analogia funzionale segnalata, dunque, non rende ammissibile la ridefinizione sostanziale di una disciplina tramite atto subprimario non ossequioso dei vincoli contemplati nella legge abilitativa, perché quanto si prescrive per l'attività legislativa del governo dall'art. 76 Cost. non ha ragione di rimanere inosservato nel caso di interesse. In altre parole, la riscrittura tramite regolamento di una disciplina legificata dovrà rispettare, a pena di invalidità, quei requisiti previsti per la legislazione delegata – e dunque il termine – trovando nella legge parlamentare la propria specifica legittimazione e cioè la fonte del potere, le coordinate per l'esercizio del medesimo e, quindi, i parametri per la verifica della legittimità del prodotto¹³.

Passando al secondo fronte, ci si può interrogare in merito alla praticabilità/opportunità della soluzione contenuta nello schema di decreto con la disciplina europea, recentemente pubblicata.

La ridefinizione dell'assetto della vigilanza sugli intermediari è basata, infatti, sull'attribuzione di molti poteri di IVASS ad un soggetto che non pare rispondere alle indicazioni relative alle autorità di regolazione contenute nella direttiva IDD2.

Il testo europeo, dopo aver previsto l'obbligo degli stati di procedere alla designazione delle autorità competenti, indica alcune caratteristiche cui queste devono rispondere (art. 12, par. 2). Per la direttiva quelle possono essere o pubbliche amministrazioni od altri enti riconosciuti dall'ordinamento interno. In quest'ultimo caso, però, si esclude espressamente che possano essere incaricati soggetti cui partecipano – anche indirettamente – imprese di assicurazione, riassicurazione,

il termine da loro concesso per l'adeguamento.

¹² Sul punto si veda V. COCOZZA, *La delegificazione*, Napoli, Jovene, 2010, 27 ss.

¹³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3675, in *Foro Amministrativo-C.d.S.*, 2013, 1955, secondo cui "Nel caso di regolamenti di delegificazione, adottati ai sensi dell'art. 17, 2° comma, legge 23 agosto 1988, n. 400, il conferimento espresso di potestà regolamentare e la contestuale indicazione di criteri e principi per il suo esercizio sono obbligatori e, come tali, fondanti un presupposto di legittimità della loro stessa adozione atteso che in questo caso il regolamento attua la sostituzione di una disciplina di livello regolamentare ad una preesistente di livello legislativo, ed una sottrazione di una materia alla preesistente disciplina della fonte primaria, con contestuale abrogazione delle norme di legge previgenti, non può essere priva di indicazioni (oggetto/materia, criteri e principi direttivi, limiti) volte a costituire un parametro, pur ampio e generico, per il successivo sindacato giurisdizionale di legittimità dell'atto da parte del giudice amministrativo, pena la violazione degli artt. 24 e 113 Cost."

intermediari o loro associazioni. L'atto d'armonizzazione, quindi, esclude che i delicati, quanto incisivi, poteri di vigilanza possano essere affidati a soggetti non assolutamente "impermeabili" agli interessi degli operatori del mercato vigilato. Una fondamentale esigenza di buon funzionamento e di affidabilità dell'oggetto privato, richiede, invero, che le penetranti potestà di regolazione debbano spettare a soggetti qualificati per la loro assoluta indipendenza e terzietà non solo rispetto al mondo politico ma anche rispetto a quello imprenditoriale ampiamente inteso.

Tanto segnalato, sembra immediato concludere per il disallineamento del modello associativo indicato, rispettivamente, dal legislatore primario e secondario. Entrambi prevedono, infatti, la devoluzione di ampie competenze ad un'entità partecipata delle associazioni o federazioni rappresentative a livello nazionale delle categorie degli intermediari iscritti nel registro tenuto dallo stesso Organismo (art. 3, 2° comma).

È, peraltro, da evidenziare come la distonia segnalata impedisca anche, per assurdo, di utilizzare l'ipotesi abbozzata dal legislatore domestico come soluzione "ponte" o tappa di un processo, ad avanzamento per stadi, di revisione dell'attuale assetto della vigilanza sugli intermediari. Il governo non ha le "mani libere", nelle more del termine biennale di recepimento. Come è noto, le direttive producono effetti per gli organi degli stati membri anche prima della scadenza del termine di recepimento¹⁴. Sin dal momento della loro entrate in vigore, infatti, pongono un duplice obbligo non solo positivo ma anche negativo: prescrivono l'adozione di tutti gli atti necessari al conseguimento dell'obiettivo da loro indicato; vietano l'emanazione di atti contrari o che possono compromettere la realizzazione di quel livello d'armonizzazione delineato. Dunque dalla data stessa di pubblicazione dell'atto di armonizzazione risulta preclusa al legislatore domestico l'adozione d'un modello organizzativo a base associativa proprio perché bandito dalla direttiva.

4. Notazioni sulle caratteristiche organizzative di ORIA e sul rapporto con IVASS

Chi vuol prescindere dalle criticità segnalate, comunque, deve misurarsi con quelle che solleva il modello delineato dallo schema di decreto. La lettura della bozza suscita perplessità relative sia al profilo organizzativo che a quello inerente alle modalità con cui si deve esplicitare l'azione esterna del regolatore privato.

Il legislatore – in modo forse semplicistico – immagina di risolvere i problemi organizzativi disponendo l'attribuzione delle funzioni di IVASS ad un Organismo a base associativa che raccoglie le "associazioni o le federazioni rappresentative a livello nazionale delle categorie degli intermediari iscritti nel registro (...) e delle

¹⁴ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, 5a ed., Milano, Giuffrè, 2014, 228-229.

imprese che hanno sede legale nel territorio della Repubblica” senza però indicare i criteri con cui misurare il livello di rappresentatività.

Il legislatore sembra, dunque, dimenticare le problematiche connesse al riconoscimento di un sufficiente grado di rappresentatività¹⁵, non prevedendo neppure una delega normativa a favore dell'autorità di settore, allontanandosi dalla soluzione praticata in altri segmenti del mercato finanziario. Si deve, infatti, ricordare come a fronte di un analogo modello organizzativo, la normativa sui consulenti finanziari affida a Consob il potere di definirne appositi parametri di “misurazione” (art. 31, 6° comma TUF).

Un secondo non marginale quesito si prospetta per quanto concerne l'effettività dell'autonomia finanziaria dell'Organismo, caratteristica affermata (art. 3, 1° comma) e, nel contempo, negata dallo stesso schema di decreto (art. 6, 2°-3° comma)¹⁶. Infatti, se in sede di descrizione del soggetto si pone in risalto quel tratto organizzativo, immediatamente dopo lo si priva di qualunque sostanza. L'Organismo propone ma non determina i contributi di vigilanza che, invece, vengono definiti su suo impulso con decreto del Mef entro il 30 maggio di ciascun anno, previa acquisizione del parere di IVASS. E ciò tacendo il fatto che lo schema regolamentare si fa carico d'un'esigenza “calmieratrice” perché, a prescindere dalle necessità operative, pone un tetto massimo all'importo esigibile in ragione della natura dei soggetti e della loro iscrizione alle diverse sezioni del registro (art. 6, 3° comma).

È ragionevole, però, immaginare che una così elevata compressione dei margini di determinazione dell'Organismo contrasti con quell'aspetto qualificante

¹⁵ Si dimenticano, ad esempio, i problemi sollevati dal riconoscimento della rappresentatività delle associazioni sindacali e tutte le difficoltà che conseguono alla identificazione di criteri, attendibili, per la valutazione di una situazione di fatto.

¹⁶ L'art. 6, dopo aver previsto che l'organismo riscuote e gestisce i contributi dovuti dagli intermediari iscritti nel registro e dai produttori diretti (comma 1) dispone, che “I contributi di cui al comma 1 sono determinati, entro il 30 maggio di ciascun anno, con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, nella misura necessaria a garantire lo svolgimento delle funzioni di cui all'art. 7, nel rispetto dei criteri di proporzionalità, imparzialità e ragionevolezza, sentito l'Organismo. A tal fine l'Organismo formula il proprio parere con riferimento ai seguenti elementi: a) al numero degli iscritti, dei dipendenti e collaboratori di ciascun intermediario e dei produttori diretti delle imprese; b) alla natura giuridica e tipologia degli iscritti, secondo quanto previsto dal comma 3; c) ai casi di contemporanea iscrizione degli intermediari negli elenchi di cui agli articoli 128-quater e 128-sexies del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, nonché nell'albo di cui all'art. 31 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58” (2° comma). “I contributi degli iscritti nel registro sono determinati nella misura massima di: a) euro cento per le persone fisiche iscritte nelle sezioni a) e b) del registro; b) euro cinquecento per le persone giuridiche iscritte nelle sezioni a) e b) del registro; c) euro cinquanta per le persone fisiche indicate nell'elenco dei produttori diretti; d) euro diecimila per le persone giuridiche iscritte nella sezione c) del registro” (3° comma).

l'indipendenza richiesta a chi è investito di penetranti poteri di regolazione, che si vuole tendenzialmente sottratto ad ogni forma di condizionamento economico da parte del potere politico/amministrativo¹⁷.

L'esternalizzazione della determinazione dei contributi di vigilanza da porre a carico degli intermediari priva l'Organismo della possibilità di un'autonoma valutazione della loro adeguatezza. E, si sottolinea, la soluzione criticata pone una limitazione ancora meno tollerabile se si considera che l'Organismo si atteggia a strumento di vigilanza di IVASS e, dunque, quella compressione di fatto rindonda anche a "danno" di quest'ultimo¹⁸.

Dunque, l'esternalizzazione del potere di fissazione dei contributi – in qualche modo giustificato dalla natura formalmente privata del soggetto esattore - si palesa, quanto meno, discutibile perché consente una forma indiretta di condizionamento che altrimenti non sarebbe stata permessa nell'ipotesi di conservazione all'Istituto degli antichi poteri¹⁹.

Una qualche perplessità, ancora, solleva il modo con cui lo schema di regolamento delinea il rapporto di vigilanza corrente tra Organismo ed IVASS, chiamato a svolgere una funzione di controllo sulla qualità dell'azione del primo.

L'Istituto, infatti, è incaricato dell'esercizio d'una forma di vigilanza, generale, tesa a garantire "l'adeguatezza delle procedure interne adottate e l'efficacia dell'attività svolta [dall'organismo] in relazione alle funzioni affidate", tant'è che si prevede l'obbligo dell'ente privato d'informare "tempestivamente l'amministrazione degli atti ed eventi di maggior rilievo relativi all'esercizio delle proprie funzioni" (art. 8, 1° e 5° comma)²⁰. In altri termini, ad IVASS, spetta una funzione di controllo

¹⁷ Cfr. M. DI BENEDETTO, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri e mercati*, Bologna, il Mulino, 2010, 173 ss.

¹⁸ Il quale deve essere tenuto indenne dallo stesso Organismo dei costi della vigilanza che IVASS svolge su quest'ultimo. Anche in questo caso, però ci si trova innanzi ad una etero determinazione del contributo, la cui quantificazione viene riservata all'autorità ministeriale. Infatti, l'art. 6, comma 4, della bozza di decreto dispone che "Il Ministro dell'economia e delle finanze con proprio decreto determina, entro il 30 maggio di ogni anno, sentito IVASS, la misura del contributo dovuto allo stesso IVASS dall'Organismo per assicurare la copertura degli oneri finanziari derivanti dallo svolgimento delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 8".

¹⁹ È ancora da sottolineare, come lo schema di decreto preveda una forma di condizionamento della vigilanza neppure celato se si considera ancora che, contravvenendo alla regola dell'autonomia nella determinazione dei contributi riconosciuti all'Istituto sulle imprese di assicurazione, si rimette nuovamente alla decisione del Mef la fissazione dell'entità delle somme che l'organismo deve al primo per l'espletamento della sua attività di supervisione (art. 6, 5° comma).

²⁰ Per completezza si riporta il testo dei due commi dell'art. 8. "L'IVASS vigila sull'Organismo secondo modalità improntate a criteri di proporzionalità ed economicità dell'azione di controllo, con la finalità di verificare l'adeguatezza delle procedure interne adottate e l'efficacia dell'attività svolta in relazioni alle funzioni affidate" (1° comma). "L'Organismo informa tempestivamente

che implica un apprezzamento d'insieme dei singoli atti dell'associazione, delle situazioni o condotte riferibili alle persone che compongono gli organi di amministrazione e controllo di quella.

Per quanto concerne il controllo sulla qualità dell'azione si prevede – in caso di irregolarità ovvero di gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dell'ente – il potere dell'Istituto di disporre lo scioglimento degli organi dell'associazione, con possibilità di designazione di un commissario nelle more della loro ricostituzione (art. 8, 3° comma)²¹.

