DIRITTO ED ECONOMIA DELL'ASSICURAZIONE
Anno XLV Fasc. 3-4 - 2003

Ernesto Tzirulnik - Flavio Queiroz - B. Cavalcanti

GLI ELEMENTI ESSENZIALI DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NELLA DISCIPLINA INTRODOTTA DAL NUOVO CODICE CIVILE BRASILIANO

Estratto

MVLTA PAVCIS AG

Milano • Giuffrè Editore

Gli elementi essenziali del contratto di assicurazione nella disciplina introdotta dal nuovo Codice civile brasiliano

di ERNESTO TZIRULNIK *
e FLÁVIO QUEIROZ B. CAVALCANTI **

Il giorno 11 gennaio dell'anno 2003, al termine di un processo di legiferazione durato più di trent'anni, è entrato in vigore in Brasile un nuovo Codice civile.

Caratteristica del nuovo strumento giuridico brasiliano è quella di presentare un sistema di diritto positivo aperto, ove dei princìpi quali quello della funzione sociale del contratto, e delle clausole generali come quella della buona fede, rivestono un ruolo primario all'unisono con le più specifiche regole riguardanti ognuno degli istituti giuridici considerati nel Codice, affinché la costruzione della regola applicabile possa essere fatta dall'esegeta senza provocare alcun danno ai suoi pilastri essenziali e scongiurando al contempo la rigidità tipica delle norme specifiche dettagliate, come avveniva nel diritto testé revocato.

Il nuovo Codice ha preso le distanze dal sistema del diritto positivo francese. Poche regole, dirette da princìpi e clausole generali e relative ai vari istituti trattati dal legislatore, regolano il diritto, dando all'esegeta la libertà di scivolare finanche nel campo metagiuridico. I giuspositivisti più ortodossi trovano, nella legge, la libertà di spingersi molto al di là della norma posta, alla ricerca della «funzione sociale del contratto» (ripercussione esogena e sociale), della «buona fede» (ripercussione endogena, negoziazione tra sog-

(*) Presidente dell'*Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*, avvocato a San Paolo.
(**) Membro del Consiglio direttivo dell'*Instituto Brasileiro de Direito do Seguro*, avvocato a Recife.

getti in cooperazione), della «natura della trattativa», degli «usi e costumi locali» e di un'infinità di altri dati desunti dalla realtà.

Pur essendovi molto da dire sul nuovo sistema positivo brasiliano, non sarà di certo possibile farlo entro i ristretti limiti di queste annotazioni, riservate alla prima regola del capitolo del Codice riguardante il contratto assicurativo.

Art. 757. Attraverso il contratto di assicurazione, l'assicuratore si impegna, mediante pagamento del premio, a garantire contro rischi predeterminati l'interesse legittimo, relativo a persona o a cosa, dell'assicurato.

Paragrafo unico. Possono costituire parte di un contratto assicurativo, in qualità di assicuratrici, solamente le entità legalmente autorizzate a tale scopo.

Codice civile del 1916	Bozza del progetto	Sostitutivo a confronto
Art. 1.432. Si considera contratto di assicurazione quello mediante il quale una delle parti si impegna nei confronti dell'altra ad indennizzarla, per mezzo del pagamento di un premio, del danno risultante da rischi futuri, previsti nel contratto stesso.	Art. 757. Per mezzo del contratto di assicurazione, l'assicuratore assume l'obbligo, mediante il pagamento del premio, a garantire l'interesse legittimo della parte assicurata, relativo a persona o a cosa, contro predeterminati rischi. Paragrafo unico. Possono costituire parte di un contratto di assicurazione, in qualità di assicuratrici, solamente le entità legalmente autorizzate a tale scopo.	Art. I. Attraverso il contratto di assicurazione, l'assicuratore si impegna, mediante il pagamento di un premio, a garantire contro rischi predeterminati l'interesse legittimo dell'assicurato. Paragrafo unico. Le clausole che definiscono i rischi saranno interpretate in senso stretto.

Elementi del contratto

La norma accoglie una definizione di contratto di assicurazione costruita a partire da cinque elementi: garanzia, interesse, rischio, premio (1) e capacità imprenditoriale.

(1) FÁBIO KONDER COMPARATO, *Notas explicativas do substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no Anteprojeto do Codice Civil*, in *RDM* 5/147.

Prima di esaminare ognuno di questi elementi, è necessario mettere in luce la portata della modifica legislativa.

A tal fine, cominceremo facendo un paragone con la corrispondente disposizione del Codice revocato (art. 1.432) (2).

L'articolo corrispondente nel Codice del 1916 (art. 1.432) era basato sulle idee di indennizzo e di stretta bilateralità, tipiche della concezione individualistica. Tale articolo, nel recitare che «una delle parti si impegna nei confronti dell'altra», dimostra la più pura idea di relazione bilaterale tipica, in cui fulcro della prestazione è l'*indennizzo*.

Il nuovo dispositivo (art. 757), oltre ad allontanare il concetto di indennizzo come elemento essenziale del contratto adottato dal Codice precedente (art. 1.432), e ad introdurre il concetto di interesse, si fa portavoce di una visione moderna, in cui gli elementi *garanzia* e *capacità imprenditoriale* rendono l'ordito legale compatibile con la realtà tecnico-economica intrinseca alla transazione giuridica assicurativa: la commutazione tra premi e garanzia, e l'obbligo di massificazione delle relative operazioni. Tale contrasto diverrà più chiaro quando si esamineranno singolarmente i vari elementi del contratto.

La garanzia: oggetto immediato del contratto

Pur non essendo esplicitamente formulata nel Codice precedente, l'idea di garanzia presentata dall'art. 757 («*l'assicuratore si impegna (...) a garantire l'interesse legittimo dell'assicurato*») era già proclamata dalla dottrina brasiliana come elemento essenziale per una comprensione della natura giuridica e degli effetti del contratto assicurativo.

