

UNIVERSITÀ DI FIRENZE
PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

89

SARA LANDINI

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ



IL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. — 2. Il rinnovarsi di un vecchio problema. — 3. Metodo e problema. — 4. Responsabilità civile e penale a confronto. — 5. Il richiamo ad un'idea unitaria di torto.

1. L'oggetto dell'indagine.

Gli Autori, che nel tempo si sono dedicati allo studio del possibile relazionarsi del contratto di assicurazione col sistema della responsabilità, hanno sempre specificato, sin dal titolo delle loro opere, che il campo dell'indagine era limitato alla sola responsabilità civile.

Così è stato per quella che possiamo indicare come la prima monografia italiana dedicata al tema, appunto intitolata « *L'assicurazione della responsabilità civile* » (1), scritta da Camillo Vi-

(1) C. VITERBO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milano, 1936.

Camillo Viterbo (1900-1948) è un giurista che ci piace ricordare proprio perché, a nostro parere, a torto, sin troppo dimenticato. La sua poca notorietà, infatti, non è da attribuirsi ad uno scarso valore scientifico delle sue opere, ma ad un destino infelice. Come ci ricorda Mario Rotondi nel necrologio di *Camillo Viterbo*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 461, questi è stato sostanzialmente un autodidatta che, solo dopo alcuni anni dalla laurea, ha trovato due guide spirituali in Angelo Staffa prima e in Tullio Ascarelli poi. Dopo l'assistenzato e la libera docenza nella Regia Università di Milano, nel 1937 è straordinario di diritto commerciale nell'Università di Cagliari. Nel 1938 è dispensato dal servizio in applicazione delle leggi razziali promulgate dal governo italiano. Emigrerà in America latina dove troverà l'accoglienza del professor Waldemar Ferreira al quale era stato presentato da Cesare Vivante in una lettera con cui l'anziano professore afferma la propria stima per l'operato scientifico di Viterbo con una frase tanto lapidaria quanto efficace « *conozco sus trabajos y lo aprecio mucho* ».

In America latina insegnerà nelle Università di San Paolo in Brasile e di Cordoba in Argentina collaborando a varie riviste e in particolare alla *Revista de Derecho Procesual* di Buenos Aires. Dopo la fine del regime fascista torna in Italia. Nel 1947 è chiamato come ordinario di diritto commerciale nell'Università di Modena. Nel 1948 muore.

terbo negli anni '30 del secolo passato con una versatilità e una particolare capacità di muoversi tra il diritto commerciale e il diritto civile al di sopra dei luoghi comuni della dottrina del suo tempo, doì indubbiamente necessarie per affrontare l'arduo compito di dare lettura di un fenomeno che aveva da poco ottenuto pieno riconoscimento da parte del nostro legislatore in alcune leggi speciali e che sino alla fine dell'800 aveva trovato l'opposizione di dottrina e giurisprudenza, in particolare della scienza giuridica d'oltralpe (2).

Così è stato anche per una delle ultime opere monografiche dedicate al tema intitolata « *Responsabilità civile e assicurazione* » (3), in cui è evidenziato il legame quasi simbiotico che nel tempo si è venuto a creare tra assicurazione e responsabilità civile.

La scelta di adottare un titolo: « *Assicurazione e responsabilità* », che, pur riecheggiando quelli di passate monografie sul-

Nella sua breve e travagliata vita terrena ha comunque avuto modo di lasciare preziosi contributi preferendo, come oggetti del proprio studio, quei « campi... dove non è stato ancora affondato l'aratro, e spesso non sono quelli sui quali passano meno frequenti le vie della pratica », come lui stesso afferma nella prefazione de *L'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 7. Con questo spirito affronta il tema dell'assicurazione della responsabilità civile dando vita a un'opera il cui valore scientifico troverà riconoscimento nelle recensioni di F. CARNELUTTI, in *Rev. dir. proc.*, 1936, p. 326 e di V. SALANDRA, in *Assic.*, 1937, p. 218 ss.

Viterbo non è comunque il primo ad occuparsi del tema. Già C. VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, Vol. I, Milano, 1885, p. 261 ss., dopo aver riconosciuto l'assicurabilità della responsabilità civile nei limiti del dolo e della colpa grave, dedica parte del volume sulle assicurazioni terrestri proprio ai contratti di assicurazione della responsabilità civile. Si tratta, però, di una trattazione non monografica in cui manca, anche per la novità del fenomeno, quella più completa analisi sistematica che sarà realizzata cinquant'anni dopo da Camillo Viterbo.

Ancora in Germania si può ricordare il fondamentale contributo sul tema di J. GERKE, *Die Haftpflichtversicherung und ihre Zukunft*, in *Lehrungs Jahrb.*, 60 (1910), p. 1 ss.

(2) F.C. SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts*, vol. II, 1853, Berlin, pp. 295-296.

(3) A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993. Prima ancora si può ricordare la monografia di A. DURANTE *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 1964, con prefazione di Guido Gentile.

l'argomento, si distinguesse da questi per la mancanza di un aggettivo: « civile » (4), è dettata dal tentativo di sottolineare, appunto sin dal titolo, la particolarità dell'oggetto del presente studio che non è costituito, o almeno non solo, dall'assicurazione della responsabilità civile, fenomeno giuridico su cui esiste già un'ampia e sapiente elaborazione da parte della dottrina italiana, ma più in generale dall'assicurabilità delle perdite che rappresentano la sanzione contro il responsabile di un torto.

2. *Il rinnovarsi di un vecchio problema.*

Il problema del possibile relazionarsi in positivo o in negativo di assicurazione e responsabilità sembrava in realtà definitivamente risolto nella partizione tra responsabilità penale e responsabilità civile a sua volta ordinata sulla base della dicotomia pena e risarcimento (5).

La responsabilità civile sarebbe assicurabile, nei limiti dell'atto colposo, in quanto si tratterebbe di un sistema di tutela contro gli illeciti finalizzato alla compensazione del pregiudizio patito dalla vittima; in tale logica il contratto di assicurazione

(4) Dobbiamo segnalare l'esistenza di un volume intitolato *Assicurazione e responsabilità*, Milano, 1977. Il sottotitolo dell'opera: *Esercizio di attività pericolose — rischi nucleari — inquinamento*, mette, però, subito in luce la distanza di questa opera dal nostro lavoro. Si tratta infatti di un volume che raccoglie gli atti di una tavola rotonda tenutasi l'11 novembre 1976 avente ad oggetto appunto « L'assicurazione rischi nucleari ».

Riteniamo opportuna la menzione di questo libro anche per una ragione diversa dal titolo. L'obiettivo della suddetta tavola rotonda era quello di analizzare il problema della responsabilità da attività pericolose ed in particolare dai rischi nucleari, nella sua globalità, tenuto conto non solo degli aspetti civilistici del problema. Le relazioni ivi raccolte, infatti, non sono solo di privatisti, ma anche di penalisti come Ugo Minacci il quale sottolinea come meccanismi di socializzazione del rischio, attraverso l'individuazione di taluni soggetti sui quali grava una presunzione di colpa e un obbligo di assicurazione, non devono portare a « distruggere il fondamento morale della responsabilità » (p. 132), della responsabilità in generale senza alcuna distinzione ulteriore sulla natura civile o penale della stessa.

(5) La distinzione tra assicurabilità della responsabilità civile e inassicurabilità della responsabilità penale era già presente in C. VITERBO, *op. cit.*, pp. 88-89.

della responsabilità civile, non solo sarebbe lecito, ma si porrebbe addirittura come necessario complemento della funzione propria della tutela risarcitoria in quanto strumento di garanzia del ristoro del pregiudizio patito dal terzo.

La responsabilità penale, invece, risulterebbe in generale inassicurabile in quanto ordinata non a compensare la perdita subita dalla vittima ma a colpire l'azione antigiuridica del reo attraverso l'irrogazione di una pena.

L'assicurazione della responsabilità penale risulterebbe, allora, contraria a quei principi di ordine pubblico propri del sistema sanzionatorio punitivo come la effettività e la personalità della pena, nei quali trova espressione la stessa potestà sanzionatoria dello Stato. Il contratto di assicurazione, in tal caso, infatti, non solo opererebbe una spersonalizzazione della pena attraverso il trasferimento del rischio di una sua irrogazione su un terzo, l'assicuratore, ma importerebbe altresì uno svilimento dell'efficacia della sanzione punitiva visto che l'impresa assicuratrice assumerebbe il relativo rischio a costo parziale attraverso una sua redistribuzione all'interno della comunione degli assicurati.

Una simile soluzione risulta ferma ed inattuabile se si mantengono immutate le categorie concettuali su cui la stessa si fonda ovvero l'idea di pena e l'idea di risarcimento.

Attualmente sembra, invece, osservabile, nelle nuove tendenze del legislatore e degli interpreti, una vera e propria crisi di tali concetti.

Dal lato della responsabilità civile abbiamo un ampliamento della tutela risarcitoria rispetto a illeciti i quali hanno ad oggetto lesioni di interessi che difficilmente troveranno materializzazione in perdite compensabili per utilità equivalenti e quindi risarcibili in senso stretto.

La responsabilità civile viene disancorata da quella logica proprietaria che faceva della stessa lo strumento di tutela del patrimonio del soggetto e si presenta sempre più come strumento di tutela del soggetto stesso; questo importa una rivisitazione del

concetto di danno risarcibile: non più pregiudizio economico consistente in un depauperamento, ma detrimimento che si produce nella sfera del singolo privato intesa in senso ampio ovvero non limitata al solo avere ma anche al suo essere persona per il diritto (6).

Si procede così nel segno di una departrimonializzazione della responsabilità civile che rimette in discussione l'eccezionalità della riparazione del danno morale ed accresce il potere equitativo del giudice nello stabilire l'entità del *quantum* dell'obbligazione risarcitoria.

Questi, infatti, nella determinazione del danno non troverà un parametro di valutazione nell'esistenza di un pregiudizio patrimoniale per il quale è immediata l'individuazione dell'utilità equivalente che possa compensarlo, ma dovrà quantificare danni non patrimoniali o addirittura danni che mancano di una consistenza sul piano materiale e che sono considerati esistenti *in re ipsa* in virtù della sola lesione della situazione giuridicamente rilevante.

In tale dimensione il paradigma risarcitorio incontra nell'equità del giudice la propria unità di misura e il danno, concetto a partire dal quale la dottrina segna i confini tra tutela riparatoria e tutela punitiva (7), diviene sempre più un elemento evanescente nel sistema di responsabilità civile.

(6) Si è trattato di un'evoluzione lenta, i cui esiti sono divenuti più compiutamente tangibili nell'ultimo decennio, sebbene il segno del cambiamento fosse già stato colto negli anni '60 da G. GENITILE, *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, p. 635 il quale affermava che la vita « è il supremo dei beni perché è il presupposto degli altri ». Si sono così progressivamente superate le resistenze a risarcire il danno alla salute come valore in sé e non come evento da cui possono derivare ulteriori conseguenze patrimoniali. In quest'ultimo senso, infatti, l'integrità fisica risultava risarcibile anche in precedenza. Si pensi al famoso esempio del calzolaio di M. Gioia, *Dell'ingiuria, dei danni, del soddisfacimento e relative basi di stima avanti i Tribunali civili*, Lugano, 1840, p. 167, il quale osservava come « un calzolaio eseguisse due scarpe ed un quarto al giorno: voi avete indebitato la sua mano in modo che non riesce più a fare che una scarpa: voi gli dovette il valore della fattura di una scarpa e un quarto moltiplicata pel numero di giorni che gli restano di vita meno i giorni festivi ».

(7) V. *infra* parte I, cap. 1, § 4.3.

Si assiste ad un progressivo ampliamento dell'entità delle obbligazioni risarcitorie che finisce per mettere in discussione la loro natura compensatoria dal momento che l'entità del risarcimento viene ad essere commisurata non tanto in relazione al pregiudizio patito dal lesso, bensì in relazione alla gravità dell'offesa.

Da qui le perplessità sollevate da alcuni nell'osservare come la tutela civile contro gli illeciti non si muova più soltanto in una logica compensatoria, ma in una logica più propriamente punitiva (8).

La progressiva dilatazione della sfera del danno risarcibile anche a condizioni pregiudizievoli, che non sembrano poter trovare compensazione per utilità equivalenti, finisce così per evocare l'idea di pena privata.

Simili riflessioni si inseriscono peraltro nella più ampia problematica della natura della riparazione del danno morale considerata da sempre una sorta di appendice della sanzione punitiva, uno strumento teso a rafforzare l'efficacia repressiva di questa.

Osservazioni speculari possono essere compiute con riferimento alla responsabilità penale ove è dato rilevare una crisi della pena in quella ricerca di tecniche di tutela alternative che è sintomo della presa di coscienza della necessità di ridurre la responsabilità penale entro i confini della eccezionalità secondo un'idea di frammentarietà della stessa quale sistema di tutela contro gli illeciti operante solo in quegli ambiti in cui l'azione punitiva dell'ordinamento risulti indispensabile ed efficace.

Intendiamo riferirci al processo di depenalizzazione in atto il quale, dopo aver impiegato le sanzioni amministrative come alternativa alla sanzione penale, adesso sta volgendo la propria attenzione proprio al risarcimento del danno civile.

Come da taluni osservato, infatti, si tratterebbe di un istituto

(8) In tal senso ci pare leggibile il monito di G. PONZANELLI, *Attenzione non è danno esistenziale, ma una vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 841 ss.

ben più duttile della pena perché non legato ai principi propri del sistema sanzionatorio punitivo quali il principio di legalità, quello di personalità e quello di effettività (9).

Si rileva, inoltre, come l'atipicità che governa il sistema degli illeciti civili permetterebbe di coprire in maniera più lata e completa la multifondata dell'agire antigiuridico.

Peraltro le tecniche di tutela civile contro gli illeciti, in quanto inserite nel sistema di diritto privato, lascerebbero un più ampio margine di azione all'autonomia dei privati. Si potrebbero così soddisfare istanze di conciliazione tra vittima e reo, nonché finalità più latamente retributive anziché repressive aprendo ad una valorizzazione della posizione della vittima del reato.

La tutela civile contro gli illeciti si presenterebbe, pertanto, come perfetta alternativa alla pena con particolare riguardo a quei reati che finiscono per colpire principalmente il microcosmo degli interessi degli individui ovvero quei reati in cui le istanze di conciliazione tra vittima e reo nonché l'interesse per il ristoro del pregiudizio patito dalla prima risultano prevalenti rispetto alle finalità repressivo-punitive.

In questo senso sembra del resto orientata la scelta compiuta dal legislatore nella normativa in punto di reati di competenza del giudice di pace penale ove il risarcimento o la riparazione delle conseguenze dell'illecito sono causa di estinzione del reato.

Sempre nel segno di una rivalutazione delle istanze retributive nel sistema della responsabilità pare inoltre possibile leggere anche quella che può, forse, definirsi una riscoperta dell'anima compensatoria delle sanzioni amministrative da tempo impiegate dal legislatore come strumento attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione.

Volendo riassumere il quadro d'insieme sinora tracciato si può concludere che, se nella crisi del risarcimento i civilisti

(9) Cfr. BRICORA F., *La riscoperta delle « pene private » nell'ottica del penalista*, in *Pol. dir.*, 1985, p. 71 ss. ora in *Le pene private*, a cura di F. D. BUSNELLI-G. SCALF, Milano, 1985, p. 27 ss.

vedono nella pena la categoria concettuale attraverso cui qualificare a fini sistemati i fenomeni nuovi della responsabilità civile, che non paiono più rispondere ad una logica strettamente compensatoria, nella crisi della pena i penalisti vedono nel risarcimento del danno uno dei possibili canali attraverso cui attuare il processo di depenalizzazione in una logica di frammentarietà ed eccezionalità della pena.

Questo vuol dire, però, mettere in discussione la partizione tra responsabilità civile e responsabilità penale ordinata secondo le tecniche di tutela contro gli illeciti nei due differenti sistemi: misure compensatorie per gli illeciti civili e misure punitive per gli illeciti penali (10).

Si tratta di uno stravolgimento di un ordine sistematico, ormai consolidatosi, che non riguarda solo il piano teorico ma che ha anche immediate ripercussioni su quello più strettamente pratico-applicativo sotto il profilo del possibile relazionarsi di responsabilità e assicurazione.

Calare l'idea di pena all'interno della responsabilità civile vuol dire richiamare nel sistema di diritto privato quell'insieme di principi e di regole di matrice pubblicistica propri del sistema sanzionatorio punitivo, a meno di non voler adottare il termine pena come mero simulacro nominale.

Parlare di pena privata come risposta contro gli illeciti civili significa, quindi, mettere in discussione l'operatività di quegli istituti privatistici propri della responsabilità civile, primo tra tutti il contratto di assicurazione, che risultano in contrasto con le suddette regole e principi.

Pare allora possibile ripetere, con riferimento alle pene private, le argomentazioni degli interpreti sull'assicurabilità delle pene pubbliche: il contratto che garantisca il privato dal rischio di irrogazione di sanzioni punitive risulterebbe illecito e quindi nullo in quanto contrario ai principi di personalità ed effettività

della pena propri del sistema sanzionatorio punitivo riconducibili alla clausola generale di ordine pubblico.

Del resto a tali conclusioni giungeva uno degli Autori, che per primi si sono occupati del tema delle pene private, il quale, in ordine alla loro conciliabilità con il meccanismo assicurativo, osservava come il contratto di assicurazione che preveda l'estensione della copertura assicurativa anche a sanzioni punitive civili è illecito in quanto contrario allo « *Strafzweck* » cui sono ordinate anche le « *Privatstrafen* » (11).

Come la crisi dell'idea di risarcimento e l'emersione dell'idea di pena nella responsabilità civile finiscono per rendere problematica la generale assicurabilità della stessa, analogamente la crisi del concetto di pena e la rivalutazione di istanze compensatorie nel sistema di tutela contro i reati finisce per riaprire il problema dell'assicurabilità della responsabilità penale.

Se, infatti, si ammette che tecniche di tutela propriamente compensatorie vadano acquistando una piena rilevanza nel sistema penale di tutela contro gli illeciti, forse i tempi sono maturi per ripensare alla possibile operatività del meccanismo assicurativo in tale ambito.

La necessità di compiere una nuova indagine su un vecchio problema trova pertanto giustificazione nei termini in cui questo viene a riproporsi all'attenzione dei giuristi mettendo in discussione le passate soluzioni.

Si tratta allora di guardare ai nuovi fenomeni liberandosi dei luoghi comuni ai quali per inerzia si può esser tentati di far ricorso perdendo così di vista gli evidenti segni di discontinuità tra presente e passato (12).

(11) Così B. GROSSFELD, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Berlin, 1961, pp. 114-115.

(12) La nostra frase volutamente richiama un passo dell'articolo di SALV. ROMANO, *Il trasporto di contestata*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 495 ora in *Scritti minori*, t. II, Milano, 1980, p. 898: « Si tratta di agitare le acque stagnanti al cui fondo sedimentano per forza di peso, i più riposanti e inerti luoghi comuni di cui seguita ad alimentarsi la dottrina dell'atto illecito ».

(10) Cf. F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 19 ss.

3. *Metodo e problema.*

Non intendiamo in questa sede anticipare le conclusioni che svilupperemo nel prosieguo del discorso, ma solo chiarire alcune scelte compiute con riferimento alla struttura dell'opera indicando quali sono stati il metodo e la prospettiva seguiti nell'indagine.

Il doversi confrontare con un problema del passato, che aveva da tempo trovato una soluzione condivisa dagli interpreti, la quale attualmente risulta suscettibile di essere rimessa in discussione, ci ha portato ad articolare il momento dell'analisi in due fasi: l'una guarda al problema per come lo stesso si è posto ed ha trovato nel tempo una soluzione che ad oggi può dirsi consolidata e consacrata nei testi di legge; l'altra, invece, guarda al problema nel suo divenire, nel suo riproporsi tenendo conto che alcuni dei dati, dai quali pare emergere la necessità di rimediare alla passata soluzione, appartengono ad una realtà ancora in evoluzione.

Sotto il primo profilo, i termini della questione sono stati colti in una prospettiva sistematica e descritti attraverso l'impiego delle categorie dogmatiche civilistiche nel tentativo di comprendere il fenomeno del contratto di assicurazione nella sua dimensione più propriamente giuridica consapevole del duplice rischio che insidia l'interprete del diritto: da un lato il pericolo di rarefarsi in un cieco purismo e, dall'altro, quello di dare rilevanza ad aspetti che non emergono a livello del giuridicamente rilevante.

Una simile indagine ricostruttiva non risultava, però, ancora sufficiente, nella nostra ottica, a cogliere le ragioni sulle quali si fonda la risposta all'interrogativo sulla ammissibilità di una copertura assicurativa per il rischio di sanzione.

Ponendosi, infatti, nella prospettiva di dover individuare una nuova soluzione, tenuto conto dei termini in cui il problema viene a riproporsi, è necessario ripercorrere la strada seguita per giungere alle passate conclusioni sul punto al fine di compren-

dere quali sono i veri elementi di novità che impongono di ripensare ad una questione che pareva ormai risolta.

Abbiamo pertanto cercato di cogliere l'evoluzione delle linee interpretative che hanno determinato il dissolversi delle ragioni su cui era fondata la regola dell'assicurabilità della responsabilità civile e il consolidarsi del dogma dell'assicurabilità della responsabilità penale, secondo una progressione storica che segue la stessa lenta opera sistematica che ha portato ad una compiuta partizione teorica tra responsabilità civile e responsabilità penale.

Sotto il secondo profilo, nell'analisi dei dati dai quali emerge una crisi dei concetti su cui si imperniava la soluzione che contrapponeva ad una generale assicurabilità della responsabilità civile un'assoluta inassicurabilità di quella penale, abbiamo osservato, da un lato, la necessità di rimediare in chiave critica su tali conclusioni, da un altro, la difficoltà di proporre una risposta alternativa rispetto ad un fenomeno che non ha trovato ancora un punto di stabilità nella sua evoluzione.

L'idea di riproporre il concetto di pena nel sistema della responsabilità civile, così come la individuazione nello strumento risarcitorio di un'autentica alternativa alla pena, rappresentano in realtà — così parrebbe — solo tentativi sperimentali di un nuovo possibile assetto dei confini tra pena e risarcimento. I dati da cui emerge un simile mutamento sono, infatti, rappresentati da norme e da pronunce giurisprudenziali che, nella loro peculiarità, potranno apparire alternativamente: o come casi da marginalizzare all'interno del panorama giuridico o come condizioni che precludono ad un radicale cambiamento dei termini su cui è fondata la partizione teorica tra responsabilità civile e responsabilità penale. La soluzione del problema relativo all'assicurabilità di una riparazione-pena, ove essa sia concepibile, e di un risarcimento alternativo alla sanzione penale viene pertanto articolata in due momenti: uno che tiene conto della situazione presente e l'altro che verifica i pericoli e i risultati auspicabili di una simile evoluzione tendenziale.

4. *Responsabilità civile e penale a confronto.*

Si è così giunti ad un confronto tra responsabilità civile e responsabilità penale attraverso un'indagine sugli attuali confini tra pena e risarcimento che muove da un problema particolare quello dell'assicurabilità delle perdite che siano conseguenza della condanna ad una sanzione a carico dell'assicurato (13).

La questione rappresenta un peculiare angolo prospettico da cui osservare la più generale problematica della partizione tra tecniche di tutela compensatorie e tecniche di tutela punitive. Il contratto di assicurazione, infatti, risulta essere un utile complemento rispetto alle prime e un meccanismo elusivo dei principi cui sono improntate le seconde.

Rispondere all'interrogativo sull'assicurabilità delle sanzioni nell'attuale sistema di tutela contro i torti, vuol, quindi, dire ripensare ai principi cui ciascun rimedio è ispirato al fine di compiere una valutazione sulla liceità della relativa copertura assicurativa. Si noterà che le considerazioni sin qui svolte muovono sullo sfondo di un bipolarismo: responsabilità civile e responsabilità penale e di un possibile, e forse anche necessario, dialogo tra civilisti e penalisti. In realtà vi è un terzo sistema di responsabilità, quella amministrativa, e del resto una parte del nostro studio è dedicata proprio all'assicurabilità delle sanzioni amministrative.

Il fatto che nell'ambito della struttura della presente monografia questo tema sia inglobato nella generale problematica della crisi del concetto di pena e che tendenzialmente si finisca per obli-
terare la natura triadica della responsabilità, trova una giustificazione nel modo in cui si è evoluto il sistema delle sanzioni ammi-

(13) Di recente vi è stato chi ha visto nel tema relativo ai rapporti tra responsabilità penale e civile un nuovo ambito del diritto comparato. Vedi E. GRANDE, *Ai confini delle responsabilità (Prime riflessioni per un programma di ricerca in diritto comparato)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 857 ss. Si potrebbe in vero discutere sulla possibilità di considerare tali sistemi come oggetto di un'indagine comparatistica in senso stretto e non piuttosto di una visione unitaria che li concepisca come complementi di un unico sistema, quello della tutela contro i torti.

nistrative in dipendenza del processo di depenalizzazione, iniziato con la legge del 1981, che ha finito per ridurre le distanze tra sanzione penale e sanzione amministrativa in senso stretto (14). Al riguardo peraltro si può osservare come queste ultime, dopo la riforma del 1981, siano state prevalentemente oggetto di studio da parte dei penalisti piuttosto che degli amministrativisti, quasi che il tema non fosse più da considerarsi (ma è poi vero?) parte del diritto amministrativo.

5. *Il richiamo ad un'idea unitaria di torto.*

Dal sincronismo che sembra guidare l'emersione di nuovi fenomeni nel sistema di responsabilità civile e nel sistema di responsabilità penale, risulta la necessità di guardare ai problemi, che si presentano in punto di assicurazione della responsabilità, in una chiave di lettura unitaria (15), che valga a svelare i rischi e i pregiudizi che gli stessi pongono all'interprete del diritto.

Non possiamo nascondere che una simile impostazione metodologica importi un certo imbarazzo per il civilista il quale si trova a doversi confrontare con il diritto penale.

(14) V. *amplius infra* parte III, capitolo III, § 1.

(15) Si viene così, in un certo senso, a superare la stessa partizione tra responsabilità civile e responsabilità penale recuperando l'idea generale di torto sapientemente elaborata dalla lungimiranza di Giacomo Venezian nel suo *Danno e risarcimento fuori dei contratti* (1884-1886), in *Opere*, vol. I, Roma, 1919, in particolare p. 59 ove l'A. osserva come « la distinzione di responsabilità civile e di responsabilità penale (sia) un'espressione inesatta, di cui non si può sempre fare a meno, nell'improprietà del linguaggio giuridico tradizionale. La responsabilità è unica ».

La versatilità con cui Venezian si addentra nello studio dei rapporti tra responsabilità civile e responsabilità penale è ben comprensibile se si tiene conto della sua « giovanile familiarità in Bologna con Enrico Ferri » (l'espressioni tra virgolette sono di P. Grossi, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, p. 37. Quest'ultimo in una sua precedente opera: *La scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1930*, Milano, 2000, p. 48, riconosce in Venezian addirittura un « allievo spirituale di Enrico Ferri »).

La collaborazione e lo scambio di idee tra il civilista Venezian e il penalista Ferri è peraltro documentata da quest'ultimo il quale nei suoi *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 580 ricorda che il primo congresso internazionale di antropologia criminale tenutosi in Roma nel 1885 votò l'ordine del giorno appunto firmato da Ferri-Fiorenti-Venezian.