Per quanto riguarda gli interventi di prevenzione ed eliminazione di criticità legate alle singole individualità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo, si affida ad IVASS il potere di rimuovere chi, per diverse ragioni, non può mantenere la carica (art. 8, 4° comma)²². Si attribuisce, dunque, all'Istituto un potestà, prima, d'accertamento dell'eventuale causa di decadenza, incompatibilità od inidoneità di ciascun componente e, poi, quella d'incidere sulla stabilità del rapporto provocandone, autoritativamente lo scioglimento.

IVASS, in particolare, può disporre la rimozione del presidente o di uno o più membri in ipotesi di incompatibilità (lett. a)), perdita dei requisiti di onorabilità (lett. b)), grave inosservanza dei doveri previsti da legge (lett. c)), statuto od altre disposizioni di vigilanza, grave inosservanza di provvedimenti specifici od istruzioni impartite dall'istituto medesimo (lett. d)) od, ancora, per accertata inadeguatezza allo svolgimento delle funzioni cui sono preposti (lett. e)).

Non si prevede, invece, la possibilità per IVASS di interloquire sulla soluzione d'una singola questione poiché quella rileva non in se ma nella sua valenza sintomatica di una problematica ad ampio spettro o per essere considerata dall'Organismo segnalante di particolar rilievo.

Dunque, al di là di quelle direttive interpretative che per previsione dello

l'IVASS degli atti e degli eventi di maggior rilievo relativi all'esercizio delle proprie funzioni e trasmette all'Istituto, entro il 31 gennaio di ogni anno, una relazione dettagliata sull'attività svolta nell'anno precedente e sul programma di attività in corso".

²¹ Il testo del 3° comma prevede che "Qualora risultino gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dell'Organismo, L'IVASS può sciogliere gli organi di gestione e di controllo e revocarne il Presidente. L'IVASS provvede agli adempimenti necessari alla ricostituzione degli organi di gestione e controllo dell'Organismo stesso, assicurandone la continuità operativa, se necessario anche attraverso la nomina di un commissario".

²² Il testo del comma 4, prevede che "L'IVASS può disporre la rimozione del presidente o di uno o più componenti degli organi di gestione e controllo in caso di: a) incompatibilità; b) perdita del requisito di onorabilità; c) grave inosservanza dei doveri attribuiti dalla legge, dallo statuto o dalle disposizioni di vigilanza; d) grave inosservanza dei provvedimenti specifici e di altre istruzioni impartite dall'Istituto; e) inadeguatezza allo svolgimento delle funzioni cui sono preposti, accertata dall'Istituto".

stesso regolamento possono essere impartite (art. 8, 2° comma, lett. c), non si contempla un contributo della pubblica amministrazione alla risoluzione di temi o questioni aventi carattere puntuale e concreto. Difformemente da Consob, l'autorità non può essere investita – tramite reclamo – del riesame della decisione resa dall'Organismo (art. 30, 6° comma, lett. f) TUF). Si perde così l'occasione – che poteva essere colta con l'introduzione di un ricorso gerarchico improprio²³ – d'approntare un sistema di controllo di secondo grado avente un indubbio potere deflattivo del contenzioso.

5. Notazione sulle regole che ordinano l'azione di ORIA

L'affidamento all'Organismo di funzioni di vigilanza rende necessaria la predeterminazione delle modalità con cui si svolgerà la sua azione nonché delle regole di tramite cui verranno definite le norme che ne presidiano l'azione. La bozza di regolamento si fa carico d'una non completa definizione tanto dei due aspetti.

Per quanto riguarda la produzione delle regole d'azione lo schema di decreto ne affida l'elaborazione agli organi dell'ente privato, pur subordinandone l'efficacia all'assenso amministrativo (art. 4, 1° e 5° comma)²⁴.

In particolare, al comitato di gestione dell'Organismo viene assegnato il compito di elaborare le bozze di regolamento che verranno ad ordinare le diverse attività affidate (art. 4, 5° comma, lett. b)), riservando all'assemblea del medesimo il potere della loro approvazione (art. 4, 2° comma, lett. a)).

È da segnalare, però, come lo schema di regolamento non prenda posizione in merito ad altri aspetti del procedimento di produzione dei regolamenti ed, in specie, per quanto concerne lo svolgimento dell'istruttoria, differentemente da quanto è prescritto per le autorità di vigilanza dall'art. 23, 2° comma legge 28 dicembre 2005, n. 262. Nel silenzio della legge e dello schema di decreto, ci si deve, dunque, chiedere se quelle prescrizioni si impongano anche per l'elaborazione delle regole di comportamento prodotte dall'Organismo.

Se non ci si inganna, il passaggio di talune competenze da un soggetto ad un

²³ Su cui, mi sia consentito rinviare a, G. ROMAGNOLI, *Consob. Profili e attività*, Torino, Giappichelli, 2013, 214 ss.

²⁴ Controllo, peraltro, che non è riservato ad IVASS, prevedendo un coinvolgimento del Ministero dello sviluppo economico. L'art. 5, 2° comma, infatti, prevede che "Lo statuto e i regolamenti di cui al 1° comma, nonché le successive modifiche sono approvati da IVASS, d'intesa con il Ministero dello sviluppo economico". Di qui il dubbio in merito ad una non immediatamente compatibile interferenza nell'attività di vigilanza di settore da parte di un apparato amministrativo non indipendente perché, in qualche modo condizionabile dall'operato da un soggetto – il Ministro – riconducibile al c.d. circuito "politico parlamentare".

altro non dovrebbe implicare il superamento delle garanzie poste dall'ordinamento per la produzione di atti con effetti ad ampio spettro. Ragionevolmente, l'identità di prescrizioni procedurali, si impone perché ci si trova pur sempre di fronte ad un fenomeno d'elaborazione di strumenti in grado di incidere unilateralmente sulle posizioni dei vigilati è tale da non risentire della forma privata dell'Organismo.

A questo può aggiungersi che il superamento delle regole sulla produzione non è inferibile da fatto che gli atti di regolazione sarebbero imputabili ad un organo collegiale – l'assemblea – cui partecipano le organizzazioni in cui sono raccolti i soggetti passivi dei precetti in corso di "lavorazione". Dunque, sostenendo che il procedimento assembleare surrogerebbe sia la consultazione – tramite la discussione dei vigilati – che l'analisi d'impatto regolamentare, essendo immanente nella proposta dell'organo di gestione una valutazione positiva delle ricadute della disciplina di cui si richiede l'approvazione.

Almeno due ordini di motivi rendono ragionevole supporre che l'approvazione assembleare non possa essere considerata elemento equivalente alla pubblica consultazione.

Innanzitutto, la legge sul risparmio prevede l'apertura della consultazione anche alle organizzazioni rappresentative dei consumatori. Dunque la mera discussione "infraassembleare" si palesa essere un elemento informativo insufficiente ai fini del decidere.

In secondo luogo, la consultazione limitata alle associazioni degli intermediari aderenti all'Organismo risulterebbe carente anche dal "punto di vista dell'offerta". Infatti, non darebbe ingresso alla voce delle eventuali associazioni non aderenti all'Organismo e, quindi, non terrebbe conto dell'imprescindibile punto di vista delle imprese e cioè di quei soggetti che producono i beni e servizi intermediati.

Al di là di quanto sopra è anche verosimile ritenere che la produzione dei regolamenti da parte dell'Organismo debba rispettare tutte le altre prescrizioni formali e sostanziali previste dalla legge sul risparmio per le amministrazioni di settore anche se non richiamate dallo schema di decreto. Quindi i regolamenti - a prescindere dalla loro emanazione da parte d'un ente formalmente privato – dovranno essere motivati, anche avendo riguardo alle scelte di vigilanza di settore, e rispettare il principio di proporzionalità considerando i risultati raccolti in sede di analisi d'impatto regolamentare (art. 23, 1° comma legge n. 262/2005).

Spetterà, poi, ad IVASS, in sede d'approvazione degli atti "normativi privati" (art. 5, 2° comma), rilevarne gli eventuali difetti per condizionare il proprio assenso all'eliminazione dei vizi individuati.

È, peraltro, da sottolineare la delicatezza del compito affidato all'Istituto - investito d'un'indagine particolarmente complessa - che dovrà garantire un risultato unitario e coerente e tanto più necessario a fronte della spartizione della vigilanza, rispettivamente, sulle imprese e sugli intermediari.

IVASS, per garantire un'unitarietà di giudizi di fondo, ed evitare differenti trattamenti – non solo sanzionatori – tra l'una e l'altra categoria di operatori

assicurativi, non potrà limitarsi ad un controllo della mera osservanza delle prescrizioni procedurali; al contrario dovrà allargare la sua indagine e ponderazione ai profili di equità e sintonia del prodotto normativo privato con le linee operative/interpretative elaborate dallo stesso Istituto per quanto concerne l'esercizio delle funzioni che gli vengono conservate.

La necessità d'improntare l'azione dell'Organismo ai principi di predeterminazione, trasparenza ed agli altri che caratterizzano la tradizione comune ai paesi di diritto continentale viene, poi, più volte confermata dallo schema di decreto, per quanto concerne i provvedimenti a carattere individuale. Dunque, risulta bandita la celebrazione di procedimenti a connotazione "istantanea", che si concludono con atti aventi in dispositivo privo di motivazione, perché se ne deve sempre consentire il controllo anche ad impulso di un controinteressato.

Sia pur nell'ambito limitato della disciplina della cancellazione anche lo schema di decreto richiama la normativa sul procedimento amministrativo (art. 16, 2° comma); si conferma, dunque, la persistenza d'un obbligo di motivazione tanto per quelle richieste che provengono dalla parte, assecondando una sua istanza, quanto quelle a carattere sanzionatorio contro cui quella ha un interesse oppositivo.

In fine, per quanto concerne i procedimenti a carattere contenzioso, nel cui ambito ricadono quelli sanzionatori, la disciplina necessaria si presenterà ancor più articolata e complessa. In forza, del richiamo, operato dallo schema di decreto (art. 23, 2° comma)²⁵ alla specifica disposizione della legge sul risparmio (art. 24, 1°, 2° e 4° comma legge n. 262/2005). Infatti, oltre ai noti principi della piena conoscenza, verbalizzazione contraddittoria dovranno accompagnarsi adeguate prescrizioni tali da rendere effettivo quello della separazione tra funzioni istruttorie e decisorie.

²⁵ L'art. 23 è così formulato: "Le sanzioni amministrative pecuniarie sono applicate, con atto del presidente dell'Organismo, nel rispetto della procedura prevista dagli articoli 326, 327, 328 del Codice e delle disposizioni adottate dall'Organismo" (1° comma). "La procedura di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie si svolge nel rispetto dei principi di cui all'art. 24, commi 1, 2, 4 della legge 28 dicembre 2005, n. 262" (2° comma). "Ai sensi dell'art. 326, comma 7, primo periodo, del Codice, la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo".

L'AUTOASSICURAZIONE COME TECNICA ALTERNATIVA DI MITIGAZIONE DELLE CONSEGUENZE ECONOMICO-PATRIMONIALI DEGLI EVENTI DANNOSI

Lydia Velliscig

SOMMARIO: 1. La solvibilità quale elemento ancillare del rischio. - 2. Tra il torto e l'assicurazione: l'autoassicurazione. - 3. *Segue*. La solvibilità. - 4. La succedaneità tra autoassicurazione e assicurazione. - 5. *Segue*. La complementarità tra autoassicurazione e strumento assicurativo. - 6. Alcune conclusioni.

1. La solvibilità quale elemento ancillare del rischio

Tra i vari temi che la dottrina di matrice ius-economica, di pressoché tutta la tradizione giuridica occidentale, ha affrontato con maggior vigore a cavallo tra il ventesimo e il ventunesimo secolo vi è quello degli strumenti rivolti a fronteggiare i rischi. Come è immediatamente intuibile, la necessità di proteggersi da rischi è uno dei bisogni che l'uomo ha manifestato sin dall'antichità, tuttavia è solo negli ultimi decenni che si è analizzato in modo scientifico l'intensità con cui gli esseri umani sono esposti ai rischi, sotto la spinta di diversi fattori evolutivi: a) il moltiplicarsi oggettivo dei rischi stessi, come conseguenza del loro dipendere da attività antropiche altrui; b) l'inaccettabilità di una distribuzione delle conseguenze dannose dei rischi concretizzati puramente "naturalistica" che conduce a lasciare i danni là dove cadono, alla luce dei principi direttivi di solidarietà ed uguaglianza¹. La maggior complessità dei rischi è determinata dall'evoluzione della società stessa: da una circolazione sempre più intensa, ai disastri ambientali, dai rischi iatrogeni, all'allungarsi della vita umana, dai rischi industriali, all'inquinamento, dagli effetti di atti di terrorismo ai prodotti pericolosi². Tali rischi possono tradursi in eventi dannosi individuali o di massa e dare origine, in quest'ultimo caso, a conseguenze economiche di dimensioni rilevanti.