Benché alcuni Autori, in un'ottica provocatoria senza reali prospettive, si dichiarassero riluttanti nei confronti dell'affermazione che il nucleo della prestazione dell'assicuratore è la garanzia anziché l'indennizzo, che metteva in evidenza la commutatività intrinseca alle assicurazioni, la nuova legge ha infine adottato la positivizzazione coniugata di garanzia e interesse (oggetto della garanzia) nonché l'abbandono dell'idea di indennizzo come elemento essenziale del contratto. Sembrerebbe quindi essersi spenta, nel di-

(2) Vedasi il quadro sopra.

ritto positivo brasiliano, la polemica tra i dualisti e gli unitaristi riguardo alla funzione indennitaria (o meno) delle assicurazioni personali (3).

Garantire ed assicurare sono due concetti che vengono facilmente confusi. Il contratto assicurativo attribuisce, al titolare del legittimo interesse sottoposto a rischio, una determinata protezione. Tale protezione è la prestazione innata che distinguerà l'assicurazione da qualsiasi altro contratto, in particolare dai contratti del gioco d'azzardo e della scommessa.

Spesso, il termine *garanzia* implica una dipendenza da una prestazione principale, come avviene per esempio nel caso di una cauzione relativa ad un affitto. Nel contratto di assicurazione, invece, è proprio la garanzia a costituire di per se stessa la prestazione principale.

Garanzia e commutatività: l'assicurazione come contratto non aleatorio

L'idea di commutatività del contratto d'assicurazione così come la concepisce la dottrina, specialmente quella brasiliana, si basa sul riconoscimento del fatto che la prestazione offerta dall'assicuratore non si restringe al pagamento di un eventuale indennizzo (o capitale), cosa che si verifica solo nel caso in cui sopravvenga qualche lesione dell'interesse garantito in virtù della realizzazione del rischio previsto nel contratto o *predeterminato*. Tale prestazione consiste, anzitutto, nel fornire una garanzia, ed è dovuta durante tutta la vigenza materiale del contratto. La commutazione contrattuale avviene quindi tra premio (prestazione) e garanzia (controprestazione).

All'ottenere garanzia dell'interesse contro l'ipotesi di realizzazione del rischio predeterminato (sinistro), l'assicurato ottiene un vantaggio o un'attribuzione patrimoniale senza la quale permarrebbe in potenziale stato di danno.

È per questo che la garanzia, come prestazione dovuta dall'assicuratore, deve essere spalleggiata da disponibilità patrimoniali

(3) Nell'assicurazione del danno è pacifica l'idea di indennizzo. Nell'assicurazione delle persone, invece, tale idea è identificata da alcuni Autori (gli unitaristi) e non da altri (i dualisti).

sufficienti, in mancanza delle quali, indipendentemente dall'effettiva occorrenza di un sinistro, si caratterizza l'inadempienza.

Con ammirevole precisione, Luigi Farenga così sintetizza:

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

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

Non può parlarsi, infatti, di "alea" nei confronti dell'assicuratore, poiché per quest'ultimo il verificarsi dei sinistri, ed il conseguente obbligo di pagamento delle indennità, costituisce evento ampiamente previsto e precisamente calcolato con strumenti attuariali. Ciò che non può prevedersi è "quale" tra i rischi assicurati diverrà sinistro da indennizzare; ma la circostanza è del tutto indifferente per l'assicuratore.

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

(...)

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

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

In conclusione, la collocazione del contratto di assicurazione nell'ambito dei contratti aleatori ha significato solo se rapportata al singolo contratto ed in relazione ad una componente della prestazione dell'assicuratore (pagamento dell'indennità o della rendita o del capitale). Laddove invece si individui la funzione del contrat-

to nella neutralizzazione del rischio e si consideri la singola operazione inserita in una massa di rischi omogenei, il concetto di aleatorietà perde gran parte del suo significato».

L'interesse: oggetto della garanzia

La garanzia ha come oggetto il legittimo interesse dell'assicurato.

Norme come quella del Codice del 1916 (art. 1.432) facevano sì che gli Autori distinguessero tra assicurazione della *persona* e assicurazione di *cose*, come se il contratto potesse essere destinato alla garanzia della persona stessa o della cosa stessa e non dell'«*interesse* legittimo dell'assicurato, *relativo a...*»; tale concetto, nella dizione attuale, viene finalmente a chiarirsi (art. 757) (4). L'equivoco, apparentemente insignificante, generava difficoltà al momento della regolamentazione dei sinistri e della liquidazione del valore dell'indennizzo: come si sa, infatti, una cosa è il valore del bene, un'altra, spesso significativamente differente, il valore dell'interesse dell'assicurato in relazione a tale bene.

L'interesse: una relazione giuridicamente rilevante

All'affermare che la garanzia si riporta all'interesse, la norma legale si riferisce ad una relazione giuridicamente rilevante; in altre parole, l'interesse deve essere rilevante per il diritto.

Se l'interesse consiste nella posizione giuridicamente rilevante di un soggetto di diritto in relazione ad un bene della vita, l'idea di legittimità è presa come riferimento per mettere in luce l'importanza del fatto che la pertinenza tra il soggetto ed il bene citato è

(4) «Ciò che si assicura non è propriamente il bene, ragion per cui le espressioni "assicurazione di beni" o "assicurazione di cose" e "assicurazione di responsabilità" sono ellittiche. Ciò che si assicura è lo *status quo* del patrimonio ovvero dell'essere umano (incidenti, vita). Si assicura tanto l'interesse positivo quanto l'interesse negativo. In tal modo, esiste l'assicurazione contro gli incendi, l'assicurazione sulla vita, o l'assicurazione di responsabilità, che è l'assicurazione per indennizzare il risultante di un debito od obbligo sopravvenuto per l'assicurato. L'assicurazione fatta dall'affittuario o dal noleggiatore di un'imbarcazione costituisce, pertanto, un'assicurazione di responsabilità» (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado — Parte Especial*, 3ª ed., San Paolo: Revista dos Tribunais, 1984, vol. XLV, pag. 275).

tale da far sì che quel medesimo soggetto desideri la preservazione di quel medesimo bene, non disdegnando lo *status quo* e non desiderando, in quanto a lui non vantaggiosa, la realizzazione del rischio garantito. La garanzia è l'oggetto immediato dell'assicurazione e l'interesse è l'oggetto della garanzia, e, pertanto, l'oggetto immediato del contratto, requisito di validità del medesimo (art. 104, II) (5).