È l'annosa questione che si pone innanzi a chiunque affronti un tema di confine: da un lato l'imputazione per un argomento di studio che lo conduce a compiere ricerche al di fuori della materia di sua specifica competenza, dall'altro la consapevolezza di muoversi in territorio straniero, condizione questa che affliggeva del resto anche un grande Maestro come Francesco Carnelutti il quale nella prefazione al suo « *Il danno e il reato* » faceva affidamento sulla « ospitale indulgenza dei... padroni di casa, i quali vorranno perdonare al forestiero le inevitabili manchevolezze nella conoscenza del loro paese; e forse, da persone savie, troveranno non senza interesse il suo punto di vista. Non posso invece sperare che a loro accada come talvolta ai cittadini di questa mia divina città, quando si sentono mostrare da un visitatore appassionato qualche sua intima bellezza, che quelli, per averla sottomano, non s'erano curati di ammirare » (16).

In ragione di tali considerazioni abbiamo tentato, allora, di limitare, per quanto era possibile, la nostra intrusione nel campo del diritto penale senza con ciò rinunciare all'occasione di diffonderci sul tema dell'operatività del meccanismo assicurativo nel sistema della responsabilità penale.

Così nella parte del nostro lavoro dedicata alla individuazione dei confini del rischio assicurabile nel processo di depenalizzazione non abbiamo cercato, noi civilisti, di trovare soluzioni ai problemi, tipicamente penalistici, di qualificazione dei nuovi fenomeni emergenti nel diritto penale, ma abbiamo verificato quali questioni pongano nel diritto civile le nuove istanze compensatorie del diritto penale e come le soluzioni, che il civilista può avanzare, importino a loro volta nuovi interrogativi per i penalisti.

Speriamo così di aver, almeno, aperto una finestra di dialogo, che è poi forse l'unica via percorribile per affrontare un tema di confine.

PARTE I

RISCHIO ASSICURABILE E RESPONSABILITÀ

(16) F. CARNELUTTI, *op. cit.*, pp. 7-8.

CAPITOLO I

L'IDEA DI RISCHIO ASSICURABILE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Il rischio nel contratto di assicurazione. — 2.1. Il rischio come causa del contratto di assicurazione. Alcune riflessioni critiche. — 2.2. Il rischio come oggetto del contratto di assicurazione. — 3. Rischio assicurato e rischio assicurabile. — 4. Il rischio assicurabile in senso giuridico. — 4.1. Il giudizio di liceità. — 4.2. Ordine pubblico e assicurazione della responsabilità.

1. *Considerazioni introduttive.*

L'aver colto il tema del possibile relazionarsi di assicurazione e responsabilità sotto il peculiare profilo della assicurabilità traducendolo in una questione di individuazione dei limiti entro cui può dirsi conforme al nostro ordinamento la copertura del rischio delle conseguenze sanzionatorie degli atti illeciti, trova, nell'ottica del civilista, la propria premessa nella riconduzione dei termini del problema entro le categorie concettuali proprie della teoria generale del negozio giuridico.

La specialità della disciplina del contratto di assicurazione, infatti, non deve far dimenticare la natura contrattuale del fenomeno e la necessità di articolare sulla base delle categorie dogmatiche civilistiche la soluzione agli interrogativi giuridici che su esso si pongono.

Se è, infatti, vero che il contratto di assicurazione opera nel mercato attraverso un meccanismo di assunzione di rischi a costo parziale attuato secondo un processo di ripartizione degli stessi all'interno di una comunione di assicurati secondo tecniche gestionali proprie dell'impresa assicuratrice, pare difficile indivi-

duare un nesso di necessaria interdipendenza tra i dati economici della gestione del rischio e i profili giuridici del contratto (1).

Il nostro discorso non può, quindi, che muovere da problemi di inquadramento dell'idea di rischio all'interno dei concetti di oggetto o di causa e dalla determinazione delle norme concrete di applicazione sulle quali si fonda il giudizio di liceità volto a segnare i limiti entro i quali le perdite, che siano costituite dalle sanzioni di atti illeciti, possano essere oggetto di una garanzia assicurativa.

2. *Il rischio nel contratto di assicurazione.*

I fenomeni giuridici vivono una realtà bidimensionale costituita da un essere e da un dover essere.

L'essere inteso come emersione del dato reale nel mondo del diritto è legato alla rispondenza del dato stesso ai valori cui è improntata la realtà giuridica, è legato al suo dover essere secondo il diritto.

La mancata coincidenza tra essere e dover essere determina, infatti, un rifiuto dell'ordinamento per quel fenomeno che sarà rilevante ma in senso negativo, emergerà nel campo del giuridico ma solo in quanto privo di valore e di effetti.

In senso analogo il dover essere di un dato fenomeno trova la sua naturale premissa nella rilevanza giuridica dello stesso in quanto quelle date condizioni di validità ed efficacia sono relative in via esclusiva al particolare modo di porsi di questo nel diritto.

Così nel definire i fenomeni giuridici non ci si può fermare all'individuazione della rilevanza giuridica degli stessi ma occorre anche indagare in ordine alle condizioni che il diritto pone per la loro validità e efficacia e viceversa.

Analoghe considerazioni valgono per il rischio come ele-

mento essenziale del contratto di assicurazione per cui ogni considerazione sul rischio assicurabile risulterà vuota di contenuti se non sarà preceduta dalla soluzione della problematica relativa all'individuazione della sostanza concettuale che trova espressione appunto in tale termine.

Al riguardo il legislatore, dopo aver rinunciato a provvedere ad una definizione legislativa del rischio nel contratto di assicurazione, non ha mancato di sottolineare la centralità dello stesso nell'operazione assicurativa: l'art. 1895 sancisce la nullità del contratto di assicurazione per assenza del rischio e negli articoli successivi sono puntualmente disciplinate le conseguenze della cessazione, diminuzione o aggravamento del rischio.

È del resto la considerazione di tali dati normativi che ha indotto un'autorevole dottrina a considerare il rischio « il presupposto fondamentale del contratto » di assicurazione (2).

Volendo così individuare una definizione di rischio, pare ancora dominante, nonostante qualche recente perplessità (3), la

(2) G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, vol. XXXVI, t. 1, Milano, 1973, p. 65; Id., *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio*, in *Assic.*, 1944, I, p. 50 ss.

(3) Recentemente la dottrina si è andata interrogando sulla definizione di rischio come possibilità oggettiva dell'evento assicurato, dal momento che con essa non sembra esservi spazio né per l'assicurazione del rischio putativo né per l'assicurazione retroattiva. Cfr. G. VOLPE PUTZOLI, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, p. 65 ss.

Il rischio putativo sarebbe determinato dalla natura meramente soggettiva dell'incertezza dell'evento assicurato ed in ciò si distinguerebbe dalla assicurazione retroattiva che sarebbe rappresentata da un meccanismo volto a far retroagire gli effetti del contratto ad un momento anteriore alla conclusione dello stesso.

In entrambi i casi l'evento assicurato non è connotato, nel suo realizzarsi, da una possibilità in senso oggettivo dal momento che, nell'ipotesi del rischio putativo, l'incertezza dell'accadimento è solo soggettiva, mentre nell'assicurazione retroattiva l'incertezza viene meno in modo assoluto.

In particolare il problema è stato avvertito con riferimento ad altri ordinamenti, che riconoscono tali forme di assicurazione e avuto riguardo ai c.d. nuovi danni. V. *amplius infra* parte II capitolo 1 nota n. 147.

La sopraccitata Auritice ha ritenuto ammissibile anche l'assicurazione retroattiva e l'assicurazione del rischio putativo partendo dall'idea che « la specifica funzione del

(1) Sui rapporti tra contratto di assicurazione e impresa assicuratrice e sulla possibile interazione tra rischio in senso giuridico e rischio in senso economico-statistico v. *amplius infra* p. 19 nota 3 e § 4.

tesi che vede nello stesso la possibilità oggettiva del determinarsi dell'evento garantito (4).

rischio nel contratto di assicurazione (sia) quella di consentire la soddisfazione di bisogni a costo parziale».

Seguendo tale logica sia la copertura retroattiva che quella del rischio purativo non potrebbero ritenersi contrarie alla funzione del contratto di assicurazione in quanto l'assicurato realizzerebbe comunque il suo interesse all'indennizzo a costo parziale senza che ciò abbia alcuna influenza sull'economia dell'operazione assicurativa dal momento che l'assicuratore calcolerebbe il premio sulla base della sinistrosità media, sulla quale, appunto, non incide il momento di produzione dei sinistri ma la loro frequenza statistica nel periodo assicurativo considerato.

Tale ricostruzione è fondata sulla inevitabile premessa che il contratto di assicurazione non abbia natura aleatoria e che la prestazione dell'assicuratore non sia un mero obbligo di *dare* ma comporti un vero e proprio obbligo di *facere* consistente in un'opera di gestione e di ripartizione del rischio all'interno della comunione degli assicurati. Se si parte dall'assunto che la prestazione dell'assicuratore consiste in una gestione del rischio tale da attribuire all'assicurato solo una parte del rischio e da eliminare le conseguenze economiche per l'assicuratore, allora non vi è dubbio che il contratto di assicurazione non possa essere un contratto aleatorio. Tale tesi trova il suo fondamento nell'idea che le singole operazioni « non vanno considerate isolatamente, ma in una serie continuata di simili affari. Ognuna di esse porta con sé l'alea del sinistro, ma l'alea si elide per reciproca influenza quando i rischi si considerano nel loro equilibrio... (si) pagano i danni concorrenti con i premi concorrenti »: così C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 31 e p. 43. Tale linea ricostruttiva ha trovato un seguito in R. CAPOTOSTI, *L'alea nel contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, 1960, IV, p. 16 ss.; G. VOLPE PUTZOLI, *L'assicurazione privata contro gli infortuni*, Milano, 1968, p. 46; Id., *Le assicurazioni Produzione e distribuzione*, cit., p. 62 ss.; A. ANTONUCCI, *Assicurazione tra impresa e contratto*, Bari, 1994, pp. 1-54.

Contro tale tesi valgono per tutti le critiche del L. FRANCHI, *La teoria generale dei contratti di assicurazione*, in *Il fangiari*, 1892, I, p. 456-462 e in particolare p. 460, ove si afferma che « la molteplicità dei contratti... è tutta opera e interesse particolare dell'assicuratore... e non entra affatto nella considerazione di ciascun assicurato né prima né dopo la conclusione del contratto ». In senso analogo C. VITTIRO, *Il contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, p. 45; T. ASCARELLI, *Perfezione ed efficacia del contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1938, p. 152 ss.; Id., *Stati in tema di contratto*, Milano, 1953, p. 343 ss.; A. DURANTE, *L'alea ed il contratto di assicurazione contro i danni*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 571 ss.; A. DONATI, *Il sinallagma nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1950, I, p. 403 ss.; Id., *La causa nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1950, I, p. 228 ss.; Id., *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione, i principi generali del contratto di assicurazione*, vol. II, sez. II, Milano, 1954, p. 41; F. CARRESI, *Osservazioni sulla causa dell'assicurazione*, in *Assic.*, 1960, I, pp. 125-126; A. PINO, *Rischio e alea nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 236 ss.; L. BUTTARO, *Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione nella dottrina italiana*, in *Assic.*, 1962, I, p. 179 ss.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione: l'assicurazione danni*, Torino, 1991, pp. 48-49.

Esiste allora una relazione circolare tra i due elementi: rischio ed evento. Il rischio varia in funzione dell'evento, dal momento che ogni evento avrà una diversa probabilità di verificarsi. D'altro canto l'evento per essere assicurabile deve essere connotato da un certo grado di incertezza circa la sua verificabilità onde possa sussistere il rischio, in mancanza del quale si avrà la nullità del relativo contratto di assicurazione ex art. 1895 (5).

Si potrebbe pertanto riassumere tale relazione nel senso che il rischio è individuato a seconda dell'evento e l'evento, a sua volta, è individuato in funzione dell'esistenza di un rischio.

L'evento sarà, nel caso dell'assicurazione contro i danni, una particolare quest'ultimo, pur non disconoscendo che la prestazione dell'assicuratore consista anche in una prestazione di garanzia e non nella mera corresponsione dell'indennizzo, continua a considerare il contratto di assicurazione aleatorio perché la prestazione dell'assicuratore è rappresentata anche dalla corresponsione dell'indennizzo, ovvero da un'obbligazione condizionata ad un evento futuro ed incerto. In tal senso v. anche A. GAMBARO, *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Milano, 1964, p. 397 ss.; G. MARESCA, *Alea contrattuale e contratto di assicurazione*, Napoli, 1979, p. 124 e p. 150 ss.; L. BALESTRA, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, p. 85 ss.; Particolare la prospettiva adottata da R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1030, il quale, dopo aver collocato il contratto di assicurazione tra i contratti aleatori, precisa che in tale contratto « l'alea si pone come presupposto di fondo del contratto, il quale è invece diretto proprio ad eliminarla nelle sue conseguenze pratiche ».

Merita, infine, rilievo la tesi di G. DI GRANDOMENICO, *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, pp. 183-188, il quale, osservando la presenza di disposizioni speciali per il contratto di assicurazione sostituite dalle norme del nostro codice inapplicabili ai contratti aleatori, conclude nel senso della funzione puramente speculativa di ogni dissenzione sulla natura aleatoria del contratto di assicurazione.

Si pensi all'art. 1898 disciplinante l'aggravamento e, quindi, nella sostanza volto a surrogare il meccanismo della risoluzione per eccessiva onerosità inapplicabile appunto ai contratti aleatori ex art. 1469.

(4) G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 68.

(5) Sul punto C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 181; G. FANELLI, *Considerazioni sul concetto giuridico di rischio*, cit., p. 50 ss.; Id., *Le assicurazioni*, cit. p. 65 ss.; T. ASCARELLI, *Stati in tema di contratto*, cit., p. 343 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione, i principi generali del contratto di assicurazione*, cit., p. 106 ss.; L. BUTTARO, voce *Assicurazione in generale*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 448; S. SOTGIÀ, *Considerazioni sulla « descrizione del rischio » nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1969, I, p. 92 ss.; F. SREDDI, *Il contratto di assicurazione*, 2^a ed., Milano, 1990, p. 43; G. SCALFI, *op. cit.*, p. 51; D. CHINDEMI, *Note in tema di rischio assicurativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 311 ss.

circostanza lesiva degli interessi dell'assicurato e, come tale, produttiva di un sinistro, inteso come concreto pregiudizio dell'interesse.

Nell'assicurazione sulla vita l'evento sarà, invece, un accadimento atinente alla vita umana. Al riguardo la dottrina parla di « rischio demografico » (6), anche se nelle assicurazioni vita lo stesso viene a combinarsi in varia maniera con il rischio di investimento (7).

Quanto poi all'incertezza dell'evento, essa non si riduce necessariamente ad un'incertezza assoluta, ma potrà essere relativa a singoli aspetti dell'evento stesso. Così nell'assicurazione contro i danni si avrà un'incertezza sia in punto di *an* che di *quantum*,

(6) Il rischio demografico consisterebbe nella « presenza di un rischio atinente alla vita umana »: G. VOLPE PURZOU, *op. ult. cit.*, p. 169.

(7) Occorre precisare che nelle assicurazioni vita « pure » (ovvero quelle in cui le parti pattuiscono la semplice corresponsione di un indennizzo al verificarsi di un dato evento della vita umana), oltre al rischio demografico l'assicuratore assume su di sé un rischio di investimento ovvero il rischio che i risultati finanziari degli investimenti, compiuti con il capitale risultante dai premi versati, siano inferiori agli impegni assunti dall'assicuratore verso i propri assicurati. Le polizze vita « pure » sono state però progressivamente sostituite da polizze indicizzate, in cui le prestazioni vengono rivalutate annualmente sulla base dell'indice ufficiale dell'aumento del costo della vita, e poi da polizze che ancorano la variabilità delle prestazioni di assicurato e assicuratore non ad un tasso fisso, ma al reddito di una gestione di valori mobiliari non inferiore alla riserva matematica (c.d. polizze rivalutabili), oppure ad un fondo di investimento (c.d. polizze variabili).

In entrambi i casi il rischio di risparmio è parzialmente a carico dell'assicurato, il che non toglie che si tratti di un contratto di assicurazione sulla vita perché sull'assicuratore resta il rischio demografico. Sul punto M. MORIA, *Il risparmio assicurativo*, Napoli, 1988, p. 20 ss.; G. VOLPE PURZOU, *op. ult. cit.*, p. 169; A. DONATI-G. VOLPE PURZOU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000, 6^a ed., p. 187 ss.

Maggiori problemi si pongono nel qualificare in termini di assicurazioni sulla vita i contratti di capitalizzazione mediantre i quali l'assicuratore si impegna a versare al « contraente » il capitale che risulterà ad una data scadenza e che sarà costituito dal capitale stesso maggiorato degli interessi ad un certo tasso garantito. Sul punto G. VOLPE PURZOU, *Profilo del contratto di capitalizzazione*, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 1990, pp. 158-179. Parte della dottrina, infatti, avanza dubbi sulla possibilità di qualificare tale negozio in termini di contratto di assicurazione in quanto verrebbe a mancare il rischio. In tal senso A.D. CANDIAN, *Contratti para-assicurativi*, in *Assicurazione vita e infortuni. Contratti para-assicurativi*, Torino, 1992, pp. 141-145; Id., *Capitalizzazione (contratto di)*, in *Contr. Impr.*, 1992, pp. 457-461.

nell'assicurazione per il caso di morte incerto sarà solo il *quantum*, nell'assicurazione per il caso di sopravvivenza incerto sarà solo l'*an*.

2.1. Il rischio come causa del contratto di assicurazione. Alcune riflessioni critiche.

Una volta individuato il concetto di rischio nel contratto di assicurazione, per cogliere la dimensione del rischio assicurabile, occorre considerare il suo modo di relazionarsi ai canoni di liceità del contratto in generale, oltre che ai limiti specialmente posti dal legislatore all'assicurabilità, operazione questa che trova la sua necessaria premessa nella collocazione del rischio, come elemento essenziale del contratto di assicurazione, all'interno del sistema di categorie concettuali proprie della teoria generale del negozio giuridico ed in particolare alle categorie della causa e dell'oggetto.

Le posizioni assunte dalla dottrina, al riguardo, possono essere riassunte distinguendo quattro diversi orientamenti. Alcuni Autori hanno ricondotto il rischio alla causa del contratto in quanto, come presupposto dello stesso, finisce per rappresentare il fondamento della funzione di sicurezza sociale assoluta dal contratto di assicurazione (8).

Altri Autori hanno, invece, ricondotto il rischio all'oggetto del contratto, in quanto componente del contenuto contrattuale (9).

(8) Così C. VIVANTE, *op. cit.*, pp. 338-340, il quale osserva come l'assenza di rischio comporterebbe uno snaturamento del contratto che non sarebbe più un contratto di assicurazione.

Considerano inoltre il rischio componente causale del contratto C. VITTIRO, *Ancora del contratto di assicurazione*, in *Foro it.*, V, cc. 146-147; A. DE GREGORIO-G. FANELLI, *Diritto delle assicurazioni: il contratto di assicurazione*, vol. II, testo riveduto, integrato ed annotato da A. LA TORRE, Milano, 1987, p. 77; L. BIGLIAZZI GER. U. BRECCIA-F. D. BUSVELLI-U. NATOLI, *Fatti e atti giuridici*, in *Diritto civile*, vol. I, t. 2, Torino, 1988, p. 702; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1995, pp. 208-209.

In giurisprudenza: C. App. Roma 25-11-1992, in *Dir. trasporti*, 1994, 217; Trib. Torino 29-03-1990, in *Assic.*, 1991, II, 2, 137.

(9) Così V. SALANDRA, *Il trasferimento del rischio come oggetto dell'assicurazione*, in *Assic.*, 1939, I, p. 1 ss.; Id., *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto a V. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1966, p. 1815 ss.

Prendono le distanze dalla alternativa causa-oggetto altri due orientamenti ovvero la teoria del rischio come elemento proprio del contratto di assicurazione non riconducibile integralmente ad alcuno dei requisiti essenziali del contratto (10) e la teoria del rischio come componente sia della causa che dell'oggetto del contratto (11).

Sin d'ora ci sia consentito di rilevare l'assenza di una distanza costruttiva tra le suddette teorie, dal momento che la necessità di qualificare il rischio come oggetto o come causa è legata alla possibilità di considerare lo stesso come strumento attraverso cui valutare in termini di liceità il contratto di assicurazione stipulato, fine per cui la qualificazione in termini di causa o di oggetto, come avremo modo di vedere, a poco rileva (12).

La nostra indagine sulla riconducibilità del rischio alla causa o all'oggetto del contratto è, quindi, mossa da ragioni di completezza della ricerca e dall'esigenza di ordinare in maniera compiuta e sistematica la materia da noi trattata.

Date tali premesse generali del discorso possiamo, da subito, prendere le distanze rispetto alla qualificazione del rischio in termini causali.

Infatti, abbandonata la definizione di causa come sommatoria degli effetti contrattuali (13), in quanto avente un valore puramente descrittivo, sia la teoria che definisce la causa come

In giurisprudenza recentemente v. Cass. 4.2.2002 n. 1430, in *Giust. civ. mass.* 2002; Cass. 27.7.2001, n. 10290, in *Giust. civ. mass.*, 2001; Cass. 10.3.1998, n. 2636, in *Dir. econ. assicuraz.*, 1999, 657; Cass. 15.1.1997, n. 3737, in *Assic.* 1997, II, 2, 28; Cass. 30.12.1991, n. 14011, in *Dir. econ. assicuraz.*, 1992, 680.

(10) In tal senso L. BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto)*, vol. III, Milano, 1958, p. 470; G. SCALFI, voce *Assicurazione (contratto di)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, vol. I, Torino, 1984, p. 345; Id., *I contratti di assicurazione*, cit., p. 51.

(11) Così G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 65.

(12) V. *infra* § 4.1.

(13) Sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 381. Tale orientamento, sebbene incontestabile dal punto di vista della verità dell'affermazione cui giunge, risulta essere inconcludente dal punto di vista dei risultati pratici che lo stesso può avere.

Se, infatti, la definizione del concetto di causa si riducesse alla rappresentazione della stessa in termini di sintesi degli effetti contrattuali, essa verrebbe a coincidere sostanzialmente col contenuto del contratto e allora non si spiegherebbe la sua indicazione tra i requisiti essenziali dello stesso.

La suddetta teoria ha un valore puramente descrittivo, e nella sostanza non realizza altro che una pura illusione di aver attribuito un significato al concetto di causa.

(14) In tal senso E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1960, p. 172 ss.; V. PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio (con particolare riguardo alla cessione del credito)*, in *Studi in onore di Alberto Asquini*, vol. III, Padova, 1965, pp. 1314-1315; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, rist. 9^a ed., pp. 127-128; F. GARGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. comm.*, diretto da A. Cian-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, vol. III, t.1, 1988, p. 85; Id., *Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, t. 1, *Obbligazioni in generale, contratti in generale*, 3^a ed., Padova, 1999, p. 188; G. SICCHERO, *Appunti sulla causa del contratto*, in *Giur. it.*, 1995, c. 733; E. NAVARETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 201 ss.

In giurisprudenza v. recentemente: Cass. 15.7.1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, c. 734 con nota G. Sicchiero; Cass. 17.10.1992, n. 11401, in *Foro it.*, 1993, I, 1911.

(15) V. in particolare F. CARUSI, *La causa dei negozi giuridici e l'autonomia della volontà nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, pp. 150-152; G.B. FERRI, *op. cit.*, pp. 208-209.

La rilevanza degli interessi delle parti contraenti sotto il profilo causale è riconosciuta da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 225 ss. Si è parlato altresì di causa come « interesse obiettivo nel regolamento contrattuale » così: D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, t. 1, Torino, 1999, p. 532 e ancora la causa è stata identificata « con l'assetto astratto di interessi cui la norma subordina l'assunzione di rilevanza giuridica dell'affare privato »: così U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 25.

Sul punto, solo per motivi di completezza, ricordiamo le osservazioni di E. BETTI, *op. loc. cit.* sulle teorie soggettiviste di S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, pp. 13-21. Betti rilevava in particolare l'errore di una visione unilaterale soggettiva dal momento che una ragione variabile e contingente non potrebbe costituire motivo di interesse e tutela degli atti di autonomia privata da parte dell'ordinamento.

L'approccio funzionale al problema della causa pone dei dubbi dal punto di vista del significato pratico di tale soluzione, dal momento che una funzione, sia essa intesa in senso oggettivo o soggettivo, sarà immanente in ogni atto posto in essere dai privati e non nei soli contratti. Sul punto v. R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, t. 1, Torino, 1993, p. 635 ss.; M. BESSONE-V. ROPPO, *La causa nei suoi profili attuali (materiali per una discussione)*, in *Causa e constitution*, a cura di G. Alpa-M. Bessone, Padova, 1984, p. 3 ss. e in particolare p. 13.

ad una concettualizzazione del termine causa (16) finiscono per vedere nello stesso un particolare angolo prospettico attraverso il quale è possibile descrivere il contratto come strumento preordinato al raggiungimento di determinati fini.

Secondo la prima ricostruzione, infatti, la causa rappresenterebbe il necessario collegamento tra lo scopo che muove le parti a contrarre, sia esso inteso in senso astratto sia esso inteso in senso soggettivo, e la forma giuridica in cui lo stesso trova attuazione.

Parimenti, se si svuota il termine « causa » della propria sostanza concettuale, questo finisce per essere nient'altro che un'espressione semantica attraverso cui descrivere lo scopo del contratto.

Da qui sorge la difficoltà di identificare il rischio con la causa del contratto in quanto quest'ultimo rappresenta non lo scopo ma il presupposto dell'operazione contrattuale ovvero l'interesse che muove le parti a contrarre.

È l'esistenza di una concreta probabilità di accadimento dell'evento dannoso che pone un soggetto di fronte alla necessità di trovare idonea garanzia attraverso la stipulazione di un contratto di assicurazione.

Pertanto il tentativo di qualificare il rischio nel contratto di assicurazione in termini causali non sembra rispondente al ruolo che lo stesso riveste all'interno del procedimento di formazione del contratto.

2.2. Il rischio come oggetto del contratto di assicurazione.

Abbiamo visto come parte della dottrina riconduca il rischio

(16) Cf. G. VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, vol. II, Roma 1918, ora in *Causa e consideration*, cit., p. 27 ss. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, pp. 265-266; G. ARPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, tomo I, cit., p. 513.

all'oggetto del contratto di assicurazione identificando lo stesso col contenuto dell'atto (17).

Anche in giurisprudenza non sono mancate ricostruzioni del fenomeno in tal senso (18), sebbene la soluzione giurisprudenziale in questi casi non risulti fondata su una ricostruzione plausibilmente motivata su un piano teorico, ma piuttosto sulla necessità di distinguere le clausole delimitative del rischio dalle clausole delimitative della responsabilità, escludendo così per le prime, in quanto delimitative dell'oggetto, l'ammissibilità di un controllo giudiziale *ex art.* 1341 e 1469-bis ss.

A tale soluzione si oppongono quanti, partendo dalla ricostruzione dell'oggetto come prestazione dedotta in contratto, identificano appunto l'oggetto del contratto di assicurazione esclusivamente nella corresponsione del premio da parte dell'assicurato e nell'eventuale pagamento dell'indennizzo da parte dell'assicuratore (19).