In questo contesto, al centro di ogni strategia in tema di redistribuzione delle conseguenze economiche del rischio, si deve porre il problema della solvibilità economica del soggetto chiamato a sopportare, in applicazione di politiche

¹ Per tutti si vedano P.L. BERNSTEIN, *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*, New York, John Wiley & Sons, 1996 e A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, 2a ed., Milano, Giuffrè, 2000.

² K.S. ABRAHAM, *Insurance Law and Regulation. Cases and Materials*, 5th ed., Foundation Press, 2010, 1; N. GASPERONI, voce *Assicurazione (in generale)*, in *Nuovo Digesto italiano*, 1937, vol. I, 812-839, ora in N. GASPERONI, *Assicurazioni private (Scritti giuridici)*, Padova, Cedam, 1972, 5-25.

ridistributive, le conseguenze economiche dell'evento dannoso: sia nel caso in cui il soggetto sia chiamato a risarcire un danno arrecato a terzi sia nel caso in cui il soggetto debba affrontare delle spese per contenere gli effetti di un evento dannoso sui suoi beni o sulla sua persona, è rilevante che tale soggetto disponga delle risorse economico-patrimoniali sufficienti per far fronte alle conseguenze degli eventi dannosi che discendono dall'avverarsi di un rischio.

Diversi sono i modelli strategici di risposta a questa necessità³. La strategia più semplice, benché meno efficiente dal punto di vista economico⁴, consiste, utilizzando un'espressione anglosassone, nel c.d. *going bare*, ossia nel porre nel nulla effettivo ogni politica di redistribuzione del rischio disposta dal diritto positivo. Ciò significa che l'uomo non adotta alcuna strategia, rifiutando tanto le imputazioni di responsabilità quanto di addossarsi le conseguenze secondarie dell'evento sinistrabile. In questa prospettiva mancano presidi volti a garantire la solvibilità del soggetto tenuto a sopportare le conseguenze economico-patrimoniali dell'evento dannoso.

Al fine di mitigare gli effetti di eventi dannosi sulla propria solvibilità, sin dagli albori l'uomo ha sperimentato vie alternative. Così emersero ben presto dalla prassi forme associative dalla svariata fisionomia che, quali embrionali forme di assicurazione, si fondavano sul contributo dei loro componenti assicurando, in applicazione del principio mutualistico, assistenza in caso di bisogno indotto da un sinistro⁵. Ancora oggi, gli *affinity groups* ovvero enti a scopo mutualistico consistono in forme associative che riuniscono una categoria omogenea di soggetti la quale condivide rischi e risorse economiche tratte dalla contribuzione degli associati, al fine di proteggersi reciprocamente da eventi pregiudizievoli⁶.

³ Per tutti si veda A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1952, 6-7, nonché 55 ss.

⁴ A. DONATI, *op. cit.*, 17.

⁵ G. FANELLI, *L'assicurazione mutua nella nuova legislazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, 226 ss.; A. POLOTTI DI ZUMAGLIA, *Storia dell'assicurazione vita e tutela delle spese funerarie*, in *DEA*, 2002, 65-84.

⁶ Nel nostro ordinamento, esempio di ente a scopo mutualistico è la c.d. Società di Mutuo Soccorso. Sorta nella prassi, tale forma associativa è disciplinata dalla legge 15 aprile 1886, n. 3818, così come novellata recentemente dall'art. 23 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221. Con il successivo decreto 6 marzo 2013, il Ministero dello Sviluppo Economico ha stabilito i criteri e le modalità di iscrizione delle società di mutuo soccorso nella sezione del registro delle imprese relative alle imprese sociali e nella apposita sezione dell'albo delle cooperative. Sull'ambito di operatività delle Società di Mutuo Soccorso oggi si veda A. CANDIAN, *Commento all'art. 345*, in A. CANDIAN-G. CARRIERO (a cura di), *Commentario al codice delle assicurazioni private*, Napoli, ESI, 2014, 1276-1281. Si vedano anche E. VITA, voce *Mutuo Soccorso*, in *Dig. it. Enc. Dir.*, vol. XV, pt. II, 1904-1911, 1210-1267, D. MARCHETTI, *Società di mutuo soccorso e attività assicurativa*, in *Assicurazioni*, 1969, pt. I,

Dal patrimonio comune, l'associato trae i mezzi economici necessari. Ciò che è interessante notare è che la solvibilità delle forme mutualistiche risiede nel fatto che, in caso di difficoltà finanziarie, l'ente mutualistico può o richiedere ai partecipanti contributi aggiuntivi o limitare le erogazioni (quest'ultima ipotesi può determinare l'incapacità del soggetto di sopportare interamente le conseguenze dell'evento dannoso)⁷.

Più comunemente la scelta ricade sullo strumento dell'assicurazione. Attraverso il trasferimento del rischio ad un'impresa di assicurazione, le conseguenze economiche dell'evento dannoso vengono parimenti "trasferite", seppur nei limiti contrattuali, dal patrimonio del singolo soggetto al patrimonio dell'impresa di assicurazione. E con ciò, se l'impresa di assicurazione è solvibile, il soggetto assicurato è a sua volta posto al riparo dalle conseguenze secondarie dell'evento dannoso.

Da ciò deriva la centralità del tema della solvibilità dell'assicuratore. Come a tutti noto, infatti, l'importanza che il mercato assicurativo riveste dal punto di vista sociale ed economico risiede proprio nel tratto caratteristico dell'attività assicurativa ovvero nella c.d. inversione del ciclo produttivo. Attraverso il contratto assicurativo, il soggetto debitore trasferisce ad una impresa di assicurazione il compito di sopportare patrimonialmente le conseguenze che discendono dall'avverarsi di un rischio, con l'effetto di consentire all'assicurato di far fronte ai propri obblighi interrompendo l'effetto "domino" indotto dalle perdite eccessive innescate da un evento sinistrale. Da qui discende anche l'esigenza che il patrimonio dell'impresa di assicurazione non si dissolva o non si riduca al punto da scendere al di sotto di un livello considerato tollerabile (ossia che le imprese di assicurazione siano in grado di far fronte agli impegni assunti con assicurati e beneficiari di prestazioni assicurative) e tanto giustifica una pervasiva regolamentazione della solvibilità delle imprese di assicurazione⁸.

3-15; E. SIMONETTO, *Le società di mutuo soccorso come cooperative assicuratrici e le mutue assicuratrici*, in AA.VV., *Studi in onore di Antigono Donati*, vol. II, *Diritto delle assicurazioni e vario diritto, sezione italiana*, Edizioni della rivista Assicurazioni, Roma, 1970, 671-685; G. VOLPE PUTZOLU, *Società di mutuo soccorso e mutue assicuratrici*, *ivi*, 739-775. Più recentemente E. PIRAS, *Fondi sanitari integrativi e società di mutuo soccorso: le nuove frontiere della sanità integrativa*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, fasc. 6, 1877 ss.

⁷ Si vedano le riflessioni di: G.L. PRIEST, *The Antitrust Suits and the Public Understanding of Insurance*, 65 *Tul. L. Rev.* 999, 1000 & n. 6 (1989), 1007; E. VITA, *op.cit.*, 1224; D. MARCHETTI, *op. cit.*, 9-10; A. LA TORRE, *Cinquant'anni con il diritto (Saggi)*, vol. II, *Diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 2008, 8 ss.

⁸ Da ultimo con la direttiva Solvency II il legislatore europeo ha introdotto un rilevante cambiamento nella valutazione dei parametri di solvibilità dell'impresa di assicurazione. Si vedano le riflessioni di Albina Candian in A. CANDIAN-L. VELLISCIG, *La solvibilità come strumento virtuoso di concorrenza tra imprese: Solvency II*, in *Economia dei Servizi*, 2014, fasc.

Tutto ciò spiega come una delle prospettive di partenza dalla quale indagare il fenomeno assicurativo, soprattutto in una società complessa e pervasa da rischi, è proprio quella che individua nell'assicurazione la risposta alle esigenze di solvibilità che discendono dal realizzarsi dei rischi stessi. Del resto, come poc'anzi accennato, tutta la nuova normativa in materia di impresa di assicurazione, e il riferimento è a *Solvency II*, persegue lo scopo di "rafforzare" i presidi di solvibilità dell'industria assicurativa, proprio per il ruolo sociale ed istituzionale della stessa.

2. Tra il torto e l'assicurazione: l'autoassicurazione

Come a tutti noto, la complessità che caratterizza la società moderna determina continuamente il sorgere di nuovi rischi e ciò comporta soprattutto un ampliamento dell'ambito di applicazione della responsabilità civile e, quindi, delle ipotesi in cui il soggetto esposto al rischio è chiamato a risarcire il danno⁹. Parallelamente si assiste ad un ampliamento dei confini entro cui opera l'assicurazione di responsabilità civile, quale strumento con il quale il soggetto chiamato a rispondere del danno è solito far fronte all'obbligazione risarcitoria¹⁰. I rischi della responsabilità patrimoniale vengono così neutralizzati attraverso lo strumento dell'assicurazione di responsabilità civile e il conseguente spostamento dell'onere risarcitorio nel patrimonio dell'impresa, la quale sarà tendenzialmente sempre solvibile¹¹. E ciò al fine di mitigare gli effetti patrimoniali negativi che

2, 197 ss.

⁹ Si vedano almeno P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1964; G. ALPA-M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato Rescigno*, 14, VI, Torino, Utet, 1982; C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 123-166; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 643-684; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1991; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile, Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, Torino, Utet, 1998.

¹⁰ G. FANELLI, *I problemi fondamentali dell'assicurazione della responsabilità civile per i rischi della strada con particolare riferimento al progetto governativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 347 ss. Si veda anche G. COMANDÈ, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in G. COMANDÈ (a cura di), *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2006, 23 ss.

¹¹ Sul rapporto tra assicurazione e responsabilità si vedano, almeno, M. BESSONE, *Responsabilità civile, assicurazione e costo sociale dell'illecito*, in *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, 255 ss.; A. LA TORRE, *Colpa, rischio e danno tra responsabilità civile e assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 1979, I, 320 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1991; A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993; R. CAVALLO BORGIA (a cura di), *Responsabilità civile e assicurazione*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano Giuffrè, 2001; S. LANDINI, *Assicurazione e responsabilità*, Milano, Giuffrè,

derivano dall'aver arrecato danno a terzi.

L'equilibrio, che caratterizza l'industria assicurativa e che si caratterizza per un bilanciamento tra premi raccolti con riferimento ai rischi assunti e costo dei sinistri che si avverano, è recentemente entrato in crisi in alcuni settori della responsabilità civile. Per la concomitanza di vari fattori, ad esempio la difficoltà di prevedere l'entità dei danni o la frequenza di avveramento di un determinato rischio oppure l'assenza di un numero sufficientemente ampio di soggetti esposti al medesimo rischio, le imprese di assicurazione si trovano ad affrontare delle difficoltà nella primaria e fondamentale attività di stima dei rischi da assumere, e ciò ha comportato il progressivo allontanamento delle imprese di assicurazione da alcuni settori del mercato assicurativo o reso arduo ed economicamente impegnativo l'assicurabilità di alcuni rischi. L'incapacità da parte delle imprese di assicurazione di gestire alcuni rami del mercato assicurativo ha quindi determinato la contrazione del mercato stesso, secondo la nota legge di Gresham per la quale *bad money drives out good*, il che, se riferita all'industria assicurativa, significa che quando le imprese di assicurazione non sono in grado di (o non possono) avere una perfetta conoscenza della probabilità dell'avverarsi di un rischio, si instaura un meccanismo assuntivo per il quale, in assenza di adeguate strategie di selezione dei rischi, l'assunzione di rischi maggiormente pericolosi porta tendenzialmente ad un aumento dei sinistri e degli indennizzi erogati e, conseguentemente, ad un aumento dei premi di assicurazione, determinando progressivamente un allontanamento sempre maggiore di soggetti caratterizzati da una rischiosità minore¹².

La crisi di uno strumento generalmente efficace, quale quello assicurativo, è già stata sperimentata negli anni '80 nel sistema giuridico statunitense¹³. Così, a causa della contrazione del mercato assicurativo soprattutto nell'ambito delle coperture assicurative della R.C., gli Stati Uniti hanno sperimentato modalità alternative nella gestione delle conseguenze economico-patrimoniali degli eventi dannosi, con ciò aprendosi allo strumento della c.d. *self-insurance*. Tale termine amaro individua tutta una serie di strumenti che, ponendosi a metà strada tra l'inattività e il trasferimento del rischio ad un'impresa di assicurazione, consente al soggetto debitore di fronteggiare gli effetti patrimoniali negativi. Così una vasta gamma

2004. Si veda anche K.S. ABRAHAM, *The Liability Century: Insurance and Tort Law from the progressive Era to 9/11*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2008, 1, il quale descrive la responsabilità civile e l'assicurazione come "the two suns in a binary star, dependent on each other for their position in our legal system".