L'interesse: sua legittimità come requisito di efficacia

La legittimità, d'altro canto, si configura come requisito di efficacia contrattuale, come sintetizzato alla perfezione da Ramón Sanchez Medal:

«Diversamente dalla capacità, che è un presupposto soggettivo di validità, la legittimità è un presupposto soggettivo-oggettivo di efficacia. Infatti, la legittimità contrattuale si fonda sempre su una speciale relazione di una delle parti con l'oggetto del contratto determinato in questione, senza però che essa consista necessariamente nell'identità tra la persona che celebra il contratto e la persona sul cui patrimonio si produrranno i suoi effetti, giacché il problema della legittimità contrattuale può apparire anche in contratti relativi al patrimonio altrui» (6).

Parlando dell'interesse, pertanto, il Codice apporta un requisito di validità, ed esigendo che tale interesse sia legittimo, stabilisce un requisito di efficacia. Pare evidente l'ammissione dell'assicurazione solo quando l'assicurato è in relazione potenziale con l'effetto della lesione, risultandogli vantaggiosa la garanzia.

L'interesse: interesse attuale, a termine, relativamente e assolutamente impossibile

L'interesse legittimo può essere attuale (esiste), condizionale (potrà esistere), ovvero a termine (esisterà). Nel secondo e nel terzo

(5) Art. 104. La validità della trattativa giuridica richiede: I — un agente capace; II — un oggetto lecito, possibile, determinato o determinabile; III — una forma prescritta o non difesa in legge.

(6) *De los Contratos Civiles*, 8ª ed., Messico: Porrúa, 1986, pag. 72.

caso, l'efficacia del contratto è pendente (art. 125)(7). Pur se nell'istante della dichiarazione (art. 759)(8) l'esistenza dell'interesse dovesse essere relativamente impossibile, il contratto potrà ugualmente essere considerato valido (art. 106)(9). Si immagini, per esempio, un'assicurazione emessa a garanzia dell'interesse relativo agli effetti collaterali di un medicinale pensato per una malattia considerata incurabile, e la cui elaborazione è pertanto considerata impossibile dalla comunità farmaceutica. Qualora il medicinale venisse ad essere scoperto, l'assicurazione sarà convalidata per sopravvenuto interesse. E se l'impossibilità fosse assoluta? In tal caso, si verificherebbe senza dubbio l'ipotesi di inesistenza dell'oggetto e, pertanto, il contratto sarebbe nullo (art. 104, II).

L'interesse: sua titolarità

L'interesse legittimo, secondo quanto altresì delucidato dalla disposizione in commento, deve essere di titolarità dell'assicurato, e ciò è strettamente correlato alla sua legittimità. È per tale ragione che si deve identificare l'assicurato a partire dall'identificazione del titolare dell'interesse garantito. Pertanto, benché spesso il documento probatorio dell'assicurazione (polizza o altro) registri come assicurato un determinato soggetto, il vero assicurato potrà essere un altro.

Questa nozione è di somma importanza, visto che molte polizze portano scritto come nome dell'assicurato quello che, a rigore, non è che il nominativo del titolare di una parte dell'interesse, stipulante, per il resto, in favore di terzi, o anche del mero stipulante del contratto in generale. Innumerevoli sono i conflitti che sorgono da questa prassi e dalla confusione tra il contraente dell'assicurazione ed il titolare dell'interesse garantito. In ambito brasiliano, in diverse occasioni, si è inteso che se il depositario consta nella polizza non come coassicurato bensì come assicurato unico, anche nel caso in cui l'importanza limite della garanzia dell'assicurazione dovesse essere palesemente superiore all'interesse del depositario, i beni dei depositanti che eventualmente abbiano sofferto danni in caso di incendio del deposito non sono contemplati nella garanzia. Tale logica rende non effettive molte stipulazioni assicurative in nome di terzi, ed ipertrofizza la letteralità del contratto a scapito della sua finalità economica e sociale.

(7) Art. 125. Poiché l'efficacia della transazione giuridica è subordinata alla condizione in sospeso, finché essa non si verificherà, non si sarà acquistato il diritto al quale esso mira.

(8) Art. 759. L'emissione della polizza dovrà essere preceduta da proposta scritta contenente una dichiarazione degli elementi essenziali dell'interesse da garantire e del rischio.

(9) Art. 106. L'impossibilità iniziale dell'oggetto non invalida la negoziazione giuridica ove sia relativa, ovvero ove cessi prima di essere realizzata, la condizione a cui essa è subordinata.

L'interesse: parte materiale e parte formale del contratto

La titolarità deve essere dell'interesse, il che non necessariamente si confonde con la titolarità sul bene. È comunque importante sottolineare che questa dissociazione tra colui che figura nel contratto e la persona dell'assicurato, come parti formali e materiali del contratto, potrà essere rilevante ed avere effetti negativi sul contratto stesso per motivi connessi ad altri aspetti, diversi da quelli relativi alla sua pura e semplice documentazione. Anzi, il riconoscimento della possibilità di dissociazione tra il vero assicurato e colui che consta nel documento contrattuale (da non confondersi con il contratto) è confermato dal riconoscimento della natura consensuale dell'assicurazione, che sarà affrontata più avanti.