La problematica trova, quindi, la sua naturale premessa nella ricostruzione del concetto di oggetto del contratto secondo gli sviluppi teorici della dottrina pronunciatisi sul tema.

Un primo tentativo di inquadrare la questione deve essere ravvisato nella teoria dell'oggetto come bene dedotto in contratto (20).

Questa dottrina è criticabile sotto il profilo logico in quanto tale definizione risulterebbe in contrasto col sistema dei rapporti contrattuali. Essa, infatti, non spiega come si possa individuare l'oggetto nei negozi costitutivi di diritti o di obblighi (21).

(17) V. *supra* nota 8.

(18) In tal senso v. da ultimo Cass. 4.2.2002, n. 1430, cit.

(19) Così G. SCARFI, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 345; Id., *I contratti di assicurazione*, cit., p. 51; L. BUTTARO, voce *Assicurazione (contratto di)*, cit., p. 740.

(20) In tal senso v. tra gli altri L. CAROTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1957, pp. 687 e 695; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 3^a ed., p. 98 ss.; Id., voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 836; Id., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cici e Messineo*, vol. XXI, t.1, Milano, 1968, p. 138.

(21) Sul punto v. G. FURQUHELF, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, p. 135.

La suddetta definizione di oggetto sembrerebbe inoltre poco rispondente al dato normativo di cui all'art. 1346, dal momento che la nozione di oggetto come bene non sembra corrispondere alla disciplina della liceità dello stesso (22).

Un altro tentativo è rinvenibile nella teoria dell'oggetto come prestazione dedotta in contratto. In tal senso il bene dedotto in prestazione potrebbe costituire l'oggetto indiretto del contratto, mentre l'oggetto diretto sarebbe rappresentato dalla prestazione stessa (23).

Anche questa tesi non ha mancato di sollevare le critiche di quanti osservano che una simile definizione di oggetto, non distinguendo lo stesso dal contenuto del contratto, finisce per privare di utilità la concettualizzazione del termine (24).

Entrambe le succitate posizioni dottrinali hanno in comune una premessa che è forse il motivo che le rende vulnerabili.

Simili indagini ricostruttive del fenomeno, infatti, partono dal convincimento che, essendo l'oggetto elemento essenziale dell'atto, lo stesso vada ricercato all'interno della c.d. fattispecie contrattuale.

In tal modo si rischia alternativamente di cadere o in una definizione troppo restrittiva, e quindi inidonea a spiegare tutti i fenomeni contrattuali, oppure in una definizione troppo ampia che finisce per confondere l'oggetto col contenuto del contratto risultando così, nella sostanza, inutile.

Le suddette teorie e le relative critiche possono dirsi, allora, superate dall'idea di oggetto come termine esterno al negozio sul quale si forma l'atto di autonomia privata (25).

(22) Tale critica è mossa da G. GATTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, p. 148; G. DE NOVA, *L'oggetto del contratto: considerazioni di metodo*, in *Dir. inf.*, 1986, p. 806 ss.

(23) Così V. in particolare: G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noovis. Dig. It.*, vol. IV, Torino, 1979, pp. 503-504; P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, vol. I, *La compravendita di « cosa futura »*, Napoli, 1962, p. 67 ss.; G. DE NOVA, *op. cit.*, 803 ss.; F. GALGANÒ, *Il negozio giuridico*, cit., p. 104.

(24) In tal senso v. G. FURCURELLE, *op. cit.*, p. 142; G. GATTI, *op. cit.*, p. 148.

(25) « Soggetti e oggetto non diventano peraltro, a rigore, elementi del negozio,

Si tratta di una tesi che ha invero sofferto di un certo isolamento se si considera come le elaborazioni dottrinali contemporanee o immediatamente successive, che muovevano dall'identica premessa teorica, sono giunte a conclusioni dissonanti dal punto di vista logico con la premessa stessa e ridondanti dei vecchi tentativi di rinvenire l'oggetto all'interno dell'atto.

Tali dottrine, infatti, partendo appunto dall'assunto che l'oggetto sia un elemento esterno al contratto, hanno finito col perdersi nella ricerca di un termine che permettesse di nuovo un collegamento tra la fattispecie contrattuale e l'oggetto del contratto sì da ricondurre questi ultimi all'interno della prima.

Così alcuni hanno individuato l'oggetto nell'interesse che muove le parti a contrarre (26).

Per contro, come è stato osservato (27), l'interesse è ciò che muove la volontà delle parti verso l'oggetto e quindi non può coincidere con questo.

Altra parte della dottrina ha individuato il suddetto collegamento tra oggetto e fattispecie contrattuale nella rappresentazione che i soggetti compiono della *res* materiale attraverso le proprie dichiarazioni contrattuali (28).

L'impostazione strettamente materialista del problema presta, però, il fianco alle critiche delle posizioni idealiste che rifiutano ogni netta distinzione tra l'esistenza materiale dell'oggetto e la sua rappresentazione all'interno del contenuto del

e tanto meno, come sembra considerarli ancora la legge, requisiti del medesimo, ma restano semplicemente i termini fra i quali e sul quale il negozio si forma: sebbene necessari per la esistenza del negozio, non sono dentro, ma fuori del negozio medesimo»: così F. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, pp. 129-130. In tal senso v. anche F. GARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 236 ss.; Salv. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, vol. V, Milano, 1960, p. 61 ss.

(26) In tal senso E. BERTI, *op. cit.*, p. 79.

(27) « L'interesse non è l'oggetto, ma è all'oggetto»: così G. ORPO, *Note sull'istituzione di non concepti: la disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 88. Sul punto anche G. FURCURELLE, *op. cit.*, p. 144.

(28) Così G. ORPO, *op. cit.*, p. 81.

negozio, dal momento che in tal modo l'oggetto rimane identificato nella *res* (29).

Vi è ancora chi ha individuato la relazione esistente tra fattispecie contrattuale e oggetto nella « rappresentazione programmatica » attraverso la quale l'interprete attribuisce significato alla comune intenzione delle parti (30).

Tale tesi è stata criticata fondamentalmente per l'approccio metodologico di stampo normativistico su cui si fonda (31).

La suddetta teoria, infatti, parte dalla premessa che il problema dell'oggetto non vada impostato sulla volontà dei contraenti dal momento che « la posizione giuridica del termine esterno non dipende dalla volontà delle parti, ma dalla norma » (32). Tanto che l'Autore citato, con riferimento alle determinazioni delle parti nel contratto, parla di un « falso volere » (33).

La soluzione è diversa se si vede nell'autonomia negoziale un vero e proprio potere normativo nell'esercizio del quale i privati regolamentano il proprio *agere* ed i suoi effetti.

Le critiche alle teorie, che si sono sviluppate dalla individuazione dell'oggetto come elemento esterno al contratto, hanno trovato una risposta in quanti hanno ritenuto di risolvere il problema dell'oggetto identificando lo stesso col contenuto contrattuale, finendo così per privare di ogni valore la stessa definizione di oggetto (34).

(29) Sul punto v. G. FURGUERIE, *op. cit.*, pp. 136-137.

(30) Così N. IRTI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. I.*, vol. XI, Torino, 1965, pp. 799-806; Id., *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967, p. 141.

(31) Cf. G. FURGUERIE, *op. cit.*, pp. 144-145.

(32) Così N. IRTI, *op. cit.*, p. 136.

(33) In tal senso N. IRTI, *op. cit.*, p. 142.

(34) L'equivalenza tra oggetto e contenuto del contratto è prospettata da F. CARESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, vol. XXI, Milano 1987, pp. 211-213; G. ARPA, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI, Roma, 1990, par. 3; R. SACCO, *op. cit.*, p. 25 ss.; G. ARPA-R. MARTINI, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. XIII, Torino, 1995, p. 38; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 2000, rist. 2ª ed., pp. 320-321.

Altri, invece, hanno preso spunto dalla problematica per concludere negando la stessa esistenza di un'idea unitaria di oggetto. Questo non sarebbe altro che un'espressione semantica volta ad unificare una serie di ipotesi normative tra loro diverse sul piano della *ratio* (35).

Le perplessità sollevate intorno alle teorie, diverse da quella santoriana anche se analogamente fondate sull'idea dell'oggetto come elemento esterno al negozio, possono essere riassunte nel fatto che tutte approdano ad una riconduzione dello stesso alla fattispecie contrattuale.

Se, infatti, si parte da un concetto di contratto come fattispecie staticamente determinata nei suoi elementi essenziali cui la legge collega, ove completa, gli effetti da essa prestabiliti, non vi è dubbio che la teoria dell'oggetto come elemento esterno al contratto è difficilmente conciliabile con il dato normativo che individua nell'oggetto uno degli elementi essenziali del contratto.

Tali dubbi possono allora trovare una risposta in un mutamento delle premesse teoriche fondando l'idea di contratto, non più sulla visione statica della fattispecie contrattuale, ma su quella dinamica del procedimento contrattuale (36).

Al fine di ripensare l'idea di oggetto occorre ripensare la stessa idea di contratto: non più fattispecie contrattuale, ma « progressione contrattuale » (37) mossa dall'interesse per l'oggetto, interesse inteso come « rappresentazione soggettiva di un vantaggio desumibile da una *res* o da un comportamento al-

(35) Così G. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, p. 289 ss.

(36) Sulla teoria del procedimento giuridico nel diritto privato v. in particolare Salv. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 100 (ristampa autonoma dell'articolo pubblicato in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 501 ss.); Id., « *Agere* » (contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato), in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, 1962, vol. V, p. 513 ss ora in *Scritti minori*, tomo II, Milano, 1980, p. 945 ss.; G. FURGUERIE, *Il contratto con effetti reali tra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato. I. Il trasferimento di proprietà*, Padova, 1995, p. 101 ss.

(37) L'espressione è di G. FURGUERIE, *Vendita di « cosa futura » e aspetti di teoria del contratto*, *cit.*, p. 143.

trui » (38), che nel determinare l'azione si fa intento di dar vita a vere e proprie norme e agli effetti ad esse conseguenti.

In tale procedimento l'oggetto opera come il presupposto dell'*agere* talché esso finisce per essere allo stesso tempo elemento esterno e necessario dell'*actus* inteso come « participio passato del verbo *agere* » (39).

L'oggetto, però, finirà necessariamente per essere versato nel contenuto del contratto mediante il processo rappresentativo operato dalle parti nella sua descrizione.

Questo non vuol dire tornare ad un'idea di coincidenza tra oggetto e contenuto contrattuale. Occorre comunque tenere distinti i due profili: l'oggetto inteso come presupposto del contratto, il quale non appartiene alla struttura di questo, ma è ciò da cui origina il contratto e l'oggetto per come lo stesso è descritto dalle parti. Attraverso la descrizione operata dai contraenti, infatti, esso diventa parte integrante e fondamentale del contenuto del contratto.

A tale ricostruzione sono stati mossi due ordini di critiche.

In un primo senso sono state compiute osservazioni di stampo metodologico, attraverso il recupero delle teorie normative in base alle quali la posizione giuridica del termine esterno dipende dalla norma e non dall'attività giuridica delle parti mosse dall'interesse all'oggetto (40). Tale tesi risulta, invero, estremamente riduttiva del ruolo proprio dell'autonomia dei privati, che non sarebbero più i veri artefici degli effetti delle proprie azioni giuridiche (41).

(38) Così G. FORGARELLI, *op. ult. cit.*, p. 147.

(39) Così sempre G. FORGARELLI, *op. ult. cit.*, p. 162.

(40) Una critica in tal senso è mossa da E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, tomo I, cit., p. 648 nota 65; Id., *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Cod. Civ. Schlesinger*, Milano, 2001, p. 24 nota 66; G. GATTI, *op. cit.*, pp. 158-159.

(41) L'approccio metodologico normativistico è figlio della teoria della fattispecie anch'essa criticata da G. FORGARELLI, *op. ult. cit.*, p. 147 ss., il quale riprende, nella propria ricostruzione dell'oggetto del contratto, le teorie di Salv. Romano sul procedimento giuridico v. *supra* nota 36.

In un secondo senso, riprendendo l'idea di Gorla circa l'insistenza di un concetto unitario di oggetto (42), altra parte della dottrina, da noi già richiamata (43), ha proposto di sostituire la unitaria definizione reale di oggetto con una serie di definizioni stipulative. L'oggetto sarebbe così identificato nel diritto alla prestazione, nei contratti ad effetti obbligatori oppure nel diritto sulla cosa, nei contratti ad effetti reali.

Al riguardo occorrerebbe interrogarsi, in primo luogo, circa la stessa validità del ricorso a definizioni meramente nominali, quali sono le definizioni stipulative, volte esclusivamente ad attribuire un significato ad un vocabolo o ad un sintagma secondo l'uso che dello stesso fa il legislatore senza alcuna ricognizione in punto di fatto idonea ad individuare la sostanza del fenomeno che sta dietro quell'espressione letterale (44).

Le definizioni di tipo nominalistico non sempre si prestano a descrivere i fenomeni giuridici, con particolare riferimento a quelli propri del diritto civile, dal momento che questo è il frutto « in massima parte di creazioni consuetudinarie che una legislazione scritta "riunisce" » (45).

I fenomeni giuridici, in genere, non trovano la propria fonte nell'inventiva del legislatore, ma preesistono all'opera di quest'ultimo il quale non fa altro che prendere atto della realtà fattuale

(42) V. *supra* nota 35.

(43) In tal senso G. GATTI, *op. cit.*, p. 150 ss.

(44) Nella teoria delle fonti sono indicate come definizioni stipulative gli enunciati volti ad attribuire ad un determinato vocabolo o sintagma un certo significato secondo quello che è il loro uso corrente.

Le definizioni stipulative sarebbero così riconducibili alle definizioni nominali mediante le quali si attribuisce significato alle parole, a differenza di quanto avviene con le definizioni reali mediante le quali si descrive il fenomeno contrassegnato dalla parola stessa.

Sul concetto di definizioni stipulative v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, p. 64 ss.; Id., voce *Definizioni*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. V, Torino, 1989, p. 149 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da A. Ciccù-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. I, t. 1, Milano, 1998, pp. 4-6.

(45) L'espressione è di Salv. Romano, *op. ult. cit.*, p. 966.

che lo circonda. Se così è, pare insufficiente definire i fenomeni giuridici secondo quello che è l'uso dei termini ad essi riferiti da parte del legislatore. Per contro essi troveranno, generalmente, una più completa definizione attraverso un'indagine sulla reale essenza degli stessi continuamente rinnovata dall'incessante opera degli interpreti.

Inoltre, a ben vedere, le definizioni stipulative di oggetto proposte dalla suddetta dottrina trovano un proprio comune denominatore negli effetti del contratto. Occorrerebbe allora chiedersi se in tal modo non si pervenga comunque ad una definizione unitaria di oggetto rappresentata dagli effetti del contratto (46).

Ancora, contro la tesi dell'oggetto come elemento esterno al contratto, è stato osservato che l'oggetto sarebbe l'elemento su cui cade il consenso e non il suo presupposto (47).

Si tratta di una critica che evidentemente muove da una prospettiva dissonante rispetto all'idea di procedimento contrattuale. L'oggetto, considerato nella dinamica del procedimento contrattuale, sta necessariamente a monte del consenso, in quanto la *res* o il comportamento sono la forza centripeta verso cui si muove l'interesse dei soggetti (48).

Seguendo, quindi, la teoria del procedimento, che configura l'oggetto come presupposto del contratto, non pare esservi dubbio che il rischio rappresenti l'oggetto del contratto di assicurazione, in quanto presupposto dell'intera operazione assicurativa. È la necessità di garantire se stessi e il proprio patrimonio da determinati eventi che muove i soggetti a concludere un contratto

di assicurazione e tale necessità non può che essere rinvenuta nella stessa possibilità di accadimento del suddetto evento.

3. *Rischio assicurato e rischio assicurabile.*

L'idea di rischio acquista concretezza nella individuazione dei confini del rischio assicurato ovvero dell'evento, cui si estende la garanzia assicurativa, per come rappresentato dalle parti nel resto del contratto entro i limiti posti alla loro autonomia (49).

La delimitazione del rischio, infatti, coincide con la rappresentazione dell'evento coperto in virtù della relazione circolare che si pone tra i due termini per cui, come abbiamo già avuto modo di dire, il rischio è individuato a seconda dell'evento e l'evento, a sua volta, è individuato in funzione dell'esistenza di un rischio.

Per delimitazioni del rischio si intendono, quindi, le clausole che individuano l'evento assicurato e che, in quanto tali, sono idonee ad incidere sulla possibilità di accadimento dello stesso, siano esse di segno positivo o di segno negativo (50), siano esse di fonte legale o convenzionale.

Le delimitazioni del rischio saranno così costruite sia dalle clausole che descrivono l'evento coperto, sia dalle clausole che determinano lo stesso individuandone i limiti di spazio e di tempo nonché la causa efficiente (51).

(49) Al riguardo occorre precisare che il contratto di assicurazione è una delle ipotesi in cui ricorre la stipulazione per adesione a condizioni generali di contratto.

Si tratta, invero, di una situazione determinata non solo da ragioni di maggior potere economico dell'assicuratore, ma anche dall'esigenza di standardizzare i rischi assicurati onde poterli collazionare in classi omogenee ai fini della loro gestione.

In dottrina si preferisce parlare, così, anziché di autonomia delle parti, di autonomia dell'assicuratore predisponente. Cfr. A. FIORENTINO, *La descrizione del rischio nell'assicurazione*, in *Assic.*, 1941, p. 41 ss.

(50) Il legislatore non si limita ad escludere coattivamente la copertura di determinati rischi, ma, ad esempio, nell'art. 1900 III comma sancisce la copertura necessaria dei sinistri conseguenti ad atti ancorché dolosi o gravemente colposi compiuti « per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore ».

(51) Occorre comunque specificare sin da ora che la ripartizione in uso nella

(46) Lo stesso Autore afferma « l'oggetto varia al variare degli effetti contrattuali programmati dalla volontà delle parti »: così G. GRIFFI, *op. cit.*, p. 161. In vero pare che nella ricostruzione dallo stesso proposta tra oggetto ed effetti vi sia piuttosto una relazione di identità. Una simile relazione è tra l'altro prospettata da V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dir. disc. priv.*, sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, p. 110 ss.

(47) Cfr. E. GABRIELLI, *Il contenuto e l'oggetto*, cit., p. 648 nota 65; Id., *L'oggetto del contratto*, cit., p. 24 nota 66.

(48) In tal senso G. FURCURELLA, *op. ult. cit.*, p. 150 ss.

Occorre, però, tener presente che non tutti gli eventi sono assicurabili e che particolari limiti sono posti dall'ordinamento alla autonomia delle parti nella individuazione dell'oggetto del

dottrina italiana in clausole spaziali, temporali e causali ha un valore puramente sistematico-descrittivo dal momento che tale classificazione non trova giustificazioni sul piano degli effetti giuridici.

Del resto in altri ordinamenti la dottrina ricorre a schemi classificatori diversi. Così la dottrina tedesca tende a distinguere tra « *primäre Risikogrenzungen* » e « *sekundäre Risikogrenzungen* » v. sul punto E. HOFMANN, *Privatversicherungsrecht*, München, 1998, p. 109. Si tratta di una distinzione fondata sull'importanza delle clausole ai fini della realizzazione dell'intento contrattuale la quale spiega i suoi effetti con particolare riferimento alla possibilità di mantenere in vita il contratto ove talune clausole delimitative del rischio vengano meno. Il tema ha assunto recentemente una particolare attenzione con riferimento alla inefficacia parziale delle clausole vessatorie in Germania. V. in particolare recentemente BGR 22.11.2000, in *VersR*, 2001, 184.

Nelle polizze sulla responsabilità civile due sono le delimitazioni del rischio che assumono rilievo ai fini della nostra trattazione: quelle temporali e quelle causali soggettive. Le prime individuano il rischio determinando lo spazio temporale entro cui il sinistro deve verificarsi perché la copertura sia operante.

È evidente che tali clausole sono strettamente collegate alle disposizioni sull'efficacia e sulla durata del contratto. Infatti, dal momento che l'effetto del contratto di assicurazione è rappresentato dalla sopportazione del rischio da parte dell'assicuratore, ogni limitazione temporale del rischio coperto importa anche una delimitazione dell'efficacia del contratto.

Tra le clausole rientranti in tali categorie si ricordano in special modo le pattuizioni che prevedono la copertura di rischi concernenti eventi verificatisi prima della conclusione del contratto ma che abbiano spiegato i propri effetti nella sfera giuridica dell'assicurato solo successivamente.

È il caso delle clausole *claims made* con cui le parti del contratto riconoscono l'operatività della copertura assicurativa per richieste risarcitorie presentate dall'assicurato per la prima volta durante il periodo di efficacia del contratto anche ove queste siano riferite ad eventi dannosi verificatisi precedentemente.

Sull'introducibilità di tali pattuizioni nel sistema italiano v. G. VOLPE PIZZOLI, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 63 ss. Il problema della conformità di tali clausole all'ordinamento italiano sarà, in particolare, affrontato con riferimento all'assicurazione sulla responsabilità civile per danni all'ambiente *amblyus infra* parte II capitolo I, § 4.

Per clausole casualmente delimitative del rischio si intendono quelle disposizioni mediante le quali si individua la causa dello stesso.

Così sempre con riferimento all'assicurazione della responsabilità civile sono delimitazioni causali in senso soggettivo quelle contenute nell'art. 1917 che escludono la copertura dei fatti dolosi. V. *amblyus infra* capitolo II, § 5.

Sono, invece, delimitazioni causali in senso oggettivo quelle che escludono la copertura per fatto di terzo anche se legato da vincoli di subordinazione o dipendenza rispetto all'assicurato.

contratto di assicurazione in ordine a particolari tipologie di evento o ad alcune delimitazioni (spaziali, temporali o causali) dello stesso.

Tali limiti di assicurabilità rilevano ai fini della determinazione della copertura assicurativa non solo sotto il profilo della validità di talune clausole delimitative del rischio illecite, ma anche sotto il profilo della estensione dell'obbligazione posta a carico dell'impresa assicuratrice ove, in assenza di una specifica esclusione, questa si presti ad essere estesa oltre i confini della liceità.

Infatti, nel caso in cui, per la genericità delle espressioni contenute nel contratto, possano risultare oggetto della garanzia assicurativa anche eventi inassicurabili, sebbene la copertura di questi non sia espressamente prevista nel testo contrattuale, l'assicuratore non è obbligato al relativo indennizzo.

4. Il rischio assicurabile in senso giuridico.

La specificazione, « in senso giuridico », contenuta nel titolo del presente paragrafo vuole essere indicativa della scelta di escludere dal campo della nostra indagine l'assicurabilità in senso tecnico (52), ove essa sia ancora oggi astrattamente concepibile (53). Si parla di rischio inassicurabile in senso tecnico nei casi in cui la frequenza statistica dell'evento assicurato non possa essere controllata attraverso i calcoli probabilistici dell'impresa assicuratrice.

(52) Sulla distinzione tra assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico v. A. DONATI *Trattato del diritto delle assicurazioni private: il diritto del contratto di assicurazione — I principi generali del contratto di assicurazione*, cit., pp. 130-131.

(53) L'evolversi della tecnica assicurativa, infatti, ha ampliato i confini dell'assicurabilità in senso tecnico, per cui può dirsi che non esistano più rischi tecnicamente inassicurabili, ma, casomai, eventi per i quali il premio non è esattamente calcolabile o finisce per essere determinato in misura eccessivamente elevata.

Deliberemo brevi cenni al problema dell'assicurabilità in senso tecnico con riferimento al danno morale. V. *infra* parte II, cap. II, § 5.

Si tratta, quindi, di una valutazione del rischio assicurato compiuta secondo parametri diversi dal giudizio di assicurabilità in senso giuridico intesa come conformità della copertura assicurativa all'ordinamento.

Una possibile confusione tra assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico potrebbe, forse, nascere dall'adesione alla teoria che vede nell'impresa assicuratrice un elemento strutturale del contratto di assicurazione, ovvero uno strumento necessario per la realizzazione dell'operazione economica contrattuale (54).

Per tal via si potrebbe arrivare a concludere che l'assicurabilità in senso tecnico, in quanto condizione necessaria per la gestione del rischio da parte dell'impresa assicuratrice, sia anche il presupposto per l'attuazione della funzione propria del contratto di assicurazione riconosciuta meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

A diverse conclusioni si giunge ragionando, sulla base delle

(54) Così C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione, Assicurazioni sulla vita*, vol. III, Milano, 1887, p. 2 ss.; In senso analogo più recentemente A. DURANTE, *op. cit.*, p. 571 ss.; S. SOTGIA, *Contratto di assicurazione con premio in base ad elementi di rischio fattuanti*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, vol. II, Bologna, 1952, pp. 639-640; Id., *La prestazione dell'assicuratore*, in *Asisc.*, 1959, I, p. 365 ss.; L. MOSSA, *Sistema del contratto di assicurazione nel libro delle obbligazioni del codice civile*, ivi, 1953, I, p. 149 ss.; G. FERRI, *L'impresa nella struttura del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantesimo dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, Roma, 1963, p. 111 ss.

Anche la Corte Costituzionale ha dato rilievo alle esigenze tecniche proprie dell'impresa di assicurazione rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1901. Secondo la Corte infatti tale articolo « è del tutto razionale ed è conforme alla particolare natura e alla struttura del contratto di assicurazione, nel quale la sopportazione del rischio da parte dell'assicuratore è condizionata all'adempimento della prestazione consistente nel pagamento del premio... Caratteristica del contratto è la cosiddetta comunione dei rischi alla quale partecipa il « contraente » col pagamento del premio tecnicamente calcolato quale valore della frazione della comunione dei rischi posti a carico del singolo assicurato ». Per contro si può osservare come sia difficile trarre dal contenuto dell'art. 1901 la vera essenza del contratto di assicurazione, dal momento che si tratta di una norma derogabile anche se solo in senso più favorevole per l'assicurato ex art. 1932 c.c. Sulla questione si è pronunciato, con nota adesiva alla tesi del pretore milanese che aveva sollevato la questione di costituzionalità dell'art. 1901, G. PARTESOTTI, *Disciplina del pagamento del premio nell'assicurazione contro i danni e principio costituzionale d'uguaglianza*, in *Giur. it.*, 1974, II, p. 485 ss.

categorie concettuali della teoria generale del negozio giuridico. Se ci poniamo in tale prospettiva, infatti, l'impresa non trova spazio nel vincolo contrattuale se non come parte contraente.

Così del resto concludeva autorevole dottrina che (55), pur riconoscendo l'importanza degli aspetti gestionali ai fini della realizzazione dell'operazione assicurativa, riteneva necessario distinguere il « tipo sociale » di contratto di assicurazione, il quale non può sfuggire al necessario processo osmotico tra contratto e impresa, e il « tipo formale » che il giurista non può dimenticare e che, del resto, la storia ha conosciuto prima della stessa impresa di assicurazione e delle odierne tecniche di gestione e ripartizione del rischio (56).

Pertanto, se ci si muove sul piano del « tipo formale » di contratto di assicurazione, l'assicurabilità in senso tecnico ed in senso giuridico risultano distinte ed incommunicabili tra loro.

L'assicurabilità in senso giuridico è fondata su un giudizio in ordine alla conformità del rischio assicurato all'ordinamento.

L'assicurabilità in senso tecnico, invece, fa seguito ad un giudizio di conformità alle tecniche attuative di gestione del rischio, aspetto questo che, come abbiamo già precisato, non viene preso in considerazione nel riconoscimento, da parte dell'ordinamento, del contratto di assicurazione come « tipo formale » (57).