¹² Cfr. N. BARR, *Long-Term Care: a Suitable Case for Social Insurance*, in 44 (4) *Social policy & administration*, 359-374, 2010.

¹³ Si veda G.L. PRIEST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in 96 *Yale L.J.*, 1521, 1986-1987.

di *captive companies*, *self-insurance trusts*, *risk-retention groups*, *self-insured retention programs* si è sviluppata nella prassi ed è volta, attraverso meccanismi simili tra di loro, a tutelare il patrimonio del soggetto debitore.

Da un punto di vista più strettamente operativo, nella sua forma più semplice la *self-insurance* indica quella tecnica volta a fronteggiare il rischio la quale, ponendosi in alternativa al trasferimento del rischio ad un'impresa di assicurazione a fronte del pagamento di un premio, prevede la ritenzione del rischio stesso in capo al soggetto, il quale però accumula nel tempo risorse facilmente liquidabili per far fronte ad oneri risarcitori. Alla luce dei costi e delle difficoltà nel reperimento di coperture assicurative nel mercato, si opera attraverso un accantonamento di risorse economiche che viene effettuato in vista di eventuali future richieste di risarcimento del danno. Tale modello, dunque, è diverso da quello astensionista che lascia tutte le conseguenze dei danni là dove essi cadono, senza prevedere meccanismi di contenimento degli effetti negativi secondari dell'avverarsi di un rischio¹⁴.

In quest'ottica, dunque, il soggetto esposto al rischio ha operato una valutazione del rischio stesso e, generalmente influenzato da una opportunità di contenimento dei costi, ritiene che sia più efficiente non trasferire il rischio ad un'impresa di assicurazione bensì fronteggiare il rischio assumendo le eventuali conseguenze economico-patrimoniali negative. In realtà, non di rado, la *self-insurance* si combina con lo strumento assicurativo: il soggetto esposto al rischio sopporta direttamente le conseguenze patrimoniali fino ad una certa soglia, oltre la quale interverrà con il proprio patrimonio un'impresa di assicurazione in virtù di una polizza assicurativa.

3. Segue. La solvibilità

Nel sistema statunitense, dunque, a partire dagli anni '80 e più recentemente nell'ultimo decennio nel nostro sistema giuridico, il problema della mitigazione delle conseguenze dei rischi viene affrontato, sempre più frequentemente, attraverso l'utilizzo della tecnica della c.d. "autoassicurazione": quando le coperture assicurative non sono disponibili o sono eccessivamente onerose, l'autoassicurazione si pone quale alternativa all'assicurazione in punto di esternalizzazione della potenziale incapacità del soggetto chiamato a sopportare le conseguenze economiche di un danno di far fronte all'obbligazione risarcitoria, attraverso la ritenzione del rischio.

Siffatta tecnica, tuttavia, presenta a sua volta un profilo di criticità estremamente

¹⁴ Holmes' Appleman on Insurance Law, 2d, 1997, §2.18. Sul concetto di autoassicurazione si vedano le riflessioni di G. COMANDÉ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, confusione e...no blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, fasc. 1, 18.

rilevante: benché l'autoassicurazione comporti un accantonamento di risorse economiche per far fronte alle eventuali richieste di risarcimento del danno, può accadere che il soggetto in autoassicurazione possa essere patrimonialmente inidoneo a sostenere le conseguenze economiche di un sinistro.

Nella ricostruzione concettuale elaborata dalla dottrina statunitense, la *self-insurance* è un *misnomer*¹⁵ in quanto non condivide con l'assicurazione una serie di caratteristiche, le quali acquistano rilevanza essenziale ai fini del funzionamento del meccanismo assicurativo stesso.

In primo luogo, accanto al c.d. *risk shifting* ovvero il trasferimento del rischio, il tratto distintivo dell'assicurazione consiste nella suddivisione del rischio: l'impresa di assicurazione assume il maggior numero possibile di rischi omogenei al fine di compensare i rischi che si verificano. In tal modo le conseguenze patrimoniali vengono sopportate da un unico soggetto, il quale riveste il ruolo di collettore di premi raccolti da parte di una pluralità di soggetti esposta al medesimo rischio.

Ciò implica due diverse, seppur correlate, conseguenze di natura operativa: la prima, che il premio pagato dall'assicurato all'impresa di assicurazione è tendenzialmente sempre inferiore rispetto agli effetti patrimoniali negativi che l'averarsi di un rischio potrebbe causare al patrimonio individuale, la seconda, che si limita il rischio di insolvenza del singolo¹⁶.

In secondo luogo l'assicurazione si basa, e ovviamente tale principio è strettamente legato al frazionamento del rischio, sulla c.d. *risk-distributing* o mutualità, ossia la ripartizione delle conseguenze patrimonialmente dannose del verificarsi di un rischio tra una pluralità di soggetti esposti al medesimo tipo di rischio. Ciò determina che le conseguenze economico-patrimoniali del verificarsi di un rischio determinato vengono sopportate, di fatto, da una pluralità di soggetti¹⁷.

¹⁵ Così, ad esempio, si esprime la Corte Suprema della Louisiana [*Jones v. Henry*, 542 So.2d 507 (1989)]. La Corte Suprema dell'Idaho ricorda che "Self-insurance is the popular name of what is more accurately known as 'risk retention'. Self-insurance occurs when an entity, rather than purchasing insurance to cover potential losses, elects to pay off its losses as they arise, or to set aside fixed sums into a reserve account to pay off intermittent losses" (*State of Idaho v. Continental Casualty Co*, 879 P 2d 1111,1116). In *Champlain Cas. Co. v. Agency Rent-A-Car, Inc.* [716 A.2d 810, 812-13 (Vt 1998)] la *self-insurance* è definita quale "antithesis of insurance".

¹⁶ "Porre a disposizione a costo parziale la ricchezza totale a favore di colui per il quale il bisogno si verificherà". Così A. DONATI, *op.cit.*, 9.

¹⁷ Ricorda Donati che economicamente si può definire come assicurazione in senso moderno "soltanto l'operazione che, con intermediario o meno, attua il trasferimento ed insieme la mutualità (...) poiché se l'assicurazione non riesce effettivamente, attraverso la mutualità, ad eliminare l'aleatorietà della singola operazione, questa può per l'assicurato ridursi soltanto alla sostituzione del rischio dell'insolvenza dell'assicuratore al rischio assicurato" (A. DONATI, *op. cit.*, 12). Anche la Corte Suprema degli Stati Uniti ricorda come "Historically and commonly insurance involves risk-shifting and risk-distributing" [*Helvering v. Le Gierse*, 312 U.S. 531 (1941)].

Tali meccanismi sottesi allo strumento assicurativo determinano, quale vantaggio economico-sociale, la capacità del soggetto debitore di essere solvibile, seppur nei limiti contrattuali e salvo il caso limite di insolvenza dell'impresa di assicurazione. Ed è qui che trova giustificazione l'attenzione che, a livello operativo, tutti gli ordinamenti giuridici prestano al regime prudenziale dell'industria assicurativa¹⁸. Tale disciplina pervasiva, infatti, ha come obiettivo primario che il patrimonio destinato alla esecuzione della prestazione assicurativa da parte dell'impresa non si disperda¹⁹. E così anche il codice delle assicurazioni private contiene una disciplina dettagliata dedicata alle riserve tecniche destinate a fornire adeguata copertura ai rischi stessi nonché agli attivi posti a copertura delle riserve tecniche e riservati in modo esclusivo all'adempimento delle obbligazioni assunte dall'impresa con i contratti ai quali le riserve stesse si riferiscono²⁰.

Già alla luce di queste brevi osservazioni, risulta evidente la differenza corrente tra assicurazione e autoassicurazione e, infatti, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, l'autoassicurazione non è assicurazione²¹. In un contesto in cui

Sulla mutualità in materia assicurativa si vedano G. VOLPE PUTZOLU, *L'assicurazione*, in Tratt. Rescigno, vol. XIII, Torino, Utet, 1985, 56; A. LA TORRE, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, Milano, Giuffrè, 1987, 3; A. CANDIAN, *L'impresa di assicurazione e il diritto europeo*, in P. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, Napoli, Esi, 2008, vol. II, 87.

¹⁸ L'attenuazione del rischio di insolvenza avviene anche attraverso la riassicurazione mediante la suddivisione dei rischi tra assicuratori e riassicuratori e tra gli stessi riassicuratori tra loro.

¹⁹ Come noto con la direttiva 2009/138/CE (c.d. *Solvency II*), l'Unione europea ha rivisitato i fondamenti del sistema prudenziale, collegando i nuovi requisiti di solvibilità introdotti alla valutazione dei rischi effettivamente assunti dalle imprese, e ciò al fine di realizzare un regime prudenziale sensibile al rischio. In realtà il perseguimento della solvibilità nel settore assicurativo, ovvero la sana e prudente gestione delle imprese (come da precedente versione dell'art. 3 codice delle assicurazioni private), è connaturato con il corretto funzionamento del mercato assicurativo stesso e, infatti, la solvibilità delle imprese è sempre stata oggetto di fitta regolamentazione. Con *Solvency II* si supera il precedente metodo di calcolo del requisito di solvibilità e viene introdotto un regime prudenziale sensibile al rischio. Attraverso questo approccio orientato al rischio, le imprese devono tenere in considerazione tutti i rischi ai quali esse sono esposte e monitorare nel tempo il proprio profilo di rischio, e ciò al fine di realizzare e mantenere nel continuo l'equilibrio economico-finanziario che determina la solvibilità. Simmetricamente anche la Vigilanza si basa sul metodo prospettico basato sul rischio attraverso attività di controllo strumentali alla stabilità dell'impresa e del mercato, perseguendo quale scopo principale l'adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative (art. 3 del codice delle assicurazioni private così come modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74 di recepimento della direttiva *Solvency II*).

²⁰ Il riferimento è agli artt. 36-*bis* ss. nonché all'art. 42 del codice delle assicurazioni private (così come modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74 di recepimento della direttiva *Solvency II*).

²¹ Il trasferimento del rischio è l'elemento che distingue l'assicurazione dall'autoassicurazione.

l'autoassicurazione nasce dalla prassi e non è regolamentata, soprattutto sotto i profili della quantificazione e dell'accantonamento delle risorse economiche da destinare alle eventuali richieste di risarcimento del danno, e gli elementi tecnici posti al centro della teoria dell'assicurazione non trovano applicazione, in assenza del semplice presupposto della suddivisione del rischio e della omogeneità dei rischi coacervati, la possibile incapienza del patrimonio chiamato a risarcire il danno esige un'attenta riflessione.

4. La succedaneità tra autoassicurazione e assicurazione

In virtù di queste riflessioni può essere di qualche utilità verificare se l'autoassicurazione possa essere considerata una misura succedanea rispetto all'assicurazione. Dato infatti che il ricorso allo strumento assicurativo non è sempre possibile, l'esigenza di protezione del patrimonio del danneggiante richiede delle alternative efficaci.

Nel sistema giuridico italiano, questo problema si è posto all'attenzione degli studiosi e degli operatori del settore con riferimento alla responsabilità civile delle strutture sanitarie. Come a tutti noto, negli ultimi tempi le aziende ospedaliere stanno vivendo un momento critico quanto alla possibilità di reperire sul mercato coperture assicurative adeguate o comunque a costi sostenibili per far fronte ai rischi di responsabilità civile propria e dei propri dipendenti, e ciò discende prevalentemente dall'incremento delle controversie che vedono coinvolti medici e strutture ospedaliere, nonché dall'aumento correlato delle sentenze di condanna al risarcimento dei danni. Si sta così assistendo ad un cambiamento nel panorama italiano: le regioni e le aziende ospedaliere, infatti, guardano con favore all'autoassicurazione principalmente come mezzo di risparmio e, quindi, quale strumento più adatto per rispettare i vincoli di bilancio e di contenimento della spesa pubblica.

Al di là delle numerose questioni che tale tecnica solleva e che l'economia di questa indagine non consente di affrontare, è inevitabile porsi la domanda se, in un momento di evidente crisi della responsabilità civile in ambito sanitario

Per tutti si veda Holmes' Appleman on Insurance (2d, § 1.3, 10): "In self-insurance the company, governmental entity or individual chooses not to purchase insurance but rather retains the risk of loss. In order to protect against losses, the self-insured will often set aside funds on a regular basis to provide its own pool from which losses will be paid. This can be analogized to the situation where a party purchasing traditional insurance pays premiums to the insurer on a regular basis. However, in a self-insurance situation there is no shifting of the risk from the individual person or company to a larger group". In questa prospettiva si vedano anche A. DONATI, *op. cit.*, 10 e M.A. CLARKE, *The law of Insurance Contracts*, 4th ed., New York, Taylor & Francis, 2002, 1-1C.

e del corrispondente comparto assicurativo, l'autoassicurazione possa essere considerata equivalente quanto alle finalità perseguite rispetto all'assicurazione, che è lo strumento ontologicamente preposto alla copertura dei rischi di responsabilità civile.