Tornando ai possibili effetti negativi di questa dissociazione tra figurante (contraente) e vero assicurato, troveremo, oltre al summenzionato esempio del deposito, diverse situazioni nelle quali la persona dell'assicurato è importante, o addirittura imprescindibile, per la ponderazione del rischio, per l'accettazione del contratto, ecc. Studiando tali ipotesi, ci confronteremo con aspetti vincolati all'obbligo di veracità e di buona fede. Il difetto nella formazione contrattuale, tuttavia, non risiede nella persona apparente, bensì nella rilevante infrazione di determinate disposizioni di legge, indispensabili alla corretta formazione del contratto. Si noti, quanto a ciò, che il nostro ordinamento ammette anche le polizze non nominali, cioè quelle che non definiscono la persona dell'assicurato. Il problema, quindi, non risiede semplicemente nella dissociazione, quanto nella sua rilevanza.

Analizzando ulteriormente le possibilità di dissociazione tra la denominazione riportata e l'effettivo assicurato, titolare dell'interesse, non ci sembra che il contratto assicurativo comporti incom-

patibilità con la gestione di un negozio (art. 861)(10). La garanzia del legittimo interesse, senz'ombra di dubbio, è la presumibile volontà del titolare; e, del resto, un'interpretazione diversa costituirebbe un ragionamento contrario alla natura delle persone ed al buon senso, ed incompatibile con il diritto e con la vita. In realtà, in molti casi, come ad esempio nel caso di assicurazione di un immobile fatta dal locatario, ci imbattiamo, di fronte all'evidente relazione di reciprocità tra gli interessi del locatore e del locatario, in situazioni simili a quella della gestione d'affari per connessione di interessi (art. 875)(11), pur se, con sforzo ben maggiore, sarebbe possibile distinguere separati contratti assicurativi.

Oltre alla gestione di negozi, si possono osservare numerosi altri esempi, quali la contrattazione di un'assicurazione in rispetto ad un obbligo assunto tramite un vincolo anteriore(12).

L'interesse e la commutatività obbligazionaria

Una chiara comprensione dell'interesse, legittimo e reale, come elemento del contratto assicurativo, da cui estrarre conseguenze giuridiche, favorisce l'idea di commutatività del commercio giuridico, ispirata alla regola dell'equilibrio tra le prestazioni, nonostante il principio ipertrofizzato dalla tradizione liberale secondo la quale il contratto è legge tra le parti. Le soluzioni obbligazionarie devono convergere nel senso di una maggior reciprocità di interessi, per evitare che l'indennizzo avvantaggi colui che non è legittimato, o che l'assenza di interesse di chi figura nel contratto possa fungere da scudo per il mancato rispetto dell'obbligo assunto nei

(10) Art. 861. Colui che, senza autorizzazione dell'interessato, interviene nella gestione di un negozio altrui, dovrà dirigerlo secondo l'interesse e la presunta volontà del proprietario, assumendosene la debita responsabilità nei confronti di costui e delle persone con cui tratterà.

(11) Art. 875. Qualora i negozi altrui siano connessi con quello del gestore, di modo che non si possano gestire separatamente, il gestore verrà considerato socio di colui di cui, assieme ai propri, curerà gli interessi.

Paragrafo unico. Nel caso previsto dal presente articolo, colui in beneficio del quale il gestore è intervenuto è vincolato solo in ragione dei vantaggi ottenuti.

(12) «La circostanza in virtú della quale il contratto di assicurazione stipula come destinatario dell'indennizzo il locatore non impedisce che venga il locatario a reclamare giudizialmente il rispetto dell'obbligo per mezzo dell'assicuratore, giacché l'assicurazione è stipulata sostanzialmente nel suo interesse» (REsp 242.001-RJ [1999/0114257], rel. Min. Barros Monteiro, j. in 20 settembre 2001, *DJU* dell'11 marzo 2002, pag. 256).

confronti del vero assicurato. Come è noto, la massima *pacta sunt servanda* subisce ancora, nel diritto contemporaneo, la temperie della buona fede oggettiva e della moralizzazione delle relazioni economiche, ciò che mette in risalto la funzione sociale del contratto, accolta nel nuovo Codice come inderogabile principio (art. 421)(13) di ordine pubblico (art. 2.035, paragrafo unico)(14)(15).

L'interesse: relazione di natura economica

Come regola — seppur in modo più evidente nel caso delle cosiddette *assicurazioni per danni* e *assicurazioni personali* (vita e incidenti personali) contratte dallo stipulante in proprio favore, ma riguardanti la vita e l'integrità fisica di una terza persona — il rapporto giuridicamente rilevante è di indole economica(16). Ciò vuol dire che il cosiddetto valore assicurato (artt. 760(17), 778(18) e

(13) Art. 421. La libertà di contrattare sarà esercitata in ragione ed entro i limiti della funzione sociale del contratto.

(14) Art. 2.035. La validità dei negozi e dei restanti atti giuridici, costituiti prima dell'entrata in vigore di questo Codice, obbedisce a quanto disposto dalle leggi anteriori, di cui all'art. 2.045, ma i suoi effetti, prodotti dopo l'entrata in vigore di questo Codice, sono subordinati ai precetti in esso vigenti, eccetto nei casi in cui sia stata prevista dalle parti una determinata modalità di esecuzione.

Paragrafo unico. Nessuna convenzione prevarrà qualora comporti opposizione ai precetti di ordine pubblico, come quelli stabiliti dal presente Codice per garantire la funzione sociale della proprietà e dei contratti.

(15) Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. 4ª ed., Madrid: Civitas, 1996, vol. I, pag. 46 e ss.