Pertanto un rischio inassicurabile sul piano tecnico potrà essere assicurabile sul piano giuridico e viceversa

Diversi saranno, allora, anche gli effetti di tali distinte ipotesi di inassicurabilità. La mancanza di una frequenza statisticamente verificabile dell'evento coperto avrà conseguenze esclusivamente

(55) F. SANTORO PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Studi sulle assicurazioni raccolti in occasione del cinquantesimo dell'istituto nazionale delle assicurazioni*, cit., p. 214.

(56) Gli storici hanno individuato i primordi del contratto di assicurazione nelle c.d. « securità » di cui si ha notizia nei documenti commerciali dei primi decenni del 1300. V. *amplius infra* p. 55 ss.

(57) Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. cit.*

sul piano economico. In tal caso, infatti, l'assicuratore potrebbe essere costretto a determinare premi eccessivamente elevati per garantire riserve sufficienti a far fronte alle possibili richieste di indennizzo che non potranno essere gestite secondo le ordinarie tecniche attuariali di ripartizione dei costi dei rischi all'interno della comunione degli assicurati.

L'inassicurabilità del rischio in senso giuridico, invece, avrà dirette conseguenze sulla validità ed efficacia del contratto di assicurazione di cui questo costituisce il presupposto (58).

Né un'argomentazione contraria alla necessaria distinzione tra assicurabilità in senso tecnico e assicurabilità in senso giuridico può essere dedotta dalle norme di delimitazione del rischio

(58) Al riguardo vale la pena considerare sin da ora il diverso modo di operare della inassicurabilità giuridica del rischio sull'invalidità del contratto a seconda che la specifica individuazione o delimitazione invalida sia qualificabile come primaria, ovvero essenziale, oppure secondaria. Solo nel primo caso la nullità della singola clausola determina anche la nullità dell'intero contratto *ex art.* 1419.

La dottrina italiana che si è pronunciata sul concetto di essenzialità ai fini dell'applicazione della disciplina della nullità parziale ha proposto le seguenti interpretazioni sul significato del termine. Secondo una corrente, che potremmo definire soggettivista, la clausola è essenziale se la sua caducazione determina il venire meno del consenso. Così G. CRISCUOLI, *Nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 63.

Altri, per contro, propongono una visione in chiave più oggettivista, relazionando il concetto di essenzialità con quello di buona fede. Così V. RORPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 687 ss. In senso analogo G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1991, p. 1049 ss.

Altri, infine, considerando il giudizio sull'essenzialità come un giudizio ipotetico, ritengono i due parametri, quello soggettivistico e quello oggettivistico, tra loro complementari. Così R. SACCO, voce *Nullità — annullabilità*, in *Dig. priv., sez. civ.*, vol. XII, Torino, 1995, pp. 300-301.

La giurisprudenza sembra aver adottato il principio della « inscindibilità » della singola clausola dal resto del contenuto contrattuale. V. in tal senso in particolare Cass. 17.4.1980 n. 2546, in *Mass. Foro it.*, 1980. Tale inscindibilità sarebbe poi valutabile secondo alcune pronunce in base ad un criterio improntato alla ricerca della effettiva volontà delle parti contraenti per cui il contratto potrà essere dichiarato nullo anche se la clausola risulta rispondente alla volontà di uno solo dei contraenti. V. Cass. 4.9.1980 n. 5100, in *Giur. agr.*, 1981, 479. In altri casi la Suprema Corte ha considerato, invece, il perdurare dell'utilità del contratto rispetto agli interessi con esso perseguiti. V. Cass. 19.4.1982 n. 2411, in *Mass. Foro it.*, 1982.

che escludono la copertura di eventi la cui frequenza non è statisticamente valutabile.

Pensiamo all'art. 1912 il quale esclude dalla copertura assicurativa, salvo patto contrario, i danni determinati da movimenti tellurici, da guerra, da insurrezioni o da tumulti popolari.

Se per un verso è indubitabile che la *natio* di tale delimitazione legale risieda nella difficoltà di gestire i suddetti rischi, è anche rilevante che si tratti di un'esclusione derogabile ad opera delle parti per cui, anche in questo caso, l'inassicurabilità in senso tecnico non si traduce in un'inassicurabilità in senso giuridico.

4.1. Il giudizio di liceità.

Al fine di individuare i parametri su cui si fonda il giudizio di assicurabilità del rischio in senso giuridico è necessario riprendere le nostre conclusioni in punto di qualificazione dell'elemento del rischio all'interno dell'idea di oggetto del contratto.

Così, secondo quanto stabilito all'art. 1346 in relazione ai requisiti dell'oggetto, il rischio dovrà essere delimitato nel rispetto dei canoni della possibilità, determinatezza o determinabilità e liceità (59).

Per quanto concerne la materia di nostro interesse, l'aspetto dell'assicurabilità del rischio di maggior rilevanza è quello della liceità perché è con riferimento a tale parametro che si pongono problemi relativi al diverso modo di rapportarsi del contratto di assicurazione ai sistemi della responsabilità civile e della responsabilità penale.

(59) La possibilità applicata ad un elemento come il rischio, identificato nella possibilità obbiettiva di accadimento di un dato evento, coincide con la stessa esistenza del rischio di cui all'art. 1895.

Anche il requisito della determinatezza o determinabilità assume un connotato peculiare se riferito all'elemento del rischio nel contratto di assicurazione, inteso come possibilità oggettiva dell'evento assicurato. La possibilità dell'evento, non è altro che una dimensione peculiare dello stesso peraltro essa può dirsi determinata solo se questo è, a sua volta, tale.

A tal fine occorrerà, però, in primo luogo, considerare il contenuto del criterio di liceità onde determinare le ragioni che hanno portato ad un differente giudizio in ordine all'assicurabilità dell'una e all'inassicurabilità all'altra.

La distinzione tra lecito e illecito non è individuata da precisi confini e questo non solo perché i divieti legali sono oggetto dell'attività normativa degli interpreti, ma anche perché i limiti dell'autonomia negoziale sono segnati sia da puntuali comandi del legislatore, sia dalle clausole generali di ordine pubblico e buon costume, il cui contenuto verrà individuato di volta in volta dall'interprete al quale spetterà di determinare la norma concreta di applicazione attraverso un processo logico-deduttivo che muova da quei principi che possano dirsi espressione appunto dell'ordine pubblico e del buon costume, principi che, secondo un orientamento ormai pacifico, dovranno essere desunti dallo stesso sistema normativo (60).

(60) L'illegalità è frutto di una valutazione di contrarietà all'ordinamento giuridico compiuta in via immediata e diretta dalla stessa legge.

Il giudizio di contrarietà a norma imperativa si realizzerà pertanto secondo un processo comparativo tra la fattispecie legale in cui è espresso il divieto e il negozio concretamente realizzato dalle parti.

Per contro nel giudizio di conformità all'ordine pubblico e al buon costume, in senso stretto, il parametro di valutazione non è costituito da una norma giuridica configurante un imperativo categorico definito in una fattispecie astratta realizzata mediante la composizione di concetti universali e come tali idonei ad essere sussunti all'interno di un'argomentazione logico-formale.

Infatti i parametri su cui si fonda il giudizio di liceità, ovvero ordine pubblico e buon costume, non sembrano avere un contenuto normativo universalmente disposto, ma paiono più correttamente riconducibili alla categoria delle clausole generali, costituendo così piuttosto « norme di direttiva che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale »: così L. MENCONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13. V. sul punto anche A. BEVENDER, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, p. 631 ss.

La distanza tra illegalità e illiceità risulta, però, ridotta se si tiene conto che la determinazione di tale « norma concreta di decisione », non potrà che essere fondata sui principi dedotti dall'interprete dalle stesse norme di legge in quanto queste rappresentano l'unico indice da cui l'interprete può dedurre il concetto di conformità all'ordinamento. In tal senso G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, pp. 187-188. Con riferimento al solo ordine pubblico A. GUARNIERI, *L'ordine pubblico e il*

Si tende, infatti, ad escludere che il rinvio all'ordine pubblico e al buon costume rappresenti uno strumento di ricezione e giustificazione di principi morali metalegali (61) oppure un mezzo per applicare sanzioni in caso di violazione di principi morali altrimenti non tutelati dall'ordinamento (62).

L'impiego di clausole generali da parte del legislatore non rappresenterebbe allora altro che uno strumento per rimettere all'opera creativa degli interpreti la realizzazione di quel necessario processo di adeguamento della realtà formale, staticamente espressa nella fissità delle norme di legge, alla mutevolezza della realtà sostanziale, che il legislatore non può essere in grado di comprendere nei propri precetti i quali differiranno sempre, ad un tempo, per la loro generalità ed astrattezza, che rende il loro contenuto distante dalle peculiarità del caso concreto, e per la loro ineliminabile storicità, che li rende lontani dal divenire delle situazioni di fatto cui dovrebbero applicarsi.

Resta con ciò ancora da chiarire se le clausole generali di ordine pubblico e buon costume siano tra loro distinguibili per la diversità delle direttive che l'interprete deve seguire nell'individuare la norma applicabile in concreto.

sistema delle fonti del diritto civile, Padova, 1974, p. 112. In perfetta antitesi si pone altra parte della dottrina che individua nell'ordine pubblico e nel buon costume un insieme di principi metalegali. V. in particolare A. TRABUCCHI, voce *Buon costume*, in *Enc. dir.*, vol. V, 1959, pp. 702-703; R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 904-920.

Del resto il riferimento a principi metalegali fondati sulla coscienza sociale di un dato momento storico non recepiți in norme dell'ordinamento rappresentativo di quel contesto socio-culturale potrebbero risultare in contrasto con le stesse norme dell'ordinamento.

Non pare invece ammissibile che la ricerca della « norma concreta di decisione » possa varcare i confini della legalità vietando ciò che l'ordinamento riconosce come lecito. Sul punto v. in particolare G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 271.

(61) In tal senso G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, pp. 8 e 34. *Contra* A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 700; G. PANZA, *op. cit.*, p. 9.

(62) Così in particolare G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione delle regole non giuridiche*, Milano, 1940, p. 55 ss. *Contra* L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 143 ss.; G. B. FERRI, *op. cit.*, p. 79 ss.

Al riguardo, parte della dottrina, ritiene che il buon costume, a differenza dell'ordine pubblico, abbia un fondamento metalegale (63).

Secondo tale ricostruzione solo l'ordine pubblico sarebbe ispirato dai principi giuridici su cui si fonda l'ordinamento. Il buon costume, invece, riposerebbe in quei principi metagiuridici della morale dei *boni homines*.

A conclusioni diverse si giunge se si parte dalla premessa che le suddette clausole generali non possono che contenere un rinvio a principi ricavati in via interpretativa dalle norme dell'ordinamento non essendo ammissibile che la ricerca dei criteri guida del giudizio di illiceità esorbiti dall'ambito della legalità (64).

Anche gli Autori, che hanno visto nel rinvio al buon costume un richiamo alla « morale giuridica » e non uno strumento di ricezione di principi metalegali (65), non hanno, però, mancato di cercare degli elementi di discriminazione tra i due parametri su cui si fonda il giudizio di illiceità.

Attraverso il richiamo al buon costume, secondo tale ricostruzione, si vorrebbe far riferimento a quei valori etici riconosciuti dall'ordinamento giuridico che non rientrano nell'ordine pubblico.

Così il buon costume troverebbe una delimitazione di tipo negativo negli stessi confini dell'illiceità per contrarietà all'ordine pubblico disegnati in coincidenza con la « libertà della persona

(63) Cfr. A. TRAVUCCO, *op. cit.*, pp. 702-703; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. it.*, 1970, I, p. 104 ss.

(64) « E tuttavia un criterio morale, per così dire, comune forse può anche individuarsi proprio nella morale giuridica che consiste nell'insieme di valori riguardanti l'individuo come uomo e come cittadino, che l'ordinamento giuridico esprime... L'unica morale « comune » cui è possibile far riferimento, ci sembra, dunque, quella giuridica non soltanto perché operante nei confronti di ognuno ed il cui rispetto è imposto a tutti coloro che si trovano ad agire nell'ambito del nostro sistema giuridico, ma « comune » anche perché forse, sentita da tutti coloro cui le norme si rivolgono. »: così G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 270.

(65) In tal senso v. in particolare G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 271.

umana, intesa, questa, come la posizione che alla persona umana viene fatta nell'ordine giuridico dello Stato » (66).

La dottrina arriva, quindi, a distinguere ordine pubblico e buon costume sotto il profilo contenutistico: il primo atterrebbe a quei principi che vengono elevati a « valori ordinanti » in quanto rappresentano lo stesso fondamento dell'ordinamento giuridico; il secondo sarebbe, invece, individuabile nel « fondamento etico residuale cui l'ordine giuridico si ispira » (67).

La suddetta ricostruzione dottrinale sembrerebbe peraltro trovare conforto nelle stesse disposizioni di legge che distinguono ordine pubblico e buon costume in punto di disciplina (68).

Così, in particolare, l'art. 2035 detterebbe un'eccezione alla ripetizione dell'indebito, e quindi, anche dell'indebito conseguente alla dichiarata nullità del contratto illecito eseguito, ove l'esecuzione sia avvenuta « per uno scopo che... costituisca offesa al buon costume ».

Niente dice la norma, invece, con riferimento alla esecuzione di un contratto per uno scopo che sia contrario a norma imperativa o ad ordine pubblico. Ne seguirebbe che, in tal caso, troverebbe applicazione la regola generale della ripetizione dell'indebito di cui all'art. 2033 (69).

A questa conclusione si oppongono coloro i quali attribui-

(66) Così G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 210.

(67) Cfr. G.B. FERRI, voce *Buon costume* (II), in *Enc. giur. Trecc.*, vol. V, Roma, 1988, p. 4.

(68) Individua nell'art. 2035 una disciplina peculiare dell'illiceità per contrarietà al buon costume G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 97. *Id.*, voce *Buon costume*, cit., pp. 5-6.

(69) Vi è concordanza in dottrina ed in giurisprudenza nell'escludere l'applicazione della disciplina della *solati reventio* nelle ipotesi in cui il contratto risulti contrario a norma imperativa o ad ordine pubblico ma non a buon costume. V. in particolare P. RESCIGNO, « *In part casu turpitudinis* », in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 26 ed in giurisprudenza v. per tutte Cass. 18.11.1995, n. 11973, in *Giust. civ. mass.*, 1995.

Sulla natura eccezionale dell'art. 2035 rispetto alla regola generale contenuta nell'art. 2033 v. recentemente S. DELE MONACHE, *Il negozio immobiliare tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 5 ss.

scono al sintagma « buon costume », di cui all'art. 2035, un significato diverso rispetto a quello che il termine ha nell'art. 1343 (70).

Nel primo caso, infatti, il legislatore avrebbe inteso individuare il criterio di riferimento della valutazione della prestazione eseguita onde applicare la disciplina della *soluti retentio*. Nella seconda ipotesi, invece, il legislatore avrebbe indicato al giudice un parametro di valutazione del contratto difficilmente distinguibile, in punto di contenuto, dall'ordine pubblico.

La clausola generale di buon costume, contenuta nell'art. 2035, sfuma per tal via nel principio di buona fede, che dominerebbe l'esecuzione dei rapporti contrattuali anche ove nulli per illiceità della causa (71) e finisce per rappresentare uno strumento attraverso cui valutare l'esecuzione del rapporto al fine di cominciare la sanzione della *soluti retentio* ove si riscontrino la presenza di un « abuso della pretesa restitutoria » (72).

La suddetta norma non sarebbe pertanto significativa ai fini della necessaria distinzione tra ordine pubblico e buon costume di cui all'art. 1343, in quanto la *soluti retentio* non sarebbe conseguenza del fatto che il contratto eseguito è stato dichiarato nullo per contrarietà al buon costume, ma dependerebbe da una valutazione di non conformità a tale canone della sola esecuzione.

Non vi sarebbe, quindi, alcuna diversità sul piano disciplinare tra illiceità per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume.

Una simile lettura della norma contenuta nell'art. 2035 si

(70) In tal senso G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2035 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità e immoralità del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1186 ss.; Id., *Buon costume e buona fede*, cit., p. 204; D. CARISI, *Contratto illecito e soluti retentio*, *L'art. 2035 cod. civ., tra vecchie e nuove « immoralità »*, Napoli, 1995, in particolare p. 37 ss.; Id., *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 515.

(71) « Il buon costume starebbe, in altri termini ad esprimere nella costituzione dei rapporti illeciti quella misura di cooperazione dovuta nei rapporti leciti e riassume nella c.d. normativa di correttezza o buona fede »: così G. PANZA, *op. cit.*, p. 205.

(72) L'espressione è di D. CARISI, *Contratto illecito e soluti retentio*, *L'art. 2035 cod. civ., tra vecchie e nuove « immoralità »*, cit., p. 43.

presta, a nostro avviso, a sollevare alcuni interrogativi in considerazione di quelle che sono le risultanze sul piano effettuale della violazione del canone della correttezza.

La malafede nell'esecuzione del contratto spiega, infatti, i suoi effetti nel campo della responsabilità civile del contraente scortetto imponendo a questi un'obbligazione risarcitoria.

Il buon costume di cui all'art. 2035, invece, ha come conseguenza la *soluti retentio* difficilmente inseribile nel sistema della responsabilità civile in quanto non si tratta di uno strumento volto alla compensazione del danno conseguenza del torto, ma di una misura mediante la quale si interviene a disincantare l'esecuzione di contratti contrari al buon costume attraverso l'arricchimento di una parte ai danni dell'altra.

Pare allora preferibile l'interpretazione che legge in tale norma un meccanismo per gradare l'inefficacia del contratto illecito al fine di sanzionare chi, confidando nella complicità della controparte, cerca di dare esecuzione al contratto invalido ove, stante la causa della nullità, tale intento si mostri particolarmente riprovevole (73).

Il legislatore nel differenziare gli effetti della illiceità non avrebbe adottato il rigido strumento di una disciplina legale casistica e puntuale, ma avrebbe impiegato la clausola generale del buon costume onde rimettere al giudice la valutazione della gravità della violazione.

Il buon costume rappresenterebbe così non un canone autonomo del giudizio di liceità del contratto, ma uno strumento per diversificare gli effetti della dichiarazione di nullità (74).

(73) Sulla natura sanzionatoria dell'art. 2035 v. P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Torino, 1996, p. 183. Contra G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Un'analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 22. Quest'ultimo in particolare rileva come talvolta chi riceve è più scortetto di chi ha pagato.

(74) In senso analogo si è espressa anche la Cassazione affermando che « la contrarietà al buon costume è un *quid pluri* che si può aggiungere alla contrarietà alla legge (ed alla conseguente nullità) e non è affatto con essa incompatibile, ma incide

L'art. 2035 non deve essere, quindi, distinto dall'art. 1343 in quanto ne rappresenta un corollario, dal momento che solo la lettura congiunta dei due articoli dà piena spiegazione del ruolo del buon costume nella valutazione della liceità del contratto.

Date tali premesse, si può allora ulteriormente osservare che le valutazioni di contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume possono sovrapporsi (75).

sugli effetti che dalla nullità conseguono, neutralizzando la facoltà di ripetizione»: così Cass. SS.UU. 7.7.1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, 2418.

La S.C. motiva, però, l'irripetibilità della prestazione in ipotesi di contratto contrario al buon costume rilevando che diversamente si avrebbe un diritto alla restituzione fondato su un titolo non valido ovvero sulla immoralità. Vero è che, se l'irripetibilità fosse fondata sulla mancanza di un valido titolo per la restituzione, allora non si comprenderebbe come mai diversamente dovrebbe essere ammessa ripetizione se quanto è prestato risulta contrario alla legge o all'ordine pubblico e non al buon costume.

(75) La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono possibile che la contrarietà a norma imperativa risulti retta da ragioni di buon costume. In tal senso v. in particolare: F. FERARA S.R., *Il pagamento ob *in rem casum**, in *Studi Senesi*, 1912, p. 219; A. TRABUCCI, *op. cit.*, p. 701; P. GALLO, *op. cit.*, p. 186.

In giurisprudenza tale orientamento ha trovato conferma in particolare nella sentenza Cass. SS.UU., 7 luglio 1981, n. 4414, cit.

La giurisprudenza ha inoltre cercato di stabilire dei criteri per individuare il carattere immorale del negozio vietato dalla legge. Uno di questi sarebbe appunto quello dell'esistenza di una sanzione penale. Si veda al riguardo in particolare Cass. 23.3.1985, n. 2081, in *Riv. not.*, 1985, p. 1276. Nel caso di specie, infatti, si esclude l'applicazione della *soluti retentio* con riferimento ad un contratto diretto a violare norme imperative, non sanzionate penalmente al momento della conclusione del contratto.

Sul punto, però, occorre ricordare la presenza di sentenze della Cassazione penale che pronunciate sul punto, hanno accolto la richiesta di restituzione dell'indebito conseguito all'esecuzione di un contratto illecito per contrarietà a norma penale. V. Cass. 18.6.1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, 181. In tale sentenza la Suprema Corte, comunque, non ha escluso la complementarietà tra giudizio di contrarietà a norma imperativa, rilevante ai fini della dichiarazione di nullità, e il giudizio di contrarietà a buon costume, rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art. 2035. La Corte, infatti, si sarebbe semplicemente limitata ad escludere che la norma penale violata, nel caso particolare, fosse retta da ragioni di buon costume.

Sulla possibile convergenza tra norma incriminatrice e art. 2035 si è pronunciata I. LEONINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto, reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1053. L'A. precisa, però, che il concetto di buon costume civilistico deve essere tenuto distinto da quello penalistico talché si avrà *soluti retentio* anche al di fuori dell'ambito dei delitti contro la moralità pubblica ed il buon costume.

Anche una norma imperativa, infatti, può essere retta da ragioni di buon costume ricavate in via interpretativa dal giudice e, quindi, l'esecuzione di un tale contratto darà luogo all'applicazione della disciplina della *soluti retentio*.

Allo stesso modo l'accertata contrarietà ad un principio di ordine pubblico, ai fini della dichiarazione di illiceità del negozio, non impedisce che lo stesso possa risultare in contrasto con valori etici che escludono, ove questo trovi esecuzione, la ripetizione di quanto prestato.

Perdono così rilevanza tutti i tentativi volti ad individuare criteri discriminatori dei canoni della contrarietà a norma imperativa, ad ordine pubblico e a buon costume.

L'illiceità è una categoria unitaria, rappresentata da una valutazione di non conformità delle pattuizioni contenute nel contratto alle leggi o ai principi dalle stesse dedotti in via interpretativa, e la distinzione tra ordine pubblico e buon costume assume rilevanza ai soli fini di una differenziazione degli effetti sanzionatori per l'esecuzione di contratti illeciti.

4.2. Ordine pubblico e assicurazione della responsabilità.

Se si vede nel controllo di conformità del contratto all'ordine pubblico uno strumento con cui l'ordinamento preserva quei principi, che riconosce come fondamentali, dalle violazioni operate dai privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale, allora è forse nell'assicurazione della responsabilità che si devono

Contro la sovrapponibilità del giudizio di contrarietà a norma imperativa e di contrarietà a buon costume si è osservato come una tale conclusione finisca per svuotare di significato la categoria della illegalità: così F. CARASSI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 29 ss.

Tale conclusione non pare accettabile se si considera la diversa funzione svolta dai suddetti criteri di giudizio. La contrarietà a norma imperativa, infatti, determinerebbe la nullità, laddove la contrarietà al buon costume rappresenterebbe un parametro di valutazione autonomo rilevante ai fini della irripetibilità di quanto prestato in esecuzione del contratto contrario a norma imperativa. In tal senso A. TRABUCCI, *op. cit.*, p. 701.

leggere i principali limiti di liceità all'individuazione del rischio assicurato (76).

Per assicurazione della responsabilità si intende il contratto con cui l'assicuratore si obbliga, verso il pagamento di un premio, a garantire l'assicurato dal rischio di perdite che siano diretta ed immediata conseguenza giuridica dell'accertamento di una responsabilità a carico dello stesso, per dire che possono essere individuate nel risarcimento del danno o nella pena irrogata.

Per quanto riguarda la responsabilità penale vi è concordanza di visioni sia nella giurisprudenza che nella dottrina nel considerare la relazione che lega il reo alla pena come retta da ragioni di ordine pubblico e per tal motivo in generale non negoziabile e (77), come avremo modo di vedere più diffusamente, in particolare non assicurabile.

(76) In passato erano stati individuati dei limiti di liceità all'assicurabilità della vita umana. Si osservava così che « la morte di un homo libero non ha prezzo che possa formar oggetto di contratto... »; l'assicurazione sulla vita non era, quindi, permessa « perché ella è sicuramente di tristo augurio e può sollecitare i cattivi a commettere del delitti, onde si reputa contraria ai buoni costumi ed alla onestà pubblica »: così A. BALDASSERONT, *Delle assicurazioni marittime*, Firenze, 1786, p. 301.

(77) « Il diritto applicato ci offre innanzitutto tracce di un ordine pubblico che riflette l'imangibilità del rapporto di fedeltà che lega il privato allo Stato, e del rapporto di pena che affligge chi ha commesso un reato »: così R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, vol. II, cit. p. 104.

Il tema delle possibili relazioni tra contratto e diritto penale ci induce ad alcune considerazioni in punto di nullità virtuale e c.d. « reati contratto ». Si avrebbe nullità virtuale ogni qualvolta, pur in assenza di una valutazione espressa del legislatore in tal senso, il contratto risulti essere comunque in contrasto con una norma qualificabile come imperativa. Dovrebbe, allora, ritenersi nulli tutti i contratti che rappresentino elementi costitutivi di una fattispecie penale.

A riguardo dobbiamo ricordare l'esistenza di due scuole di pensiero. Alcuni Autori considerano l'ipotesi come nulla e rappresentano il contratto in ogni caso come oggetto del divieto e come tale nullo ex art. 1418 c.c.: così R. DOICE, *Considerazioni sul contratto penalmente illecito*, in *Scuola positiva*, 1959, p. 235; G. FOSCHINI, *Debito e contratto*, in *Arch. pen.*, 1953, p. 72 ss.

Per contro altri Autori hanno preferito distinguere all'interno di tale ipotesi due casi: i « reati contratto », ovvero quelle fattispecie penali in cui la condotta tipica è rappresentata dalla conclusione di un contratto, e i « reati in contratto », ovvero le fattispecie in cui la condotta rilevante è rappresentata semplicemente dal comportamento tenuto da una delle parti contraenti prima della conclusione del contratto. Solo

Una negoziazione sulla pena, infatti, determinerebbe una indebita intrusione nella relazione tra Stato e individuo (78).

Parimenti il contratto mediante il quale una parte assume il rischio altrui di incorrere in una sanzione punitiva verso il corrispettivo di un premio rappresenta uno svilimento della potestà sanzionatoria che lo Stato esercita sugli individui nonché una violazione dei principi di ordine pubblico propri del sistema punitivo, primo tra tutti il principio di effettività della pena. Non può, infatti, dirsi effettiva una pena che un soggetto può trasferire su terzi mediante un negozio.

Più difficile sembra poter ricondurre a ragion di ordine pubblico la costruzione di un'obbligazione risarcitoria in capo al danneggiante.