Guardando in generale alla cornice normativa in ambito sanitario, così come si sta delineando sia a livello europeo sia come diritto interno, con la direttiva 2011/24/UE del 9 marzo 2011 concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, l'Unione Europea è intervenuta in materia di assistenza sanitaria nel mercato unico e ciò al fine di agevolare l'accesso ad una assistenza sanitaria transfrontaliera "sicura e di qualità"²². Più in particolare, la direttiva ritiene che debbano essere garantiti, anche a livello transfrontaliero, sistemi di risarcimento del danno derivante da *medical malpractice* e debbano essere previsti "obblighi comuni chiari in relazione alla previsione di meccanismi volti ad affrontare i casi di danni derivanti dall'assistenza sanitaria, così da evitare che la mancanza di fiducia in questi meccanismi costituisca un ostacolo al ricorso all'assistenza sanitaria transfrontaliera"²³. Secondo l'art. 4, 2° comma, lett. d), della direttiva lo Stato membro deve garantire che "per le cure prestate sul proprio territorio esistano sistemi di assicurazione di responsabilità professionale o garanzie o analoghi meccanismi che siano equivalenti o essenzialmente comparabili quanto a finalità e che siano commisurati alla natura e alla portata del rischio". La direttiva, dunque, si preoccupa di imporre agli Stati membri di tutelare i pazienti in caso di *malpractice* ed individua l'assicurazione di responsabilità professionale quale esemplificazione dei meccanismi volti a far fronte alle conseguenze economiche derivanti da un evento dannoso, non limitando tuttavia ad essa il ventaglio di possibilità al quale gli Stati membri possono riferirsi²⁴.

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'art. 3, comma 1-*bis*, del c.d. "Decreto Balduzzi"²⁵ stabilisce l'obbligo "per ciascuna azienda del SSN, struttura od ente privato operante in regime autonomo o di accreditamento o per ciascuna struttura o ente che, a qualsiasi titolo, renda prestazioni sanitarie a favore di terzi, di dotarsi di copertura assicurativa o di misure analoghe per responsabilità civile verso terzi, e verso i prestatori d'opera, a tutela dei pazienti e del personale. In ogni caso, l'attuazione di tali disposizioni non deve determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

²² Così l'art. 1 della direttiva citata.

²³ *Considerando 23*.

²⁴ La direttiva citata è stata recepita nell'ordinamento italiano con d.lgs. 4 marzo 2014, n. 38.

²⁵ D.l. n. 158 del 13 settembre 2012 e legge di conversione 8 novembre 2012, n. 189, così come modificato dall'art. 27 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014, c.d. decreto semplificativo, e legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114.

L'art. 10, 1° comma, della legge c.d. "Gelli"²⁶ conferma l'obbligo per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private di essere provviste di copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi e per la responsabilità civile verso prestatori d'opera. L'art. 10, 4° comma, prevede che le aziende, le strutture e gli enti debbano rendere nota la denominazione dell'impresa che presta la copertura assicurativa "ovvero le altre analoghe misure che determinano la copertura assicurativa".

La principale preoccupazione dei legislatori è quella per cui il soggetto chiamato a risarcire un danno sia solvibile, al di là delle soluzioni giuridiche diversificate che ciascun ordinamento può adottare. Al momento attuale l'ordinamento giuridico italiano sta sperimentando la strada dell'autoassicurazione e si tenta di porre rimedio ad una eventuale incapacità delle strutture sanitarie di far fronte alle richieste di risarcimento con il meccanismo dei fondi regionali, istituiti da alcune regioni con questa finalità.

Da un punto di vista strettamente giuridico, come già detto, l'autoassicurazione si discosta dall'assicurazione, principalmente perché i tratti distintivi dell'assicurazione, assenti nell'autoassicurazione, sono il trasferimento del rischio ad un soggetto terzo e la mutualità. Da ciò ne discenderebbe una inevitabile debolezza dal punto di vista patrimoniale del soggetto che rinuncia a trasferire ad un'impresa di assicurazione il rischio.

Oltre a ciò vi è da dire che i primi commenti al nuovo regime domestico hanno già puntualmente evidenziato come, affinché uno strumento possa dirsi misura analoga rispetto al contratto di assicurazione, esso dovrebbe garantire una situazione equivalente. Ciò avverrebbe se venissero rispettate due condizioni, ossia l'accantonamento di somme adeguato e la destinazione di tali risorse accantonate al soddisfacimento delle richieste di risarcimento del danno²⁷. L'autoassicurazione, non essendo oggetto di una disciplina specifica che regolamenti il rispetto di tali requisiti, mostra un elevato rischio di insolvenza che induce a dubitare che la stessa possa essere considerata misura analoga all'assicurazione di responsabilità civile.

La Legge Gelli, art. 7, 6° comma, rinvia allora ad un decreto del Ministero dello sviluppo economico che dovrà essere emanato e che andrà a stabilire i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio. Tale decreto stabilirà le modalità

²⁶ Legge 8 marzo 2017, n. 24.

²⁷ Così G. ROMAGNOLI, *Autoassicurazione della responsabilità medica: compatibilità con i principi di diritto interno ed europeo*, cit., 336-337; ID., *Limiti di "praticabilità" della c.d. autoassicurazione della responsabilità medica da parte delle amministrazioni sanitarie*, cit., 67-70 e P. COLAIANNI, *Autoassicurazione e assicurazione nella responsabilità civile medica*, in S. LANDINI (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, Cesifin on line, 2015, 56.

di previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati. A tali fondi si andranno ad applicare le disposizioni di cui all'art. 1, commi 5 e 5-bis, del d.l. 18 gennaio 1993, n. 9, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 marzo 1993, n. 67 che, come noto, oltre a sottrarre all'azione esecutiva le somme destinate al pagamento di stipendi e competenze del personale, sottrae all'azione esecutiva anche le somme che costituiscono i fondi a destinazione vincolata essenziali ai fini dell'erogazione dei servizi sanitari.

Dall'esame di tale comma emerge una chiara indicazione, ossia il fatto che i fondi destinati alla cosiddetta autoassicurazione saranno sottratti ad azioni esecutive di altri creditori, diversi dai soggetti danneggiati.

Ciò detto, privilegiando la prospettiva funzionale al fine di cogliere le scelte di *policy* sottese al ruolo di crescente importanza ricoperto dall'autoassicurazione²⁸, si può osservare che la direttiva europea citata si riferisce a "meccanismi che siano equivalenti o essenzialmente comparabili quanto a finalità" e il legislatore domestico, in modo più stringato, introduce accanto all'assicurazione di R.C. le "analoghe misure per la responsabilità civile (...)".

L'assicurazione di responsabilità civile ha la funzione di tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto, deve pagare ad un terzo (in dipendenza della responsabilità dedotta in contratto). Tale funzione è meglio percepibile se si volge lo sguardo all'essenza del fenomeno assicurativo: attraverso la sottoscrizione di un contratto di assicurazione, l'assicurato, ad esempio un'azienda ospedaliera, intende trasferire l'onere economico che discende dall'avverarsi di un sinistro nel patrimonio di un'impresa di assicurazione ed evitare, quindi, che una eventuale concentrazione di sinistri in un determinato lasso di tempo possa comportare una crisi di liquidità.

Anche la tecnica dell'autoassicurazione quale strumento per fronteggiare le conseguenze economico-patrimoniali ha come scopo quello di porre il soggetto chiamato a risarcire il danno nella condizione di far fronte alle richieste risarcitorie e ciò, come già detto, distingue l'autoassicurazione dalla decisione di lasciare là dove cadono i danni. A ben vedere, anche tramite l'autoassicurazione il soggetto chiamato a risarcire il danno intende evitare che crisi di liquidità gli impediscano di risarcire i danni arrecati a terzi.

Lo schema operativo, in realtà, vede un trasferimento dei costi del sinistro in capo all'impresa di assicurazione, in caso di sottoscrizione di una polizza di R.C., ed una ritenzione degli stessi in capo al soggetto chiamato a risarcire il danno, quando si opera tramite autoassicurazione. Tuttavia occorre ribadire che l'autoassicurazione non consiste nel non assicurarsi bensì nel predisporre un

²⁸ Il riferimento è ad A. CANDIAN, *Le garanzie mobiliari. Modelli e problemi nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2001, 11-16.

fondo in bilancio dedicato a costituire le riserve che si reputano necessarie per far fronte alle richieste di risarcimento. Il soggetto in autoassicurazione chiamato a risarcire il danno copre i costi del danno arrecato tramite tali risorse, evitando così crisi di liquidità.

Si può pertanto evidenziare come, dal punto di vista economico, autoassicurazione e assicurazione sembrano essere concetti analoghi sotto il profilo funzionale. L'obiezione più ovvia a questa assimilazione tra i due diversi strumenti è quella che si riferisce all'adeguatezza patrimoniale del soggetto in autoassicurazione, la quale dipende da quando il fondo è stato costituito, dalla capienza e dalla gestione dello stesso.

Muovendo da tale presupposto, non pare inutile svolgere una ulteriore riflessione. Come è stato efficacemente già osservato²⁹, il *risk shifting* avviene nei limiti del contratto di assicurazione e da ciò discende la necessità di valutare l'impatto sulla prestazione assicurativa non solo delle condizioni di assunzione, delle esclusioni e di eventuali franchigie, bensì anche della quantificazione del massimale. In altre parole, il danno assicurato può non coincidere con il danno risarcibile³⁰, con conseguenze non da trascurare in capo al soggetto chiamato a risarcire il danno.

Facendo una breve sintesi, le franchigie hanno la funzione di aumentare la propensione del soggetto assicurato a prevenire i rischi ed è un incentivo a ridurre il costo del danno. Se calcolate in maniera corretta³¹, le franchigie non alterano l'equilibrio finanziario dell'assicurato bensì garantiscono all'impresa di assicurazione un maggiore grado di accortezza in capo all'assicurato.

Diversamente, il massimale svolge la funzione di fissare un limite all'ammontare della prestazione dell'assicuratore, esso indica quindi il tetto massimo dell'obbligo che grava sull'impresa di assicurazione. Ciò determina l'impossibilità di trasferire l'intero rischio in capo all'impresa di assicurazione e, principalmente, gli eventi estremi o eccezionali non trovano ingresso nella polizza di responsabilità civile.

Il confronto tra assicurazione ed autoassicurazione non può prescindere dall'analisi della polizza in concreto, con particolare riferimento al massimale, e dalla tipologia di rischio a cui il soggetto è esposto.

Alla luce di queste osservazioni, la prospettiva proposta pare essere la più efficace ed in linea con il *trend* che si sta verificando in ambito sanitario. Tornando all'esempio dell'autoassicurazione nelle strutture sanitarie, si osserva che le *Linee guida operative e clausole-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi*, pubblicate

²⁹ S. LANDINI, *op. cit.*, 35 ss.

³⁰ Così A.D. CANDIAN, *op. cit.*, 65.

³¹ Si vedano le osservazioni di E. GALANTI, *Assicurazione obbligatoria e self-insurance possono coesistere?*, in S. LANDINI (a cura di), *Autoassicurazione e gestione del rischio*, cit., 76-79.

dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel giugno 2016³², rilevano che il settore sanitario è caratterizzato da un rischio definito "fisiologico", con ciò indicando "una serie di rischi clinici di natura seriale il cui verificarsi è "certo", anche se non definibile sotto il profilo numerico, per i quali le modalità di gestione sono alquanto standardizzate e la stazione appaltante potrebbe ottenere vantaggi mediante una gestione diretta dei sinistri, qualora dotata di adeguate competenze".

Anche se formalmente autoassicurazione e assicurazione sono strumenti di mitigazione diversi, funzionalmente esse paiono essere, utilizzando il linguaggio del legislatore europeo, "essenzialmente comparabili quanto a finalità". In effetti è il rischio eccezionale che può generare una crisi di liquidità imprevista ed esso non è né assicurabile né prevedibile in autoassicurazione.

La prospettiva di indagine qui suggerita pare trovare conferma anche nell'analisi delle indicazioni che si ricavano da una rapida rassegna delle problematiche che il formante giurisprudenziale ha affrontato nell'ordinamento giuridico statunitense il quale, anche in questo contesto, si pone quale interessante laboratorio di sperimentazione delle soluzioni giuridiche³³.

5. Segue. La complementarità tra autoassicurazione e strumento assicurativo

Va subito detto come, nella prassi, il modello operativo di autoassicurazione che si è diffuso maggiormente è quello che si ottiene tramite l'individuazione di una soglia sotto la quale gli effetti economici di un evento dannoso sono posti in capo al soggetto chiamato a risarcire il danno e vengono gestiti attraverso l'autoassicurazione, diversamente sopra tale soglia interviene una copertura assicurativa tradizionale. E con ciò si soddisfa l'interesse del soggetto chiamato a risarcire il danno ad essere in grado di far fronte alle proprie obbligazioni e del danneggiato a trovare ristoro per i danni subiti. Occorre però evidenziare che nella pratica si possono porre problemi di coordinamento tra autoassicurazione e assicurazione e su tale tema le corti americane sono intervenute a più riprese.