(16) «Il concetto di interesse è fondamentale tanto per lo studio del processo quanto per quello del diritto. Interesse non significa un giudizio, bensì una posizione dell'uomo, o più esattamente: la posizione favorevole al soddisfacimento di una necessità. Il possesso di alimenti o di denaro è, anzitutto, un interesse, perché chi possiede l'uno o l'altro è in grado di soddisfare la propria fame. I mezzi per la soddisfazione delle necessità umane sono i beni. Infatti, se abbiamo appena detto che interesse è la situazione di un uomo, favorevole alla soddisfazione di una necessità, tale situazione si verifica relativamente a un bene: l'uomo e il bene sono i due termini della relazione che denominiamo interesse. Soggetto dell'interesse è l'uomo, mentre oggetto dello stesso è il bene» (Francesco Carnelutti, *Sistema di Direito Processual Civil*, 1ª ed., San Paolo: ClassicBook, 2000, vol. 1, pag. 55).

(17) Art. 760. La polizza o il biglietto di assicurazione saranno nominali, all'ordine o al portatore, e menzioneranno i rischi assunti, l'inizio e il termine di validità, il limite della garanzia ed il premio dovuto, nonché, se necessario, il nome dell'assicurato e quello del beneficiario.

(18) Art. 778. Nelle assicurazioni contro danni, la garanzia promessa non può oltrepassare il valore dell'interesse assicurato al momento della conclusione del contratto, sotto pena di quanto disposto nell'art. 766, e senza preclusione dell'azione penale che eventualmente ne possa originare.

781 (19): «limite della garanzia», «garanzia promessa» e «limite massimo della garanzia fissato nella polizza»; art. 789 (20): «capitale assicurato») non può eccedere il valore dell'interesse, ovvero della relazione economica giuridicamente rilevante tra il soggetto di diritto (l'assicurato) ed il bene.

L'interesse: quantificazione di valore

La quantificazione del valore dell'interesse è richiesta al momento della «conclusione del contratto» (art. 778). Tale «momento» non è esclusivamente l'istante in cui il contratto è perfezionato con l'accettazione da parte dell'assicuratore, ma comprende la proposta e le altre dichiarazioni essenziali prestate dal proponente che hanno condotto all'accettazione. Benché l'art. 778 sia situato nella sezione II del Capitolo XV, relativa all'assicurazione contro danni, la regola vale anche per l'assicurazione personale. È questo il significato di quanto disposto nell'art. 790 (21).

Non si deve interpretare la norma per trovarvi una necessità di corrispondenza esatta tra il valore dell'assicurazione e quello dell'interesse. Il diritto, fin dall'approfondimento dello studio dei danni, ha rinunciato al paradigma dell'esattezza matematica. Il valore delle cose, e con più forza ancora il valore degli interessi, ammette una molteplicità di profili: il valore stimato, il valore di mercato, il valore di sostituzione, il valore affettivo, il valore di produzione ed altri. Pur volendoci limitare solamente ad uno di questi profili, la dinamica della vita ci farà sempre imbattere in delle variazioni.

L'interesse: principio di indennizzo

La teleologia normativa (art. 778) tende a garantire una corrispondenza economica tra rischio e indennizzo al fine di evitare la

(19) Art. 781. L'indennizzo non può superare il valore dell'interesse assicurato al momento del sinistro, ed in nessun caso il limite massimo della garanzia fissato nella polizza, salvo in caso di mora dell'assicuratore.

(20) Art. 789. Nelle assicurazioni personali, il capitale assicurato è liberamente stipulato dal proponente, che può contrattare più di una assicurazione sul medesimo interesse, con il medesimo o con diversi assicuratori.

(21) Art. 790. Nell'assicurazione sulla vita di terzi, il proponente è obbligato a dichiarare, sotto pena di mendacia, il proprio interesse per ciò che riguarda la preservazione della vita dell'assicurato.

trasformazione, seppure parziale, dell'accordo assicurativo in un gioco d'azzardo oppure in una scommessa. Il sistema legale nel suo insieme è, infatti, diretto a neutralizzare ogni possibilità di perseguimento di lucro conseguente all'avvento di un sinistro (art. 781) (22). È l'applicazione del noto principio indennitario.

L'interesse: fissazione arbitraria e proiezione del valore

A dispetto di ciò, il valore dell'assicurazione non dovrà sempre corrispondere a quello dell'interesse. Vi sono determinate situazioni in cui vengono sollevate delle eccezioni a tale equivalenza (interesse e valore dell'assicurazione), ed in tal caso il valore dell'assicurazione può essere fissato con maggior libertà dalle parti; ciò si verifica nelle assicurazioni contro danni con valore stimato in funzione della difficoltà di accertamento del valore dell'interesse (gioielli di famiglia, alcuni diritti della personalità, assicurazioni contro lucro cessante *per formula*, ecc.). L'interesse, in altri casi, potrà subire una proiezione della propria grandezza: ciò può accadere, per esempio, nel caso di interesse su un edificio in costruzione. Allo stesso modo, l'interesse può eccedere il valore della cosa sulla quale a prima vista esso ricade, dipendendo dal momento in cui avviene il sinistro: è quanto si verifica nelle assicurazioni a *valore di nuovo* (23).

In tutte queste situazioni, si può osservare l'esistenza di una certa ragione capace di provocare un'alterazione della corrispondenza tra valore ed interesse. Se in alcuni casi il valore non può essere attribuito con precisione (gioielli di famiglia, diritti della personalità, ecc.), o la sostituzione dell'utilità supera il valore venale del bene colpito (equipaggiamenti informatici che non si trovano più in vendita e devono essere sostituiti con altri di maggior valore, ecc.),

(22) Art. 781. L'indennizzo non può superare il valore dell'interesse assicurato al momento del sinistro, ed in nessun caso il limite massimo della garanzia fissato nella polizza, salvo in caso di mora dell'assicuratore.