Non arriva a tali conclusioni la dottrina che tende ad oggettivizzare la responsabilità civile considerandola uno strumento attraverso cui si opera una traslazione del danno da un soggetto ad un altro (79), rendendola « un meccanismo sociale per la traslazione dei costi » (80).

La responsabilità civile sarebbe così guidata solo da ragioni di tipo socio economico relative alla migliore allocazione dei costi sociali conseguenti ad eventi dannosi.

Se il risarcimento del danno si riducesse a questo, allora dovremmo concludere nel senso che i sistemi di assicurazione sociale rappresentano una valida alternativa alla tutela risarcitoria.

nel primo caso si avrebbe necessariamente la nullità del contratto. Nell'ipotesi dei « reati in contratto », invece, le parti non possono anche risultare lecite perché in tal caso la norma non sanziona la condotta corrispondente alla conclusione del contratto. Così F. CARLUCCI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1953, p. 34 ss.; F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, p. 37 ss. e p. 382 ss.; I. LEONCINI, *op. cit.*, p. 997 ss.

(78) V. *amplius infra* capitolo III § 4.2.
(79) In tal senso S. RODORA, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim* in particolare p. 89 ss. ove l'Autore individua nella solidarietà uno degli indici attribuiti dell'obbligazione risarcitoria.

(80) L'espressione è di P. G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, vol. 3, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, p. 19.

ria (81), negando, di conseguenza, giuridica rilevanza alla stessa responsabilità civile.

In senso in parte diverso muove altra parte della dottrina la quale rileva come, tra i criteri di imputazione dell'obbligazione risarcitoria, accanto al danno figure l'*inimica* (82).

(81) Sul punto A. PROCCA MARELLI DI LAURO, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 776 ss.; A. GAMBINO, *Tramonto dell'assicurazione della responsabilità civile automobilistica? tor.*, 1973, p. 349; G. B. FERRI, *Dalla responsabilità alla riparazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 348 ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 474; D. POLETTI, *Il danno alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 731 la quale richiama le considerazioni di P. S. ARVAN, *Accident compensation and the law*, London, 1980, 3^a ed.; D. S. GREEN, *No fault Compensation for Personal Injuries arising from Road Accidents: development in the United States*, in *Anglo Americ. L. Rev.*, 1992, p. 223 ss. Un altro giurista americano sostenitore dell'efficienza del sistema di *first party insurance* è G. CALABRESI, *Costo degli incidenti, efficienza e distribuzione della ricchezza: sui limiti dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 7 ss.

Ancora rileva uno stato di crisi del modello classico dell'assicurazione della responsabilità G. PREST, *The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law*, in *Yale L. J.*, 96 (1987), p. 1521 ss.

Per una comparazione col sistema *first party* svedese v. F. D. BUSNELLI, *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con «Lalenartia svedese»*, in *Jur.*, 1986, p. 220.

Il problema della surrogabilità della responsabilità civile con un'assicurazione *first party* assume una dimensione particolare se ci si pone nella prospettiva della alternatività tra responsabilità civile e responsabilità penale. Sostituendo la prima con un meccanismo assicurativo e, quindi, non sanzionatorio, si finisce, infatti, per eliminare uno dei possibili canali attraverso cui è possibile attuare la frammentarietà del diritto penale. V. *infra* parte III, capitolo I.

(82) La questione riguarda più in generale il problema della oggettivizzazione della responsabilità civile compiuta dalla dottrina che ha portato ad escludere la colpevolezza del danneggiante degli elementi costitutivi dell'obbligazione risarcitoria. Sul punto: F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, pp. 1-44; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità civile*, in *Noovis. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1957, p. 632 ss.; A. D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., p. 25 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 33 ss. il quale richiama le teorie di G. CALABRESI, *Il costo degli incidenti e responsabilità civile*, Trad. A. De Vita, V. Varano, V. Vigoriti, Milano, 1975, p. 183 ss.

Contrario ad una oggettivizzazione della responsabilità civile: BUSNELLI F. D., voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 3 ss. Considera inoltre la colpa un predicato della *inimica* e quindi un elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità civile secondo una ricostruzione storica dell'istituto C. A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, 1995, pp. 39-41.

La responsabilità civile sarebbe allora sostanzialmente un meccanismo di traslazione del danno dal danneggiato al soggetto al quale sia imputabile la violazione che rappresenti la causa del danno stesso e non al soggetto che sia in grado di sopportare il costo in maniera più efficiente (83).

Una simile ricostruzione finisce per evidenziare come la responsabilità civile sia guidata anche da una funzione propriamente sanzionatoria (84) che fa della stessa un meccanismo di prevenzione degli illeciti attuato attraverso un detrimento nella sfera del danneggiante corrispondente al danno da questi causato.

Anche la responsabilità civile allora, sebbene operante nel campo della tutela di interessi privati, troverebbe, nella sua riconosciuta polifunzionalità (85), scopi suscettibili di essere protetti nel vasto orizzonte dell'ordine pubblico.

Si potrebbero pertanto ripetere per il risarcimento del danno, quale sanzione degli illeciti civili, le stesse conclusioni formulate in punto di inassicurabilità della pena.

(83) Secondo tale interpretazione la colpa rimane pur sempre il denominatore comune di tutte le situazioni in cui si ha responsabilità civile e il diverso atteggiarsi della stessa nelle varie ipotesi dipende solo dal fatto che, mentre in via generale occorre dar prova della sua esistenza, per taluni casi eccezionali il legislatore introduce delle presunzioni di colpa relative (è il caso degli artt. 2047, 2048, 2050, 2054) o assolute (è il caso degli artt. 2049, 2053, 2051, 2052). Sul punto v. Cass. 17.11.1976, n. 4270, in *Foro it.*, 1976, I, 2798. In dottrina F. D. BUSNELLI, *op. loc. cit.*; M. COMROTT, *Fatti illeciti: la responsabilità presunte*, Artt. 2044-2048, in *Comm. Cod. Civ. Schlesinger*, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2002, p. 140 ss.

Si è peraltro osservato in dottrina che l'impiego della colpa come criterio di imputazione della responsabilità fa del sistema degli illeciti civili un *tertium genus* tra il sistema liberale fondato sul contratto e quello collettivistico che adotta la sanzione penale. Cfr. G. CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 665 ss.

(84) Sulla funzione sanzionatoria della responsabilità civile v. in particolare F. C. SAVIGNY, *op. loc. cit.*; G. BONIURTI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 272; Id., *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 159 ss.; C. SALVI, *Il danno extraccontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, p. 126 ss.; P. GENDON, *Il profilo della sanzione nella r.c.*, in *La responsabilità extraccontrattuale*, a cura di P. Gendon, Milano, 1994, p. 71.

(85) Sul punto v. in particolare S. RODORÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 600 ss.

Per contro, nonostante sia possibile individuare in entrambi i sistemi di responsabilità analoghe prospettive di relazionabilità di questi rispetto all'ordine pubblico, le diversità degli stessi in punto di principi e di struttura hanno portato gli interpreti a formulare, nel tempo, una soluzione fondata su un netto bipolarismo: da un lato, una generale assicurabilità della responsabilità civile, con la sola esclusione degli illeciti dolosi, e, dall'altro, una assoluta inassicurabilità della responsabilità penale (86).

Ripensare al problema dell'assicurazione della responsabilità, sotto il profilo della liceità della copertura assicurativa avente ad oggetto il rischio di sanzioni, in considerazione di quelle che sono le attuali dinamiche del sistema delle tecniche di tutela contro i torti, importa allora un'attenta rilettura delle teorizzazioni su cui risulta fondata la suddetta soluzione al fine di individuare gli elementi di novità da cui muovere nella ricerca di risposte adeguate ai termini in cui la questione attualmente si presenta.

(86) Recentemente sui rapporti tra assicurazione e responsabilità, in una prospettiva analoga a quella da noi seguita, si è pronunciato P. CANE, *Responsability in Law and Morality*, Oxford-Portland Oregon, 2002, p. 250 il quale in particolare osserva conclusivamente come « so far as liability insurance is concerned, my relational and functional analysis concluded that it is not inconsistent with responsibility under the civil law paradigm — whether the responsibility is based on mens rea or negligence, or can arise without fault — because it furthers the primary reparative goal of civil law. By contrast, I concluded that liability insurance is inconsistent with the primary retributive, expressive and deterrent functions of sanctions under the criminal law paradigm, but not with sanctions that are effectively activity taxes ».

ASSICURABILITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

CAPITOLO II

SOMMARIO: 1. Dal dibattito sulla liceità del contratto di assicurazione al problema dell'assicurabilità degli illeciti. — 2. I primordi dell'assicurazione della responsabilità civile. — 3. Il superamento del dogma dell'inassicurabilità della colpa. — 4. Assicurazione e responsabilità civile nei lavori preparatori del codice civile del 1942. Il lento venir meno dei timori per una copertura della colpa grave. — 5. I limiti del rischio assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile *ex art.* 1917. L'inassicurabilità degli atti dolosi. — 6. Dalla responsabilità civile assicurabile alla responsabilità civile assicuranda. — 6.1. I limiti dell'autonomia del predispone nella individuazione di limitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria. — 6.2. Crisi della regola dell'inassicurabilità del dolo nell'assicurazione obbligatoria?

1. Dal dibattito sulla liceità del contratto di assicurazione al problema dell'assicurabilità degli illeciti.

Per comprendere le difficoltà che i giuristi incontrarono nello sviluppare una soluzione al problema dell'assicurazione della responsabilità idonea a risolvere i possibili contrasti tra le esigenze economiche, le quali muovevano tendenzialmente a favore di una piena assicurabilità di tale rischio, e i principi nonché le regole in cui trovava espressione il divieto a prestare garanzia assicurativa per le conseguenze di un atto illecito, occorre aver presenti le stesse perplessità avanzate in ordine alla validità del contratto di assicurazione sin dal XIV secolo ovvero sin da quando il fenomeno si impose all'attenzione dei giuristi (1).

L'assicurazione, infatti, non trova antecedenti in senso proprio nel diritto romano nonostante i tentativi, operati in dottrina,

(1) V. *infra* nota 3.

di individuare le origini romanistiche dell'istituto (2), tentativi che hanno incontrato l'opposizione di coloro i quali hanno

(2) In particolare si veda P. HURELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (ouvrage publié après la mort de l'auteur par H. Lévy Brühl)*, Paris, 1929, pp. 95-144.

L'A. ha rinvenuto un'ipotesi di contratto di assicurazione nel diritto romano nel c.d. *periculi pretium*. Si fa in particolare riferimento ad un frammento di SEVOLA 5D. 22.2: « *Periculi pretium est et l' si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dedentis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aliae speciem non cadat veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent, ut « si non manumittas » « si non illud facias » « si non convulhero » et cetera, nec dubitabis, l' si piscatori erogatum in apparatum plarium pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et aboletae, unde se exhiberet exerceatque, ut, si vicisset, redderet. l. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest. »*

Vero è che l'operazione ivi descritta non rappresenta un trasferimento del rischio ad un terzo, ma il mero trasferimento di una somma di denaro che dovrà essere restituita ove un dato evento si verifichi. In tal senso v. G. VALERI, *Il « periculi pretium » e i precedenti romani dell'assicurazione*, in *Assic.*, 1936, I, p. 122 ss.

Un'altra possibile ipotesi di contratto di assicurazione nel diritto romano è individuata, ma solo per escluderne l'identità con l'assicurazione a premio, nel *foenus nauticum* il quale ha la struttura del prestito condizionato e non costituisce pertanto trasferimento del rischio. In tal senso v. G. VALERI, *op. cit.*, p. 126.

Considerazioni analoghe si possono compiere per la *susceptio periculi*. Si pensi a pattuizioni in cui il venditore, in deroga al principio generale per cui *res periti domino*, si assume il rischio che il vino venduto vada in aceto. Anche in tal caso si può notare come non vi sia un vero trasferimento del rischio attraverso un'operazione contrattuale autonoma, ma solo una diversa ripartizione dello stesso tra le parti contraenti. Così A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, Milano, 2000, 2^a ed., p. 53.

Sulla rinvenibilità di precedenti dei contratti di assicurazione nelle fonti romane prende posizione anche A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 12 ss.

L'A. individua notizie sul fenomeno in Svetonio (lib. 25 cap. 18) che narra come Claudio Cesare introdusse l'uso delle assicurazioni. Baldasseroni precisa però come a suo avviso « pare che quelle assicurazioni fossero di un'indole del tutto diversa da quella di cui è il contratto presente. Giacché l'imperatore non esigeva il premio del pericolo che assumeva, ed era una donazione gratuita al pubblico vantaggio »: così A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 12.

Ancora quest'ultimo ricorda come notizie dell'assicurazione si abbiano in Tito Livio (lib. 33, cap. 49) il quale narra come ai tempi della guerra punica i commissari incaricati di trasportare in Spagna le munizioni stipularono che la Repubblica sarebbe stata garante delle perdite « *ab hostium tempestive* ». Anche Cicerone (Cic. Lib. 2 epist. 17), parlando con un ricco carico dalla vittoria riportata in Cilicia, scriveva a Camino Sallustio di trovargli persone in grado di prestare garanzie per il denaro pubblico che avrebbe spedito in Roma.

Baldasseroni però conclude che non vi è « vera notizia » di tale contratto negli antichi legislatori e che esso era certamente ignoto alla giurisprudenza romana « almeno

ridotto tali presunti primordi del contratto di assicurazione a meri « germi dell'assicurazione a premio » (3).

Questa premessa spiegherebbe i timori dei giuristi medioevali che, trovatisi di fronte ad un fenomeno in tutto nuovo, cercavano di mascherarne l'identità attraverso le false vesti della compravendita o del mutuo finendo così per ingenerare non pochi dubbi sulla validità di tale contratto (4).

Siffatte perplessità riguardavano in particolare il ricorso alla figura del mutuo. L'operazione di « camuffamento » veniva, infatti, realizzata fingendo che l'assicurato avesse prestato una somma *gratis et amore* all'assicuratore il quale si obbligava alla restituzione della medesima in caso di buon esito di un dato affare (5).

La configurazione di un prestito *gratis et amore* faceva di per

in quella estensione in cui nel moderno commercio è stato propagato »: così A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 15.

(3) L'espressione è di G. VALERI, *op. cit.*, p. 127. In senso analogo C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, Vol. I, cit., p. 4 ss.

Le origini del contratto di assicurazione andrebbero allora collocare nei primi decenni del XIV sec. Tale tesi viene fondata nel rinvenimento, all'interno dei libri contabili di alcuni mercanti fiorentini dell'epoca, di annotazioni di spese « per rischio » per il trasporto della merce oltre a quelle per il noleggio dell'imbarcazione. Così E. BENSÀ, *Il contratto di assicurazione nel medioevo*, Genova, 1884, p. 46 ss. Assume rilevanza, a favore di detta tesi, anche il rinvenimento dell'« atto grossetano di quietanza » del 1329 in cui si rinviene l'espressione « *pro securitate et risico super dictam mercem* ». Di esso si è occupato in particolare G. VALERI, *I primordi dell'assicurazione attraverso il documento del 1329*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 41 ss.

In senso in parte contrario v. A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., p. 113 ss.; C.L. DAVERGIA, *Forme contrattuali dell'assicurazione marittima medioevale*, in *Assic.*, 1984, I, p. 360 ss. L. PIATTOLI, *Ricerche intorno all'assicurazione nel medioevo*, III, ivi, 1939, I, p. 164 ss.

Quest'ultimi ritengono che in tali ipotesi non si abbia un vero e proprio trasferimento del rischio in quanto questo è assunto da una delle parti del contratto di noleggio dell'imbarcazione per il trasporto della merce. Secondo tali Autori, pertanto occorrerebbe posticipare la nascita del contratto di assicurazione ai contratti genovesi del 1347.

In vero, anche se il rischio è assunto da una delle parti del contratto rispetto al quale la garanzia assicurativa si presenta come accessoria, ciò non toglie che vi sia il trasferimento di un rischio e non una mera ripartizione dei rischi contrattuali tra i contraenti come era nell'ipotesi sopra ricordata della *susceptio periculi* v. supra nota 2.

(4) Questa tesi circa i motivi della stipulazione di contratti di assicurazione in forma dissimulata è sostenuta in particolare da E. BENSÀ, *op. cit.*, p. 59.

(5) Sul punto E. BENSÀ, *op. loc. ult. cit.*

sé sorgere il dubbio che dietro tale operazione si celasse un contratto aleatorio e come tale usurario, quindi illecito (6).

Inoltre un simile contratto si prestava ad essere confuso con il prestito marittimo colpito dal veto di usura con la Decretale « Naviganti » promulgata nel 1235 da Papa Gregorio IX (7).

Sospetti sulla conformità del contratto di assicurazione ai precetti della morale sono stati avanzati anche per la difficoltà di identificare la controprestazione della materiale corresponsione del premio nella ideale prestazione di *securum facere* che l'assicuratore si assume. Tale difficoltà ingenerava il dubbio che si trattasse di una pura scommessa su un evento futuro ed incerto e come tale illecita in quanto « *contractus qui imitatur fortunae, proprie non est industriae ideò est usura* » (8).

Nonostante le resistenze nel riconoscere la rilevanza giuridica positiva del nuovo fenomeno, già nel XVI secolo compaiono i primi « *Tractatus* » di diritto delle assicurazioni nei quali la scienza giuridica del tempo dimostra di aver raggiunto un'elaborazione compiuta in ordine alla natura del contratto di assicurazione.

(6) V. in particolare sul punto P. G. PESCE, *La dottrina degli antichi moralisti circa la liceità del contratto di assicurazione*, in *Astic.*, 1966, I, p. 36 ss.

Era forse per tali ragioni che la dissimulazione del contratto di assicurazione sotto la veste della compravendita veniva preferita.

L'operazione dissimulativa era realizzata attraverso l'acquisto da parte dell'assicuratore delle cose assicurate sotto la condizione risolutiva del loro arrivo a destinazione. Anche tale relazione negoziale non era esente da critiche in quanto il pagamento del premio risultava incompatibile con lo schema della compravendita. Secondo alcuni storici fu questo il motivo che spinse all'introduzione del meccanismo del pagamento anticipato del premio. Così G. BONOUS, *Svolgimento storico dell'assicurazione in Italia*, Firenze, 1901, p. 52.

(7) Cf. P. G. PESCE, *op. cit.*, p. 47.

(8) Così P. TARTARETO, *Lucidissima Commentaria sive reportata in IV librum sententiarum Dans Scoti*, Venezia, 1583, p. 286.

A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee*, cit., p. 153 ricorda peraltro la critica mossa contro la moralità del contratto di assicurazione in quanto atto mediante il quale l'uomo si arrogerebbe un potere divino. Al riguardo l'A. richiama un passo di F. SACCHETTI, *I sermoni evangelici* (1380), Firenze, 1857, p. 11, ove si afferma che « E l'uno mercante assicura il navillo dell'altro per denari. E questo è poco sentimento però che altro che Dio non può assicurare niuna cosa in questa vita ».

zione come prestazione di sicurezza verso il corrispettivo di un premio ed, in quanto tale, distinto dagli istituti sotto le cui vesti era stata occultata la sua vera sostanza (9).

Una simile ricostruzione privava di fondamento i dubbi sulla validità del contratto di assicurazione permettendo di concludere a favore della sua liceità peraltro già sancita da alcuni atti normativi del XIV sec. che ne vietavano l'impugnazione (10).

I giuristi dell'epoca non mancarono comunque di individuare limiti all'assicurabilità del rischio, in parte, presenti nelle stesse leggi che affermavano la piena validità del contratto di assicurazione (11) e, in parte, deducibili dai principi ispiratori dell'ordine giuridico, come è stato per il divieto di assicurare le conseguenze di un atto illecito. La prestazione di *securum facere* gravante sull'assicuratore non poteva, infatti, rappresentare uno strumento mediante il quale, anche solo indirettamente, si veniva ad addivare e, quindi, ad incentivare la commissione di un atto illecito in generale (12), senza alcuna distinzione tra illecito penale e illecito civile (13).

Solo tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, l'esigenza, da un lato, di sollevare i privati dal rischio di incorrere in gravi

(9) V. in particolare B. STRACCA, *Tractatus de assecurationibus*, Venezia, 1569, p. 56; A. D. P. SANTERNA, *Tractatus perutilis et quotidianus. De assecurationibus et sponsonibus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussionibus*, Torino, 1615, p. 447 ss.; B. M. ÉMÉRIGON, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, vol. I, Marseille, 1783, pp. 3-4.

(10) Ci riferiamo in particolare al Decreto emesso il 22.10.1369 dal duca di Genova Gabriele Adorno pubblicato da E. BENSÀ, *op. cit.*, pp. 149-151, e alla legge fiorentina del 9.5.1393 anch'essa pubblicata da E. BENSÀ, *op. cit.*, p. 159 ss.

(11) Così la legge fiorentina del 9 maggio 1369, pur riconoscendo la liceità di tale contratto, vietava l'assicurazione sopra merci straniere dichiarandone la nullità e sanzionando tale pratica con pene pecuniarie. Sulle ragioni di tale divieto v. in particolare L. PIATTOLO, *Le leggi fiorentine sull'assicurazione nel medioevo*, Firenze, 1933, pp. 3 e 54.

(12) « *Quod prohibetur, actum nullum (est) irritum reddit* »: così B. STRACCA, *op. cit.*, p. 48. Ancora gli Autori di fine '800 individuano un legame tra validità del contratto di assicurazione e liceità dell'attività assicurata. Tra gli altri A. SACERDOTI, *Il contratto di assicurazione*, Padova, 1874-1878, p. 124, nell'individuare i limiti di liceità dell'assicurazione, inizia col senzionare che « è valida l'assicurazione su tutte le cose di cui per le leggi dello Stato è lecito il commercio ».

(13) V. *infra* capitolo III, nota 35.

obblighi risarcitori, ove il danno fosse stato recato in conseguenza di un'attività puramente colposa, e, da un altro, di garantire la sicurezza di un adeguato ristoro alle vittime del torto, impose di ripensare al problema dell'assicurabilità degli atti illeciti e di rinvenire una soluzione che permettesse di riconoscere la validità dell'assicurazione della responsabilità civile.

2. I primordi dell'assicurazione della responsabilità civile.

Il contratto di assicurazione della responsabilità civile ha trovato degli ostacoli nella sua emersione nel mondo del diritto rappresentati, in parte, dalle difficoltà incontrate dai giuristi nell'inquadrarlo all'interno delle categorie dogmatiche conosciute, in parte, dai dubbi in ordine alla sua stessa liceità.

Con riferimento al primo aspetto, gli interpreti che si trovarono per primi ad affrontare il problema, mostrarono in particolare un certo imbarazzo nel qualificare la posizione del terzo danneggiato rispetto al contratto di assicurazione.

Infatti questi, pur non essendo parte del contratto, acquista in virtù dello stesso una sorta di garanzia del pagamento del debito che il danneggiante ha nei suoi confronti in conseguenza del danno arrecatogli.

Una simile considerazione ha portato la scienza giuridica a discutere in ordine alla possibilità di riconoscere la costituzione di un diritto del terzo in virtù del contratto di assicurazione contro la responsabilità civile (14).

(14) Sul punto C. VITRANO, *L'assicurazione della responsabilità civile*, cit., p. 14 ss. L'idea di ricondurre il contratto di assicurazione della responsabilità allo schema concettuale del contratto a favore di terzo è stata riproposta in dottrina con riferimento all'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica in relazione alla disciplina dell'azione diretta del terzo danneggiato verso l'assicuratore del danneggiante espressamente prevista dall'art. 18 della l. 24.12.1969 n. 990. Cfr. F. FERRARA JR., *L'assicurazione obbligatoria degli autoveicoli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 756; G. GENITILE, *La legge sull'assicurazione obbligatoria r. c. dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Resp. civ. prev.*, 1970, pp. 19-23.

Contro tale ricostruzione del fenomeno si osserva come l'assicuratore, a differenza

Tale aspetto non ha rappresentato una pura speculazione della dottrina tanto che negli anni '30 il Supremo Collegio si trovò a ribadire categoricamente che « L'assicurazione contro la responsabilità civile non è un contratto a favore di terzi » (15).

I dubbi al riguardo avevano del resto fondamento nello stesso linguaggio delle polizze del tempo.

In alcuni dei primi contratti di assicurazione della responsabilità civile, infatti, ricorreva, nell'individuazione dell'obbligazione dell'assicuratore, l'espressione « pagamento diretto » al terzo (16). Tale formula linguistica faceva sorgere il dubbio che la polizza,

di quanto previsto dall'art. 1411 per il promittente, non possa opporre eccezioni al terzo. Cfr. G. FANELLI, *L'essenza dell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, a cura di A. Genovese, Padova, 1977, p. 14 ss.

Più recentemente si è osservato come la riconduzione dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica al contratto a favore di terzi importerebbe che il diritto all'indennizzo del danneggiato troverebbe la propria fonte non nella legge ma nel contratto e sarebbe pertanto condizionato alla validità ed efficacia di questo. Nulla sarebbe, pertanto, dovuto alle vittime di incidenti stradali in caso di dolo dell'assicuratore e di nullità del contratto. « In sostanza, il fine della tutela delle vittime colpite da sinistri stradali incontrerebbe il limite del contratto, con l'ulteriore conseguenza di avvantaggiare inspiegabilmente le imprese di assicurazioni, sollevate dall'obbligo di corrispondere l'indennità »: così M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, Padova, 1986, p. 27.

(15) Così Cass. Regno 3.8.1934, n. 2975, in *Foro it.*, 1934, I, 1565 e in *Assic.*, 1934, II, p. 346 ss. con nota di T. ASCARELLI, *Ancora sul diritto del terzo danneggiato nell'assicurazione responsabilità civile*.

Parte della dottrina diversamente ammetteva un diritto in capo al terzo riconducendo l'assicurazione della responsabilità civile allo schema concettuale dell'accollo. Al riguardo si osserva come « il credito per l'indennità entra nel patrimonio dell'assicurato soltanto per reintegrarlo di un risarcimento effettuato o per rendergli possibile di effettuarlo: quindi quel credito ha necessariamente come destinatari (mediati o immediati) gli eventuali terzi danneggiati. Mi sembra perciò legittima la conclusione che in sostanza l'assicuratore si accolla preventivamente, fino alla concorrenza della somma associata, i debiti di risarcimento che incorreranno all'assicurato »: così V. ANGELOTTI, *I diritti del terzo danneggiato verso l'assicuratore della responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, p. 191.

Da notare come, negli anni '60, la dottrina sentisse ancora l'esigenza di distinguere sul piano concettuale l'assicurazione della responsabilità civile dal contratto a favore di terzo. Cfr. F. BENATTI, *Appunti in tema di azione diretta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 635.

(16) Si tratta di un'espressione che era contenuta nelle delle polizze della società « Italian Excess Insurance ».

come osservava la dottrina (17), riconoscesse un diritto proprio del terzo azionabile nei confronti dell'assicuratore secondo lo schema logico del contratto a favore di terzo. Per contro, come rilevato dai giuristi dell'epoca (18), l'espressione serviva soltanto ad indicare la possibilità per l'assicuratore di estinguere il suo debito verso l'assicurato attraverso il pagamento diretto al terzo della somma da questi dovuta a titolo di responsabilità civile.

Un'altra ipotesi, in cui le espressioni utilizzate nella polizza per descrivere l'obbligazione dell'assicuratore hanno generato dubbi sulla natura della stessa, si è avuta con riferimento alle polizze della società « Il Duomo », nelle quali si parlava di « rimborso » dell'assicuratore da parte dell'assicurato della somma corrisposta al terzo quale esecuzione dell'obbligazione risarcitoria. Una simile terminologia faceva, infatti, sorgere nuovamente dubbi in ordine all'esistenza di una relazione obbligatoria diretta tra assicuratore e terzo (19).