Esempio del problema di coordinamento che può sorgere dalla combinazione di tecniche diverse di gestione delle conseguenze di un evento dannoso è rappresentato dalla correlazione tra *self-insurance* e franchigia.

Sul piano teorico la differenza tra autoassicurazione e franchigia è chiara. L'autoassicurazione è la tecnica di gestione delle conseguenze di un evento dannoso secondo la quale il soggetto danneggiante provvede direttamente alla gestione del "sinistro" e ne sostiene patrimonialmente le conseguenze, almeno fino alla soglia oltre la quale può poi intervenire una eventuale copertura

³² Deliberazione 8 giugno 2016, n. 618.

³³ Così A. MONTI, *Buona fede e assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2002, 13.

assicurativa sottoscritta. Diversamente, con il contratto di responsabilità civile è l'impresa di assicurazione che si assume l'obbligo di tenere indenne l'assicurato dalle conseguenze economiche che discendono dalla responsabilità dedotta nel contratto. Ciò significa che l'impresa di assicurazione gestisce il sinistro, nell'interesse del danneggiante e, ovviamente, anche nell'interesse proprio dal momento che è l'impresa il soggetto patrimonialmente coinvolto (entro i limiti del massimale concordato in polizza). L'eventuale franchigia prevista in polizza ha la funzione di porre a carico dell'assicurato una frazione del risarcimento, al fine di incentivare l'assicurato a prevenire l'avverarsi del rischio. Nella prassi, l'impresa di assicurazione ha il compito di gestire la controversia promossa dal terzo danneggiato nei confronti dell'assicurato e di pagare l'intero risarcimento al danneggiato, salvo poi rivalersi sull'assicurato per l'importo corrispondente alla franchigia.

In realtà, è qui sufficiente menzionare che talvolta le corti americane qualificano la *self-insurance* come franchigia, dal momento che dal punto di vista economico i due meccanismi paiono simili³⁴. Ad esempio, nel caso *Continental Ins. Co. v. Paccar, Inc.*³⁵, la corte definisce le franchigie semplici e le franchigie aggregate come "self-retained limits"; in *National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh v. Baker & McKenzie RE*³⁶, la corte, in maniera ancora più esplicita, dichiara, con riferimento ad un limite di 7 milioni di dollari previsto in polizza, che "the \$7 million is actually a combination of a deductible and what the policy calls a "self-insured retention, but we have not been able to discover the difference between these descriptions". Infine, in *Commercial Union Insurance Co v. Walbrook Insurance Co Ltd*³⁷, la corte indica quale esempio di *self-insured retention* la franchigia.

Le corti pongono l'accento sulla somiglianza dei due meccanismi dal punto di vista economico³⁸ e sulla leggibilità del testo contrattuale, esse quindi decidono basandosi sia sulla formulazione letterale della polizza nel suo complesso sia sulla tutela delle aspettative delle parti³⁹.

Sul rapporto tra autoassicurazione e franchigia sono già state svolte alcune prime riflessioni anche nel sistema italiano, con riferimento sia all'operatività della

³⁴ Per tutti si veda W. T. BARKER, *Combining Insurance and Self Insurance: Issues for Handling Claims*, in 61 Def. Counsel J 352 1994, 354 laddove evidenzia che "Courts frequently treat deductibles and self-insured retentions as interchangeable terms (...)".

³⁵ 96 Wn.2d 160, 634 P.2d 291.

³⁶ 997 F.2d 305, 7th cir. 1993.

³⁷ 7 F. 3d 1047, 1st cir. 1993.

³⁸ "A deductible and an SIR are virtually the same". Così J.W. STEMPEL, *Stempel on Insurance Contracts*, 3rd ed., 2005, 2010 supplement, §2-110.

³⁹ Si veda, ad esempio, M.W. FLORY-A. LUI WALSH, *Know thy Self-Insurance (and the Primary and Excess Insurance)*, in 36 Tort & Ins. L. J. 1005 2000-2001.

franchigia nel settore della R.C. Auto sia alla franchigia aggregata annua, spesso utilizzata dal mercato assicurativo nella polizza di responsabilità civile sottoscritta dalle strutture sanitarie.

In relazione al settore della R.C. Auto, la franchigia è stata definita "uno strumento di "parziale" autoassicurazione"⁴⁰. Ponendo l'accento sulla funzione svolta da franchigia e autoassicurazione, entrambi gli strumenti avrebbero il compito di incentivare l'assicurato ad evitare il verificarsi del danno e quella di sopportare in proprio, seppur parzialmente, le conseguenze dell'evento dannoso. Da ciò ne discenderebbe che l'autoassicurazione quale forma di franchigia possa "coesistere" con l'assicurazione⁴¹, anche laddove l'assicurazione sia obbligatoria, purché il livello di partecipazione dell'assicurato non sia in concreto così alto da snaturare l'obbligo assicurativo⁴².

Alcuni spunti discendono anche dal considerare funzione della franchigia aggregata quella "di consentire all'assicurato un *mix* equilibrato fra autoassicurazione e copertura assicurativa"⁴³. In effetti, la franchigia aggregata annua pone a carico dell'assicurato una porzione di rischio, calcolata sommando le liquidazioni dei sinistri di ciascun esercizio fino ad un certo livello; una volta esaurita la franchigia, spetta all'impresa di assicurazione far fronte ai danni (fino a raggiungere il massimale). Sulla base delle prassi che il mercato segue, ciò che rende il meccanismo della franchigia aggregata simile ad una forma di autoassicurazione, è la circostanza che nei testi contrattuali può essere previsto l'obbligo dell'assicurato di prevedere un fondo volto a coprire l'ammontare della franchigia o di anticipare tale ammontare all'assicuratore⁴⁴.

Tentando poi di ricondurre ad un nucleo di omogeneità gli ulteriori nodi problematici che le corti statunitensi hanno affrontato, la tematica delle c.d. *multiple coverages* (ossia le coperture multiple) è quella che è stata maggiormente indagata dal formante giurisprudenziale.

Il primo profilo che l'ordinamento giuridico statunitense ha analizzato è la questione se la autoassicurazione svolga la funzione di *primary policy* ossia di polizza a primo rischio rispetto alla polizza di assicurazione sottoscritta. La domanda non è meramente tecnica, in quanto le conseguenze operative sono di un certo rilievo. Nella forma più semplice, l'assicurazione di secondo rischio è la copertura assicurativa che viene prestata in eccedenza rispetto al massimale previsto nella polizza di primo rischio: si pensi alla situazione in cui un soggetto

⁴⁰ Così E. GALANTI, *op. cit.*, 74.

⁴¹ Così E. GALANTI, *op. cit.*, 75.

⁴² Si veda più in generale E. GALANTI, *op. cit.*, 74-79.

⁴³ Così E. GALANTI, *op. cit.*, 80.

⁴⁴ Sull'impatto che franchigie elevate possono avere sul corretto funzionamento della copertura assicurativa si vedano le osservazioni di P. COLAIANNI, *op. cit.*, 43.

decida di sottoscrivere più polizze in successione al fine di innalzare il massimale di una polizza di responsabilità civile. L'assicurazione a secondo rischio opera a partire dal limite previsto per l'assicurazione di primo rischio (fino al massimale previsto in polizza), ampliando la copertura assicurativa dell'assicurato.

In caso di sottoscrizione di una *primary policy* la compagnia tipicamente provvede a prestare una copertura immediata non appena si verifica l'evento che dà origine a responsabilità. L'*excess insurance*, ossia la copertura a secondo rischio, opera quando il massimale della copertura a primo rischio viene esaurito (secondo la *horizontal exhaustion rule*) e agisce in eccedenza al massimale della *primary policy*.

Se il primo livello di "copertura" è rappresentato dalla autoassicurazione, le corti si sono interrogate sulla operatività della polizza assicurativa ai fini della copertura, in particolare chiedendosi se l'autoassicurazione operi come *primary insurance coverage* e, quindi, se le risorse disponibili in autoassicurazione devono essere esaurite prima di poter ricorrere all'*excess policy*, secondo la regola della *horizontal exhaustion*.

Ad esempio, nel caso *Missouri Pacific Railroad Co. v. International Insurance Co.*⁴⁵, deciso nel 1997, la corte d'appello dello stato dell'Illinois ha ricondotto i *self-insured retention programs alla primary policy*: l'esistenza di un piano di autoassicurazione non è stato infatti considerato dalla corte elemento sufficientemente significativo tale da escludere l'applicazione della *rule of horizontal exhaustion*. Paragonando i *self-insured retention programs* ad una *primary policy*, la corte ha stabilito che l'assicurato dovesse esaurire il fondo dedicato all'autoassicurazione prima che la polizza assicurativa sottoscritta potesse operare come copertura a secondo rischio.

Nel caso *Montgomery Ward & Co. Inc. v. Imperial Casualty and Indemnity Co. et Al.*⁴⁶, invece, la corte d'appello dello stato di New York nel 2000 arrivò ad una diversa decisione, concludendo che "SIRs are not primary insurance and the principle of horizontal exhaustion does not apply". La corte ha posto l'accento sul testo della polizza e sul fatto che non vi fossero ambiguità, escludendo che vi fossero indizi tale da indurre a ritenere che la polizza sottoscritta dovesse operare quale copertura a secondo rischio. La corte esclude, quindi, che i piani di *self-insurance* potessero essere paragonati ad una *primary policy* e concluse che la compagnia di assicurazione dovesse intervenire in caso di danni per importi eccedenti la soglia stabilita in polizza.

Un altro profilo, sempre connesso alla tematica *multiple coverages*, analizzato dalle corti statunitensi riguarda il rapporto tra *self-insurance* e la clausola "Other insurance". Nel mercato delle coperture multiple, accanto al meccanismo *primary/excess insurance*, è possibile che più polizze vengano sottoscritte per la

⁴⁵ 679 N.E.2d 801, Ill. Ct. App. (1997).

⁴⁶ 81 Cal. App. 4th 356, 97 Cal. Rptr. 2d 44 (2000).

medesima fascia di rischio; ciò ha reso necessario l'affinamento di regole dedicate alla ripartizione dell'onere risarcitorio in capo alle diverse compagnie coinvolte in virtù dei diversi contratti di assicurazione sottoscritti.

Tipicamente è la clausola "Other insurance" che regola il rapporto tra polizze e la suddivisione del risarcimento tra compagnie di assicurazione⁴⁷. Le corti si sono chieste se, ai fini dell'operatività di tale clausola, la *self-insurance* debba essere qualificata come *insurance* e, sul punto la giurisprudenza, pare divisa. Parte della giurisprudenza propende per non considerare la *self-insurance* come assicurazione: partendo dal presupposto che il meccanismo di *self-insurance* è tecnicamente diverso rispetto all'assicurazione, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la *self-insurance* non possa essere considerata assicurazione neppure ai fini di operatività della clausola "Other insurance"⁴⁸. Altra giurisprudenza, invece, segue invece un indirizzo diverso⁴⁹ e considera la *self-insurance* come *insurance* ai fini della operatività della clausola stessa. Ad esempio, nel caso *McClain v. Begley*⁵⁰, la corte ha ritenuto che "Self-insurance is the functional equivalent of a commercial insurance policy" e ciò ha delle evidenti conseguenze in merito alla ripartizione del risarcimento del danno tra *self-insured retention programs* e polizze assicurative.

Come la dottrina americana ha messo in evidenza, tali incertezze nel formante giurisprudenziale riflettono la diversa fisionomia che questo complesso meccanismo, che vede una commistione di *self-insurance* e coperture assicurative, assume nella prassi⁵¹. Le decisioni delle corti si fondano allora sulla formulazione del testo di polizza e sulle finalità che le parti desiderano perseguire con l'intera operazione⁵². L'impressione che si ricava dall'analisi della giurisprudenza è che

⁴⁷ Per una sintesi delle principali "Other insurance" clauses presenti nel panorama americano si veda D.R. RICHMOND, *Issues and Problems in "Other Insurance", Multiple Insurance, and Self-Insurance*, 22 Pepp. L. Rev. 4, 1381-1387, 1995.

⁴⁸ Nel caso *In re: Liquidation of Midland Insurance Co., Claim of Lac D'Amiante Du Quebec, Ltee (ASARCO) v. Superintendent of Insurance of the State of New York* (709 N.Y.S. 2d 24 (N.Y.App. Div. 2000)), la corte non ha ritenuto che "the word "insurance" in an "Other Insurance" clause can be construed to encompass self-insured retention". Si veda anche *Wake Count Hospital System, Inc. v. National Casualty Co.*, 804 F. Supp. 768.