(23) «L'assicurazione a valore di nuovo rappresenta pertanto, in definitiva, l'attuale e più eloquente esemplificazione dell'evoluzione sperimentata dal principio d'indennizzo, che era, alle origini, un principio che proibiva di assicurare le cose per il loro valore reale, di cui in seguito ha permesso la piena copertura, e che infine, ai giorni nostri, è giunta ad un principio che rende possibile, senza abbandonare i contenuti originali, che la copertura si estenda a un valore superiore a quello reale» (MARIA LUISA MUÑOZ PAREDES, *El Seguro a Valor Nuevo*, Madrid: Civitas, 1998, pag. 41).

in altri ancora questa corrispondenza comporta una grave difficoltà di accertamento in caso di sinistro (assicurazione di lucro cessante da calcolarsi per mezzo di formula previamente stabilita). Senza eccezioni di questo tipo, l'interesse rimarrebbe privo di qualsiasi protezione.

Non è quindi autorizzata la degenerazione del rapporto assicurativo in gioco d'azzardo o di scommessa, in quanto essa violerebbe il principio indennitario. È importante altresì notare che un'assicurazione propiziatrice di lucro allontanerebbe il contratto dalla sua funzione sociale, il cui principio, come già detto, ha ricevuto piena accoglienza nel nuovo Codice (art. 421).

In mancanza di giustificazioni, come avviene nelle eccezioni sopra indicate, il principio, rinforzato da quello della funzione sociale, risulta invece preservato.

L'interesse: assicurazioni personali (vita e invalidità)

Nelle assicurazioni sulla vita e sull'integrità psico-fisica dello stipulante, la grandezza della garanzia è lasciata al libero arbitrio delle parti (art. 789). Ciò non avviene invece nel caso dell'assicurazione personale (vita e incidenti personali) accesa sulla vita altrui: in tal caso, è richiesta una dichiarazione di interesse da parte del proponente, il che presuppone non solo la legittimità, ma anche una corrispondenza con la garanzia contrattata (art. 790). Quando il proponente è coniuge, ascendente oppure discendente della persona esposta al rischio personale, l'esistenza dell'interesse legittimo è presunta (art. 790, paragrafo unico), con presunzione di natura relativa.

L'interesse: invalidità di terzi

Benché la norma dell'art. 790 menzioni solamente l'assicurazione sulla vita, e non parli di quella contro gli incidenti personali, è possibile anche la contrattazione di questo tipo d'assicurazione per la garanzia di un interesse dello stipulante pertinente al rischio di invalidità di terzi. È, infatti, perfettamente plausibile l'ipotesi che il rischio, comportante un'invalidità che colpisce l'interesse legittimo di un'altra persona, si realizzi. Non vi è quindi ragione per non applicare anche qui la medesima regola legale.

Rischio: concetto e indole comunitaria

L'interesse legittimo deve necessariamente trovarsi sottomesso a rischio.

Il rischio, altro elemento essenziale del contratto, è rappresentato dalla possibilità che un predeterminato evento capace di ledere l'interesse garantito si realizzi.

Per quello che riguarda l'assicurazione, il rischio è concepito nella sua dimensione sociale, collettiva. Non si prendono in considerazione l'incertezza e l'insicurezza strettamente individuali, ma la previsione, ottenuta attraverso studi statistici e attuariali, dell'incidenza di un evento predeterminato capace di ledere un certo interesse.

Per questo, i dubbi relativi all'inclusione del rischio nella garanzia esigono soluzioni che possano rendere compatibili l'interesse delle parti contraenti con la strutturazione tecnica comunitaria dell'assicurazione. Il rischio, in altre parole, deve essere ricercato anche nella sua dimensione collettiva, quella presa in considerazione per la standardizzazione del contratto e per la sua strutturazione attuariale e finanziaria. È proprio questa visione superindividuale che porta all'impreteribile presentazione di note tecnico-attuariali e di formulari, da parte dell'assicuratore, all'organo statale di controllo.

Rischio: non si confonde con l'incertezza individuale

È necessario mantenere sempre presente la differenza tra i concetti di *incertezza individuale* e *rischio*. Se l'incertezza è un sentimento umano incommensurabile, il rischio, al contrario, è un dato sociale obbiettivo: la regolarità e l'intensità della sua incidenza, così come i suoi effetti e la loro conseguenza, possono essere previamente conosciuti con un alto grado di certezza (24). L'attuale stato

(24) È pur vero che l'analisi attuariale di un rischio (regolarità dell'incidenza e danno potenziale) può non coincidere con l'esperienza concreta di una compagnia di assicurazioni. Sarà pertanto necessario operare una divergenza tra la ricerca scientifica e l'operazione concreta di assicurazione. Per evitare gli effetti di tali variazioni, tra le altre cose, le compagnie assicuratrici adottano la protezione riassicurativa (o «assicurazione dell'attività di assicuratore»), cioè assicurano il rischio incidente sull'esercizio della propria attività, e le compagnie di riassicurazione, a loro volta, adottano la retrocessione (o «assicurazione dell'attività di riassicuratore»).

della tecnica assicurativa esige tale conoscenza, allo scopo di evitare la dissociazione tra il contratto individualmente considerato e la massa operativa nella quale esso è compreso e che ad esso serve da supporto. La relazione di interdipendenza intrinseca tra l'insieme dei contratti e ognuno di essi sarà oggetto di più dettagliate considerazioni nel momento in cui analizzeremo l'imprenditorialità come elemento essenziale del contratto assicurativo, a partire dal paragrafo unico dell'art. 757.

Il procedimento matematico (statistico e attuariale) relega l'incertezza in un secondo piano, che non viene preso in considerazione all'atto dell'elaborazione delle clausole, dei termini e delle condizioni del contratto. Ciò apparirà più chiaro se ci rammenteremo che quello assicurativo non è un contratto paritario, bensì di adesione, operato in massa, con necessaria ed accentuata standardizzazione. Il suo contenuto, la definizione del prezzo e persino la sua forma sono pensati e posti molto prima dell'analisi di ciascuna situazione individuale, sempre sulla base di una dimensione sociale, collettiva o transindividuale.