La giurisprudenza, però, osservava come tale espressione doveva essere letta nel senso che il debito dell'assicuratore trovava un limite al proprio ammontare nell'entità dell'obbligazione risarcitoria gravante sull'assicurato (20).

Per indicazioni sulle espressioni utilizzate dagli assicuratori nell'individuare la prestazione dell'assicuratore v. G. GENITILE, *Natura giuridica dell'assicurazione contro la responsabilità civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, pp. 93-94.

(17) Così T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 346.

(18) Cfr. T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*

(19) Sul punto Cass. Regno 3.8.1934, n. 2975, cit.

(20) « Il terzo danneggiato non ha alcun diritto proprio né alcuna azione diretta contro l'assicuratore della responsabilità civile »: così Cass. Regno, 3.8.1934, n. 2975, cit. Per osservazioni T. ASCARELLI, *op. loc. cit.*; C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 15.

Da notare al riguardo come in tempi recenti il coordinamento tra l'obbligazione risarcitoria del danneggiato e l'obbligazione dell'assicuratore ha posto problemi in punto di applicazione a quest'ultima del principio nominalistico. Sul punto la giurisprudenza è ormai concorde nell'affermare che « occorre distinguere l'obbligazione risarcitoria *ex delicto* gravante sul danneggiante, che dà luogo a debito di valore rivalutabile anche di ufficio, dalla obbligazione dell'assicuratore di pagare direttamente l'indennizzo al danneggiato »: così Cass. 03.10.1997, n. 9678, in *Mass. Foro it.*, 1997. In senso analogo, più recentemente, Cass. 26.4.1999, n. 4155, in *Mass. Foro it.*, 1999.

Così la dottrina del tempo, in ossequio a tale orientamento giurisprudenziale, rilevava, contro la possibilità di ricondurre il contratto di assicurazione della responsabilità civile all'interno dello schema concettuale del contratto a favore di terzi, che nel primo « assicurato è il medesimo stipulante dell'assicurazione non il terzo danneggiato (il quale) ... non acquista alcun nuovo diritto che egli già non abbia in conseguenza del fatto dannoso, indipendentemente dal contratto; ... per contro il suo diritto costituisce precisamente quel danno contro cui è diretta la garanzia » (21).

Non sono state, però, solo questioni di ordine linguistico a rendere difficile l'opera della scienza giuridica di fronte all'assicurazione della responsabilità civile, ma è stata la stessa emergenza del fenomeno in maniera frammentaria a far risultare complessa una sua comprensione in chiave unitaria.

Del resto anche nel « *Contratto di assicurazione* » di Vivante manca una visione generale del tema la cui trattazione è ripartita nelle tipologie di assicurazione della responsabilità civile presenti nel mercato assicurativo dell'epoca: l'assicurazione del rischio locativo, quella per il ricorso dei vicini e quella contro i danni dei trasporti (22).

Le difficoltà incontrate dalla dottrina nell'inquadrare il contratto di assicurazione contro la responsabilità civile all'interno delle categorie dogmatiche civilistiche risulta chiara anche in considerazione degli sforzi dalla stessa compiuti nel ricercare quello che, nei primordi del contratto di assicurazione, può aver rappresentato l'archetipo dell'assicurazione della responsabilità civile.

La dottrina tedesca ha individuato un primo esempio di contratto contro la responsabilità civile nell'assicurazione delle spese di salvataggio, intesa come contratto accessorio all'assicurazione contro i danni, mediante il quale l'assicuratore si impegna

(21) G. GENITILE, *op. cit.*, p. 85.

(22) Cfr. C. VIVANTE, *Contratto di assicurazione: le assicurazioni terrestri*, Vol. I, cit., p. 261 ss.

meno, erano fondati su due principi: quello che vede nella colpevolezza del danneggiante un elemento essenziale della responsabilità civile e quello dell'inassicurabilità della colpa.

Il primo deriva dalla considerazione che non ogni danno trova ristoro, ma solo quello ingiusto imputabile ad una condotta colpevole del danneggiante (31).

Per tal via la colpa diviene un predicato dell'*iniuria* che rileverà non come mera violazione di una situazione giuridica soggettiva ma come lesione perpetrata in una condizione subietiva di colpevolezza (32).

Secondo tale ricostruzione la responsabilità civile non sarebbe allora un mero strumento di allocazione del danno in quanto risulterebbe ispirata anche al principio di autoreponsabilità in virtù del quale ciascuno è chiamato a rispondere delle proprie azioni.

nota 33), ma è con il progresso tecnologico che aumentano le relazioni tra gli individui e le occasioni di danno. Occorre così aspettare la fine del XIX secolo perché si avverta l'esigenza di stipulare polizze contro la responsabilità civile. Per tali osservazioni v. C. VITRABO, *op. cit.*, p. 27 ss.

Del resto fino al XVII secolo il mercato assicurativo è dominato dall'assicurazione marittima, all'interno della quale sono rari i casi di copertura di responsabilità civile (v. *abbordeggio*). È, infatti, solo nel 1884 che viene costituita in Londra la prima società per l'assicurazione terrestre degli incendi. Si tratta della società « *Friendly society fire office* » come ricorda S. JANNUZZI, *Trattato sulle assicurazioni terrestri a premio*, Napoli, 1869, p. 30.

(31) Per una ricostruzione dei rapporti tra *iniuria* e *culpa* cfr. C.A. CANNATA, *op. cit.*, p. 25 ss.

(32) Si discute al riguardo se l'ingiustizia debba essere riferita al danno o all'atto. In passato si era ritenuto che ingiusto fosse l'atto e che la locuzione « danno ingiusto » fosse da attribuirsi ad un errore terminologico del legislatore: così G. PACCHIONI, *Il danno ingiusto secondo il vecchio e il nuovo codice*, in *Scritti in onore di G. Ferrini*, vol. II, Milano, 1947, p. 174 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 98 ss.; L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. II, Milano, 1964, p. 432.

Per contro attualmente si tende a ricondurre l'ingiustizia al danno: così G. VASININI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 182; F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, ivi, 1988, p. 654; S. RODORA, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 107 ss.

La questione pare di poca utilità e le soluzioni prospettate non disarant le une dalle altre: l'atto è ingiusto perché ha violato una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento, quindi il danno è ingiusto e viceversa.

Il secondo principio risulta, invece, fondato, in primo luogo, su ragioni di ordine pubblico: non si può tenere indenne il responsabile di un illecito dalle conseguenze negative della sua azione perché in questo modo si incentiverebbero le condotte antigiuridiche (33).

Tale soluzione sembra, però, ispirata anche da motivi legati alla struttura del contratto di assicurazione, una condizione essenziale per la stipulazione del quale è l'esistenza di un interesse dell'assicurato a che l'evento garantito non si verifichi (34).

Semberebbe, infatti, difficile rinvenire un simile interesse in un contratto che garantisca eventi il cui accadimento trova origine in un atto compiuto dallo stesso assicurato.

Queste paiono essere le principali ragioni che hanno condotto alla formazione della regola dell'inassicurabilità della colpa quale ha trovato peraltro espressione nel contenuto di testi normativi.

(33) Sintetica ma eloquente sul punto l'affermazione di A.D.P. SANTERNA, *Tractatum illustratum*, Venezia, 1633, vol. VI, p. 354: « *culpa assecurati non tenetur promissor* » e ancora sul punto Id., *Tractatus perutilis et quotidianus de assecurantibus et sponsonibus mercatorum*, in *Tractatus de fideiussionibus*, Torino, 1615, p. 545 nn. 10-11.

Successivamente la regola trova consacrazione in J.L.M. DE CASAREGI, *op. cit.*, p. 9 n. 73.

In epoca più recente riconduce l'inassicurabilità della colpa a ragioni di ordine pubblico S. JANNUZZI, *op. cit.*, pp. 59-60.

(34) Si tratta di un principio che in Italia ha trovato espressione nell'art. 423 cod. comm. del 1882 e attualmente nell'art. 1904 c.c.

L'interesse viene definito in dottrina come il « rapporto economico della persona con la cosa »: così tra gli altri in particolare S. FERRARINI, *L'interesse nell'assicurazione*, in *Saggi in scienze assicurative pubblicati dalla R. Università di Pisa sotto la direzione dei professori L. Tonelli e L. Mossa*, Pisa, 1935, p. 97.

Sulla rilevanza dell'interesse nel contratto di assicurazione: C. VIVANTE, *op. cit.*, p. 114 ss. e A. DONATI, *op. cit.*, p. 231 ss. il quale considera l'interesse elemento costitutivo della causa del contratto di assicurazione con la conseguenza che la mancanza di interesse *ab initio* comporterà la nullità del contratto, per contro la sopravvenuta cessazione dell'interesse comporta la risoluzione del contratto. Riconduce invece l'interesse all'oggetto S. FERRARINI, *op. cit.*, p. 103 ss.

L'interesse è stato altresì assunto dai fautori della teoria indennitaria dell'assicurazione come elemento attraverso cui operare la distinzione tra assicurazione e scommessa. In particolare in tal senso v. L. BURTIARO, voce *Assicurazione sulla vita*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, pp. 612-614.

Così l'art. 27 dell'*Ordonnance de la Marine* del 1681 prevedeva che « *Si toutefois le changement de route... arrive par l'ordre de l'assuré, sans le consentement des assureurs, ils feront déchargés de risques, ce qui aura pareillement lieu entoutes autres pertes et dommages qui arriveront, par le fait ou la faute des assurés, sans que les assureurs soient tenus de restituer la prime, s'ils ont commencé à couvrir les risques* » (35).

In Italia tale regola trovava espressione nell'art. 434 del cod. comm. del 1882 ove si disponeva al riguardo che « l'assicuratore non risponde delle perdite e dei danni... cagionati da fatto o colpa dell'assicurato ».

Occorrerà pertanto attendere l'erosione del principio della colpevolezza del soggetto civilmente responsabile e del dogma dell'inassicurabilità della colpa per arrivare ad ammettere la piena liceità del contratto di assicurazione della responsabilità civile.

L'idea della responsabilità per colpa, sebbene abbia trovato delle fratture nell'individuazione di eccezioni di fonte legale che ammettono ipotesi di responsabilità civile c.d. oggettiva, non può dirsi ad oggi superata se è vero che autorevole dottrina e parte della giurisprudenza continuano ad individuare nella colpevolezza uno degli elementi essenziali della responsabilità civile (36).

È così piuttosto il dogma dell'inassicurabilità della colpa per ragioni di ordine pubblico che viene messo in crisi dalla dimostrazione dei vuoti pregiudizi su cui lo stesso era fondato.

Al riguardo sono stati, forse, gli studi della scienza giuridica relativi al diverso atteggiarsi dell'interesse dell'assicurato, nell'assicurazione danni in genere e nell'assicurazione della responsabilità civile, nonché alla distinguibilità degli stati soggettivi del dolo e della colpa, che hanno portato nuovi elementi mediante i

quali riconsiderare il suddetto assioma al fine di operare un superamento secondo l'attuale soluzione che individua l'unico limite all'assicurabilità della responsabilità civile nel divieto di assicurare illeciti dolosi.

Al fine di giustificare simili asserzioni consideriamo i casi in cui si è posto il problema dell'assicurabilità della responsabilità civile nella prassi e quali risposte sono state offerte sul punto da dottrina e giurisprudenza.

L'illiceità di tale contratto viene affermata per la prima volta in giurisprudenza dal Tribunale del Commercio di Parigi con sentenza del 21 agosto 1844 (37), il quale si pone sulla scia di una lunga tradizione dottrinale (38).

I giudici francesi reputavano, in particolare, contrario all'ordine pubblico il contratto di assicurazione stipulato dai proprietari di vetture a cavalli avente ad oggetto la responsabilità degli assicurati per i danni dagli stessi cagionati a terzi durante la circolazione.

Il Tribunale argomentava la sua conclusione in considerazione del fatto che il trasferimento della sanzione civilistica risarcitoria in capo all'assicuratore avrebbe incentivato condotte imprudenti da parte degli assicurati.

Sul caso fu chiamato a redigere parere uno dei più noti giuristi competenti in materia a quel tempo, il quale ebbe a sottolineare come il contratto di assicurazione garantisca più la vittima che l'assicurato autore del danno il quale non trova alcun interesse nel recare pregiudizi a terzi (39).

Per tal motivo un simile contratto non contrasterebbe con ragioni di ordine pubblico, ma anzi troverebbe in esse la propria

(35) Sul punto R. J. VALIN, *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine de mois d'août 1681*, La Rochelle, 1776, p. 77 ss.

(36) Cfr. F.D. BUSNELL, voce *Illecito civile*, cit., p. 3 ss. In giurisprudenza recentemente v. per tutte Cass. 18.2.2000, n. 1863, in *Mass. Foro it.*, 2000, V. *amplicis supra* capitolo 1 note 82 e 83.

(37) Come riportata da J.M. PARDessus, *Assurance contre les accidents des voitures*, Consultation, Paris, 1860, p. 68 ss.

(38) Cfr. G. R. POTTER, *Trattato del contratto di assicurazione*, in *Opere di G.R. Potier*, a cura di Dupin Seniore, Livorno, 1841, p. 46 ss.

(39) PARDessus, *op. cit.*, p. 16.

giustificazione in quanto rappresenterebbe nient'altro che una garanzia del ristoro della vittima.

Fu poi sulla base di identiche considerazioni che la Corte di Appello di Parigi respinse le conclusioni del Tribunale con sentenza del 1° luglio 1845, affermando la validità dell'assicurazione della responsabilità civile (40).

Una simile soluzione è fondata, però, solo su considerazioni di tipo politico-sociale volte a rilevare l'importanza della tutela della vittima in relazione alla scarsa spinta incentivante alla commissione di illeciti che può avere un'assicurazione della responsabilità civile.

Più convincenti ci paiono le conclusioni cui giunge la dottrina, con riferimento all'assicurabilità degli atti dell'assicurato, distinguendo tra assicurazione danni in genere e assicurazione della responsabilità civile e tra atti dolosi, gravemente colposi e colposi (41).

Riguardo alla prima bipartizione, si osserva come la regola dell'inassicurabilità della colpa sia nata con riferimento all'assicurazione marittima e all'assicurazione terrestre contro i danni.

In tali ipotesi l'interesse, che può muovere l'assicurato a lucrare l'indennizzo mediante il danneggiamento della *res*, costituisce un primo limite all'assicurabilità delle colpe.

Analoghe conclusioni non valgono per l'assicurazione della responsabilità civile, in cui il danneggiante non trarrebbe alcun vantaggio diretto dall'essere assicurato per la propria responsabilità. L'unico soggetto, infatti, che potrebbe avvantaggiarsi di tale situazione è il terzo che vedrebbe così garantite le proprie pretese risarcitorie (42).

Si osserva inoltre come colpa, colpa grave e dolo debbano avere un trattamento diverso (43).

(40) C. App. Parigi 1.7.1845, in *D.P.*, 1845, 2.126.

(41) Cf. C. VITTEBO, *op. ult. cit.*, p. 37 ss.

(42) Cf. C. VITTEBO, *op. ult. cit.*, p. 37.

(43) Sul punto C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 204 ss.

Solo l'assicurazione di atti intenzionali, come tali soggetti al controllo dell'assicurato, può importare un incentivo per quest'ultimo alla commissione di illeciti.

Per contro gli atti colposi sarebbero nella sostanza equiparabili al caso fortuito, in quanto dovuti ad una mera negligenza o imperizia dell'agente senza che questi abbia intenzione di darvi luogo.

Diverso è il discorso della colpa grave in cui il livello di negligenza è tale che il soggetto, anche se non ha agito con l'intenzione di dar luogo a quel determinato evento, poteva quanto meno prospettarsi l'accadimento dello stesso ed evitarlo (44).

Per tali ragioni Vivante conclude nel senso dell'assicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità civile, mantenendo però fermo il divieto di coprire con garanzia assicurativa illeciti dolosi o gravemente colposi in quanto « simile patto metterebbe in pericolo la sicurezza sociale » (45).

Rispetto alla norma contenuta nell'attuale art. 1917, residuerebbe allora un limite all'assicurabilità della responsabilità civile, quello della colpa grave.

La tendenza ad aprire anche all'assicurabilità degli illeciti gravemente colposi emerge, comunque, già nella relazione del deputato Lafarge alla legge francese del 13 luglio 1930 sul contratto di assicurazione ove si legge che « la colpa grave, che non implica da parte del suo autore alcuna intenzione fraudolenta... rimane un rischio... mancando l'intenzione di nuocere » (46).

La regola dell'inassicurabilità della colpa è, però, fortemente radicata nel sistema come risulta dalle faticose argomentazioni

(44) Del resto Vivante definisce il concetto di colpa grave proprio partendo dall'effetto che la copertura assicurativa può avere sul soggetto nel senso di ridurre il livello di diligenza del medesimo. Si avrebbe allora colpa grave quando « l'assicurato omette quelle ordinarie cautele che avrebbe usato, se non si fosse coperto coll'assicurazione »: così C. VIVANTE, *op. loc. ult. cit.*

(45) In tal senso C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 204.

(46) Come riportata da J. BONNECASE, *Osservazioni critiche d'insieme sulla legge francese del 13 luglio 1930 relativa al contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1935, I, p. 332 ss.

della dottrina italiana degli anni '30 volte a ricondurre le ipotesi di responsabilità civile, solitamente assicurate in quell'epoca, all'interno della categoria della responsabilità oggettiva in modo da non doversi riconoscere violazioni del suddetto assioma (47).

Così, con riferimento all'assicurazione del rischio locativo, si richiama la norma contenuta nell'art. 1588 del cod. civ. del 1865 ove si sancisce che « il conduttore è obbligato pei deterioramenti e per le perdite che avvengono durante il suo godimento, quando non provi che sia avvenuto senza sua colpa » (48).

Da una siffatta presunzione di responsabilità si deduce la natura oggettiva di tale ipotesi e si ritiene pertanto salvo il principio dell'inassicurabilità della colpa nell'assicurazione della responsabilità del conduttore nei confronti del proprietario per i danni recati alla cosa locata durante la locazione.

In vero la suddetta norma introduce soltanto una presunzione relativa che incide sull'onere probatorio gravante sulle parti senza escludere in alcun modo la rilevanza della colpevolezza del conduttore per i danni provocati.

In base ad un analogo ragionamento si considera l'assicurazione per il ricorso dei vicini non contrastante con la norma contenuta nell'art. 434 del cod. comm. in punto di inassicurabilità della colpa (49).

Questa volta non vi è, però, alcuna norma che permetta di configurare l'ipotesi in esame in termini di responsabilità oggettiva.

Del resto Vivante al riguardo affermava che si versava in un'ipotesi di responsabilità per colpa in quanto non si trovava alcuna legge che introducesse una disciplina eccezionale in punto di onere della prova in tal caso (50).

Si osserva, allora, come già nel Digesto fosse presente la seguente regola « *Incendia plerogue fuit culpa inhabitant-*

tium » (51), in base alla quale l'incendio, che ha inizio all'interno di una casa, è da presumere dovuto a colpa di chi vi abita.

Anche la responsabilità, in cui un soggetto può incorrere per danni arrecati a terzi in conseguenza della vicinanza tra le abitazioni, sarebbe pertanto fondata su una presunzione assoluta di colpevolezza e come tale assicurabile.

Si tratta, però, di una soluzione difficilmente sostenibile in quanto fondata su una regola non riferibile all'ordinamento in cui il problema si pone.

Ci è parso comunque importante richiamare tali argomentazioni, per quanto discutibili, proprio per sottolineare la necessità che ancora negli anni '30 la dottrina italiana avvertiva di far salvo comunque il principio dell'inassicurabilità della colpa alle soglie dell'emancipazione del codice civile del '42 che recherà una norma *ad hoc* sulla assicurazione della responsabilità civile ove sarà prevista solo l'esclusione legale imperativa della copertura del dolo.

4. *Assicurazione e responsabilità civile nei lavori preparatori del codice civile del 1942. Il lento venir meno dei timori per una copertura della colpa grave.*

L'assicurazione della responsabilità civile è riconosciuta da parte del legislatore già in due leggi anteriori rispetto al codice del 1942.

Sebbene l'istituto non trovi, in tale sede, una completa regolamentazione, il solo fatto che esso compaia in un testo legislativo legittima la dottrina dell'epoca a non dubitare più della sua piena liceità (52).

Intendiamo riferirci al r.d. del 30 dicembre 1923 n. 3281, ove si danno disposizioni in punto di tassazione sulle « assicurazioni per la responsabilità civile verso terzi », e all'art. 4 del r.d. 15

(47) Intendiamo riferirci a C. VITIERO, *op. ult. cit.*, p. 54 ss.

(48) Così C. VITIERO, *op. ult. cit.*, pp. 54-55.

(49) Il riferimento è ancora a C. VITIERO, *op. ult. cit.*, p. 55.

(50) Cfr. C. VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 297.

(51) Ci si riferisce al passo del Digesto L. i. 15-3 come riportato da C. VITIERO, *op. loc. ult. cit.*

(52) Sul punto G. GENTILE, *op. cit.*, p. 84.

marzo 1927 n. 436 in materia di « Disciplina dei contratti di compravendita degli autoveicoli », ove si prevede che « colui, a cui favore sia costituito privilegio legale o convenzionale, ha l'obbligo di assicurare il debitore per i casi di responsabilità civile verso terzi derivante da danni prodotti dal veicolo » oggetto di tale garanzia reale.

Occorrerà, però, aspettare il codice civile del 1942 per trovare una disciplina compiuta dell'istituto che riesca a sciogliere tutti i dubbi relativi alla stessa struttura del contratto di assicurazione della responsabilità civile, dubbi che ancora assillano i redattori dei vari progetti sulla disciplina del contratto di assicurazione.

Particolarmente complesso al riguardo è sicuramente il progetto Mossa (53). Risultano, in special modo, ben distanti dalla normativa attuale le norme, ivi contenute, mediante le quali si individua la prestazione dell'assicuratore.

Si legge, infatti, al punto LIV che « con l'assicurazione contro la responsabilità, l'assicuratore si obbliga alle prestazioni dovute dall'assicurato ad un terzo in seguito a fatto per il quale vi è responsabilità di legge ».

Secondo quanto risulta da tale disposizione l'assicuratore si verrebbe a sostituire all'assicurato nella sua posizione obbligatoria rispetto al terzo. Se fosse così, allora, quest'ultimo vanterebbe un diritto verso l'impresa assicuratrice direttamente esercitabile in virtù del contratto di assicurazione.

Del resto in tale direzione sembra muovere proprio il punto LVII del progetto Mossa ove è previsto che « L'assicuratore attribuisce direttamente al terzo danneggiato il diritto alla indennità ed il terzo è considerato quale beneficiario dell'assicurazione al momento del sinistro ».

Pare, pertanto, che l'Autore riconduca l'assicurazione della responsabilità civile allo schema concettuale dell'assicurazione a

(53) Il progetto Mossa nella parte relativa all'assicurazione della responsabilità civile è stato pubblicato in *Asvric*, 1940, p. XVI.

favore di terzi, soluzione invero osteggiata da larga parte della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca come abbiamo avuto modo di considerare (54).

Tali dubbi vengono fugati in altri due progetti sul disciplina del contratto di assicurazione: il progetto della federazione delle imprese assicuratrici del 1935 e il progetto ministeriale del 1940 (55).

Nel primo al punto 46 si legge che « nell'assicurazione contro la responsabilità civile sono a carico dell'assicuratore, escluso il dolo, i danni derivanti a persone o cose da un evento di cui l'assicurato debba rispondere per legge ».

Nel secondo si precisa all'art. 555 che « l'assicuratore risponde dei danni cagionati a persone o a cose nell'esercizio dell'attività prevista nel contratto e dei quali l'assicurato è responsabile » (56).

In entrambi i suddetti progetti non pare comunque ancora raggiunta la chiara dizione dell'art. 1917 del codice del 1942 in cui si descrive l'obbligazione dell'assicuratore nell'assicurazione della responsabilità civile attraverso le parole « è obbligato a tenere indenne ».

In realtà il problema della qualificazione dell'obbligazione dell'assicuratore è legata alla difficoltà della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca di individuare con esattezza il sinistro indennizzabile (57), problema che trova anch'esso una risposta

(54) V. *supra* § 2.

(55) Il testo di tali progetti è anch'esso leggibile in *Asvric*, 1940, p. XVI.

(56) Il riferimento alla « attività prevista nel contratto » è forse giustificato dall'orientamento restrittivo della giurisprudenza del tempo che riteneva nullo per indeterminatezza dell'oggetto il contratto di assicurazione in cui non fosse stata specificata l'attività fonte della responsabilità civile assicurata. Così C. App. Genova 13-5-1927, in *Rep. Foro it.*, 1927, voce *Assicurazione*, n. 27. *Contro* Cass. Regno 24-3-1928, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Assicurazione*, n. 28 e in dottrina V. SALANDRA, *L'assicurazione della responsabilità civile secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, p. 146.

(57) Il problema è stato in particolare affrontato da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla individuazione del momento iniziale della decorrenza del termine di prescrizione del diritto dell'assicurato.

Così alcuni individuavano il sinistro, da cui sorgeva il diritto dell'assicurato e, quindi, iniziava a decorrere il termine di prescrizione, nella domanda del terzo

solo nell'art. 2952 III° comma del codice del '42 ove si individua il momento da cui inizia a decorrere la prescrizione del diritto dell'assicurato, nell'assicurazione della responsabilità civile, nel giorno della richiesta, giudiziale o stragiudiziale, di risarcimento da parte del terzo. Questo importa che il sinistro, da cui sorge il diritto dell'assicurato, debba essere individuato nel fatto che il terzo abbia manifestato la sua intenzione di essere risarcito perché è in tale momento che il patrimonio dell'assicurato viene ad essere minacciato (58).

I progetti fin qui illustrati sull'assicurazione della responsabilità civile presentano interessanti spunti di riflessione anche per la specificazione « responsabilità di legge » di cui al punto LIV del progetto Mossa e « danni... di cui l'assicurato debba risponder per legge » di cui al punto 46 del progetto del '35 della federazione delle imprese assicuratrici.

Il riferimento ad un criterio legale di imputazione della responsabilità assicurabile sembra chiaramente volto ad escludere la possibilità di estendere la copertura assicurativa alla responsabilità per colpa.

Saremmo così ancora lontani dalla generale assicurabilità della responsabilità civile nei limiti del dolo di cui all'art. 1917 dell'attuale codice civile.

Già nel progetto ministeriale del 1940, però, la limitazione alla copertura della sola responsabilità per legge scompare.

Nei lavori preparatori sulla disciplina del contratto di assicurazione figura inoltre ancora qualche incertezza sulla assicurabilità della colpa grave.

danneggiato (così Cass. Regno 26.1.1931, in *Foro it.*, 1931, I, p. 640); in altri casi si è fatto riferimento al momento dell'accertamento giudiziale della responsabilità (così C. App. Torino, in *Assic.*, 1934, II, p. 192 con nota di T. ASCARELLI, *Sul momento iniziale della decorrenza della prescrizione nella assicurazione responsabilità civile*).

(58) Sul punto v. in particolare V. ANGELONI, voce *Assicurazione responsabilità civile*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 563.