⁴⁹ Ad esempio, si veda *Hillegass v. Landwehr*, 499 N.W.2d 652 (Wis. 1993).

⁵⁰ 465 N.W. 2d 680, 682 (Minn. 1991).

⁵¹ Nel caso *Nabisco Inc. v. Transport Indemnity Co.* [(1983) 143 Cal. App. 3d 831, 192 Cal. Rptr. 207], la corte ha ritenuto che la *self-insurance* fosse da considerare assicurazione dato che il testo della polizza la clausola era stata modificata in "Other insurance and self-insurance".

⁵² Per un approfondimento si vedano D. R. RICHMOND, *Issues and Problems in "Other Insurance", Multiple Insurance, and Self-Insurance*, cit.; R.A. GOODE, *Self-Insurance as Insurance in Liability Policy "Other Insurance" Provisions*, 56 Wash. & Lee L. Rev. 1245 1999; M.W. FLORY-A. LUI WALSH, *Know thy Self-Insurance (and the Primary and Excess Insurance)*, cit.

spesso l'equivalenza funzionale dei due diversi meccanismi pare orientare la decisione delle corti.

Queste descritte sono alcune delle problematiche che il sistema statunitense ha affrontato e che ci permettono di cogliere alcuni suggerimenti. In particolare, divengono centrali la chiarezza e la comprensibilità del testo del contratto di assicurazione il quale deve rispecchiare le modalità di gestione dei rischi e di allocazione dei danni concordate tra le parti, al fine di prevenire l'insorgere di eventuali contenziosi sulla suddivisione degli effetti patrimoniali negativi.

Dato che l'autoassicurazione è una tecnica flessibile, nata e sviluppata nella prassi e quindi in continua evoluzione, è inevitabile che le criticità maggiori si riscontrino nel coordinamento tra autoassicurazione e polizza assicurativa e il modello americano ci mostra l'importanza di regolare *ex ante* questo complesso meccanismo, al fine di evitare che le esternalità negative cadano sulla collettività.

6. Alcune conclusioni

In un contesto sociale ed economico, quale quello contemporaneo, che sembra, almeno parzialmente, orientato in favore della tecnica dell'autoassicurazione quale forma di mitigazione delle conseguenze pregiudizievoli che discendono dal verificarsi di un evento dannoso, pare opportuno svolgere alcune brevi considerazioni finali.

Il profilo di maggior criticità che caratterizza l'autoassicurazione attiene alla potenziale inidoneità patrimoniale del soggetto chiamato a risarcire danni, che spesso non sono di lieve entità. Se è banale ricordare che la c.d. "assicurazione a premio" si fonda su tecnicismi, anche finanziari oltre che giuridici, affinati e consolidati nel corso del tempo in modo da creare le condizioni affinché l'impresa di assicurazione sia tendenzialmente sempre solvibile, l'efficacia nell'utilizzo dell'autoassicurazione quale garanzia di solvibilità del danneggiante dipende strettamente dal contesto in cui tale tecnica opera.

È necessario allora operare una corretta ed adeguata valutazione delle risorse economiche che vengono destinate all'autoassicurazione. L'esigenza di tenuta finanziaria spiega il fatto che spesso l'autoassicurazione viene affiancata da una copertura assicurativa, con funzione di aumentare la disponibilità patrimoniale del soggetto chiamato a risarcire il danno, anche nell'ottica di rafforzare le aspettative del danneggiato.

Se si guarda prospetticamente a tale tecnica, due parrebbero i vantaggi principali perseguiti dall'autoassicurazione. In primo luogo la tecnica della autoassicurazione incentiva lo sviluppo di un adeguato *risk management* come presidio di gestione del rischio, inteso non solo come strumento atto alla prevenzione del rischio, ma anche volto alla gestione delle conseguenze degli eventi dannosi, determinando maggior consapevolezza dei profili di rischio da fronteggiare (adottando le cc.dd.

azioni di prevenzione e di protezione)⁵³. In secondo luogo, essa consente non solo di evitare i costi connessi alla copertura assicurativa (intermediazione, tasse) ma anche il diverso contenimento dei costi derivanti da una mappatura dell'attività e dei rischi correlati, da parte del soggetto interessato, più precisa rispetto a quella effettuata da un'impresa di assicurazione (in tal caso, infatti, una mappatura per grandi linee può comportare una sovrastima dei rischi e, conseguentemente, un aumento dei premi da corrispondere all'impresa stessa). La gestione del rischio in autoassicurazione richiede maggiore consapevolezza in riferimento sia all'attività dedicata alla raccolta e al controllo dei dati, sia a quella della gestione dei dati stessi.

L'efficacia di tale tecnica è però, come già detto, subordinata alla capienza del patrimonio chiamato a fronteggiare le conseguenze economiche di un evento dannoso. E questo, qualora difetti una adeguata disciplina volta a definire gli aspetti della quantificazione delle risorse necessarie poste a copertura di eventuali rischi di responsabilità civile e della destinazione di tali risorse al soddisfacimento del soggetto danneggiato, è un problema di non poco conto. Infatti, in un momento storico in cui l'utilizzo di tale tecnica viene da più parti incentivata, soprattutto in un settore socialmente sensibile quale quello della responsabilità sanitaria, è necessario riflettere sul fatto che il danneggiato potrebbe trovarsi nella situazione di dover sopportare il danno.

Di fronte a tale constatazione non vi è dubbio che il contratto di assicurazione è il modello che parrebbe rispondere in maniera più appropriata alla necessità che il soggetto debitore sia patrimonialmente solvente. Occorre tuttavia tenere conto del fatto che, in realtà, non è comunque possibile il trasferimento dell'intero rischio in capo all'assicuratore e tanto l'inserimento del massimale in polizza quanto l'inassicurabilità del rischio eccezionale ne sono chiara dimostrazione.

Ecco perché, nonostante la rilevante criticità che la attraversa, l'autoassicurazione sembrerebbe poter svolgere il ruolo di alternativa al modello contrattuale assicurativo, essendo allo stesso equiparabile "quanto a finalità". Tutto dipenderà dai prossimi sviluppi normativi e dall'atteggiarsi della prassi.

⁵³ Si vedano le osservazioni di M. GAGLIARDI, *I riflessi dell'autoassicurazione (e dell'obbligo di assicurazione) sul mercato e sulle logiche assicurative*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, fasc. 4, 1221-1223.

ARBITRATO BANCARIO FINANZIARIO E PRODOTTI ASSICURATIVI

Luigi G. Vigoriti

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Attività e competenza dell'Arbitrato Bancario. - 3. Il problema dei prodotti assicurativi sottoposti all'Arbitro. - 4. I criteri di individuazione della competenza. - 5. L'insegnamento che si può trarre dall'esperienza di ABF.

1. Introduzione

Le opportunità e le modalità con le quali organismi simili all'Arbitrato Bancario Finanziario (ABF) potrebbero essere introdotti anche nell'ambito dell'attività assicurativa sono state già approfondite nel presente volume¹, così come lo sono stati alcuni profili inerenti alla sanità integrativa e alle polizze collegate a mutui².

Adesso volgiamo l'attenzione ad alcune decisioni dell'ABF che insistono su piani diversi con sovrapposizioni da chiarire. Si tratta di pronunce dei Collegi ABF su prodotti assicurativi collocati alla clientela da intermediari nell'ambito di operazioni più ampie; ad esempio, nel caso di contratti di copertura di rischi collegati a *leasing* o mutui. Il problema si innesta in quello più ampio delle "interferenze" tra diversi comparti del mercato, quelli assicurativo, bancario e d'intermediazione finanziaria³.

2. Attività e competenza dell'Arbitrato Bancario

Come noto, ABF è l'organismo di risoluzione delle controversie tra banche e intermediari, da un lato, e clienti, dall'altro.

Propedeutico all'attivazione della procedura da parte del cliente è la presentazione di un reclamo alla banca di cui si assume l'illegittimità di un comportamento⁴. Se l'istanza non viene accolta, il cliente insoddisfatto può attivare

¹ V.M. FRIGESSI DI RATTALMA, *L'arbitrato e il contratto di assicurazione*, in questo volume.

² E. GIUSTI, *Sanità integrativa e polizze sanitarie collegate a mutui*, in questo volume.

³ Problema affrontato, tra gli altri, da P. CORRIAS, *Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario*, in *Giust. civ.*, 2015, 617 ss.

⁴ Non è questa la sede per soffermarsi sui molteplici aspetti tecnici relativi alle modalità di accesso a, e di funzionamento di, ABF sul punto rimandiamo a G. CONTE, *L'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Giust. civ. com.*, 2014; A. PIERUCCI, *L'arbitrato Bancario e Finanziario: l'esperienza*

la procedura.

L'Organismo può conoscere della controversia se essa è inerente a operazioni, o condotte, dell'intermediario posteriori al 1° gennaio 2009, che abbiano cagionato un danno fino a 100.000,00 euro, se il cliente chiede una somma di denaro, mentre non c'è limite di valore nel caso in cui la pretesa sia il mero accertamento di una lesione dei diritti del cliente.

Le decisioni dei Collegi dell'ABF (che originariamente erano tre - Milano, Napoli, Roma - e che dal 20 dicembre 2016 sono stati portati a sette, con l'apertura di nuove sedi a Bari, Bologna, Palermo e Torino) non sono vincolanti, ma la mancata ottemperanza alla decisione da parte dell'intermediario è resa pubblica (sul sito internet di ABF è possibile accedere alla sezione "intermediari inadempienti"). La competenza è quindi principalmente per materia con ulteriori limitazioni per valore. Quanto appena ricordato è sancito dal Testo Unico Bancario (TUB), segnatamente dall'art. 128-*bis* che prevede l'istituto in generale, il cui funzionamento è regolato poi in modo particolare da una delibera del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR), la n. 275 del 29 luglio 2008, che scandisce modi e regole dello svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie⁵.

3. Il problema dei prodotti assicurativi sottoposti all'Arbitro

Anche se ABF è nato ed è dedicato alla risoluzione delle controversie nell'ambito bancario e finanziario, nella pratica esso è stato più volte chiamato a pronunciarsi su questioni attinenti a prodotti assicurativi e, in particolare, nell'ambito dei contratti di copertura rischi, a quelli collocati in occasione di operazioni di finanziamento.

Così, i Collegi si sono occupati di richieste di valutazione di profili di legittimità della condotta degli intermediari di proporre al cliente polizze di assicurazione sulla vita⁶, oppure polizze furto incendio per la vettura acquistata attraverso un *leasing* o un finanziamento⁷, oppure ancora sull'*an* e il *quantum* dei rimborsi dovuti al cliente a titolo di premi per la copertura di rischi non verificatisi (più precisamente, in caso di estinzione anticipata di rapporti finanziamento, ad esempio, quale sia la sorte dei premi assicurativi ancora da pagare se il rischio coperto viene meno).

Dallo studio delle decisioni è possibile rilevare come gli intermediari convenuti eccepiscano regolarmente l'incompetenza dell'ABF a conoscere delle questioni assicurative, sia per la materia trattata (natura dei prodotti), sia per i soggetti

applicativa, in *Giur. comm.*, 2014, I, 825 ss.

⁵ Banca d'Italia è poi l'Ente delegato a curare l'organizzazione e il funzionamento di ABF.

⁶ Collegio Napoli, decisione n. 4773/2013. Tutte le decisioni ABF di seguito richiamate sono consultabili sul sito ABF.

⁷ Collegio Roma, decisione n. 7964/2016.

coinvolti (l'Arbitrato Bancario nasce per dirimere le controversie tra clienti e banche/intermediari; le Compagnie assicurative sono estranee).

Effettivamente, a una prima lettura, le questioni legate alla sottoscrizione di polizze assicurative sembrerebbero escluse dalla competenza dell'Organismo così come sancita dall'art. 2 della deliberazione CICR 275/2008; il sinallagma del singolo accordo è infatti chiaro e tipico: il versamento di un prezzo da parte del cliente-assicurato verso la copertura di un rischio da parte della Compagnia, ma la limitazione formale non ha frenato ABF che ha sviluppato una giurisprudenza che, in determinati casi, attrae tra le proprie competenze anche quelle relative ad alcuni profili propri dei contratti assicurativi.

Sotto il profilo civilistico, l'Organismo giustifica l'operazione attraverso l'esaltazione del collegamento negoziale tra finanziamento e polizza. Così, sin dall'inizio dell'attività, i Collegi si sono dichiarati competenti a pronunciarsi su alcuni aspetti dei prodotti assicurativi. E, segnatamente, quando tali prodotti risultino chiaramente accessori al finanziamento principale e tale relazione sia chiara e permetta la lettura dell'operazione economico-contrattuale in modo unitario⁸.