Il rischio: la sua assenza

Ciò che rende assicurabile il legittimo interesse dell'assicurato è il rischio. Se il rischio prestabilito non incide, né può incidere, sull'interesse, viene a mancare un elemento essenziale al contratto.

Il rischio: predeterminazione vs. *futurità (rischio putativo)*

L'espressione utilizzata dal Codice del 1916, «rischi futuri previsti nel contratto» (art. 1.432), è stata opportunamente sostituita dalla formula «rischi predeterminati». È evidente che il Codice anteriore utilizzava il termine *rischio* principalmente per designare il *sinistro* (che costituisce la realizzazione del rischio), a cui per questo attribuiva una connotazione di futurità; quest'ultima, oltre a non essere adeguata all'idea di rischio, toglieva di campo il rischio preterito nonché il rischio in corso, la cui conversione in sinistro era ancora sconosciuta alle parti all'atto della conclusione (processo

di formazione) del contratto. Anche tali rischi (putativi), come si sa, sono invece assicurabili (CCom, artt. 677, n. 9 (25), e 685) (26).

Il rischio: elemento per il calcolo del premio

Il rischio è l'elemento *sine qua non* per la formazione del tasso da applicarsi in fase di calcolo del premio. Il tasso risulta dai conti attuariali che, come abbiamo già detto, permettono di comprendere economicamente le incertezze individuali, componendole in un rischio di contesto collettivo ed in esso dissolvendole. Tali tassi sono proporzionali non ai valori delle somme o dei capitali garantiti, ma alla garanzia in sé, che corrisponde al rischio incidente sull'interesse. Questo vincolo tra premio e rischio è posto in risalto dall'art. 770 (27), in cui si stabilisce che una significativa rottura della proporzionalità tra i due elementi può comportare la revisione o persino l'estinzione del contratto.

Il premio: prezzo della garanzia

Il premio costituisce la prestazione essenziale dell'assicurato o dello stipulante. Esso è il prezzo della garanzia. Chi indicasse l'indennizzo e non la garanzia come elemento essenziale del contratto, si imbatterebbe in sproporzioni assurde: una prestazione infima (premio) ed un'altra gigantesca (l'indennizzo). Tale equivoco induce all'illusoria aleatorietà ed a soluzioni che esulano dalla commutatività delle relazioni negoziali, un concetto particolarmente caro al negozio assicurativo. La sproporzione tra premio e garanzia espone l'operazione del negozio di assicurazione all'insolvibilità (frustran-

(25) Art. 667. La polizza di assicurazione deve essere sottoscritta dagli assicuratori, e contenere: (...) 9 — il premio dell'assicurazione, nonché il luogo, l'epoca e le modalità del pagamento.

(26) Art. 685. Qualsiasi cosa, qualsiasi interesse apprezzabile in denaro, che sia stato posto o debba porsi a rischio di mare, può divenire oggetto di assicurazione marittima, qualora non vi sia proibizione ad impedirlo.

(27) Art. 770. Salvo disposizioni in contrario, la diminuizione del rischio nel decorrere del contratto non comporta la riduzione del premio stipulato; ma, qualora la riduzione del rischio venga ad essere considerevole, l'assicurato potrà esigere la revisione del premio, o la risoluzione del contratto.

do la garanzia) o all'arricchimento abusivo (spezzando l'equilibrio contrattuale).

Sulla base della conoscenza della regolarità dei sinistri e dell'intensità dei loro effetti deve essere trovato, per lo studio del rischio, il valore adeguato a far fronte agli eventi (premio puro di rischio) (28). Ciò è possibile solo con la massificazione e l'omogeneizzazione dei rischi, che a loro volta dipendono, in modo indiscernibile, dalla capacità imprenditoriale, elemento che sarà più avanti commentato.

Il Codice, nei suoi diversi articoli, intende garantire l'equivalenza tra la garanzia ed il premio (*verbo gratia*, artt. 770 e 795) (29).

Il premio: prestazione dell'interesse dell'assicuratore e della collettività assicurata

Il premio è la prestazione a carico dell'assicurato. Il contratto, pertanto, è oneroso. Al premio si devono sommare doveri e oneri, che saranno esaminati al momento adeguato.

Il premio non può essere visto solo come prestazione dell'interesse dell'assicuratore: esso è, infatti, un elemento importante per la solvibilità dell'insieme dei negozi (formare disponibilità finanziaria, ecc.). Interessa, quindi, a tutti e ad ognuno degli assicurati.

L'imprenditorialità: qualificazione giuridica dell'ente assicuratore come elemento essenziale del contratto

Oltre a questi elementi estratti dal *caput*, viene inclusa l'imprenditorialità, affrontata nel paragrafo unico della disposizione in discorso, ove si esige che una delle due parti del contratto sia «un'entità a tal fine legalmente autorizzata». Si tratta di un requisito non solo attinente alla parte, ma incidente sulla struttura interna del contratto, e quindi di più ampia irradiazione.

(28) Una volta ottenuto il premio puro, vi si aggiungono le spese operative (commerciali, amministrative, ecc.) dell'impresa di assicurazioni e la remunerazione dell'assicuratore, denominate *carichi*. La somma di questi elementi costitutivi del premio risulta nel cosiddetto *premio commerciale*. Infine, con l'aggiunta di addizionali di frazionamento (rateizzazione della prestazione), spese di emissione del documento probatorio o *costo di polizza* e relativi tributi (attualmente imposta sulle operazioni finanziarie), si giunge al cosiddetto *premio lordo*.

(29) Art. 795. È nulla, nell'assicurazione di persona, qualsiasi trattativa per pagamento ridotto del capitale assicurato.

Lungo è stato il dibattito teorico a riguardo della necessità o meno della capacità imprenditoriale per la caratterizzazione di un contratto assicurativo. Il Codice ha optato per una presa di posizione esplicita, e, a nostro parere, a giusta ragione (30).