Così, in parziale ossequio alla tesi di Vivante, che, pur ammettendo l'assicurabilità della colpa, riteneva illecita la copertura della colpa grave (59), al punto LVI del progetto Mossa si prevede che « l'assicuratore risponde nei confronti del terzo anche se il fatto è dovuto a colpa grave dell'assicurato, ma ha diritto ad una quota di indennità contro l'assicurato per la colpa grave imputabile a lui od ai suoi proponenti o preposti, secondo l'apprezzamento del giudice ».

Per tal via, sebbene non si escluda l'assicurabilità della colpa grave, si riconosce una sorta di franchigia a carico dell'assicurato. L'intento del redattore era probabilmente quello di garantire un'adeguata tutela del terzo danneggiato senza incentivare la commissione di illeciti.

Si tratta, però, di una posizione che non tiene conto, come invece faranno i redattori dell'attuale art. 1917, che la colpa grave è pur sempre uno stato soggettivo non intenzionale ed in ciò è equiparabile agli eventi accidentali, di conseguenza, è pienamente assicurabile dal punto di vista astratto in una prospettiva di liceità.

Siamo, comunque, in presenza di una condizione subiettiva caratterizzata da una negligenza grave, dove la gravità viene di norma misurata in relazione alla sua evitabilità (60). Assicurarla potrebbe pertanto indurre l'assicurato ad assumere condotte imprudenti che possono aggravare il rischio coperto facendolo risultare sproporzionato rispetto all'entità del premio corrisposto dal « contraente » (61).

(59) V. *supra* nota 45.

(60) Del resto in tal senso si era già pronunciato lo stesso Vivante nel passo da noi riportato *supra* nota 45.

(61) L'uso del termine *contraente* tra virgolette vuole sottolineare la distinzione tra il significato che lo stesso assume nel linguaggio della teoria generale del contratto come parte del contratto e il senso che gli viene attribuito nel linguaggio del diritto delle assicurazioni come soggetto controparte dell'impresa assicuratrice, il quale può essere anche distinto dall'assicurato inteso come titolare dell'interesse garantito; si pensi al riguardo all'assicurazione per conto altrui.

Il problema dell'assicurabilità della colpa grave si sposta così dal piano giuridico della liceità al piano economico dell'equilibrio rischio-premio.

Quindi la colpa grave è assicurabile in astratto. Sarà poi l'assicuratore a decidere se, in considerazione dell'entità del premio e di eventuali franchigie, inserirla nei rischi assicurati.

Due ci paiono essere nella sostanza i dati emergenti dai lavori preparatori che hanno condotto alla redazione del contenuto normativo dell'art. 1917: da un lato si può osservare quanto fosse ancora poco chiara la stessa struttura del contratto di assicurazione della responsabilità civile proprio alle soglie del nuovo codice; da un altro lato si rilevano le incertezze in ordine alla possibilità di estendere l'assicurabilità del relativo rischio fino a coprire la stessa colpa grave, salvo ovviamente patto contrario, così come dispone il codice civile del '42 (62).

Le frontiere del rischio assicurabile, però, come avremo modo di vedere nei prossimi paragrafi, vanno estendendosi, con il proliferare di ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile, verso una piena tutela del danneggiato che prescinda dalle condizioni soggettive del danneggiante assicurato fino a mettere in discussione la stessa regola dell'inassicurabilità del dolo.

5. I limiti del rischio assicurabile nell'assicurazione della responsabilità civile ex art. 1917. L'inassicurabilità degli atti dolosi.

L'art. 1917, in senso analogo rispetto a quanto stabilito nei sopraccitati progetti del 1935 e del 1940, prevede imperativa-

(62) Anche dopo il codice del 1942, comunque, in giurisprudenza la Cassazione è stata chiamata proprio a pronunciarsi sulla estensibilità della copertura alla colpa grave in mancanza di un patto contrario in ipotesi di assicurazione della responsabilità civile. La Suprema Corte ha statuito che « L'assicurazione della responsabilità civile copre ogni rischio derivante da responsabilità per fatti colposi; in mancanza di apposite clausole limitative del rischio, nessun tipo di colpa (anche se grave o gravissima) è escluso dalla copertura assicurativa »: così Cass. 17.10.1983, n. 6071, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1485.

mente la esclusione della indennizzabilità di « danni derivanti da fatti dolosi ».

Si tratta di una norma che deve essere letta insieme all'art. 1900 in materia di assicurazione contro i danni, in quanto entrambe risultano essere espressione della regola dell'inassicurabilità di eventi che trovano la loro causa efficiente in atti dolosi dell'assicurato (63).

Diversa nei due articoli è la disciplina della copertura della colpa grave. Entrambe le suddette norme, infatti, ammettono l'assicurabilità della colpa grave; solo nell'assicurazione contro la responsabilità civile, però, questa si ritiene assicurata salvo patto contrario. Nell'assicurazione contro i danni, invece, tale garanzia richiede una pattuizione *ad hoc*.

(63) Esiste un'eccezione all'inassicurabilità degli atti dolosi dell'assicurato, la quale rappresenta, però, non un'apertura all'autonomia privata ma una delimitazione legale imperativa anche se di segno positivo.

L'art. 1900 III comma sancisce, infatti, che l'impresa assicuratrice « è obbligata altresì, nonostante patto contrario, per i sinistri conseguenti ad atti del « contraente », dell'assicurato o del beneficiario, compiuti per dovere di solidarietà umana o nella tutela degli interessi comuni all'assicuratore ».

Secondo l'interpretazione tradizionale le suddette condizioni rappresenterebbero « scriminanti », per cui l'atto di solidarietà o comunque l'atto volto ad evitare perdite maggiori per l'assicuratore, e quindi anche danni più gravi, sarebbe lecito ancorché dannoso e quindi assicurabile. Così A. La Torre, *I sinistri cagionati con colpa grave dell'assicurato*, in *Assic.*, 1966, I, p. 640 ora in *Scritti di diritto assicurativo*, Milano, 1979, pp. 356-357.

Invero la condizione che rende assicurabile l'atto intenzionale non pare tanto la liceità dello stesso per la presenza di « scriminanti », quanto piuttosto la conformità dell'azione dell'assicurato a ragioni di ordine pubblico rappresentate dalla prevenzione degli atti dannosi.

Infatti, nell'ipotesi di cui all'art. 1900 III comma, l'atto intenzionale è assicurabile anche se dannoso in quanto volto ad impedire il prodursi di danni più gravi, non solo e non tanto da un punto di vista quantitativo, ma anche da un punto di qualitativo.

Pertanto la linea di discriminazione tra gli atti intenzionali assicurabili e gli atti intenzionali inassicurabili sarebbe individuabile non in base alla distinzione tra atti leciti e atti illeciti, ma secondo la rispondenza degli stessi al principio di prevenzione degli atti dannosi. La norma contenuta nell'art. 1900 III comma, quindi, insieme con quella di cui al I comma dello stesso articolo, sarebbe espressiva della regola generale che individua il necessario coordinamento tra assicurazione e prevenzione degli atti dannosi.

Una simile differenza si può spiegare solo in considerazione del fatto che nell'assicurazione contro la responsabilità civile il diritto dell'assicurato trova fondamento proprio nella colpa di quest'ultimo.

Escludere, quindi, dalla copertura assicurativa la responsabilità per colpa grave vuol dire ridurre in maniera significativa il rischio assicurato.

È del resto proprio questa ragione che, come avremo modo di vedere nel prosieguo del discorso, ha indotto la giurisprudenza ad orientamenti restrittivi in ordine alla validità di patruzioni volte ad escludere la copertura di atti dell'assicurato caratterizzati da una grave negligenza.

Tornando alla regola dell'inassicurabilità degli atti dolosi espressa negli artt. 1900 e 1917, la dottrina maggioritaria individua il fondamento di tali norme nel fatto che la intenzionale determinazione dell'evento assicurato rappresenterebbe una circostanza contrastante con lo stesso concetto di rischio (64).

L'esclusione del dolo dell'assicurato troverebbe, infatti, la propria ragione nel fatto che, ove fossero coperti anche eventi intenzionalmente determinati, verrebbe meno la stessa aleatorietà del contratto di assicurazione (65).

Per contro altri Autori ritengono che sia più esatto considerare come fondamento dell'esclusione legale del dolo la funzione

(64) In dottrina si prendono in considerazione anche altre ipotesi ricostruttive al solo fine, però, di escluderle.

Si potrebbe, infatti, vedere nell'evento determinato intenzionalmente dall'assicurato un'ipotesi di mancato avveramento della condizione in base ad un'interpretazione estensiva della norma contenuta nell'art. 1359. Vero è che tale ricostruzione presuppone che il sinistro sia considerato elemento condizionante l'efficacia del contratto.

Altra possibile ricostruzione è quella che vede nella liberazione dell'assicuratore una conseguenza dell'inadempimento doloso dell'assicurato all'obbligo di non provocare volontariamente l'evento. Per contro si rileva come sia improprio parlare di obbligo dal momento che l'assicuratore non è titolare, per parte sua, della relativa pretesa. Per tali considerazioni v. A. DONATI, *op. cit.*, pp. 134-136.

(65) Così M. PICARD-A. BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, vol. I, *Le contrat d'assurance*, Paris, 1970, p. 107; C. App. Milano 5.3.1996, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 483 in particolare in motivazione p. 485.

indennitaria del contratto di assicurazione, che consiste nel « *securum facere* » riferito ad un bene che l'assicurato intende tutelare da determinati eventi dannosi (66).

Infine vi è chi, pur non negando il collegamento tra inassicurabilità degli eventi dolosi e principio indennitario, vede nell'esclusione legale del dolo dell'assicurato non tanto una regola rispondente alla struttura e alla funzione del contratto di assicurazione, quanto piuttosto una norma dettata per ragioni di ordine pubblico, dal momento che assicurare un bene anche per le conseguenze della propria condotta dolosa vuol dire trasferire su altri le conseguenze dei propri atti intenzionali contravvenendo al principio di autoreponsabilità su cui si fonda il sistema di prevenzione degli atti illeciti (67).

Tali chiarimenti, in ordine al fondamento giuridico dell'art. 1900, non originano da un intento puramente speculativo, ma rappresentano la necessaria premessa per la soluzione di una serie

(66) In tal senso N. ROGERI, *L'esonero dell'assicuratore dall'obbligo di corrispondere l'indennizzo ex art. 1900 c.c. dolo degli amministratori di s.p.a.*, in *Resp. civ.*, 1997, p. 488 ss.; G. VOLPE PIZZOLI, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, cit., p. 69; G. FANELLI, *Le assicurazioni*, cit., p. 115.

(67) In tal senso v. A. BESSON, *Le contrat d'assurance et la morale*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, a cura di G. Ripert, tome II, Paris, 1950, p. 181 ss.; A. DONATI, *op. cit.*, p. 137; A. LA TORRE, *Responsabilità e autoreponsabilità nell'assicurazione* (art. 1900), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 442 ss. e in *Studi in memoria di A. Torrente*, vol. I, Milano, 1968, p. 569 ss. ora in *Scritti di diritto assicurativo*, cit., p. 421 ss.

Al riguardo si può notare come l'inassicurabilità degli eventi dolosi trascenda l'ambito nazionale.

Così l'art. L. 113-1 del *Code des assurances* esclude la copertura del « *faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». In senso analogo il § 61 VVG sancisce l'esonero dell'assicuratore dalla corrispondenza dell'indennizzo ove l'assicurato abbia provocato il sinistro « *vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit* ». Sulla ratio della norma si è espressa anche recentemente la dottrina tedesca interpretandone lo scopo alla luce della *Präventionslehre*. E. LORENZ, *Der subjektive Risikoabschluss durch par. 61 VVG und die Sonderregelung in par. 152 VVG*, in *VersR*, 2000, pp. 4-6.

Anche nel sistema di common law è riconosciuto che « *an implied exception to coverage under any form of insurance is an intentional or expected injury damage or loss* »: così W. FREEDMANN, *Richard's on Insurance*, New York, 1990, 6^a ed., pp. 47-48.

di questioni che sono state poste con riferimento all'applicazione degli artt. 1900 e 1917 (68).

(68) Una prima questione concerne l'individuazione del soggetto cui deve essere riferito lo stato soggettivo del dolo in ipotesi di assicurazione per conto altrui.

In tal caso, infatti, i soggetti nella cui sfera si riflettono gli effetti del contratto sono tre: l'assicurato (il soggetto titolare dell'interesse che il contratto garantisce ovvero il terzo per conto del quale si stipula), il « contraente » (ovvero la controparte dell'impresa assicuratrice) e l'assicuratore.

L'art. 1900 fa riferimento al dolo « del contraente, dell'assicurato o del beneficiario ».

Occorre, pertanto, stabilire se il riferimento ai suddetti soggetti sia stato compiuto in via alternativa, ovvero se si debba, di volta in volta, avere riguardo solo al soggetto che trae un vantaggio diretto o indiretto dal contratto e, quindi, al « contraente » in caso di assicurazione per conto proprio, all'assicurato nell'assicurazione per conto altrui, al beneficiario nell'assicurazione a favore di terzi. Secondo parte della dottrina, in caso di assicurazione per conto altrui, l'assicuratore sarebbe esonerato dalla corresponsione dell'indennizzo anche in ipotesi di dolo del « contraente »: così A. DONATI, *op. loc. cit.*

Tale conclusione sarebbe motivata sulla base della impossibilità, per l'assicuratore, di agire in via di surroga *ex art.* 1916 verso il « contraente » ove questi sia responsabile del sinistro cagionato, in quanto tale articolo sancisce che l'assicuratore è surrogato « nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili » laddove il « contraente » è parte del contratto.

Vero è che il « contraente » viene a rivestire due distinte posizioni: quella di parte contrattuale ma anche quella di terzo in quanto autore dell'atto illecito. Non sarebbe quindi spiegabile l'inapplicabilità dell'art. 1916 all'ipotesi in esame.

Inoltre, se il fondamento dell'art. 1900 deve essere rinvenuto nel principio indennitario, allora tale norma non è più applicabile in caso di dolo del « contraente ». In tal senso G. VOLPE PUTZOLI, *op. cit.*, p. 126.

Ne segue che lo stato soggettivo di cui all'art. 1900, in ipotesi di contratto per conto altrui, deve essere valutato con riferimento all'assicurato e non anche al « contraente » il cui dolo rileverà solo nel caso in cui il soggetto abbia stipulato per conto proprio.

Ad analoghe conclusioni si arriva fondando la *ratio* dell'art. 1900 su motivi di ordine pubblico.

In caso di assicurazione per conto altrui preme salvaguardare l'autoresponsabilità del soggetto assicurato e non quella del « contraente » che non è né titolare dell'interesse coperto né del diritto all'indennizzo.

Un'altra questione relativa all'interpretazione dell'art. 1900 riguarda l'applicazione della norma in esso contenuta in ipotesi di dolo degli amministratori.

L'art. 1900 II comma, stabilisce che l'assicuratore risponde in caso di « dolo o colpa grave delle persone del fatto delle quali l'assicurato deve rispondere ». La norma fa quindi riferimento alle ipotesi di responsabilità per conto altrui tra cui si deve annoverare anche la responsabilità per fatto dei dipendenti *ex art.* 2049.

Tale articolo non sembra però riferibile agli amministratori che agiscono per conto della società in virtù di un rapporto di rappresentanza organica e non di un

Inoltre lo studio dei fondamenti della regola dell'inassicurabilità del dolo permette di comprendere l'attualità di tale limite in considerazione delle tendenze evolutive che sul punto sono rinvenibili in giurisprudenza.

6. Dalla responsabilità civile assicurabile alla responsabilità civile assicuranda.

Una volta superati i dogmi dell'inassicurabilità della colpa e della colpa grave, il contratto di assicurazione della responsabilità civile finisce per incontrare pieno riconoscimento da parte del ordinamento non solo in termini di liceità ma addirittura di necessità in quanto strumento di tutela del danneggiato.

Sin dai suoi primordi tale tipologia di contratto era apparsa come un rapporto negoziale intercorrente tra due soggetti (assicurato e assicuratore) dei cui effetti finisce, però, nella sostanza, per avvantaggiarsi il terzo che si trova a rivestire il ruolo di danneggiato. Questo è del resto il motivo che ha indotto parte della dottrina a ricondurre tale relazione contrattuale all'interno della categoria concettuale del contratto a favore di terzo (69).

Si attua, così, con l'imposizione di obblighi legislativi di assicurare la propria responsabilità civile una precisa scelta poli-

vincolo di subordinazione. Così P. RESCIGNO, *Il fatto degli amministratori e dei dipendenti di società e l'art. 1900 c.c.*, in *Aspic*, 1949, I, p. 12 ss. In particolare p. 45. In tal senso si è espressa anche recentemente la giurisprudenza: v. C. App. Milano, 5/3/1996, cit.

In questo caso, quindi, il dolo o la colpa grave dei suddetti soggetti nel compimento di attività rientranti nelle loro funzioni acquisterà rilevanza con riferimento al diritto all'indennizzo assicurativo spettante alle società per conto della quale hanno operato. Questa soluzione non deve reputarsi in contrasto con quanto abbiamo avuto modo di rilevare sinora.

Per tal via, infatti, non si dà rilevanza agli stati soggettivi di soggetti diversi dal titolare dell'interesse assicurato, in quanto il dolo e la colpa grave degli organi sono direttamente riferibili alla società per conto della quale hanno operato in virtù del rapporto di rappresentanza organica. Sul punto v. F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, rist. 2^a ed. con note di F. Ferrata jr., in *Tratt. dir. civ. it. Vassalli*, vol. II, t. 2, Torino, 1958, p. 273.

(69) V. *supra*, § 2.

tica che porta alla soluzione del problema della imputazione dei costi sociali degli eventi dannosi (70).

Del resto, come abbiamo avuto modo di vedere nel percorrere il lento cammino che ha portato alla codificazione della disciplina dell'assicurazione della responsabilità civile, l'istituto ha trovato riconoscimento, prima che nel codice, in leggi speciali che appunto prevedevano a carico di determinati soggetti l'obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro la propria responsabilità civile (71).

Così, per lo svolgimento di determinate attività considerate pericolose, il nostro legislatore ha previsto, ai fini del rilascio delle necessarie concessioni ed autorizzazioni, la stipulazione di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile conseguente a tali attività (72).

Altre volte un siffatto obbligo non rappresenta un elemento di un procedimento autorizzatorio o concessorio, ma una mera imposizione legale il cui inadempimento determinerà a carico del soggetto passivo della stessa l'irrogazione di sanzioni.

Posta di fronte al nuovo fenomeno la dottrina si interroga allora su cosa sia cambiato nel sistema della responsabilità civile a seguito del connubio che, per volontà di legge, viene necessariamente a realizzarsi tra talune ipotesi di illeciti civili e il contratto di assicurazione.

(70) L'attenzione per l'assicurazione della responsabilità civile come strumento di tutela del terzo danneggiato è stata recentemente ribadita nella direttiva 2000/26 CE concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli. Tale direttiva, recepita dal nostro Parlamento con la l. 1.3.2002 n. 39, è appunto volta alla determinazione di meccanismi uniformi in Europa per la tempestiva liquidazione dei danni derivanti da incidenti stradali. In tal senso sembra da leggere l'introduzione di figure come « il mandatario per la liquidazione dei sinistri », i « centri di informazione » e « l'organismo di indennizzo ».

(71) Intendiamo riferirci all'ipotesi di cui all'art. 4 del r.d. 15 marzo 1927 n. 436.

(72) Per una puntuale e completa disamina delle varie ipotesi di assicurazione obbligatoria si rinvia a A. DONATI-G. VOLPE PUTZOU, *op. cit.*, p. 232.

Si è in particolare rilevato il mutato ruolo del danneggiante, da colpevole, e come tale imputabile, ad assicurato, mutamento che porterebbe a rivedere, secondo alcuni (73), lo stesso ruolo della colpevolezza come elemento indefetibile della fattispecie della responsabilità civile trasformando l'obbligazione risarcitoria, gravante sull'autore del fatto lesivo, nella prestazione indennitaria dell'assicuratore con cui quest'ultimo ha stipulato il contratto di assicurazione impostogli dalla legge.

Vi è stato anche chi ha visto nello strumento assicurativo una surroga del meccanismo di riparazione dei danni proprio della responsabilità civile, che finirebbe per mettere il discussione lo stesso ruolo del sistema degli illeciti civili all'interno dell'ordinamento (74).

La portata innovativa del fenomeno risulta, però, ridotta se si muove dalle considerazioni di un acuto osservatore, il quale ha avuto modo, al riguardo, di rilevare come « le assicurazioni... obbligatorie o no, non solo non obliterano la responsabilità civile ma addirittura la esigono atteggiandosi in funzione di essa » (75).

Non è, allora, tanto la responsabilità civile a rinnovarsi nel sistema dell'assicurazione obbligatoria, ma sono piuttosto il contratto di assicurazione e, in particolare, gli stessi limiti di assicurabilità che hanno trovato la ragione di un loro mutamento

(73) Per tali osservazioni v. in particolare: B.S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, in *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1983, p. 301; N. DI PRISCO, *L'assicurazione della r.c.a. tra disciplina codicistica e legislazione speciale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, II, p. 197 ss.; M. COMPORATI, *Considerazioni introduttive e generali*, in *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, a cura di M. Comporti e G. Scalfi, Milano, 1988, p. 5 ss.; S. RODORÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, *ivi*, p. 19 ss.

(74) Sul punto cfr. J. FLEMING, *C'è un futuro per i torti?*, trad. C. Rossello e R. Pardolosi, in *Rev. crit. dir. priv.*, 1984, p. 271 ss. in particolare p. 295.

(75) Le parole sono di C. CASTRONOVO, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Assicurazione obbligatoria e responsabilità civile (Atti del convegno tenutosi in Lucca nel 1989)* Milano, 1991, p. 39.

proprio nelle ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile (76).

L'interesse per la tutela del danneggiato, infatti, ha portato la giurisprudenza a dare una lettura dell'art. 1917 combinata rispetto alle singole fattispecie legali, ampliando i confini del rischio assicurabile sino a ricomprendere la stessa copertura degli illeciti dolosi (77).

6.1. I limiti dell'autonomia del predisponente nella individuazione di limitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria.

Come abbiamo avuto modo di considerare il nostro codice rimette la copertura della colpa grave nell'assicurazione della responsabilità civile all'autonomia delle parti per cui l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato anche per danni cagionati a terzi in conseguenza di una sua grave negligenza a meno che esista un'apposita esclusione contrattuale di tale copertura.

Resta però da chiarire se tale autonomia nella delimitazione soggettiva del rischio assicurato incontri dei limiti proprio in ipotesi di assicurazione obbligatoria.

In alcuni casi, infatti, il legislatore ha specificato che l'obbligo assicurativo può ritenersi adempiuto solo ove la copertura risulti essere « adeguata » (78), aprendo così un varco ad incisivi controlli sull'oggetto del contratto da parte del giudice.

(76) Uno dei lavori in cui è stato dato particolarmente rilievo all'incidenza del binomio assicurazione-responsabilità civile sull'idea di contratto di assicurazione è la monografia da noi già richiamata di A.D. CANDIAN *Responsabilità civile e assicurazione*, cit., in particolare p. 3 ss. Ancora sul punto non possiamo mancare di menzionare G. ALPA, *L'assicurazione di fronte all'evolversi del concetto di responsabilità*, in *Assic.*, 1995, I, p. 534 ss.

(77) V. *infra* § 6.2.

(78) Ci riferiamo all'ipotesi di assicurazione obbligatoria a carico delle amministrazioni ospedaliere per garantire l'ente e il personale dipendente ex art. 29 d.P.R. 27.3.1969, n. 130 ove era previsto che « le amministrazioni ospedaliere debbono garantire l'ente e il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione »

Non basterà, quindi, aver stipulato un contratto per la responsabilità civile al fine di ritenere assolto il suddetto obbligo, ma occorrerà verificare se tale copertura risulti « adeguata » in relazione all'attività assicuranda.

Una volta chiarita la portata di una simile norma sul contenuto dell'assicurazione obbligatoria, possiamo chiederci se, nelle altre ipotesi di assicurazione obbligatoria, dal silenzio del legislatore sul punto debba dedursi la piena libertà delle parti contrattanti nella determinazione del rischio assicurato.

Pare inoltre plausibile interrogarsi sulla mera unilateralità di tale vincolo. Occorre, infatti, chiedersi se esista sempre un obbligo ad assicurare ove sia previsto un obbligo ad assicurarsi.

Con riferimento al primo quesito sembra che l'adempimento a tale obbligo, da parte dell'assicurando, possa dirsi esatto solo se la copertura del rischio *de quo* è completa.

Pertanto laddove il legislatore impone una copertura assicurativa per la responsabilità civile derivante da una determinata attività, tale obbligo può dirsi assolto solo ed esclusivamente se il rischio assicurato comprende ogni richiesta risarcitoria che al soggetto possa derivare per danni cagionati a terzi nello svolgimento di tale attività nei limiti, però, dell'assicurabilità del rischio in senso giuridico. Dovrebbero, quindi, ad esempio, essere comunque esclusi gli eventi dolosi che resterebbero inassicurabili anche in ipotesi di assicurazione obbligatoria (79).

Se non pare esservi dubbio che la previsione legislativa di ipotesi di assicurazione obbligatoria trovi il proprio completamento nell'obbligo di una copertura integrale del rischio oggetto dell'imposizione di legge, discutibile appare, per contro, l'unilateralità di tale vincolo.

L'attuale art. 28 II comma d.P.R. 20.12.1979 n. 761 prevede invece soltanto che « Le unità sanitarie locali possono garantire anche il personale dipendente, mediante adeguata polizza di assicurazione per la responsabilità civile ».

(79) V. *infra* § 6.2.

Al riguardo, la giurisprudenza, in alcuni casi, ha individuato in una simile previsione normativa non solo un obbligo a contrarre per l'assicurando, ma anche una limitazione dell'autonomia contrattuale privata in ordine al contenuto del contratto in forza dell'alto interesse pubblico protetto da tale norma di legge (80), nella quale sarebbe rinvenibile l'esistenza di due obblighi tra loro complementari, da un lato, quello di stipulare un contratto assicurativo per un determinato rischio, dall'altro, quello di individuare il rischio assicurato in modo che questo coincida con l'evento oggetto dell'assicurazione obbligatoria.

Quest'ultima imposizione avrebbe come soggetto passivo non solo l'assicurato ma anche l'assicuratore il quale dovrebbe provvedere a predisporre il contenuto delle polizze in maniera conforme al precetto legislativo.

Così, in particolare, con riferimento al contratto di assicurazione stipulato in ottemperanza all'art. 1 l. 2.8.1967 n. 799, la Cassazione ha dichiarato la nullità della clausola contenuta nelle condizioni generali di contratto in base alla quale « salvi i casi di buona fede, non sono risarcibili i danni verificatisi in violazione di leggi o di regolamenti sulla caccia » (81).

Come osserva la Suprema Corte, infatti, trattandosi di un'assicurazione obbligatoria essa deve coprire tutti i danni determi-

(80) In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza in materia di assicurazione obbligatoria per l'esercizio della caccia *ex art. 1 l. 2.8.1967 n. 799*: Cass. 17.11.1976, n. 4270 in *Foro it.*, 1976, I, 2798; Cass. 5.3.1979, n. 1360, in *Dir. e prat. assicuraz.*, 1979, II, 529; Cass. 13.11.1980, n. 5136, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2625; Cass. 4.7.1987, n. 5860 in *Assic.*, 1988, II, 28; Cass. 28.3.1990, n. 2544, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1197.