La scelta di estendere la competenza di ABF, superando il dato apparente, è - con le precisazioni che vedremo - logica e risponde all'esigenza di tutela del cliente in operazioni che nascono e devono essere lette in una visione d'insieme ed è infatti incontestabile che le polizze assicurative che coprono rischi connessi a prestiti non avrebbero ragione di esistere senza il relativo finanziamento⁹. Tanto che ci sono provvedimenti e accordi tra associazioni di categoria che dettano regole sulla sorte delle polizze di fronte a estinzioni anticipate dei finanziamenti a esse collegati¹⁰.

4. I criteri di individuazione della competenza

Lo studio delle pronunce sull'argomento mostra una particolare attenzione a circoscrivere con esattezza i limiti dei suoi pronunciamenti sui prodotti assicurativi e, in tutti i casi, sia che la competenza sia dichiarata, sia che i Collegi la neghino, gli arbitri svolgono rilievi che paiono ponderati.

⁸ Decisioni ABF, Collegio Roma, decisioni nn. 2901/2012 e 2929/2012; Collegio Napoli, decisione n. 1376/2013.

⁹ Osserva, ad esempio, il Collegio Roma nella decisione ABF n. 5918/2013 che: "[l]'inerenza delle spese assicurative ai costi del finanziamento da rimborsare trova invece riscontro nel legame esistente fra contratto di credito e polizza assicurativa (obbligatoria per legge ex art. 54 d.p.r. n. 180/1950), che, nelle intenzioni delle parti, concorrono unitariamente alla realizzazione del risultato economico della concessione del credito".

¹⁰ Ad esempio, le *Linee guida per le polizze assicurative connesse a mutui e altri contratti di finanziamento* tra ABI e ANIA del 22 ottobre 2008.

L'analisi delle decisioni fa dunque emergere limiti alla cognizione autodeterminati dall'Organismo che hanno natura oggettiva che soggettiva.

Per quanto attiene ai primi, è difficile tracciare una linea di demarcazione precisa su quando vi sia una connessione tra negozi tale da azionare la competenza dell'ABF e quando invece tale connessione non vi sia, anche perché entrano in gioco le incertezze inerenti alla definizione del collegamento negoziale¹¹. Sul punto va apprezzata la decisione ABF Collegio Roma 449/2013 che ricorda come "il collegamento negoziale non sopprime l'individualità giuridica, ma esige che essi siano considerati unitariamente e che la loro validità ed efficacia sia verificata avendo riguardo all'interesse globalmente perseguito dalle parti"¹².

Il fatto che ABF si dichiari competente sui prodotti assicurativi, poi, non significa che gli arbitri possano conoscere di tutte le questioni dedotte dal cliente. Ad esempio, alcune decisioni, pur in presenza di polizze accessorie a un mutuo, negano la competenza di ABF a conoscere di profili connessi all'interpretazione e all'adempimento di un contratto assicurativo, anche se tale contratto sia stato concluso con una compagnia assicurativa facente capo al medesimo gruppo

¹¹ È noto che i rimedi che possono seguire all'emersione del collegamento negoziale variano molto poiché, come rilevato "se si muove da una nozione molto ampia di collegamento negoziale, è inevitabile trarne, sul piano delle conseguenze applicative, indicazioni altrettanto generiche" così L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, 1**, Torino, Utet, 1986, 755.

¹² Collegio Roma, decisione n. 449/2013 che continua poi specificando come " [...] il collegamento negoziale tra il contratto di assicurazione e quello di finanziamento estende a ciascuno gli effetti della invalidità, della sopravvenuta inefficacia o della risoluzione dell'altro, pur senza pregiudicare la loro autonomia ad ogni altro effetto" e richiamando un precedente del medesimo Collegio, n. 823/2010. Nello stesso senso, Collegio Napoli, decisione n. 2023/2013 che osserva come: quando "la polizza assicurativa sia associata ad un finanziamento, al fine di garantire funzionalmente ed esclusivamente l'integrale rimborso della somma prestata dall'intermediario, si dà vita ad un'unica operazione sotto il profilo economico, pur costituita da due contratti: il contratto di finanziamento e quello di assicurazione. Seppure sotto il profilo giuridico-formale essi devono considerarsi distinti, invero si realizza tra loro un collegamento negoziale i cui connotati sono rilevabili sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo oggettivo, "risolvendosi in una interdipendenza funzionale dei diversi atti negoziali rivolta a realizzare una finalità pratica unitaria" (Cass., 16 febbraio 2007, n. 3645; Cass., 10 luglio 2008, n. 18884). La conseguenza di tale assunto è che le vicende che involgono il contratto principale (qual è il finanziamento) influiscono anche su quello accessorio (qual è quello assicurativo); pertanto, laddove il primo venga anticipatamente estinto, la persistenza del secondo si rivelerebbe di fatto priva di causa. Questo stesso Collegio ha più volte sottolineato che "Non è, in siffatta guisa, casuale che le riportate conclusioni rinvengano puntuale riscontro nell'accordo ABI-ANIA del 22 ottobre 2008, rubricato alle "linee guida per le polizze assicurative connesse a mutui e altri contratti di finanziamento", peraltro meramente ricognitivo di risultati ampiamente acquisiti nei riferiti termini al diritto vivente".

dell'intermediario¹³.

Oltre all'analisi causale dei contratti di finanziamento e di assicurazione, la giurisprudenza in parola ha individuato altri elementi, di carattere soggettivo, che possono limitare la sua cognizione.

L'esigenza nasce dalla necessità di garantire il contraddittorio. Se infatti i Collegi ABF potessero pronunciarsi senza riserve sui prodotti assicurativi all'esito di procedimenti in cui possono partecipare solo intermediari e clienti, si creerebbe un profondo pregiudizio dei diritti di difesa delle Compagnie, che dovrebbero subire gli effetti di decisioni maturate in procedure in cui non potevano nemmeno aderire¹⁴; come chiarito, la valutazione "di singole clausole contrattuali di natura assicurativa [...] produrrebbe l'abnorme risultato di incidere nella sfera giuridica della impresa assicurativa senza che quest'ultima possa essere convenuta nel procedimento"¹⁵.

In sintesi, dunque, esiste un significativo limite alle "incursioni" di ABF in ambito assicurativo e gli arbitri non si pronunciano su profili contrattuali inerenti ai prodotti assicurativi per due ordini di ragioni: oggettivi, vale a dire perché la validità di una clausola – o la sua esecuzione – contenuta in un contratto di assicurazione non è materia di ABF, e soggettivi, poiché se l'Arbitro ne conoscesse, si pronuncerebbe con una decisione alla cui formazione non ha partecipato – né potrebbe partecipare – una delle parti interessate (es. la Compagnia).

In realtà quest'ultimo aspetto è stato a volte superato e, nella contrapposizione tra lesione del contraddittorio e possibilità di pronunciarsi su alcuni aspetti delle polizze assicurative, si è attribuito più peso alla complessiva condotta dell'intermediario: se quest'ultimo è il soggetto che "propone" al cliente un contratto assicurativo di altra natura rispetto al finanziamento e si pone come unica controparte, deve essere ponderato anche il principio di effettività della tutela, posto a fondamento normativo del sistema dell'ABF, nel quale è valorizzata la percezione da parte del cliente, dell'intermediario quale "naturale interlocutore

¹³ Collegio Napoli, decisione n. 2058/2013.

¹⁴ Sul punto v. Collegio Napoli, decisione n. 4773/2013 che osserva come le controversie assicurative esulino dalla cognizione dell'ABF "a meno che non sussista un preciso nesso funzionale tra la medesima polizza assicurativa e un contratto bancario" e continua rilevando come "[i]l punto è stato ampiamente chiarito da molteplici decisioni di questo Arbitro, che hanno precisato come la competenza dell'ABF possa estendersi anche ai contratti assicurativi solo se e nei limiti in cui tali prodotti assicurativi si pongano in termini accessori e strumentali rispetto alle operazioni bancarie e finanziarie che ricadono sotto la diretta competenza per materia dell'Arbitro stesso" la decisione richiama i precedenti ABF (Collegio Roma, decisioni nn. 2901/2012 e 2929/2012; Collegio Napoli, decisione n. 1376/2013).

¹⁵ In questo senso, Collegio Napoli, decisione n. 165/2012 e Collegio Milano, decisione n. 1117/2011.

nella gestione del rapporto¹⁶.

Su tale ultimo aspetto, alcune decisioni ABF tendono a rifarsi all'esperienza delle c.d. "vendite a catena", ambito nel quale dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato orientamenti che offrono effettiva la tutela al consumatore, in ordine al risarcimento dei danni derivati dai vizi della cosa venduta¹⁷.

Come precisamente sintetizzato, allora: "[...] in questi casi non viene tanto in rilievo un'estensione dell'ambito oggettivo di cognizione dell'ABF quanto piuttosto una più lata legittimazione passiva dell'intermediario, giustificata in considerazione dell'art. 22, comma 15-*quater*, del d.l. n. 179/2012, conv. dall'art. 22 della legge n. 221/2012 e dell'inscindibile nesso negoziale che viene a instaurarsi tra contratto di finanziamento e contratto di assicurazione, che induce ad assumere i due momenti negoziali quali espressione di una unitaria operazione economica, derivandone conseguenti valutazioni anche in ordine alla legittimazione al giudizio"¹⁸.

5. L'insegnamento che si può trarre dall'esperienza di ABF

Non c'è dubbio che nel prossimo futuro la giurisprudenza ABF andrà ad aumentare di numero e di rilevanza (i Collegi sono oltre che raddoppiati) e le possibili interferenze potrebbero di conseguenza accrescere di numero¹⁹.

La soluzione proposta dall'Organismo di pronunciarsi "con cautela" sui prodotti assicurativi pare sensata ed è specchio della realtà: l'esperienza di chiunque abbia richiesto finanziamenti è che ormai vi sia una commistione tra prodotti bancari, assicurativi e finanziari²⁰.

È allora indiscutibile che non si possa più ragionare opponendo letture formalistiche perché ciò creerebbe ostacoli a quello che è il fine ultimo di tutti gli ambiti di operatività degli assicuratori e degli intermediari: la tutela del consumatore/investitore/cliente, così come peraltro sancito anche dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Condivisibile quindi l'individuazione di strumenti che possano "inseguire" una

¹⁶ Collegio Napoli, decisione n. 731/2010.

¹⁷ Collegio Napoli, decisione n. 997/2010.

¹⁸ Così CONTE, *op. cit.*, nt. 3, che richiama le decisioni ABF, Collegio Napoli n. 3195/2012 e Collegio Milano, decisione n. 4064/2013.

¹⁹ Di più, addirittura, anni fa, Federconsumatori avanzò la richiesta di affidare la gestione delle controversie assicurative ad ABF, vd. comunicato stampa del 27 marzo 2013 su www.federconsumatori.it.

²⁰ Tema che si sovrappone a quello qui trattato è poi quello dei c.d. "prodotti misti". Sul punto, A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prodotti "misti" e norme a tutela del cliente*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber Amicorum Pietro Abbadessa, vol. III, Milano, Giuffrè, 2014, 20145 ss.

condotta lesiva per il consumatore in ambiti diversi offrendo strumenti idonei a dare tutela effettiva.

Questa è la nuova sfida a cui fare fronte²¹. Una maggiore interdisciplinarietà dei rimedi e delle tutele avrebbe certamente molti vantaggi sia per la semplificazione della materia, sia per la certezza dei rapporti poiché, se gli incombenti e i rimedi sono gli stessi a prescindere da chi pone in essere la condotta lesiva per il cliente, vi è maggiore certezza del diritto.

C'è però un rischio importante che, ad oggi, riguarda la forma di questi contratti nel senso di dover rispondere su più fronti nella presentazione della documentazione sapendo che la clausola potrebbe anche essere vagliata per gli effetti che essa può avere in un ambito diverso (disegnare una clausola per una polizza assicurativa invece che finanziaria) potrebbe portare alla moltiplicazione delle cautele da parte del predisponente con il rischio di un eccessivo formalismo e una proliferazione della documentazione da sottoporre al cliente²².

²¹ Sul punto segnaliamo gli studi di R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*, spec. 182 ss. Osserva D. MAFFEIS: "[i] molteplici problemi sollevati dall'esistenza di tre discipline diverse per ciascuno dei tre comparti – finanziario, bancario, assicurativo – sono risaputi e, al di là degli ovi auspici de iure condendo, sono ora largamente indagati de iure condito", in *I derivati incorporati sono derivati ed incidono sulla qualificazione civilistica dei contratti di finanziamento*, in *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 2016, 463.

²² S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*, spec. 113 ss.

GLI AUTORI

MARCO FRIGESSI DI RATTALMA

Professore Ordinario di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Brescia.

EMILIA GIUSTI

Cultore di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.

SARA LANDINI

Professore Associato di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Firenze.

GIANLUCA ROMAGNOLI

Professore Associato di Diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Padova.

LYDIA VELLISCIG

Assegnista di ricerca in Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Milano.

LUIGI G. VIGORITI

Avvocato presso il Foro di Firenze; Dottore di ricerca in Diritto civile presso l'Università degli Studi di Firenze.