Nel diritto assicurativo, più che in qualsiasi altro ramo, le questioni tecniche vincolano le soluzioni giuridiche (31). La tecnica assicurativa esige, necessariamente, che le operazioni procedano in maniera fattibile solo se le attività vengono esercitate su scala imprenditoriale. Si noti, a proposito, che il concetto di impresa, consacrato a partire dalla dottrina italiana, discende direttamente dagli studi sul contratto di assicurazione di Vivante (32). La *capacità imprenditoriale* insita nella concezione moderna dell'assicurazione è sottolineata dal redattore del Sostitutivo: «Il contratto di assicurazione non può essere staccato dall'insieme operativo nel quale si inserisce, senza che ne risulti storpiato nella sua natura» (33).

Ciò che il nostro Codice ha finalmente consacrato era già riconosciuto nel 1885, ossia nel pieno apogeo del liberalismo individualista, da Cesare Vivante:

«Attualmente l'assicurazione non può essere considerata un negozio isolato, così come accadeva nel secolo scorso, epoca in cui i commercianti si accollavano qualsivoglia rischio correndo dietro alla fortuna, senza dedicarsi ad un'attività sistematica di assicurazioni (...). Nel commercio di assicurazioni com'è oggi esercitato, agiscono esclusivamente e sistematicamente delle grandi compagnie

(30) Per tutti, si consulti PAULO LUIZ DI TOLEDO PIZA, *O Contrato de Resseguro: Tipologia, Formação e Direito Internacional*, pag. 119 e ss. San Paolo: IBDS-EMTS, 2002.

(31) Non che questo vincolo alla realtà, filtrato dal liberalismo positivista (metagiuridico), sia esclusivo del diritto assicurativo. Al contrario, come avverte Pietro Perlinghieri, «i successivi tentativi di definire la cosiddetta "realtà giuridica" come una cosa che possa vivere separatamente dalla realtà sociale, economica o politica, è un'eredità che ancor oggi pesa molto sui giuristi e sull'insegnamento del diritto». E aggiunge l'eminente giurista italiano: «Ciò ha portato alla creazione di una cultura formalista, matrice di una "teoria generale del diritto" senza (esplicite) "infiltrazioni" di carattere politico, economico, sociologico: come se il diritto fosse immutabile, eterno, astorico, insensibile a qualsiasi ideologia» (*Perfis do Direito Civil — Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pag. 2).

(32) TULLIO ASCARELLI, «O conceito unitário do contrato de seguro», in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas: Bookseller, 2001, pag. 302 e ss.

(33) FÁBIO KONDER COMPARATO. «Seguro — Cláusula de rateio proporcional — juridicidade», in *RDM* 7/102.

commerciali, con una serie continua di affari omogenei. (...) Tale base economica influisce sulla costruzione giuridica tanto delle imprese, quanto del contratto di assicurazione» (34).

L'assicuratore: controllo statale sulle amministrazioni di fondi collettivi

È questa la ragione per cui le entità assicuratrici dipendono dalla speciale autorizzazione statale per poter intraprendere l'attività. Fin dalla loro nascita, esse, diversamente dalle società d'impresa in generale, sono condizionate ad una speciale capacità patrimoniale, ed operano, in ogni ramo, in ogni regione, ad ogni livello di grandezza obbligazionaria, solo nella misura in cui soddisfino dei rigorosi requisiti attinenti al capitale e alla liquidità, volti a garantire la loro effettiva solvibilità.

Si tratta, in definitiva, di compagnie che amministrano fondi comuni o fondi di risparmio collettivo costituiti dalla pletora di contributi proporzionali (premi) prestati da ognuna delle economie individuali (assicurati, stipulanti) con un preciso scopo: quello di garantire, durante un periodo generalmente esteso (35), predeterminati interessi esposti a rischi anch'essi predeterminati. Per ottenere ciò, è essenziale la capacità imprenditoriale: l'esercizio sistematico dell'attività, l'uniformizzazione ovvero l'omogeneità delle garanzie, una grande massa di trattative d'affari e la costante formazione di approvvigionamenti o riserve atti alla preservazione degli interessi collettivi delle varie economie individuali.

La capacità *imprenditoriale*, questo attributo dell'attività economica organizzata sotto forma di impresa, dell'essenza del contratto di assicurazione, influirà in maniera decisiva su tutte le fasi, a partire da quella precontrattuale, e non sarà lecito accantonarla neanche per un solo istante. Tale preoccupazione deve essere ancor maggiore per il fatto che l'assicurazione è l'unico contratto obbligatoriamente imprenditoriale disciplinato dal Codice.

(34) *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1885, vol. I, pag. 76.

(35) Le vigenze delle assicurazioni sono di solito annuali, in quanto in generale i premi vengono calcolati mediante osservazioni di periodi che comprendano almeno le quattro stagioni, in modo che gli «incidenti» possono essere calcolati su una base sufficientemente ampia.

Tutta questa struttura comunitaria determina che sia effettivo il controllo statale sull'attività assicurativa, in modo che la base attuariale imposta per la sua solvenza non sia mero argomento di protezione di interessi delle compagnie assicuratrici, ma una realtà (36). I giudici, infatti, cominciano a prestare attenzione a questo problema, ed ogni giorno di più determinano, nei casi di dubbio, l'annessione agli atti delle note tecniche e attuariali che devono necessariamente stare alla base delle assicurazioni messe in commercio, o, addirittura, nominando degli attuari per la realizzazione di esami periziali che possano constatare la *ratio* soggiacente alle clausole sulle quali ricadono i litigi.

(36) «È interessante l'articolo 4° del progetto di legge n. 13.476/98 (Legge delle Assicurazioni) del Costa Rica: «Artículo 4. Actividades prohibidas — quedan prohibidas las siguientes actividades aseguradoras: 1 — Las que carezcan de base técnica actuarial. (...)».