In materia di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica la l. 5.3.2001 n. 57 all'art. 4 ha rafforzato l'obbligo dell'assicuratore prevedendo a suo carico sanzioni in caso di « rifiuto o elusione da parte delle imprese assicuratrici dell'obbligo di accettare le proposte presentate dagli assicurandi ».

La previsione di sanzioni a carico dell'assicuratore sottolinea la bilateralità dell'obbligo ad assicurare talune forme di responsabilità come ha osservato A. GAMBINO, *Introduzione, in L'assicurazione della responsabilità civile da circolazione veicoli: tra mercato, concorrenza e obbligatorietà (atti del convegno tenutosi in Firenze il 30.6.2001)*, a cura di G. Morbidelli, Torino, 2003, p. 6.

(81) Cf. Cass. 17.11.1976 n. 4270, cit.

nati dall'assicurato a terzi nell'esercizio dell'attività oggetto dell'obbligo di legge, altrimenti la norma che impone la stipulazione di tale contratto verrebbe quasi completamente vanificata (82).

Da notare come la Cassazione, in dissociazione rispetto ai motivi di ricorso dell'assicurato, non fonda il proprio giudizio di nullità sull'art. 1344 considerando la suddetta delimitazione del rischio un'ipotesi di frode alla legge (83), ma assume l'esistenza di un autonomo contenuto precettivo imperativo nella stessa disposizione che prevede l'esistenza di un'ipotesi di assicurazione obbligatoria, la quale porrebbe altresì limiti all'autonomia delle parti nella delimitazione del rischio.

La clausola in esame sarebbe pertanto nulla per contrarietà a norma imperativa e sostituita *ex art. 1419* dalla corrispondente

(82) Un altro punto affrontato dalla Suprema Corte, nella citata sentenza Cass. 17.11.1976 n. 4270, cit., riguarda la questione più generale in ordine all'ammissibilità di delimitazioni del rischio assicurato che escludano *sic et simpliciter* la responsabilità per colpa.

Una siffatta esclusione, infatti, determinerebbe la nullità del contratto per inesistenza del rischio *ex art. 1895*. Dal momento che la responsabilità è solo colposa o dolosa, essendo quest'ultima esclusa dalla copertura per legge, l'eventuale ulteriore esclusione della prima priverebbe di oggetto il contratto di assicurazione per la responsabilità civile.

La Cassazione nel pronunciarsi su tale questione affronta anche il problema della rilevanza della colpa nella responsabilità civile.

Sul punto v. *supra* capitolo I, nota 81.

(83) Parte della dottrina evidenzia la difficoltà di distinguere l'ipotesi della violazione della norma imperativa rispetto alla frode alla legge.

Si nota, infatti, come quest'ultima rappresenti uno strumento attraverso il quale si viene « ad ampliare la nozione della contrarietà alla legge, così da ricomprendere in essa anche i contratti che pervengono ad un risultato analogo a quello che la legge espressamente vieta »: così F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 339.

In senso analogo altri Autori vedono nell'art. 1344 uno strumento interpretativo volto a colmare il divario tra lettera e spirito della legge: così G. RONDONI, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1919, p. 1; A. PUIGESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 172.

Per contro altra parte della dottrina individua nella frode alla legge un concetto autonomo rispetto alla contrarietà a norma imperativa. Vedi in tal senso I. CARAKO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 181 ss.; G. GIACOMBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1968, p. 73 ss.; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, p. 151; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993, p. 91.

delimitazione legale ricavabile dalla stessa norma che prevede l'assicurazione obbligatoria e che individua il rischio assicurato nella responsabilità civile conseguente allo svolgimento dell'attività venatoria.

La giurisprudenza non si limita a questa conclusione ma precisa che la nullità riguarda solo le delimitazioni del rischio che restringono la copertura assicurativa « oltre i limiti del ragionevole » (84).

La Suprema Corte, però, non individua i canoni cui è improntato tale giudizio di ragionevolezza.

Si potrebbe allora sostenere che il riferimento al criterio della ragionevolezza rappresenti un'apertura ad un giudizio di tipo equitativo improntato alla valutazione in ordine alla maggiore o minore rilevanza della delimitazione del rischio in relazione all'imposizione legislativa per cui sarebbero comunque valide le clausole che, pur restringendo la copertura assicurativa rispetto a quanto previsto dalla legge, non finiscono per vanificarne quasi completamente la portata come era, invece, nel caso in esame (85).

(84) Così Cass. 17.11.1976, n. 4270, cit.

(85) Al riguardo possiamo richiamare quella parte della dottrina e della giurisprudenza che fondano appunto la distinzione tra clausole delimitative del rischio, quindi delimitative dell'obbligazione dell'assicuratore, e clausole delimitative della responsabilità per le quali l'ordinamento mostra un atteggiamento restrittivo (v. artt. 1229 e 1341 II comma).

Partendo dall'idea della sostanziale indistinguibilità tra obbligazione e responsabilità, parte della dottrina italiana ritiene perseguibili anche quelle clausole che limitando i diritti e gli obblighi derivanti da un contratto finiscono per « compromettere la realizzazione del suo scopo tipico »: così F. BENATTI, voce *Clausole di esonerazione della responsabilità*, in *Dir. disc. priv. sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p. 403.

Seguendo tale indirizzo, infatti, si può arrivare a dire che anche le delimitazioni del rischio possono privare il contratto del suo « scopo tipico » in quanto alcune esclusioni del rischio possono finire per eludere la stessa funzione di *securum facere* propria del contratto di assicurazione.

In tal senso si segnalano anche alcune pronunce della Cassazione in cui si è qualificata come delimitativa della responsabilità *ex art.* 1341 II comma una clausola delimitativa del rischio la quale, introducendo condizioni di assicurabilità eccessivamente onerose o di impossibile realizzazione, finiva per privare l'assicurato della copertura prevista nel contratto.

Così, nella sentenza Cass. 21.10.1994 n. 8643, in *Arch. gior. circol. str.*, 1995, 923 con nota P. Negri, si legge che « Il patto di polizza, il quale neghi per una determinata

Contro la suddetta soluzione giurisprudenziale si potrebbe osservare come dal testo di legge non risulti una simile limitazione all'autonomia delle parti nella determinazione del rischio assicurato dal momento che nulla vieta a questi di stipulare altri contratti di assicurazione al fine di coprire il rischio rimasto scoperto.

Questa conclusione varrebbe non solo ad escludere l'esistenza di un autonomo precetto imperativo che limiti l'autonomia delle parti nella delimitazione del rischio assicurato, ma anche a negare che eventuali restrizioni dell'evento coperto, rispetto a quello oggetto dell'assicurazione obbligatoria, siano riconducibili all'art. 1344 ed in quanto tali nulle.

Non vi è dubbio che la lettera della legge sul punto lascia ampio spazio all'interpretazione del giudice il quale è libero di determinare il significato del precetto normativo tenuto conto delle situazioni che si vengono a realizzare in concreto ed avuto altresì riguardo agli scopi che il legislatore può essersi prefisso nella redazione del testo normativo.

In particolare ai giudici, che si sono pronunciati a favore della nullità della suddetta esclusione contrattuale, non sarà sfuggito che l'interesse primario del legislatore, nell'ipotesi in esame, è legato a motivi di tutela del terzo danneggiato e che la mancanza di trasparenza dei contratti di assicurazione può aver indotto l'assicurato nel ragionevole errore di essere coperto per l'intero rischio oggetto dell'obbligo di legge.

situazione la copertura assicurativa, esula dalla mera delimitazione dell'oggetto della garanzia, e si traduce in esclusione della responsabilità dell'assicuratore, ai sensi ed agli effetti dell'art. 1341 cod. civ., ove identifi chi detta situazione non sulla base di evenienze fenomeniche, oppure dell'inosservanza dell'assicurato a regole di comune diligenza o di specifica normativa disciplinante la sua attività, ma sulla base della mancanza di iniziative dell'assicurato medesimo d'impossibile o particolarmente difficile attuazione; in tale caso, infatti, la relativa previsione assume i connotati della deroga all'impegno assunto dall'assicuratore con il contratto, perché lo limita in dipendenza di circostanze che si verificheranno necessariamente, e che, quindi, sconfiggono della pura eventualità (idonea a differenziare i rischi garantiti da quelli "scoperti")».

Si è pertanto ampliato il contenuto della disposizione, ove è prevista l'assicurazione obbligatoria, fino a comprendere la complementare norma che vieta l'introduzione nel testo contrattuale di clausole che escludano dalla copertura assicurativa talune ipotesi di colpa qualificata.

Dalle perplessità sull'assicurabilità della colpa, ancora presenti agli inizi del secolo scorso, si arriva, così, a riconoscere l'esistenza di ipotesi in cui la colpa, anche grave, non solo può ma deve essere assicurata.

6.2. *Crisi della regola dell'inassicurabilità del dolo nell'assicurazione obbligatoria?*

L'intervento giurisprudenziale più significativo in punto di delimitazioni soggettive del rischio assicurato nell'assicurazione obbligatoria contro la responsabilità civile si è avuto con riferimento alla copertura degli illeciti dolosi.

Al riguardo abbiamo già avuto modo di considerare le ragioni di ordine pubblico che stanno alla base della regola dell'inassicurabilità del dolo nonché il fondamento strutturale dello stesso in relazione alla aleatorietà del contratto di assicurazione.

In materia di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica, però, la giurisprudenza, mossa dall'intenzione di offrire piena tutela al danneggiato vittima dell'azione dolosa altrui, supera tali ragioni intervenendo in via interpretativa proprio in ordine alle norme che prevedono l'inassicurabilità del dolo dell'assicurato.

L'art. 1 l. 24.12.1969 n. 990, infatti, sancisce l'obbligatorietà « dell'assicurazione per la responsabilità civile verso terzi prevista dall'art. 2054 c.c. » senza alcun richiamo, neppure nelle norme successive, all'esclusione della copertura degli atti intenzionali dell'assicurato.

Il silenzio del legislatore sul punto ha dato luogo a due diverse interpretazioni giurisprudenziali.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto la norma sull'inassicurabilità degli illeciti dolosi, contenuta nell'art. 1917, inoperante perché non richiamata espressamente dalla legge speciale (86).

Pertanto, in mancanza di un'espressa esclusione convenzionale, il dolo dell'assicurato deve ritenersi coperto e, anche ove esso sia escluso per espressa pattuizione contenuta nella condizioni generali di contratto, tale esclusione non sarà opponibile al terzo danneggiato ex art. 18 nei limiti del massimale (87).

In quest'ultimo caso l'assicuratore, pur non essendo esentato dalla corresponsione dell'indennizzo al danneggiato, vanterebbe comunque un diritto di rivalsa verso l'assicurato.

Altra parte della giurisprudenza, più recentemente, ha interpretato il suddetto silenzio del legislatore come un divieto di escludere convenzionalmente il dolo dell'assicurato in caso di assicurazione sulla responsabilità civile automobilistica (88).

Pertanto, ove il contratto di assicurazione preveda l'esclusione della responsabilità derivante da atti intenzionali dell'assicurato, la singola pattuizione sarebbe nulla e sostituita dalla inclusione della relativa copertura ex art. 1419 c.c.

Entrambe le suddette soluzioni, però, meritano di essere riviste alla luce della ratio delle disposizioni contenute negli artt. 1900 e 1917.

(86) In tal senso Cass. 17.5.1982 n. 3038, in *Foro it.*, 1982, I, 2196; Trib. Milano 15.07.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 1588; Trib. Roma 11.01.1994, in *Foro it.*, 1994, I, 1588.

(87) Sul punto v. *CERRI, Osservazioni sulla inopponibilità delle eccezioni contrattuali nell'assicurazione obbligatoria automobilistica*, in *Asstic.*, 1979, II, p. 269 ss.

(88) In tal senso Cass. 18 febbraio 1997 n. 1502, in *Resp. civ. e prev.* 1998, I, 1082, con note di G. COLALACOMO, *Il problema del dolo nell'assicurazione obbligatoria R.C.A. e l'eterointegrazione normativa del contratto* e di E. RICCIARDIELLO, *L'assicurazione del fatto doloso*.

Critico rispetto ad un simile orientamento G. GALLONE, *Nullità della clausola contrattuale limitatrice del rischio e applicabilità dell'art. 1419 II comma c.c. La nuova soluzione della S.C. in materia di assicurazione obbligatoria per la r.c.a.*, in *Giur. it.*, 1998, I, p. 840 ss.

Diversa è la questione della non operatività dell'esclusione del dolo ove non specificatamente sottoscritta dall'assicurato ex art. 1341 II comma. Ch. Cass. 18.10.1990, n. 10170, in *Giust. civ.*, 1991, I, 932; Cass. 8.6.1988, n. 3890, in *Giust. civ. mass.*, 1988.

Tali norme rivestono un contenuto generale e troveranno, quindi, applicazione negli specifici contesti salvo che il legislatore non abbia dettato una disciplina speciale in contrario (89).

Inoltre, anche ove la norma di cui all'art. 1917 non fosse applicabile alla speciale ipotesi della assicurazione obbligatoria automobilistica, l'inassicurabilità del dolo dell'assicurato deriverebbe in via indiretta attraverso il ricorso alle clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume di cui la suddetta norma, come da noi precisato (90), può dirsi espressione.

Non bisogna peraltro dimenticare come l'esclusione del dolo dalla copertura assicurativa sia giustificata non solo da ragioni di ordine pubblico ma altresì dalla stessa struttura del contratto di assicurazione.

Assicurare un atto intenzionale, infatti, vuol dire escludere la stessa aleatorietà del contratto di assicurazione, vuol dire dar

(89) In tal senso si è espressa la Cassazione con sentenza 17.5.1999, n. 4798, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2085 affermando che « Con riferimento alla specifica problematica in questione, se si considera l'ambito dei rapporti tra assicuratore ed assicurato, si deve ritenere che il legislatore, nel dettare la particolare disciplina in esame (l. 990 e segg.) non abbia affatto inteso derogare al principio che colui che compie intenzionalmente un atto dannoso deve pagare in prima persona le conseguenze di esso, con la conseguenza che non è consentito ad alcuno assicurarsi per le conseguenze di un proprio fatto intenzionale; e che pertanto deve ritenersi nulla anche nel campo dell'assicurazione obbligatoria (sempre limitatamente ai predetti rapporti) l'eventuale clausola che garantisca la copertura assicurativa anche per fatti dolosi dell'assicurato ».

Precedentemente in senso analogo si era espressa anche la C. Appello di Roma 3.5.1995, in *Astria*, 1996, II, 2, 113: « Il principio generale contenuto nell'art. 1917 comma 1 c.c., per l'assicurazione della responsabilità civile, che esclude l'obbligo dell'assicuratore in caso di sinistro doloso dell'assicurato, non risulta derogato da nessuna disposizione della l. n. 990 del 1969 dove invece viene espressamente richiamato mediante il rinvio che l'art. 1 compie, per individuare la responsabilità civile coperta dall'assicurazione obbligatoria, all'art. 2054 c.c., norma che prevede solamente fattispecie di responsabilità per colpa ».

Con riferimento a quest'ultimo inciso occorre rilevare come la dottrina maggioritaria tenda a considerare l'ipotesi di cui all'art. 2054 una fattispecie di responsabilità oggettiva. V. in particolare recentemente M. FRANZONI *I fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ. Scialoja Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, pp. 667-670.

(90) V. *supra* nota 67. Contro l'indennizzabilità degli atti dolosi in ipotesi di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica Trib. Roma, 29.4.5.5.2003, n. 14620, in *D & G - Diritto e giustizia*, 2003, f. 42, p. 68.

luogo ad una relazione negoziale che manca di quel presupposto indeferibile del contratto di assicurazione che è il rischio (91).

Ne segue che il silenzio del legislatore in materia di assicurazione obbligatoria automobilistica, in punto di inassicurabilità degli atti intenzionali dell'assicurato, non comporta né un'esclusione di tale delimitazione soggettiva, in mancanza di una diversa pattuizione, né tanto meno un divieto legale di eventuali esclusioni convenzionali in tal senso (92).

Non vi è, però, dubbio che una simile linea interpretativa, sebbene faccia salve le ragioni sulle quali si fonda l'inassicurabilità degli atti dolosi, finisce per tradire le finalità di tutela delle vittime della strada proprie della legge sull'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica.

In dottrina esiste un orientamento che tende ad ammettere l'indennizzabilità anche degli illeciti dolosi superando il problema della loro assicurabilità.

Intendiamo riferirci a quegli Autori che individuano la fonte del diritto del terzo danneggiato, in caso di illeciti derivanti dalla

(91) Sull'aleatorietà del contratto di assicurazione v. *supra* capitolo I nota 2.
(92) In tal senso v. G. GALLONE, *op. cit.*, p. 841.

Una soluzione, che sia volta a contemperare le esigenze di tutela del danneggiato con le ragioni di ordine pubblico che stanno alla base del divieto di copertura degli atti intenzionali dell'assicurato, potrebbe essere quella di ritenere obbligato alla prestazione indennitaria, in caso di illeciti dolosi, il Fondo di garanzia la cui funzione è appunto quella di provvedere al risarcimento dei danni causati da veicoli o natanti non identificati o non assicurati oppure coperti da una polizza stipulata con un'impresa che si trovi, al momento del sinistro, in stato di liquidazione coatta o vi venga posta successivamente, come disposto dall'art. 19 della l. 24.12.1969 n. 990. In tal senso Cass. 17.5.1999, n. 4798, *cit.*

Si tratta in pratica di ricondurre, in via interpretativa, i danni derivanti dagli illeciti dolosi all'interno della categoria dei sinistri causati da veicoli non coperti da garanzia assicurativa.

Il principale limite di una simile interpretazione è costituito dalla lettera della legge che chiaramente si riferisce solo ai casi in cui il proprietario dell'autoveicolo non ha adempiuto all'obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro la responsabilità civile automobilistica.

Sulla funzione e i limiti dell'obbligo del Fondo di garanzia verso le vittime della strada v. in particolare G. CASTELLANO, voce *Assicurazione obbligatoria dei veicoli a motore e dei natanti*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, vol. I, Torino, 1980, p. 470 ss.

circolazione di veicoli o natanti, non nel contratto di assicurazione ma in una fattispecie complessa (93).

Fondare il diritto del terzo danneggiato sul contratto vuol dire condizionare il primo alla validità ed efficacia del secondo, il che importa l'esistenza di un limite alla tutela delle vittime della strada nelle ipotesi di nullità e inefficacia della copertura assicurativa, come avviene in caso di illecito doloso.

Diversa è la conclusione se si ritiene che « il diritto del terzo danneggiato non dipende dal regolamento contrattuale, ma si fonda su una fattispecie che, del contratto, si limita a recepire il fatto umano rilevante in quanto tale fino alla somma coperta dal massimale » (94). In questo caso i limiti alla validità ed efficacia del contratto non inciderebbero sul diritto all'indennizzo del terzo verso l'assicuratore ex art. 18 l. 24.12.1969 n. 990.

Seguendo una simile linea interpretativa si potrebbe arrivare a concludere che in presenza di illeciti dolosi il diritto all'indennizzo del terzo danneggiato verso l'assicuratore sarebbe comunque esigibile per legge. L'impresa assicuratrice potrebbe, però, ripetere dall'assicurato la somma corrisposta al danneggiato in virtù del contratto di assicurazione la cui copertura non opera in ipotesi di atti intenzionali.

Due sono gli aspetti di tale soluzione, che impongono una riflessione.

(93) Cfr. M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, cit., p. 43 ss.; Id. *L'inopponibilità delle eccezioni nell'assicurazione obbligatoria della Rca*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, I, p. 36 ss. Ad analoghe conclusioni giungono gli Autori che, pur non operando una distinzione tra fattispecie estrema (assicuratore-danneggiato) e fattispecie interna (assicuratore-assicurato), assumono la perfetta coincidenza tra il diritto del danneggiato al risarcimento del danno ex art. 2054 e il diritto all'indennizzo che lo stesso vanta verso l'assicuratore ex art. 18 l. 24.12.1969 n. 990. In tal senso v. in particolare G. PARTISOTTI, *Le azioni dell'assicuratore che ha ripartito il danno*, in *L'assicurazione dei veicoli a motore*, cit., p. 124 ss.; G.B. FERRI, *L'assicurazione dei veicoli a motore: presupposti e limiti di un'evoluzione legislativa*, in *Aspetti della trasformazione dell'assicurazione obbligatoria r.c. auto*, Roma, 1982, p. 18 ss.

(94) Così M. FRANZONI, *Il terzo danneggiato nell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*, cit., p. 46.

In primo luogo risulta difficilmente collocabile, secondo un approccio di tipo sistematico, questa sorta di sdoppiamento dell'obbligazione indennitaria dell'assicuratore la quale sarà di fonte contrattuale rispetto al danneggiante assicurato, mentre rispetto al terzo sorgerà da una fattispecie complessa all'interno della quale il ruolo del regolamento contrattuale è ridotto dall'invadenza del legislatore (95).

In secondo luogo, seguendo tale ricostruzione, risulta difficile continuare a ricondurre la relazione tra assicuratore e terzo all'interno del rapporto assicurativo (96).

(95) Al riguardo si parlato di una « dissoluzione logica del contratto ». Questa originale e efficace espressione di G. PARTISOTTI, *op. cit.*, p. 125 è ripresa da M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 41.

(96) Del resto un Autore che aveva sostenuto il fondamento extraccontrattuale dell'azione diretta del danneggiato concludeva nel senso che l'obbligazione dell'assicuratore avrebbe natura contrattuale quando il contratto è valido ed efficace, negli altri casi il diritto del terzo verso l'assicuratore troverebbe la sua fonte esclusivamente nella legge che finirebbe per investire l'assicuratore della posizione di una sorta di fideiussore legale, per cui quest'ultimo sarebbe tenuto ad indennizzare il danneggiato per legge ma avrebbe diritto di rivalsa verso il danneggiante assicurato. Cfr. E. BONVICINI, *La responsabilità civile*, vol. III, *Assicurazione facoltativa e obbligatoria*, Milano, 1971, p. 894.

Né vale rilevare, al fine di assumere comunque la natura assicurativa del fenomeno, che si tratterebbe di una fideiussione assicurativa. In dottrina sono state espresse non poche perplessità sulla natura assicurativa della c.d. assicurazione fideiussoria. Con quest'ultima, infatti, non si garantisce un rischio ma un debito altrui. Sul punto A. DONATI, *L'assicurazione del credito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 37; M. FRAGALI, voce *Assicurazione del credito*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958, p. 528 ss.; G. VOLPE PIZZOLO, *Garanzie fideiussorie e attività assicurativa*, in *Assic.*, 1981, I, p. 502 ss.; M. LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. Civ.*, 1986, II, p. 138 ss.; M. SERRA, *Polizze fideiussorie e canzonali*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, Torino, 1995, vol. XI, p. 174 ss.; C. RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, p. 43 ss.

Dubbi, al riguardo, sono stati espressi anche dalla giurisprudenza. V. in particolare Cass., 6.4.1998, n. 3552, in *Mass. Foro it.*, 1998, Cass. 4.4.1995, n. 3940, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2413 con nota di M. COSTANZA, *L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione*, Cass. 11.10.1994, n. 8295, in *Mass. Foro it.*, 1994, Cass. 3.11.1993, n. 10850, in *Dir. ed economia assicuraz.*, 1994, 291, con nota di B. Pagliara e F. Pagliara. Per la giurisprudenza di merito v. C. App. Milano, 3.9.1996, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, 175, con nota di D. Chindemi; Trib. Genova 5.5.1995, in *Assic.*, 1996, II, 2, 20.

Esistono in vero opinioni di senso contrario. Si tratta però di una tesi risalente nel tempo e legata alla difficoltà che gli interpreti avevano incontrato nell'operare distinzioni tra assicurazione fideiussoria e assicurazione del credito con cui l'assicurato si garantisce dal rischio di insoddisfacenti procedure esecutive. Cfr. P. SACERDOTTI, *Aspetti*

Ci pare, quindi, che, anche accogliendo tale teoria ricostruttiva del fenomeno, non si arrivi a superare la regola dell'inassicurabilità degli illeciti dolosi, ma semplicemente a rinvenire uno strumento di tutela del terzo danneggiato alternativo rispetto al contratto di assicurazione.

ASSICURAZIONE E RESPONSABILITÀ PENALE

CAPITOLO III

SOMMARIO: 1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione. — 2. Assicurazione marittima e contrabbando. — 3. Dall'inassicurabilità degli illeciti all'inassicurabilità delle pene. — 4. Risarcimento e pena. — 4.1. L'approccio descrittivo nella distinzione tra pena e risarcimento. — 4.2. tentativi di operare una distinzione ontologica tra pena e risarcimento; — 4.3. La dicoromia tra pena e risarcimento nella partizione tra offesa e danno.

1. Interferenze tra assicurazione e delitto nei primordi del contratto di assicurazione.

Abbiamo avuto già modo di considerare come i giuristi, che per primi affermarono la validità del fenomeno del contratto di assicurazione, provvidero altresì ad individuare i limiti del rischio assicurabile dichiarando, in generale, nullo il contratto mediante il quale si presti garanzia per un'attività illecita (1), in quanto potrebbe rappresentare un incentivo a « delinquere » per il titolare dell'indennizzo (2).

Sulla base di tali motivazioni sono fondate le argomentazioni contro la liceità dell'assicurazione sulla vita in quanto suscettibile di rappresentare un *votum captandae mortis* (3).

(1) V. *supra* capitolo II, § 1.

(2) I giuristi dell'epoca considerano per tal motivo illecito il contratto di assicurazione ove nella determinazione dell'evento coperto ricorrano le clausole « *si occideris* » o « *si occideretur* ». In tal senso A. D. P. SANTERNA, *Tractatus perutilis et quotidianus*, cit., p. 545, n. 10.

(3) Sul punto A. BALDASSERONI, *op. cit.*, p. 301.

I dubbi sull'assicurabilità della vita saranno però dissipati già nell'800. Nella seconda metà del XIX secolo si dirà che, sebbene la vita possa parere inassicurabile in quanto si tratta di un bene non avente un prezzo di mercato, non è dato rinvenire alcun

delle assicurazioni delle cauzioni nel mercato assicurativo italiano, in *Assic.*, 1956, I, p. 27 ss.; M. STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzioni*, in *Assic.*, 1958, I, p. 61 ss.; B. SALERNI, *L'assicurazione del credito-polizze fidejussorie-cauzioni*, Milano, 1959, p. 6 ss.; R. IPPOLITO, *Assicurazione di responsabilità e polizze c.d. fidejussorie*, in *Assic.*, 1985, I, p. 92 ss. In giurisprudenza si contano alcune pronunce sia di legittimità che di merito a favore della assimilabilità del fenomeno al contratto di assicurazione. Cfr. Cass. 14.3.1978, n. 1292, in *Assic.*, 1978, II, 2, 73; Cass. 24.11.1979, n. 6152, *ivi*, 1980, II, 2, 32 (s.m.); Trib. Pavia 20.4.1984, in *Resp. Civ. prev.*, 1991, 516; Trib. Napoli 15.6.1991, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II, 91; Trib. Genova 5.5.1995, in *Assic.*, 1996, II, 2, 20.

Per una critica alla ricostruzione dell'assicurazione obbligatoria come fidejussione legale v. M. FRANZONI, *op. ult. cit.*, p. 36.